

IL CONCETTO DI AZIONE NELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

Gian Luca Conti*

Il concetto di azione nella giustizia costituzionale è stato elaborato dai processualisti come se fosse possibile ipotizzare una situazione soggettiva astrattamente riferibile alla legittimità costituzionale degli atti sottoposti alla Costituzione o comunque si potesse costruire un processo costituzionale delle libertà intorno alla categoria della pregiudizialità. Il senso di un sistema di giustizia costituzionale è definire la quantità di moto che è consentita a una Costituzione rigida che se fosse perfettamente rigida sarebbe anche definitivamente immobile e necessiterebbe di un sindacato meramente negativo ma onnipotentemente pervasivo. In Italia, le modalità di accesso e le regole processuali definiscono il limite e il fondamento della rigidità costituzionale: un giudice delle leggi che non abbia altri limiti che la propria prudenza interferisce con la sovranità costituente. Il concetto di azione non può essere inteso come proiezione processuale di una signoria della volontà tutelata dall'ordinamento costituzionale per il tramite della giustizia costituzionale perché le modalità di accesso sono le tecniche con cui l'ordinamento costituzionale contiene l'infinita capacità di espansione della giustizia costituzionale. Nei giudizi in via di azione, è evidente il ruolo della Corte costituzionale come strumento di costante (e dinamica) verifica del corretto innestarsi della forma di governo sulla forma di Stato che la crisi della rappresentanza politica ha esasperato. L'emergere di una democrazia contenziosa unisce il processo incidentale ai giudizi in via di azione tratteggiando una dinamica in cui i bisogni di giustizia politica che le ideologie non riescono più a gestire per mezzo della rappresentanza politica vengono immessi nel circuito della giustizia costituzionale che li sintetizza con un processo che rappresenta la nomopoiesi. Può stupire, scandalizzare e, persino, offendere che l'organo costituzionale chiamato a vigilare affinché il principio maggioritario per come si esprime per mezzo del circuito rappresentativo non oltrepassi i vincoli derivanti dalla forma di Stato svolga una funzione di (vigile, sofferta e consapevole) supplenza che ne tradisce la missione ma sembra essere lo stato delle cose.

* Università di Pisa, gianluca.conti@unipi.it

Contributo sottoposto a double blind peer review ai sensi dell'art. 4 c. 4 del Regolamento della Rivista



Parole chiave: Azione; Giustizia costituzionale; Rappresentanza politica; Crisi della democrazia; Democrazia contenziosa; Interesse ad agire.

THE CONCEPT OF ACTION IN CONSTITUTIONAL JUSTICE

The notion of action within constitutional justice has been developed by procedural theorists as if it were possible to conceive of a subjective legal position abstractly related to the constitutional legitimacy of acts subject to the Constitution, or, alternatively, as if a constitutional process of liberties could be constructed around the category of prejudiciality. The rationale of a system of constitutional justice lies in determining the degree of movement permitted to a rigid constitution: for a constitution that were perfectly rigid would also be entirely immobile, and would therefore require a merely negative, yet pervasively omnipotent, form of review. In the Italian system, the procedural mechanisms of access and the rules governing constitutional adjudication define both the limit and the foundation of constitutional rigidity. A constitutional court that recognises no constraint other than its own prudence risks encroaching upon the sphere of constituent sovereignty. The concept of action, therefore, cannot be understood as the procedural projection of an individual will be safeguarded by the constitutional order through constitutional justice. Rather, the modalities of access represent the techniques through which the constitutional order contains the potentially boundless expansion of constitutional adjudication. In actions of direct challenge, the Constitutional Court assumes a pivotal role as a means of continuous — and dynamic — verification of the proper alignment between the form of government and the form of state, a relationship that the crisis of political representation has brought into sharp relief. The emergence of a contentious democracy thus links incidental proceedings with direct actions, delineating a dynamic in which the demands for political justice — no longer mediated by ideology or manageable through representative institutions — are channelled into the sphere of constitutional justice. Through this process, such demands are synthesised within a framework that performs a function of nomopoiesis — the creation of legal norms through adjudication. It may appear unsettling, even paradoxical, that the constitutional body entrusted with ensuring that the majority principle, as expressed through representative mechanisms, does not transgress the limits inherent in the form of the state, should find itself performing a (vigilant, reluctant, yet conscious) function

of substitution. Such a function arguably betrays the Court's foundational mission, yet also reflects the current condition of constitutional democracy.

Keywords: Action; Constitutional Justice; Political Representation; Crisis of Democracy; Contentious Democracy; Legal Standing.

SOMMARIO: 1. Il concetto di azione non si applica alla giustizia costituzionale. – 2. Il concetto di azione nella pregiudizialità costituzionale. – 3. Il concetto di azione oltre la pregiudizialità costituzionale. – 4. Dal concetto di azione nella giustizia costituzionale all’azione nel prisma della giustizia costituzionale. – 5. La posizione processuale delle parti nei giudizi in via di azione.

1. IL CONCETTO DI AZIONE NON SI APPLICA ALLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

Nella dottrina classica del processo civile, il concetto di azione è strettamente inerente alla ideologia della illimitata strumentalità del processo.

Il processo è lo strumento attraverso il quale, secondo la sistematica chiovendiana, la volontà astratta di legge si fa concreta e questo perché la volontà concreta di legge che avrebbe dovuto assicurare per la spontanea osservanza che le è dovuta – vuoi per effetto della esecutorietà della legge, vuoi per effetto del principio di buona fede inteso come solidarietà, un bene della vita a un determinato soggetto – è restata inattuata.

Il processo, perciò, è lo strumento per ottenere tutto ciò e solo ciò che si avrebbe avuto diritto di ottenere per effetto di una situazione giuridica soggettiva al cui fondo vi è la pretesa di ottenere un determinato bene della vita, una determinata utilità.

L’azione è la proiezione in senso soggettivo di questo modello: il diritto di ottenere attraverso il processo esattamente ciò che si avrebbe avuto diritto di ottenere se il diritto di azione non fosse stato costretto a sorgere.

Di conseguenza, il confine fra la situazione soggettiva sostanziale e il diritto di azione è l’interesse ad agire, *interesse al processo* lo si definì in un saggio che ha compiuto venticinque anni¹, mentre la titolarità è la legittimazione e l’ideologia della illimitata strumentalità domina il complesso prisma della possibilità giuridica.

¹ Vedi, volendo, G.L. CONTI, *L’interesse al processo nella giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000. Sul tema, però, sono da richiamare le acute osservazioni di Padula (C. PADULA, *L’asimmetria del giudizio in via principale*, Padova, Cedam,

Così vuoi le *Istituzioni*, vuoi i *Principi di diritto processuale* con cui il Chiovenda che mutuava le categorie sviluppate oltre il Brennero dal Wach formarono la dottrina processualcivilistica del tempo, altrimenti ferma nelle impostazioni di derivazione transalpina del Mortara.

In questo modello, l'azione è disegnata dall'interesse ad agire e l'interesse ad agire è la situazione soggettiva sostanziale considerata dal punto di vista della torsione che genera il bisogno di tutela².

Se si cerca l'origine della progressiva perdita di importanza dell'interesse ad agire, probabilmente si trova proprio quella feroce disputa fra il Carnelutti e il Satta alla quale accenna il saggio introduttivo di questo fascicolo e l'idea di azione che fu propria di Calamandrei: l'interesse ad agire svolge una funzione unificante che si pone in contrasto con la visione relativizzante e analitica del diritto di azione sviluppata dal Maestro fiorentino.

Anche per Calamandrei³, le forme processuali concorrono a disegnare le aspettative che sono sottoposte alla giurisdizione come bisognose di tutela, ma questo è possibile perché il diritto al processo è autonomo rispetto al bisogno di tutela sostanziale⁴ e consiste unicamente nel diritto ad ottenere, dopo aver ritualmente instaurato un processo, una pronuncia

2001; ID. *La Corte costituzionale e l'interesse a ricorrere nel giudizio in via principale: verso la fine delle oscillazioni?*, in *Le Regioni*, n. 4, 2006, pp. 769 ss.; ID., *Riflessioni sull'interesse al ricorso e cessazione della materia del contendere*, in *Consulta Online*, n. III, 2024, pp. 1006 ss.).

² Si soffermano sui complessi problemi posti dalla perdita di centralità della teoria dell'azione nella ricostruzione dell'interesse ad agire, Locatelli (F. LOCATELLI, *Problemi attuali dell'interesse ad agire*, Milano, Giuffrè, 2024) e Marinelli (M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100, c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, Alcione, 2004).

