



**E. LAMARQUE, CORTE COSTITUZIONALE E GIUDICI NELL'ITALIA
REPUBBLICANA. NUOVA STAGIONE, ALTRI EPISODI, EDITORIALE
SCIENTIFICA, NAPOLI, 2021**

SONO DAVVERO INUTILI LE CATEGORIE CLASSICHE DEL
“DIRITTO PROCESSUALE COSTITUZIONALE”?
(QUALCHE RIFLESSIONE A MARGINE DELLA PRESENTAZIONE DEL VOLUME DI
ELISABETTA LAMARQUE, *CORTE COSTITUZIONALE E GIUDICI NELL'ITALIA
REPUBBLICANA. NUOVA STAGIONE, ALTRI EPISODI*, EDITORIALE SCIENTIFICA,
NAPOLI, 2021)*

MARILISA D'AMICO**

Con uno stile inedito per la dottrina costituzionalista, che consente anche a chi non è studioso della materia di appassionarsi alle vicende storiche della Corte costituzionale italiana, Elisabetta Lamarque nel suo recente volume, *Costituzione e giudici nell'Italia repubblicana*, che riprende riaggiornandola, una pubblicazione del 2012, ripercorre la storia del giudizio incidentale in Italia, dall'angolo prospettico della relazione fra Corte costituzionale e giudici comuni.

L'Autrice periodizza questo percorso, scegliendo di dedicare un primo capitolo a una riflessione storica sulla nascita della giustizia costituzionale italiana, il secondo ad un'analisi di un lungo periodo, e cioè dei primi quarant'anni di vita della Corte costituzionale, e il terzo, a partire dal 1996, anno della famosa decisione n. 356, su cui torneremo dopo, fino ad oggi.

Si tratta di un tentativo poderoso e soprattutto, per come ho potuto leggerlo io, di una ricostruzione che intende muoversi in modo chiaro non solo da un angolo di lettura particolare, quello appunto della relazione fra Corte costituzionale e giudici comuni, ma anche sostenendo una tesi dichiarata esplicitamente, la cui validità si vuole dimostrare

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista.

** Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano. Presidente dell'Associazione Gruppo di Pisa.

in tutto il percorso. La tesi, come afferma l’Autrice è che: “la Corte costituzionale e l’Autorità giudiziaria abbiano progressivamente dato vita a un unico grande potere giudiziario all’interno del quale esse ora si distinguono, per riprendere in senso estensivo la dizione che il testo costituzionale riferisce alla magistratura in senso stretto ‘soltanto per diversità di funzioni’ (art. 107, comma 3, Cost.)” e che, quindi, “la magistratura, con l’uso giudiziario sempre più frequente delle norme costituzionali, sia tramite l’applicazione diretta della Costituzione, che attraverso l’interpretazione della legge in senso conforme a Costituzione, è giunta a condividere con la Corte costituzionale, in stretta collaborazione con essa, il ruolo di ‘custode della Costituzione’”.

Una tesi suggestiva, che inserisce l’Autrice in quel filone che i filosofi del diritto stanno studiando, anche in modo critico, del “neocostituzionalismo”, che nell’ambito del diritto italiano è aperto e rappresentato dal volume di Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite*, (Einaudi, Torino, 1992), da cui oggi lo stesso Autore pare, però, prendere le distanze (in questo senso, il più recente, *Diritti per forza*, Einaudi, Torino, 2017), che ha come caratteristica, per quanto qui interessa e semplificando al massimo, quella di ritenere il modello costituzionale di Stato affidato ai giudici, i quali, al pari e meglio del legislatore, svolgono insieme alle Corti costituzionali una funzione non più solo di interpreti ma anche di “creatori di diritto” (si vedano le ampie riflessioni di F.J. Ansuategui Ruig, *Norme. Giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico*, Giappichelli, Torino, 2020, in particolare al cap. 5, 101 ss.). Rispetto a questa impostazione, che ha molto influenzato anche la dottrina italiana e nella quale parzialmente mi riconosco anche io, Massimo Luciani si è espresso in modo molto critico, invitando i costituzionalisti ad abbandonare una visione “irenica” della Costituzione, quella che affida alle Corti e solo a loro l’attuazione della Costituzione, per recuperare, almeno in parte, quel costituzionalismo “polemico”, che affida anche al legislatore l’attuazione della Costituzione e che, soprattutto, si concentra non solo sulla difesa dei diritti, ma anche sullo studio e gli strumenti per costruire limiti al potere (così M. Luciani nel suo *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1463 e ss.).