³ La citazione, come quelle che seguono, è al saggio qui ripubblicato nell'edizione delle *Opere giuridiche* (Padova, Cedam, 1948): *La relatività del concetto di azione* era stata pubblicata per la prima volta in *Riv. dir. proc.*, 1938: «Il concetto di azione non ha valore assoluto, ma relativo; esso non esiste fuori dell'ordinamento positivo, dal quale riceve forma e contenuto. Parlare di un diritto di azione in senso universale ed astratto è errore: vi è azione soltanto nella misura in cui l'ordinamento positivo la riconosce».

⁴ «L'azione non è il diritto sostanziale in moto, ma un diritto distinto, autonomo, che spetta a chiunque domandi al giudice una pronunzia, quand'anche la sua pretesa sia infondata. Non si ha difetto di azione, ma soltanto rigetto della domanda».

nel merito delle domande – e nei limiti delle domande – che si sono poste al giudice⁵.

C’è pur sempre l’ideologia della illimitata strumentalità del processo, né mai Calamandrei si sottrasse all’insegnamento di Chiovenda, ma questo non riguarda le condizioni dell’azione, bensì la struttura del provvedimento finale del processo, particolarmente di condanna.

In Calamandrei appare presupposta l’impostazione carneluttiana per cui l’esercizio della giurisdizione è sovranità vincolata⁶ perché il giudice può esercitare il potere di definire il contenuto concreto di una volontà astratta di legge solo nella misura in cui gli è imposto dalla necessità di rispondere al bisogno di giustizia manifestato delle parti processuali.

Ma un tanto può riguardare unicamente il processo civile, al cui nuovo codice Calamandrei mentre scriveva della relattività del concetto di azione dettava, con Carnelutti, Redenti e Conforti, la Relazione – rimasta intestata, com’è prassi, al guardasigilli, Grandi –, ovvero la teoria generale del processo, che in quegli anni veniva in qualche modo tratteggiata da Carnelutti, fedele alla spinta sistematica chiovendiana, e, nello stesso tempo, superata dai monumentali sforzi analitici dell’Andrioli o dello stesso Satta.

Il concetto di azione, secondo Calamandrei, è affatto estraneo al processo costituzionale: lì, per il maestro fiorentino che sofferma il proprio pensiero sul giudizio in via incidentale, non vi sarebbe spazio per il diritto di azione, neppure inteso in senso astratto come mero interesse a una pronuncia sulla domanda della parte che rivolge al giudice il proprio bisogno di giustizia, dal momento che il diritto di azione presuppone l’esistenza di una parte che agisce per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi,

⁵ «Il diritto di azione consiste non già nel diritto di conseguire il bene della vita domandato, ma nel diritto di provocare dal giudice una decisione su di esso: decisione che può essere favorevole o sfavorevole, ma che non può essere negata.» o ancora «L’azione è dunque diritto a una pronuncia giurisdizionale, non diritto al riconoscimento del proprio assunto. È perciò che il concetto di azione è relativo: varia con la disciplina che l’ordinamento positivo ne stabilisce e non tollera definizioni assolute».

⁶ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, Società Ed. del «Foro Italiano», III ed. 1951, pp. 52 ss.; M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 103, nota 327.

non importa in questo caso se esistenti o meramente affermati, per effetto della considerazione in senso astratto delle condizioni dell'azione⁷, e nel processo costituzionale non è ipotizzabile una situazione soggettiva individuale bisognosa di tutela perché nessuno vanta un interesse giuridicamente qualificato attraverso la protezione giurisdizionale alla costituzionalità delle leggi. Sarebbe come dire che un qualsiasi cittadino ha il diritto di esigere da parte del legislatore deliberazioni legislative costituzionali, il che, peraltro, recentemente, è quasi accaduto⁸.

Nello stesso tempo il giudicato in senso sostanziale come definitiva attribuzione di un certo bene della vita a un determinato soggetto non può essere esteso sino a ricoprendere la pretesa alla costituzionalità della legge, rispetto alla quale l'attribuzione del bene della vita in gioco a colui che vi ha interesse è una conseguenza meramente occasionale.

⁷ P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, Cedam, 1950, part. pp. 52 ss. Con timidezza di nota, la ricostruzione in senso astratto delle condizioni dell'azione è una conseguenza del sempre maggiore rilievo sostanziale del giudicato nella teoria del processo sviluppatasi a partire dagli studi dell'Allorio (E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, Giuffrè, 1932, rist. 1992 nella collana intestata alla Fondazione Piero Calamandrei, il cui primo volume sarà oggetto delle considerazioni che seguono nel testo).

⁸ In questi esatti termini, Corte cost., sent. n. 35/2017, di cui non è il caso di richiamare le glosse che la dottrina non ha fatto mancare.

Tale sentenza nasce da un giudizio promosso con ricorso ai sensi dell'art. 702-bis, c.p.c. da alcuni cittadini italiani iscritti nelle liste elettorali del Comune di Messina, i quali avevano convenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri e il Ministro dell'Interno, affinché venisse riconosciuto e dichiarato «il loro diritto soggettivo di elettorato, per partecipare personalmente, liberamente e direttamente, in un sistema istituzionale di democrazia parlamentare, con metodo democratico ed in condizioni di libertà ed egualianza, alla vita politica della Nazione, nel legittimo esercizio della loro quota di sovranità popolare, così come previsto e garantito dagli artt. 1, 2, 3, 24, 48, 49, 51, 56, 71, 92, 111, 113, 117, 138 Cost. e dagli artt. 13 CEDU (Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo), 3 Protocollo CEDU, entrambi ratificati in Italia con l. 4 agosto 1955, n. 848», affinché fosse riconosciuto e dichiarato che l'applicazione della l. n. 52 del 2015 «risulta gravemente lesiva dei loro diritti come sopra indicati, ponendosi in contrasto con le superiori disposizioni costituzionali» e, di conseguenza, affinché il giudice adito disponesse «la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale».

Si è molto vicini a quella che Cappelletti definiva, secondo la dottrina tedesca, *Richterklage o Popularklage* (M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 141).

Di conseguenza, per Calamandrei, nel processo costituzionale si ha una forma di applicazione del diritto dominata da un interesse talmente superiore da non poter essere offuscato da una situazione soggettiva e, coerentemente, tale processo non è esercizio di giurisdizione⁹.

Insomma, nella logica dell'Autore di cui qui si ripubblicano alcune delle pagine più significative per lo sviluppo della teoria del processo, del concetto di azione nel processo costituzionale non è il caso di discutere di talché queste pagine si potrebbero fermare qui con buona pace sia del lettore che dell'autore.

2. IL CONCETTO DI AZIONE NELLA PREGIUDIZIALITÀ COSTITUZIONALE

Cappelletti, che di Calamandrei fu uno degli ultimi allievi, insieme a Barile e Predieri con i quali frequentava le stanze di Borgo Pinto 80, ove il Maestro fiorentino aveva studio, nella monografia dedicata alla pregiudizialità costituzionale, pubblicata come primo volume della collana sostenuta dalla Fondazione intestata a Calamandrei dopo la sua prematura scomparsa, ritorna sull'argomento e lo svolge con ben altro piglio rispetto al suo Maestro¹⁰, il quale peraltro ha sempre manifestato un'estrema tolleranza per le opinioni dissensienti dei suoi allievi.

Per Cappelletti, l'idea di azione nel processo costituzionale deve essere intesa a partire dal concetto di processo costituzionale delle libertà: il processo costituzionale non risolve la questione di legittimità costituzionale dalla cui soluzione dipende l'aggiudicazione del bene della vita di cui si discute nel giudizio *a quo*, bensì la questione che riguarda l'ammissibilità costituzionale dello *status subiectionis* a una norma primaria – della cui conformità a Costituzione è possibile dubitare in termini non manifestamente irragionevoli – in cui si trova il giudice del giudizio *a quo* similmente a qualsiasi altro giudice che dovrebbe applicare quella stessa

⁹ P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, cit., p. 57.

¹⁰ M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, cit., pp. 137, 143 e 183, ma *passim*.

norma primaria per risolvere il bisogno di tutela giurisdizionale che gli è stato dedotto, di talché l'oggetto del giudizio costituzionale in via incidentale non è la norma primaria sospettata di incostituzionalità in rapporto ai parametri invocati, bensì una *subiectio civium*¹¹.

Difatti, il giudice *a quo* può sollevare la questione di legittimità costituzionale anche nel caso in cui nessuna delle parti sollevi la relativa eccezione e persino se si oppongano¹².

Soprattutto, vi sarebbero precisi argomenti per escludere che il processo incidentale di legittimità costituzionale delle norme primarie costituisca uno strumento giurisdizionale a garanzia del bisogno di giustizia che ha determinato la lite¹³ o l'affare nel cui corso è stata pronunciata l'ordinanza di rimessione.

In questo senso, l'art. 21 delle *Norme Integrative* per il quale la sospensione, l'interruzione e l'estinzione del processo principale non producono effetti sul giudizio davanti alla Corte costituzionale¹⁴. Se le vicende del giudizio *a quo* non producono alcun effetto sul processo costituzionale

¹¹ Ivi, p. 24. Vale la pena aggiungere che per Cappelletti, nel caso del processo costituzionale, l'oggetto del processo sarebbe più ampio della giurisdizione della Corte costituzionale nel senso che vi sarebbero leggi incostituzionali che dovrebbero essere applicate come soluzione di una controversia da soggetti che non possono sollevare la questione di legittimità costituzionale, con la conseguenza che tali soggetti dovrebbero disapplicare la disposizione di rango primario che considerano incostituzionale (ivi, p. 87).

¹² Più precisamente, se le parti non ritengono la questione rilevante o non manifestamente infondata e il giudice *a quo* sollevi la questione, non vi è spazio per altro rimedio che non sia la più sollecita possibile pronuncia del giudice delle leggi. Ove invece le parti ritengano una questione rilevante e non manifestamente infondata, l'opposta decisione del giudice *a quo* è sottoposta agli ordinari mezzi di impugnazione.

¹³ Cappelletti ricorda l'insegnamento di Montesano (L. MONTESANO, *Leggi incostituzionali, processo e responsabilità*, in *Foro it.*, 1952, IV, pp. 146 ss., p. 173) per il quale: «l'incostituzionalità della legge può essere oggetto di questione ma non di lite. In termini più precisi, l'accertamento sulla validità costituzionale di una norma legislativa può costituire la soluzione della *questione di una lite* ma non esistono né una lite fra il cittadino e il legislatore né un'applicazione giurisdizionale di sanzioni contro l'atto incostituzionale».

¹⁴ Si richiamano le *Norme Integrative* nell'attuale numerazione risultante dalla loro pubblicazione nel 2021: l'art. 21 citato nel testo, all'epoca in cui scriveva Cappelletti, era il 22. Questa avvertenza vale anche per le successive citazioni.

si ha che il processo costituzionale è del tutto sganciato dal bisogno di giustizia espresso nel giudizio *a quo*¹⁵.

Tant'è che, ai sensi dell'art. 23, l. n. 87/1953, la questione viene sollevata con un'ordinanza del giudice *a quo* che, come si è appena osservato, è assolutamente indipendente dall'eccezione di una delle parti del processo, ovvero la questione viene ad esistere dinanzi alla Corte costituzionale per il solo fatto che le sia trasmessa l'ordinanza del giudice *a quo* unitamente al fascicolo del processo senza che vi sia spazio per alcun atto di impulso rimesso alle parti del giudizio che possono unicamente costituirsi nel processo costituzionale ove, particolarmente all'epoca di questi scritti, svolgono un'attività assai limitata¹⁶, mentre il processo costituzionale può ben procedere anche nel caso in cui nessuno si costituisca per effetto di quanto stabilito all'art. 26³, l. n. 87/1953¹⁷.

Inoltre, una volta cessata la causa di sospensione perché il processo costituzionale è stato deciso, sono le parti del giudizio *a quo* che devono riassumere il processo dinanzi al giudice competente con due conseguenze significative: da una parte, il processo costituzionale si svolge indipendentemente dalla sua utilità per il giudizio *a quo* dal momento che questo potrebbe non essere riassunto. Dall'altra, la decisione della Corte costituzionale sulla questione di legittimità costituzionale rilevante per la pronuncia sul bisogno di giustizia oggetto del giudizio *a quo* impone alle parti di quel processo di valutare nuovamente se hanno interesse alla decisione perché mutando, per effetto della interpretazione della Corte, il significato della norma rilevante per decidere, colui che inizialmente aveva manifestato interesse alla decisione, sulla base della norma come originariamente interpretata, potrebbe non avervi più interesse¹⁸.

E tutto questo sarebbe confermato dal fatto che, contrariamente a quanto previsto per i giudizi incidentali di legittimità costituzionale, nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale è previsto che la rinuncia del ricorrente in via principale, se accettata da tutte le parti del

¹⁵ M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, cit., p. 121.

¹⁶ *Ivi*, pp. 95 ss.

¹⁷ *Ivi*, p. 137.

¹⁸ *Ivi*, pp. 122 – 123 e pp. 228 ss.

processo costituzionale, determina l'estinzione del giudizio, che, secondo l'Autore, in questo caso, costituisce una lite la cui decisione dipende esattamente dalla soluzione del problema di costituzionalità posto alla Corte dal ricorrente che è, in questo caso, l'oggetto del processo.

Nel pensiero di Cappelletti, insomma, la questione di legittimità costituzionale è una questione pregiudiziale che, una volta sollevata ai sensi dell'art. 23, legge 87/1953, vive di vita propria e questo contraddice inevitabilmente l'idea di azione come bisogno individuale meritevole di tutela attraverso il processo¹⁹.

Il processo costituzionale delle libertà, insomma, per Cappelletti, non riguarda i titolari delle libertà ma piuttosto lo *status subjectionis* della magistratura nel suo complesso a quelle norme che violano le libertà individuali e rivela la sua natura se si riflette che, una volta entrata in vigore la Costituzione, secondo l'impostazione di Calamandrei, non vi è più spazio per l'applicazione di norme incostituzionali.

Più precisamente, sembra di poter affermare che la porzione di sovranità affidata alla magistratura viene ad essere limitata non solo dalla domanda delle parti del processo, secondo l'impostazione carneluttiana, ma soprattutto dalla Costituzione che impedisce loro di applicare norme che ritengono incostituzionali senza avere prima sollevato la relativa questione dinanzi alla Corte.

E' interessante osservare che nel caso in cui la giurisdizione non sia esercizio di sovranità perché devoluta a un collegio arbitrale anche questo non potrebbe applicare la legge incostituzionale ma, nella impossibilità di sollevare la relativa questione, dovrebbe disapplicarla²⁰, il che conduce a

¹⁹ Per questa ragione, nello schema di Cappelletti, il problema della *fictio litis* dovrebbe trovare una soluzione opposta a seconda che lo si ponga dinanzi al giudice *a quo* il quale non potrebbe non rilevare l'inammissibilità, l'irricevibilità o comunque l'improcedibilità della domanda perché l'interesse ad agire che si fonda sulla mera incostituzionalità della norma che decide della controversia non trova alcuna azione, o che lo si ponga dinanzi alla Corte costituzionale, la quale non potrebbe non prendere atto del fatto che tale giudizio appartiene alla esclusiva cognizione del giudice *a quo*. Sul punto, l'Autore cita criticamente Corte cost., sent. n. 48/1957 (ivi, pp. 66 ss., part. 68).

²⁰ *Ivi*, p. 87, ma è interessante osservare che sul punto Cappelletti si affida all'autorità dell'Esposito della Validità della legge (C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*.

configurare il sindacato di legittimità costituzionale della legge come una questione di rigidità della Costituzione e, perciò, di efficacia della legge in contrasto con la Costituzione e, naturalmente, allontana ulteriormente dal concetto di azione inteso come lo si intende nella scienza del diritto processuale.

In questa impostazione, è solo il giudice *a quo* che, attraverso il giudizio di rilevanza e di non manifesta infondatezza, può sollevare la questione di legittimità costituzionale che, perciò, è, da un lato, la conseguenza della inefficacia della legge incostituzionale e, dall'altro, della riserva di competenza a conoscere dell'efficacia della Costituzione, ovvero della sua rigidità, in favore della Corte costituzionale, di talché se vi deve essere esercizio di un'azione dinanzi al giudice *a quo*, perché altrimenti la questione di legittimità costituzionale non potrebbe essere rilevante, non vi può essere alcuna azione in senso processuale delle parti dinanzi alla Corte costituzionale.