Ho fatto questa premessa, perché vorrei fare alcune considerazioni prendendo sul serio la tesi dell’Autrice che ha davvero il merito di farci riflettere sul senso della giustizia costituzionale oggi, sulla vera attuazione della Costituzione, ma anche sugli sviluppi futuri, a seconda della prospettiva che la Corte costituzionale e la “sua” dottrina intendano intraprendere.

Ragionare sulla vera natura del giudizio incidentale costituzionale italiano e quindi dello stesso Giudice costituzionale, come ricorda l’Autrice, ha contrassegnato i primi studi sulla giustizia costituzionale e continua ad essere un punto importante anche per chi se ne occupa ora. Secondo Elisabetta Lamarque, “inspiegabilmente” (p. 35), dal momento che tutta la storia della giustizia costituzionale italiana dimostrerebbe “l’avvenuto inserimento [...] della Corte costituzionale nella famiglia a cui appartengono tutti gli altri organi giurisdizionali del nostro ordinamento” (p. 224). Si propone, quindi, un modello di giustizia costituzionale complesso, che vorrebbe

superare la visione di un Giudice costituzionale fortemente legato al mondo dei "diritti", dipendente dai giudici comuni non soltanto nella scelta della questione, ma anche e soprattutto del modo in cui la stessa viene sottoposta alla Corte; un Giudice costituzionale che si occupa del "diritto vivente", ma che, al tempo stesso, nel momento in cui decide lo fa con una pronuncia dagli effetti generali, sullo stesso piano della legge, con uno sguardo rivolto a tutto l'ordinamento, con la preoccupazione degli effetti delle pronunce per quel che il sistema incidentale richiede, e cioè la retroattività; un Giudice costituzionale che nella sua decisione si stacca dal caso concreto e dal giudizio a quo, avendo come principale interlocutore il legislatore, la politica e, per dirla senza mezzi termini, la società.

Ed è molto affascinante anche la ricostruzione storica dell'Autrice, che sottolinea la centralità del potere giudiziario anche nella composizione della Corte costituzionale (p. 45), ma proprio queste importanti considerazioni non mi convincono sulla effettiva trasformazione del nostro modello nel senso suggerito nel Volume.

Credo, infatti, che la storia della Corte costituzionale sia stata sicuramente caratterizzata dal rapporto con il potere giudiziario e, come ha magistralmente teorizzato il nostro comune Maestro, Valerio Onida, l'attuazione stessa della Costituzione sia stata affidata a una stretta collaborazione fra Corte costituzionale e giudici (così V. Onida, *L'attuazione della Costituzione tra Magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1977, 510 e ss.). Tuttavia, proprio i primi anni di lavoro del Giudice costituzionale dimostrano che furono alcuni giudici, quelli più giovani, a prendere sul serio la Costituzione, non soltanto sollevando le questioni di legittimità costituzionale, ma anche stimolando la Corte nell'invenzione di tecniche decisorie che le consentissero di "fare da sola". I magistrati di Cassazione, al contrario, innescarono un braccio di ferro con il Giudice costituzionale, rifiutando di seguire le sue interpretazioni, anche quando rafforzate nella forma delle decisioni "interpretative di rigetto", mentre l'inerzia del legislatore costringeva di fatto la Corte costituzionale al difficile compito di adeguamento del vecchio ordinamento, soprattutto quello fascista, alla Costituzione.

Credo, infatti, che la storia della giustizia costituzionale italiana sia sicuramente caratterizzata dal rapporto con la magistratura, ma anche e soprattutto dal mancato rapporto e raccordo con il legislatore. Tutte le tecniche decisorie che la Corte ha sviluppato, introdotto e sta sperimentando anche oggi sono determinate non tanto da una volontà del Giudice costituzionale di uscire fuori dal perimetro assegnatogli dalla Costituzione, quanto soprattutto dall'esigenza di dare risposte alla società, in assenza di risposte dal Parlamento.

Così è stato per le decisioni manipolative, nate negli anni sessanta per la necessità di adeguare norme incostituzionali ai principi costituzionali senza, però, determinare lacune pericolose nell'ordinamento: è stata una scelta del nostro Giudice costituzionale, quella dell'*horror vacui*, una scelta, a guardarla ora, assolutamente lungimirante.