Ciò che conta è, nel pensiero di Cappelletti, la pretesa del giudice *a quo* di sottrarre se stesso e l'intero ordinamento a uno *status subjectionis* in

Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale, Milano, Giuffrè, 1934, pp. 36 ss.; pp. 41 ss.; pp. 50 ss.). Vedi, oggi, almeno Corte cost., sent. n. 376/2001: «Ai limitati fini che qui interessano, e senza addentrarsi nella complessa problematica relativa alla natura giuridica dell'arbitrato rituale, basta osservare che l'arbitrato costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria. Sotto l'aspetto considerato, il giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie. - Il dubbio sulla legittimità costituzionale della legge da applicare non è diverso, in linea di principio, da ogni altro problema che si ponga nell'itinerario logico del decidente al fine di pervenire ad una decisione giuridicamente corretta: anche le norme costituzionali, con i loro effetti eventualmente invalidanti delle norme di legge ordinaria con esse contrastanti, fanno parte del diritto che deve essere applicato dagli arbitri i quali - come ogni giudice - sono vincolati al dovere di interpretare le leggi *secundum Constitutionem*. - In un assetto costituzionale nel quale è precluso ad ogni organo giudicante tanto il potere di disapplicare le leggi, quanto quello di definire il giudizio applicando leggi di dubbia costituzionalità, anche gli arbitri - il cui giudizio è potenzialmente fungibile con quello degli organi della giurisdizione - debbono utilizzare il sistema di sindacato incidentale sulle leggi».

contrasto con l'efficacia della Costituzione²¹ e alla Corte costituzionale spetta il potere di accertamento della legittimità costituzionale della legge che, per effetto dell'art. 30, legge 87/1953, ha natura costitutiva.

In definitiva, il concetto di azione non trova alcuno spazio nel processo costituzionale delle libertà se non come azione del giudice dinanzi alla Corte costituzionale nel senso che si è cercato di precisare.

3. IL CONCETTO DI AZIONE OLTRE LA PREGIUDIZIALITÀ COSTITUZIONALE

È indubbio che Cappelletti ha, in un certo senso, concluso la stagione dei processualcivlisti che studiano le categorie del processo costituzionale.

Dopo Cappelletti, i processualcivlisti sono tornati essenzialmente alle problematiche connesse al processo civile e la giustizia costituzionale è stata studiata essenzialmente dai costituzionalisti, taluni dei quali, com'è noto, hanno avuto come obiettivo quello di assicurare al "non sistema" della giustizia costituzionale una prevedibilità simile a quella che è tipica delle Sezioni Unite Civili quando si occupano delle norme del codice di procedura civile in materia di esecuzione forzata.

Vi è al fondo della tesi di Cappelletti, però, qualcosa che continua a essere attuale e che sollecita una riflessione non meramente storica o di carattere estemporaneo.

Insomma, il problema dell'azione nel processo costituzionale continua ad agitarsi e chiedere attenzione perché è forte il bisogno di giustizia che evoca: se l'ordinamento riconosce una situazione soggettiva in quanto la stessa è tutelata dall'ordinamento anche nella sua proiezione processuale per effetto della Costituzione, come può l'ordinamento non riconoscere anche al singolo bisogno di tutela la cui *causa petendi* è la violazione della Costituzione una tutela altrettanto piena?

²¹ *Ivi*, p. 144 e p. 150, ma *passim*.

Perché ho il pieno diritto di ottenere il risarcimento quando il danno che ho subito è stato causato da un illecito e non ho lo stesso diritto se l'illecito è una norma primaria incostituzionale?

Di solito, questo problema si risolve diversamente nel giudizio incidentale e nei giudizi in via di azione mentre si ritiene che non abbia ragione di porsi nel giudizio di ammissibilità dei referendum e la giustizia politica affidata alla Corte ovviamente pone questioni affatto diverse.

Il nodo principale, però, è completamente diverso e risiede nel concetto di rigidità costituzionale che si adotta. La causa della rigidità costituzionale è solitamente ricondotta all'esistenza o meno di un procedimento aggravato di revisione del testo costituzionale secondo il modello degli artt. 138 e 139, Cost.²².

Sicuramente questo, sia pure con alcuni accorgimenti, può essere detto a proposito dello Statuto albertino²³: sebbene i casi che di solito si portano per dimostrare la sua flessibilità, ovvero l'adozione della bandiera tricolore in luogo di quella azzurra di casa Savoia (art. 77, Statuto) e la piena emancipazione degli ebrei di cui al r.d. 29 marzo 1848, n. 688, possono essere meno rilevanti di altri.

Soprattutto però affermare che causa della rigidità costituzionale è l'esistenza di un procedimento aggravato di revisione è scambiare l'origine dell'istituto con la sua conseguenza: il procedimento aggravato di revisione è la conseguenza della rigidità della Costituzione, non la sua causa,

²² Sulla causa della rigidità costituzionale, sono essenziali le riflessioni di Pace (A. PACE, *La «naturale» rigidità delle costituzioni scritte*, in *Giur. cost.*, n. 6, 1993, pp. 4085 ss.; ID., *In difesa della «naturale» rigidità delle costituzioni scritte*, in *Giur. cost.*, n. 2, 1995, pp. 4085 ss.; ID., *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello Statuto albertino e di qualche altra Costituzione*, Padova, Cedam, 1995; II ed., Padova, 1996; ID., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, Cedam, 1997; II ed., Padova, 2002). In realtà, il tema della rigidità ha a che fare essenzialmente con l'art. 138, Cost., poiché l'art. 139 sta unicamente lì a dire che la forma repubblicana non può essere modificata che con un plebiscito del tutto simile al referendum del 2 giugno 1946 e ai plebisciti di annessione con cui si è posta fine alle guerre di indipendenza del Regno di Sardegna (C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, p. 5).

²³ Su cui, vedi: R. FERRARI ZUMBINI, *Tra norma e vita. Come si forma una Costituzione tra diritto e sentire comune*, Roma, Luiss, 2019.

intesa nel senso della funzione che la rigidità costituzionale svolge all'interno del complesso sistema delle fonti che regolano la forma di Stato²⁴.

Se si riflette che nella nostra Costituzione la forma di Stato non può essere considerata autonoma rispetto alla forma di governo perché lo scopo della forma di governo è realizzare i valori affermati nella forma di Stato, come si dirà meglio più avanti, allora, una costituzione rigida non è una costituzione resa intangibile dalle complicazioni delle procedure previste per la revisione costituzionale, secondo uno schema che fu caro alla dottrina costituzionale repubblicana francese fra il 1792 e il 1794.

Il collegamento fra forma di Stato e forma di governo non è affatto immobile ma muta con il mutare del tempo e l'evolversi del sistema politico: la rigidità della Costituzione, perciò, consiste nell'affidare la verifica della costituzionalità delle norme primarie e dei comportamenti in grado di interferire nel corretto scorrere e divenire delle autonomie costituzionali a un giudice delle leggi.

Se è così, in una Costituzione perfettamente rigida, che, perciò, non tollera la possibilità che vi siano norme subcostituzionali in contrasto con quanto la stessa Costituzione prescrive, non vi è alcuna ragione che renda ragionevole una limitazione del sindacato del giudice delle leggi.

²⁴ Per l'applicazione del concetto civilistico di causa alla rigidità costituzionale, si è debitori di Santini (G. SANTINI, *Spigolature storiche sulla rigidità costituzionale. A partire da uno studio di Alessandro Pace*), in corso di affinamento ai fini della successiva pubblicazione. Scrive, poi, Cardone: «la rigidità costituzionale non è un dato perenne, monolitico e formale, ma dipende dalla sostanza delle norme costituzionali di cui essa viene predicata e in relazione alle quali viene valutata. E questo indipendentemente dall'esistenza di una procedura aggravata di revisione costituzionale e dalla sua inderogabilità. Il procedimento di revisione, infatti, non è elemento costitutivo della rigidità, ma una sua garanzia. La rigidità non può che riposare altrove, sulla resistenza che la fonte di legittimazione della costituzione è in grado di offrire al cambiamento: solo essa può attribuire alla Costituzione stabilità nel tempo». A. CARDONE, «*Dimmi quanto è rigida la tua costituzione e ti dirò come intendere il suo procedimento di revisione*». *Brevi note sul rapporto tra forma e sostanza nella revisione costituzionale*, in ID. (a cura di), *Le proposte di riforma della Costituzione. Seminario fiorentino 13 febbraio 2014*, Napoli, ESI, part. 270, ma sul punto vedi già le osservazioni dell'A. in ID., *La “terza via” al giudizio di legittimità costituzionale. Contributo al controllo di costituzionalità degli statuti regionali*, Milano, Giuffrè, 2007, part. 405 ss.). In questo senso, ad avviso di chi scrive, si può parlare di giustizia costituzionale in una liberaldemocrazia parlamentare, lasciando la legislazione negativa ai cultori della teoria generale del diritto.