Così è, però, anche ora: mi riferisco alla nuova tecnica della doppia pronuncia, inaugurata con il famoso "caso Cappato". Se pensiamo che, in questo caso, la Corte ha voluto introdurre in via pretoria un accertamento di incostituzionalità senza contestuale

dichiarazione di nullità, in modo analogo, pur con tutte le differenze che la dottrina ha messo in luce, a quello che avviene nel sistema di giustizia costituzionale tedesco. Dopo il terzo rinvio con “appello” al legislatore rimasto, ad oggi, inascoltato, possiamo cominciare a pensare che questo nuovo strumento sarà un modo per la Corte per dare tempo al legislatore, ben sapendo però di dovere, anche in questo caso, fare da sola.

Secondo l’Autrice, quindi, la Corte sarebbe una giurisdizione che fa *anche* “politica”, sia pure in senso ampio, e che oggi non avrebbe senso continuare a rifarsi alla dicotomia “politica-giurisdizione” o chiedersi quale sia la sua vera natura. Se è vero che la Corte costituzionale, proprio a partire dalla sua giurisprudenza sulla legittimazione del giudice *a quo* ci ha insegnato a non introdurre nel processo costituzionale categorie formali e ci ha abituato, ad esempio, a qualificare giudici “ai limitati fini” che interessano per risolvere un problema specifico (così, ad esempio, la sentenza n. 12 del 1971 sulla legittimazione a sollevare questione di costituzionalità da parte della sezione disciplinare del CSM), è appunto in questo senso che è difficile affermare che la giurisprudenza sul rinvio pregiudiziale abbia spazzato via le affermazioni più risalenti, in base alle quali la Corte giudice non sarebbe. Tuttavia, il tema posto dall’Autrice, ci costringe oggi a ripensare ad un dibattito degli anni di avvio della giustizia costituzionale, condotto soprattutto da parte della dottrina processual-civilista e che mi ha molto appassionato (si consenta il rinvio ai miei: *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1991, e, anche, *Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale: spunti introduttivi*, in *Giur.it.*, 1990, 480 e ss.) e che è stato ripreso alla fine degli anni ottanta proprio su sollecitazione dello stesso Giudice costituzionale (si richiama, in questa sede, il noto Convegno *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989 e la successiva raccolta degli atti AA.VV., *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale, Atti pubblicati in occasione del Seminario di studi svoltosi a Roma il 13 e il 14 novembre 1989*, Giuffrè, Milano, 1990) sulla natura del processo costituzionale, alla luce della posizione della stessa natura e posizione della Corte costituzionale nel sistema. Rimango convinta che, pur essendo passato del tempo, vi siano alcuni aspetti essenziali da ribadire: la Corte costituzionale non è un giudice in senso proprio, perché i giudici non dispongono del loro processo, come la Corte invece fa, attraverso soprattutto i suoi poteri normativi (pensiamo alla recente riforma del gennaio 2020 delle *Norme integrative* e alle sue potenzialità di trasformazione del giudizio costituzionale e alla recentissima Deliberazione del 22 luglio 2021, di riforma delle Norme Integrative per un processo costituzionale telematico, che entreranno in vigore il prossimo 3 dicembre) e non è neanche un organo politico, agendo “nelle forme e nei limiti” di un processo composto anche di una disciplina di rango costituzionale e ordinario. Non è giudice, perché quando risolve una questione di costituzionalità, i suoi effetti, se di accoglimento, sono generali e la stessa Corte costituzionale ha in più occasioni e, di recente, a partire dalla sentenza n. 10 del 2015 tentato di disciplinarne e di contenerne gli effetti retroattivi. Ma proprio sul tema degli effetti, in assenza di una disciplina di rango costituzionale o

almeno primario, la Corte si scontra con l'impossibilità di rescindere il legame con il giudizio *a quo* e di trattare e gestire il "tempo" come se fosse un legislatore.

È utile oggi riprendere quelle categorie, perché siamo di fronte ad un quadro diverso, dove le spinte per un mondo dei diritti soddisfatto, anche creativamente, soprattutto da Corte costituzionali e giudici, è molto forte. Ma potremmo chiederci, come dottrina, fino a che punto possiamo e dobbiamo sostenere questa spinta o non invece avvertirne e studiarne anche i pericoli. E non tanto per esigenze formaliste (bene fa l'Autrice a sostenere il suo punto di vista, in base al quale le contrapposizioni dogmatiche oggi siano inutili).