Questo sindacato dovrebbe essere il più ampio possibile perché nessuna legge che si ponga in contrasto con la Costituzione dovrebbe essere considerata ammissibile.

È la logica di Esposito che considera invalide le leggi incostituzionali.

L'esistenza di un sindacato costituzionale accentratore che definisce in termini processuali le modalità di accesso alla giustizia costituzionale e, quindi, di un "non sistema", nel caso italiano, di procedure che condizionano la pronuncia del giudice delle leggi è, in definitiva, il fondamento e il limite alla rigidità della Costituzione.

Più precisamente costituisce il fondamento della rigidità costituzionale perché la Costituzione è rigida nel momento in cui le norme che la modificano senza rispettare le regole stabilite per la revisione trovano un sindacato ma rappresenta anche un limite delle rigidità che vale nella misura in cui il sindacato della Corte è possibile.

In altre parole, se la Costituzione italiana del 1948 fosse una costituzione perfettamente rigida, questa costituzione non dovrebbe conoscere alcun limite al sindacato delle norme che trovano in quella costituzione la propria fonte di riconoscimento e, perciò, vuoi al loro annullamento, vuoi alla loro disapplicazione.

Tuttavia le lacune nell'accesso alla giustizia costituzionale ci sono e sono evidenti²⁵

Questa affermazione porta a un ragionamento circolare del genere: se la Costituzione è rigida, è necessario un giudice della conformità a Costituzione; il giudice della conformità a Costituzione, inevitabilmente, soffre delle lacune poste dall'accesso ma anche delle regole processuali che caratterizzano il suo funzionamento; la Costituzione, perciò, non può essere considerata rigida o meglio completamente rigida per effetto del malfunzionamento del suo custode²⁶.

²⁵ Vedi, ovviamente, gli atti del convegno del Gruppo di Pisa del 1999 sull'accesso alla giustizia costituzionale A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (a cura di), *Prospettive dell'accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1999, e R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale, caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, ESI, 2006.

²⁶ Sulle antinomie e le contraddizioni che caratterizzano la Costituzione italiana: P.G. GRASSO, *Il potere costituente e le antinomie del diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2006.

È ovviamente una risposta insoddisfacente.

Allora sembra di poter intravedere un modo diverso di intendere il giudizio incidentale di legittimità costituzionale: la Corte costituzionale è, fra le altre cose, il giudice delle leggi, ad essa spetta ai sensi dell'art. 134, Cost. il controllo della legittimità costituzionale di tutte le norme primarie.

Questa attribuzione è, in astratto, illimitata, ma se questa attribuzione fosse, in concreto, illimitata, allora si avrebbe che l'esercizio della sovranità si trasferisce dalla Costituzione alla Corte costituzionale. Il potere costituente, infatti, si sospende nel momento in cui organizza la sovranità dandole una determinata forma che è la Costituzione. Ma se non esistessero limiti al sindacato della Corte costituzionale, sarebbe la Corte costituzionale a conformare senza sosta la sovranità secondo sempre nuove forme e questo non è naturalmente ammissibile in un sistema la cui Costituzione è scritta e rigida. Una Corte costituzionale che può intervenire in qualsiasi momento ponendo nel nulla la volontà del Parlamento indipendentemente da qualsiasi bisogno di giustizia che giustifichi il suo intervento è una Corte costituzionale sovrana.

E un giudice delle leggi che non abbia altro limite che la propria prudenza rischia di distruggere la propria legittimazione a causa della sua onnipotenza.

Di conseguenza, l'art. 23, legge 87/1953 e, soprattutto, l'art. 1, legge cost. 1/1948 hanno come scopo essenziale quello di limitare la cognizione altrimenti assoluta della Corte costituzionale. Rappresentano lo strumento con cui una Costituzione rigida conserva la propria rigidità nei limiti in cui questo è consentito dalla necessità, altrettanto rilevante sul piano costituzionale, di contenere non solo il legislatore incostituzionale ma anche un giudice delle leggi che non può essere onnipotente senza diventare sovrano e quindi senza contraddirre l'essenza stessa della Costituzione come strumento di reciproca confinazione delle autonomie costituzionali attraverso cui la sovranità viene organizzata.

Si potrebbe dire, provocatoriamente, che il problema dell'accesso alla giustizia costituzionale è sempre stato travisato da chi ha ritenuto che le norme sull'accesso giustifichino il sindacato della Corte costituzionale definendo i termini e i modi in cui la Corte costituzionale può essere attivata.

La Corte costituzionale considerata nella sua essenza è, siccome custode della legittimità costituzionale delle norme primarie, sempre competente a giudicare della loro legittimità, senza che sia possibile alcuna eccezione, se non attraverso una limitazione di questa competenza altrimenti destinata a generare un Leviatano non meno temibile di quello disegnato da Hobbes, perché questo mostro biblico sarebbe formato non dai singoli sudditi ma dalle norme costituzionali come “tirannicamente” interpretate dalla Corte.

La Costituzione quando fissa il modo di accedere alla giustizia costituzionale limita un potere che altrimenti la divorerebbe, peraltro divorando se stesso.

In questo quadro, la legge sospettata di incostituzionalità non può conoscere un giudizio astratto dalla esistenza di un giudizio *a quo* rispetto al quale la questione di legittimità costituzionale costituisce una delle questioni che devono essere risolte per decidere della lite e perciò si pone come pregiudiziale rispetto alla sentenza. Ma non perché non sia così per effetto della generale attribuzione di cui all'art. 134, Cost. ma perché l'art. 137, Cost. contiene e limita le attribuzioni della Corte costituzionale che, altrimenti, sarebbero illimitate come illimitata è, in astratto, la rigidità della Costituzione²⁷.

In questo prisma, il concetto di azione non può essere inteso come proiezione processuale di una signoria della volontà tutelata dall'ordinamento costituzionale per il tramite della giustizia costituzionale: l'esistenza del processo, la rilevanza, la non manifesta infondatezza sono gli strumenti attraverso i quali l'ordinamento costituzionale contiene la infinita capacità di espansione della giustizia costituzionale rendendola concreta senza nello stesso tempo far dipendere l'autorità della Costituzione esclusivamente dall'iniziativa di un cittadino.

Non si ha, né si può ipotizzare che ci sia per le ragioni acutamente illustrate dal Montesano oltre settanta anni fa, una lite in cui si discute della

²⁷ Sui complessi problemi posti dall'art. 137 e dalla sua attuazione, vedi per tutti: G. GRASSO, *La storia della legge 87 del 1953*, in G. GRASSO, A. STEVANATO (a cura di), *I 70 anni della legge n. 87 del 1953: l'occasione per un «bilancio» sul processo costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024 e, volendo, ivi: G.L. CONTI, *La legge 87/1953 nel sistema delle fonti*, pp. 101 ss.

costituzionalità di una norma primaria, ma una lite in cui la questione di legittimità costituzionale costituisce una pregiudiziale e in questa lite l'interesse dell'individuo alla legittimità costituzionale della norma primaria è protetto nella misura in cui dall'applicazione della norma primaria dipenda l'aggiudicazione del bene della vita in contestazione.

Lo *status subjectionis* viene in rilievo per effetto del collegamento fra il principio di egualità dinanzi alla legge e il principio di soggezione del giudice soltanto alla legge: il giudice è soggetto unicamente alla legge perché la legge è ciò che rende eguali tutti i cittadini ma l'egualità dei cittadini non si ha se una norma di legge viola la Costituzione perché se tutte le leggi, espressione che si usa per comodità in luogo di norma primaria, trovano nella Costituzione la loro norma di riconoscimento, i cittadini non sono più eguali ogni volta che la Costituzione è violata in danno di taluni di essi²⁸.