A mio avviso si tratta di esigenze di sostanza: proprio se ci poniamo dalla parte di quei "diritti" negati, che davanti a giudici e Corte spingono per essere riconosciuti, è importante mantenere una forte distinzione di ruoli: ciò che può fare il singolo giudice per quei diritti è diverso e più limitato di quello che può fare la Corte; e ciò che può fare la Corte, a sua volta, è infinitamente meno di quello che potrebbe fare il legislatore. Per questo motivo, dovremmo prendere sul serio Massimo Luciani, quando ci invita a recuperare il senso e il gusto di un costituzionalismo "polemico".

Selezionando gli innumerevoli filoni aperti dalla lettura di questo volume, vi è un altro punto di fondo su cui mi piacerebbe ragionare. Mi riferisco all'impatto del "tango" e, cioè, la portata della decisione n. 356 del 1996, con cui la Corte affida ai giudici comuni, in prima battuta, l'attuazione della Costituzione. Afferma, infatti, la Corte che: "le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali" (così il punto n. 4 del *Cons. in Dir.*).

Bene sottolinea Elisabetta Lamarque che questa decisione apre un nuovo capitolo, molto più collaborativo, del rapporto fra Corte e giudici, che da quel momento l'attuazione della Costituzione è "condivisa" e si pongono le basi perché i principi costituzionali possano trovare piena realizzazione nel nostro ordinamento.

Su questo punto mi permetto di introdurre una visione critica: è vero che, dal punto di vista teorico e pratico in molti casi, questa decisione ha finalmente chiamato tutti i giudici alla responsabilità di un'attuazione "in concreto" della Costituzione. Molte vicende hanno quindi avuto un esito positivo, ma ci sono dati che introducono qualche dubbio e altri che non conosciamo ma su cui dovremmo, a mio avviso, indagare.

Senza dubbio, quella decisione ha provocato nel giro di pochi anni una notevole riduzione delle questioni sollevate in via incidentale: questo aspetto, da un lato, potrebbe essere visto positivamente, perché indice di un maggiore ricorso all'interpretazione conforme, che rende inutile la sollevazione della questione, evitando tra l'altro sospensioni dei giudizi e un allungamento dei tempi dei processi principali.

Ma cosa succede veramente davanti ai giudici comuni? Siamo davvero di fronte a giudici con una cultura costituzionale che permea l'interpretazione delle leggi? Giudici che rispondono di fronte alle questioni poste dalle parti?

Non abbiamo statistiche sulle questioni ritenute manifestamente infondate nei giudizi *a quibus*, ma ancora meno su quello che i giudici non prendono neanche in considerazione.

Nella mia limitata esperienza professionale, in questioni che riguardavano diritti fondamentali, come quelle legate alla legge n. 40 del 2004, in tema di fecondazione medicalmente assistita, o di diritti delle coppie *same-sex*, non è facile far sollevare una questione di legittimità costituzionale, ma soprattutto avere una risposta sulla questione. E i diritti nel processo *a quo* sono una zona grigia che dovremmo cercare di analizzare di più, perché è proprio lì che emergono le maggiori necessità di tutela ed è sempre lì che emergono le maggiori lacune, come bene ha dimostrato Costanza Nardocci (il riferimento è a *Il "diritto" al Giudice costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020).

Concludo con un'ultima considerazione che esula dai temi trattati dall'Autrice, ma su cui oggi dovremmo interrogarci: le nostre aule universitarie formano futuri magistrati e avvocate/i in modo idoneo ad affrontare le sfide di una questione che coinvolge principi costituzionali, del modo corretto di interpretare in modo conforme a Costituzione e di fare istanza, come avvocat/o, o sollevare, come giudice, una questione di costituzionalità? Se davvero vogliamo ancora sostenere, come ritiene l'Autrice, insieme a gran parte della dottrina, che il nostro sistema incidentale oggi è ricco ed esaustivo e che non sarebbe utile introdurre forme di ricorso diretto, allora dobbiamo occuparci meglio e di più della formazione costituzionale di chi si troverà di fronte a casi dove la Costituzione va maneggiata con cura.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza *Parrillo c. Italia* (Grande Camera, n. 46470/11, 27 agosto 2015), ha svolto profonde riflessioni sulla natura del nostro sistema e sul "diritto al Giudice costituzionale", che, a suo avviso, il meccanismo incidentale non soddisferebbe pienamente, pregiudicando la salvaguardia dei principi sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (in particolare, si veda, in questo senso, l'opinione parzialmente concorrente dei giudici Casadevall, Raimondi, Berra, Nicolaou, Dedov).

Mi piacerebbe che si potesse davvero rispondere al Giudice europeo con dati certi, che oggi non abbiamo.