Si può considerare, perciò, e d'altra parte, nessuno lo ha mai dubitato, estremamente ragionevole l'art. 23, legge 87/1953, perché questa disposizione, nel contenere le attribuzioni della Corte costituzionale, limita il suo sindacato: (i) con riferimento alle norme primarie che pongono una questione di *status subjectionis* del giudice con riferimento a una norma costituzionale che si suppone violata, ovvero quelle norme che se fossero applicate, obbligherebbe il giudice ad esercitare della propria autonomia costituzionale, come più propriamente può essere oggi definita quella che Carnelutti chiamava sovranità vincolata, oltrepassandone i limiti; (b) con riferimento alle norme primarie che pongono un problema di egualità dei cittadini dinanzi alla legge perché se le leggi sono, come si deve ritenere, normalmente conformi a Costituzione, la legge sospettata di inconstituzionalità altera la parità di trattamento del cittadino destinato a subirne gli effetti rispetto ai cittadini che hanno la fortuna di essere incappati solo in norme conformi al dettato costituzionale.

La non manifesta infondatezza, in questo quadro, è il limite entro il quale il giudice *a quo* può espandere le attribuzioni altrimenti quiescenti

²⁸ Quanto si cerca di sostenere nel testo è assai diverso dal limitarsi ad affermare che il principio di soggezione del giudice alla legge è limitato alle leggi costituzionali perché, in questo modo, non si comprende il valore del giudizio di costituzionalità come strumento di promozione del principio di egualità.

della Corte costituzionale e somiglia assai a quella condizione dell’azione che si è definita “possibilità giuridica”.

Il giudice *a quo* però non è titolare di alcuna azione, neppure intesa nel senso precisato da Cappelletti, ha un potere di denuncia, come, ad avviso di queste pagine correttamente, riteneva Calamandrei.

Ben più complessa la posizione delle parti del processo²⁹: le stesse, è vero, possono subire una questione di legittimità costituzionale imposta dal giudice che può rimettere gli atti alla Corte costituzionale nel loro silenzio o contro la loro volontà, come pure possono sottoporre una questione di legittimità costituzionale che può ben essere respinta e, in questo caso, possono coltivare la loro pretesa anche nei successivi gradi di giudizio senza che maturi alcuna preclusione se non nel caso in cui la questione di legittimità costituzionale sia respinta dalla Corte e, anche in questo caso, solo nei limiti di quanto deciso dalla Corte e non se sono sollevati nuovi e diversamente non manifestamente infondati profili di incostituzionalità.

Nel giudizio *a quo* la questione di legittimità costituzionale di una delle norme primarie rilevanti per la decisione costituisce, dal punto di vista della parte che vi ha interesse, l'affermazione di una volontà concreta di legge a sé favorevole e cade, quindi, nell'art. 100, c.p.c. interpretato nel senso che se per proporre una domanda o per contraddirre alla stessa occorre avervi interesse, ogni volta che vi è un interesse a una pronuncia giurisdizionale vi è il dovere del giudice di provvedervi.

Si ha, perciò, una situazione apparentemente complessa in cui nel giudizio *a quo* l’eccezione di incostituzionalità è esercizio del diritto costituzionale di agire in giudizio per ottenere piena soddisfazione dei propri interessi, ma qui ci si ferma, perché la soddisfazione di quegli interessi appartiene a un giudice diverso dinanzi al quale gli interessi particolari sono occasionalmente tutelati.

²⁹ Su cui, ancora oggi in una letteratura oramai sconfinata, ovviamente R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, Giuffrè, 1985 e le successive precisazioni dell'autore nei suoi ben noti aggiornamenti in materia di processo costituzionale, nonché V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, Giappichelli, 1997; L. CALIFANO, *Il contraddittorio nel processo costituzionale incidentale*, Torino, Giappichelli, 2003.

4. DAL CONCETTO DI AZIONE NELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE ALL'AZIONE NEL PRISMA DELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

Per quanto si è cercato di sostenere in queste pagine, è evidente che chi scrive crede nell'inesauribilità dell'idea di giustizia costituzionale che deriva dalla rigidità della Costituzione, ma anche nella opportunità costituzionale di limitare la potenziale cecità di tale attribuzione.

A questo scopo, occorre forzare un ulteriore passaggio di dimensione del processo costituzionale che sinora si è collegato, secondo il modello tradizionale di legislazione negativa della giustizia costituzionale di Hans Kelsen, alla rigidità della Costituzione.

La necessità di preservare la rigidità costituzionale ha, infatti, il sapore polveroso dei mobili antichi: si possono proteggere dai tarli, ma non si può impedire che chi li osserva non ne rilevi la vetustà.

La Corte costituzionale, negli anni, è andata ben oltre il ruolo di un mero custode negativo della Costituzione e ha assunto, particolarmente con riguardo alla produzione delle norme primarie, il compito di assicurare un saldo collegamento fra la forma di Stato e la forma di governo facendo sì che il circuito Parlamento – governo sia un interprete fedele dello spirito della Costituzione piuttosto che della sua lettera.

Per forma di Stato, queste pagine intendono la forma che la decisione costituzionale impone al rapporto fra il popolo, il territorio e l'organizzazione del potere che quel popolo si dà. Questo rapporto nella Costituzione del 1948 si caratterizza attraverso alcuni principi e molti valori che consentono a una nazione divisa di riconoscersi nella sovranità costituzionale dello Stato³⁰, trovando le intersezioni che consentono a posizioni (non solo e non più unicamente) ideologiche spesso in contrasto fra di loro di collaborare nell'esercizio della sovranità popolare.

³⁰ Il richiamo qui, ovviamente, è alle voci encyclopediche di Elia (L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 638), Lanchester (F. LANCHESTER, *Stato (forme di)*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990,) e Luciani (M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir. Annali III*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 538 ss.). Il valore dei valori per la forma di Stato sfrutta invece le riflessioni di Nania (R. NANIA, *Il valore della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1986).

Rispetto alla forma di Stato, la forma di governo è un concetto strumentale: essa individua il circuito di decisione politica (e le garanzie che devono contenerlo) più adeguata ad assicurare il funzionamento di una determinata forma di Stato.

Per comprendere la forma di governo, occorre considerare tomisticamente il suo formante nella forma di Stato³¹: la forma di Stato è il *quid secundum quam aliquid* [la forma di governo] *formatur*.

Il controllo di costituzionalità trova il proprio fondamento più profondo proprio nell'essere una verifica dinamica del modo in cui le prestazioni della forma di governo danno attuazione ai valori che consentono di tenere uniti popolo, territorio e governo nella forma di Stato nonché di ottenere il riconoscimento degli altri Stati, per chi, come chi scrive, ritienga tale riconoscimento essenziale per l'esistenza della sovranità.

Come è dinamico, perché agganciato allo spirito dei tempi e al suo continuo divenire, il collegamento fra forma di Stato e forma di governo, così è cangiante il modo di operare del controllo di costituzionalità, non solo perché la Corte può sviluppare principi costituzionali che non esistevano nella Costituzione del 1948³², ma anche ogni qual volta le sue pronunce sono sganciate dal bisogno di giustizia costituzionale che le evocava perché sono costrette a ricondurre il circuito Parlamento – governo nell'alveo dei valori che caratterizzano la forma di Stato³³.

Peraltro, si può aggiungere che la crisi del circuito rappresentativo della forma di governo ha sospinto i bisogni di rappresentanza politica un

³¹ Si è debitori di questo spunto a M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, cit., part. 565.

³² È pacificamente accaduto nel caso del valore ambientale prima della legge cost. 1/2022: volendo, G.L. CONTI, *Note minime sulla sopravvivenza dei valori ambientali alla loro costituzionalizzazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2022 e ID., *Prendere sul serio la legge costituzionale 1/2022*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, n. 1, 2023.

³³ È, purtroppo, il caso dei trattamenti di fine vita.

tempo soddisfatti dai partiti politici mitizzati in Duverger³⁴ verso il sistema delle garanzie lasciando prefigurare una democrazia a rappresentanza contenziosa o, semplicemente contenziosa, se così si può dire³⁵.

Una giustizia costituzionale che è strutturalmente orientata verso la garanzia di un corretto innestarsi della forma di governo sulla forma di Stato, nella crisi del circuito Parlamento-governo, diventa protagonista dei bisogni di rappresentanza politica che i partiti politici non riescono più ad assorbire e mediare.

Di qui, il tanto criticato attivismo della Corte costituzionale che non deve essere considerato solo come una inaccettabile torsione del modello costituzionale³⁶ ma come una risposta del modello costituzionale alla propria crisi, quasi una prova di resilienza per utilizzare una espressione un po' troppo di moda.

³⁴ Duverger non utilizza l'espressione partito politico con lo stesso nostro significato e neppure utilizza l'espressione "sistema politico" nel senso che è tipico di forma di governo e che si è cercato di chiarire nel testo. Più che altro nel suo pensiero il sistema politico riunisce sia gli aspetti di struttura che sono caratteristici della forma di Stato, intesa un po' come il nomos di Schmitt e che si è cercato di tratteggiare, che quelli di sovrastruttura che sono invece caratteristici della forma di governo che pure si cercato di esemplificare nel tentativo di evitare il relativismo che è caratteristico della ultima ricostruzione di Luciani (v. *Governo (forma di)*, cit.): M. DUVERGER, *Les partis politiques*, Paris, 1957, trad. it. a cura di M.J. Cambieri Tosi, *I partiti politici*, Milano, Bollati Boringhieri, 1971; ID., *Introduction à la politique*, Paris, 1973, trad. it. a cura di B. Menato, *Introduzione alla politica*, Roma-Bari, Laterza, 1973; ID., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, I, *Les grands systèmes politiques*, Paris, Presses universitaires de France, 1973.

Nel modello che si suggerisce la funzione "kelseniana" della Corte sarebbe quella di verificare che l'opera di concretizzazione dei valori costituzionali svolta dal principio maggioritario per mezzo di una rappresentanza politica vitalizzata dal sistema dei partiti sia tale da non contraddirre il valore costituzionale che si intendeva realizzare. Nella realtà di oggi, questa opera diventa concretizzazione di valori costituzionali che il sistema dei partiti politici non è più in grado di concretizzare perché costretto a tenere conto delle aspettative di elettori sempre più volubili e oziosi e ha rinunciato da tempo a orizzonti ideologici non negoziabili.

³⁵ Vedi, volendo, per alcuni spunti in questa direzione, G.L. CONTI, *Ambiente e contenzioso climatico: l'integrazione del contratto sociale con metodo giurisdizionale e i suoi nemici interiori*, in L. CASSETTI, F. FABRIZZI, A. MORRONE, F. SAVASTANO, A. STERPA (a cura di), *Studi in onore di Beniamino Caravita*, vol. I, Napoli, ESI, 2024, pp. 129 ss.

³⁶ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, pp. 251 ss. (sul quale: R. BIN,

Il caso Cappato, ma, forse, ancora di più, la giurisprudenza elettorale della Corte costituzionale a partire da Corte cost. 35/2017, difatti, mostrano come gruppi abbastanza organizzati di cittadini nel momento in cui il sistema della rappresentanza politica non riesce a trovare sfogo alle loro istanze sono costretti a muoversi sul piano della democrazia conten-ziosa, ovvero di un modello di democrazia in cui i bisogni di rappresen-tanza politica espressi dalla società civile e che il circuito della rappresen-tanza politica non riesce a soddisfare possono essere legittimamente di-scussi e sintetizzati attraverso una decisione pubblica assunta con metodo giurisdizionale.

Un tanto riecheggia anche nella struttura motivazionale delle sentenze della Corte costituzionale, sempre più lontane da un mero sillogismo in cui la disposizione sospettata di essere incostituzionale viene comparata con la norma costituzionale e sempre più simili a una ricostruzione orga-nica dei principi costituzionali in modo da adeguarli allo spirito dei tempi e, nello stesso tempo, da rendere palese le ragioni che consentono al (non più soltanto) giudice delle leggi di dare soddisfazione ai bisogni politici che gli vengono rappresentati con l'urgenza di chi ha perso la voce a furia di gridare da solo nel deserto della politica.

Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone, in *Quad. cost.*, n. 4, 2019, pp. 757 ss. ed E. CHELI, *Corte costituzio-nale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Mor-rone*, ivi, pp. 777 ss.); ID., *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costi-tuzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 5 maggio 2021; D. TEGA, *La corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costitu-zionale in Italia*, Bologna, Bononia University Press, 2020; F. LAUS, *Il rapporto tra corte costituzionale e legislatore, alla luce delle pronunce sul caso Cappato e sulle tutele crescenti nel Jobs Act*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2020, pp. 65 ss.; E. FURNO, *Il “caso Cappato” ovvero dell’attivismo giudiziale*, in *Osservatorio AIC*, n. 1, 2020, pp. 303 ss.; R. DI MARIA, *Brevi considerazioni sul rapporto fra tutela sostanziale dei diritti (fondamentali) e rispetto delle forme processuali: la Corte costituzionale e gli “animali fantastici”. The final cut*, in *Consulta Online*, 7 gennaio 2020, pp. 1 ss.; R. ROMBOLI, *Le Oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa, in ID. (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, Torino, Giappichelli, 2017; ID., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in ID. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 34.

Sembra essere questo il significato più profondo di quel *La Corte si apre alla società civile* con cui la Corte costituzionale ha presentato al pubblico la prima organica revisione delle Norme Integrative e che riecheggia, non casualmente, l'identico *teaser* con cui il Parlamento dei primi anni settanta presentò la prima riforma organica dei regolamenti parlamentari dopo quella del 1920 e 1922: il Parlamento degli anni settanta reagisce alla perdita di legittimazione dei governi di transizione spostando il fulcro del dialogo con la società civile dall'esecutivo, com'era sempre stato, al Parlamento, con una torsione significativa del modello rappresentativo impostata dal Costituente che rappresenta la prima reazione del sistema alla crisi dei partiti politici di maggioranza, per i quali la necessità di conservare alleanze alchimiche rendeva complicato elaborare un indirizzo politico degno di questo nome³⁷.

Insomma, c'è sotto il Sole della Costituzione, quando questo ha raggiunto lo zenith, molto di più di quel che si poteva vedere quando era ancora nascosto nella penombra che precede l'aurora.

E questo di più permette di trovare il punto di unione fra il bisogno di giustizia costituzionale che viene risolto dal processo incidentale di legittimità costituzionale e quello risolto nei giudizi in via di azione.

In entrambi i casi, infatti, il bisogno di giustizia che attiva il processo costituzionale, o meglio che confina l'astrattamente onnipotente potere di garanzia costituzionale affidato alla Corte costituzionale, ha per oggetto il collegamento fra i valori della forma di Stato e gli strumenti della forma di governo, il che esclude sempre di più la possibilità di considerare l'autonomia costituzionale esercitata dalla Corte come esercizio di giurisdizione e, perciò, di leggere i poteri processuali delle parti del processo costituzionale come esercizio di un diritto di azione.

³⁷ Sulla riforma delle Norme Integrative, vedi il seminario organizzato dal Gruppo di Pisa a Milano, il 12 novembre 2021, intestato al *Processo costituzionale dopo la riforma delle Norme Integrative*.

5. LA POSIZIONE PROCESSUALE DELLE PARTI NEI GIUDIZI IN VIA DI AZIONE

Dove si può non irragionevolmente evocare il diritto processuale tipico dei processi di parte è nei giudizi in via di azione, ovvero nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale e nei conflitti intersoggettivi ed interorganici.

Nello stesso tempo, in questi casi, la funzione esercitata dalla Corte costituzionale è esattamente la stessa che la Corte costituzionale svolge nel processo incidentale di legittimità costituzionale: assicurare la tenuta nel tempo del collegamento fra forma di Stato e forma di governo: sarebbe estremamente singolare se ciò che, secondo queste pagine, è andato caratterizzando il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, che ha una struttura tendenzialmente oggettiva perché il suo oggetto è uno *status subjectionis* che riguarda tutti i cittadini, non avesse caratterizzato anche i giudizi in via di azione.

Anche in questo caso, in astratto, la Corte costituzionale esercita lo stesso sindacato assoluto e onnipotente che si è visto fondare la giustizia incidentale.

Gli atti normativi subcostituzionali e i fatti costituzionalmente rilevanti che sono oggetto della giustizia costituzionale ad impulso di parte vengono in rilievo per la loro capacità di indebolire la rigidità della Costituzione.

L'onnipotenza del giudice costituzionale in questo caso è stata temperata dalla logica di parte dei giudizi, di talché si può dire che la Costituzione si articoli in autonomie costituzionali ciascuna delle quali gode della propria autonomia perché è sovranamente libera di decidere se reagire o meno alle interferenze delle altre autonomie costituzionali che le sono parriordinate.