REPLICA

ELISABETTA LAMARQUE*

Sono molto grata a Marilisa D'Amico per la sua recensione frutto di una lettura attenta e partecipata, approfondita, autorevole.

È la recensione che tutti gli autori vorrebbero avere, perché aggiunge spunti di riflessione al tema trattato nel libro, allarga lo sguardo e invita al dialogo. Un dialogo che per me è iniziato al tempo della mia tesi di laurea, di cui Marilisa D'Amico è stata relatrice, e ora prende un nuovo avvio, ma certo non termina, con questa breve replica.

Qui vorrei sottolineare solo due punti, tra i molti trattati nella recensione, sui quali mi trovo in perfetta sintonia.

Il primo. È verissimo, come dice molto bene Marilisa, che la storia della giustizia costituzionale italiana è caratterizzata non soltanto dal rapporto con la magistratura, "ma anche e soprattutto dal mancato rapporto e raccordo con il legislatore".

La relazione della Corte costituzionale con il legislatore è l'altra storia, la storia che non ho (ancora) potuto raccontare. La storia "polemica", per riprendere l'efficace aggettivo utilizzato da Massimo Luciani, parallela a quella della relazione con la magistratura e complessa come la vicenda delle "madri parallele" di Almodovar.

È ancora più vero ciò che Marilisa aggiunge subito dopo, che cioè "tutte le tecniche decisorie che la Corte ha sviluppato, introdotto e sta sperimentando anche oggi sono determinate non tanto da una volontà del Giudice costituzionale di uscire fuori dal perimetro assegnatogli dalla Costituzione, quanto soprattutto dall'esigenza di dare risposte alla società, in assenza di risposte dal Parlamento".

Nel mio libro racconto che i giudici, fin dall'inizio unici intermediari tra la società e la Corte costituzionale, hanno via via svolto in modo sempre più efficace questa loro funzione, e tuttora la svolgono molto bene, nonostante il calo numerico delle ordinanze di remissione che si è avuto negli ultimi anni. Tramite i giudici, infatti, ancora oggi tutte le domande di giustizia più scottanti presenti nella società riescono ad arrivare, prima o poi, alla Corte la quale, a sua volta, non fa altro che attrezzarsi per rispondere nel modo più adeguato.

Il secondo punto su cui concordo profondamente con Marilisa è che purtroppo, da avvocati, "non è facile far sollevare una questione di legittimità costituzionale", e che questa difficoltà in gran parte dipende da una carente formazione – direi quasi una carente 'sensibilizzazione' – costituzionale degli studenti universitari, futuri giudici e avvocati.

Aggiungo, però, che neanche la formazione permanente dei magistrati e degli avvocati in materia di giustizia costituzionale mi pare sufficiente.

* Professoressa associata di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca.

Faccio solo un esempio. Nel libro sostengo che ciò che forse più minaccia la buona tenuta, per il futuro, della relazione tra Corte e giudici, sulla quale si fonda l'intero nostro sistema di controllo di costituzionalità, è il dilagare della *sospensione impropria* (pp. 182 ss.).

Con questo nome, come alcuni sanno, si indica quel fenomeno dalla duplice veste, *soft e hard*, che vede i giudici sospendere i propri giudizi in presenza di un dubbio di costituzionalità rilevante e non manifestamente infondato senza sollevare la questione davanti alla Corte costituzionale, qualora la medesima questione sia stata già sollevata da altro giudice e si sia in attesa della risposta della Corte.

Quando mi è capitato di insegnare alla Scuola Superiore della Magistratura o di parlare di questo fenomeno con qualche magistrato o avvocato, ho sempre riscontrato che nessuno aveva mai spiegato loro che la sospensione impropria non dovrebbe mai essere praticata, e ciò non solo perché non è prevista dalle norme processuali comuni e contraria alle poche norme positive sul sistema incidentale di controllo di costituzionalità, ma anche perché gravemente dannosa, per i motivi che qui non intendo ripetere, al buon funzionamento del sistema.

Ora mi sono accorta, per fortuna, di non essere più la sola a denunciare il fenomeno. Anche Vittorio Angiolini, ad esempio, ha criticato questa pratica diffusa nella sua relazione introduttiva proprio al convegno del Gruppo di Pisa di Milano dello scorso 12 novembre.

Ma forse è giunto il momento, per tutti noi costituzionalisti che abbiamo una responsabilità istituzionale nella formazione dei giuristi, di impegnarci seriamente nella battaglia contro questa pratica.