Questo agire a tutela di una autonomia costituzionale è particolarmente evidente nei giudizi in via di azione e nei conflitti intersoggettivi:

la Costituzione ha consapevolmente assegnato alla Corte costituzionale il compito di completare il disegno ellittico delle autonomie costituzionali³⁸.

Lo è perché intorno alle autonomie costituzionali degli enti territoriali le posizioni dei partiti politici in assemblea erano estremamente distanti, di talché il testo che ne risultò non poteva essere considerato completo ed esauriente³⁹.

Qui esiste una situazione legittimante che si può definire come la pretesa ad una corretta derivazione (deframmentazione) della sovranità attraverso le autonomie costituzionali⁴⁰: la sovranità è unica e appartiene al

³⁸ Per R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, Giuffrè, 1996, cap. VII, è possibile trasformare l'interpretazione in produzione del diritto senza che la produzione del diritto divenga arbitrio purché si enunci una teoria dell'interpretazione. Questa teoria dell'interpretazione si fonda su una «precisa considerazione della funzione regolatrice della Costituzione», che è, in quanto espressione di linguaggio, inevitabilmente ellittica. In quanto ellittica, la Costituzione può essere usata come elemento di falsificazione di tutto ciò che non dice, delle ipotesi interpretative che non sono coerenti con il testo. L'interprete, quindi, è libero di sviluppare tutte le norme che non sono contraddette dal testo costituzionale. La norma è elaborata dall'interprete con l'unico limite del costituzionalmente vincolato. Il metodo per elaborare la norma è guidato dal caso che deve essere deciso: l'interprete dinanzi ad un caso seleziona gli elementi rilevanti per determinare l'interesse che deve essere soddisfatto dalla norma. Di conseguenza esiste un legame essenziale fra norma elaborata dall'interprete e caso deciso.

Questo legame si esprime per mezzo della clausola *rebus sic stantibus*, che scandisce la differenza tra norma e disposizione, tra interpretazione e produzione del diritto. La legittimazione della norma sta nella esplicitazione dei fattori e delle condizioni che giustificano la prevalenza di un determinato interesse. Le norme si combinano tra di loro secondo un meccanismo «lemma incorporator» (cfr. R. ALEXY, *Certeza e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997, pp. 74 ss.), ovvero un meccanismo di progressiva incorporazione delle norme in principi, di talché il procedere del combinarsi tra le norme tende a generare un sistema.

³⁹ Volendo G.L. CONTI, *L'interesse al processo nella giustizia costituzionale*, cit., pp. 185 ss. Va da sé che la situazione non può dirsi in alcun modo migliorata con la riforma del Titolo V che ha sostanzialmente delegato alla Corte costituzionale il compito di definire i nuovi confini dell'autonomia costituzionale delle regioni attraverso un contentioso che più di ogni altro è significativo del clima degli ultimi venticinque anni.

⁴⁰ Sul concetto di autonomia, ancora oggi, gli studi di Giannini: M.S. GIANNINI, *Autonomia*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1951; ID., v. *Autonomia, teoria generale e diritto pubblico*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959; ID., *Sostanza e modi delle autonomie di diritto pubblico*, in *Autonomia e diritto di resistenza*, in *Studi sassaresi*, Milano, Giuffrè, 1973.

popolo che la esercita attraverso le autonomie costituzionali rilevanti ai sensi dell'art. 114, Cost.

Ciascuna di queste autonomie costituzionali vanta la legittima pretesa di vedere, attraverso la Corte costituzionale, definiti i limiti del proprio *agere licere*, esattamente come lo Stato vanta la legittima pretesa a definire i limiti dell'*agere licere* delle autonomie costituzionali, o volendo può tramite il processo costituzionale ottenere la massima espansione possibile della propria autonomia, esattamente come lo Stato può ottenere la massima espansione delle proprie prestazioni di unità.

Ma qui finisce il diritto di azione: il processo costituzionale non può essere considerato nel prisma della ideologia della illimitata strumentalità del processo come lo strumento attraverso il quale colui che agisce pone in essere quanto necessario per l'attuazione della volontà di legge nel caso concreto⁴¹.

Il diritto di azione esiste perché è condizione per l'esercizio da parte della Corte costituzionale della propria autonomia costituzionale che consiste della definizione delle autonomie costituzionali di tutti i soggetti in cui si disperde e organizza la sovranità statale.

Nell'esercizio della propria attribuzione costituzionale, la Corte costituzionale non è vincolata dal principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato: le sue pronunce definiscono le autonomie costituzionali ben oltre le prospettazioni delle parti⁴².

⁴¹ Secondo l'impostazione chiovendiana (G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II ed., Napoli, Jovene, 1937, p. 45).

⁴² Si pensi per fare solo un esempio a Corte cost., sent. n. 192/2024, sull'autonomia differenziata: come si può ricondurre l'articolatissima decisione ai ricorsi regionali contro il provvedimento che aveva preteso di dare attuazione ai principi costituzionali in materia di autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario? La Corte fa il punto sull'autonomia costituzionale delle Regioni in rapporto alla sovranità statale e va ben oltre le aspettative di tutte le parti del processo: completa un tessuto costituzionale palesemente ellittico e ne definisce gli esatti contorni con un'operazione che è praticamente impossibile non considerare come ridefinizione *ex novo* del tessuto costituzionale.

Il diritto di azione, che in un altrove già troppo citato, si può definire come interesse al processo⁴³, si trova al confine della giustizia costituzionale ad impulso di parte che presuppone l'esistenza di un conflitto costituzionale fra due autonomie costituzionali ovvero intorno alla derivazione di un'autonomia costituzionale dalla sovranità ovvero sull'esercizio da parte dello Stato delle attribuzioni di unità che ineriscono alla sovranità, ma una volta che è esercitato, il processo costituzionale non appartiene più alle parti.

Non appartiene alle parti dei giudizi in via di azione più di quanto non appartenga alle parti del giudizio *a quo*.

È ben vero che qui la rinuncia di una parte se accettata da tutte le parti del processo determina la sua estinzione⁴⁴ ma questo significa unicamente che il potere della Corte di intervenire a comporre il quadro costituzionale delle autonomie costituzionali non può prescindere dall'esistenza di un conflitto attuale intorno al loro esatto estendersi.

È espressione di quel freno saggiamente imposto dal costituente al potere altrimenti sovrano della Corte costituzionale di garantire e completare la rigidità costituzionale rendendo sostanzialmente prevedibili (o comunque non del tutto imprevedibili) gli sviluppi della sua giurisprudenza⁴⁵.

⁴³ Con particolare riferimento ai giudizi in via principale, vedi ancora S. BARTOLE, *Nuove riflessioni sull'interesse a ricorrere nei giudizi in via principale sulla legittimità costituzionale delle leggi*, in *Giur. cost.*, n. 1, 1974, pp. 540 ss.

⁴⁴ In questi termini, l'art. 25, N.I. e la pacifica giurisprudenza della Corte costituzionale: da ultimo Corte cost. 92 e 29/2025.

⁴⁵ M. WEBER, *Parlamento e governo*, Bari, Laterza, 1993 (trad. it. di *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland. Zur politischen Kritik des Beamteniums und Parteiwesens*, Berlin, 1919), pp. 25 ss.: l'essenza dello Stato moderno deve essere letta in connessione con lo sviluppo del capitalismo, che si fonda soprattutto sul calcolo. Lo Stato moderno richiede per il suo funzionamento che il risultato della applicazione del diritto possa essere calcolato «nella stessa misura in cui si calcola la prestazione prevedibile di una macchina». può stringere legami con la «giustizia del cadì», «cioè il giudicare nel caso particolare secondo il senso di equità del giudice o secondo altri mezzi di giudizio e altri principi irrazionali». Un significativo eco di questa tesi in R. ROMBOLI, *Significato e valore delle disposizioni regolanti il processo dinanzi alla Corte costituzionale nei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. Ass. Stud. Ric. Parl.*, 1992, pp. 41 ss., part. 52, il quale vede il valore del processo costituzionale sospeso fra il carattere politico-astratto ed una anima giurisdizionale-concreta della funzione decisoria esercitata

Un tanto è ancora più evidente nei conflitti interorganici: la parte che presenta ricorso, senza alcun limite di tempo, si limita a una *editio actionis* in cui spiega il tono costituzionale del conflitto costituzionale. La Corte, nel misterioso segreto della camera di consiglio, ne vaglia l'ammis- sibilità e ne definisce i contorni soggettivi⁴⁶ e solo una volta che ha verifi- cato l'esistenza del tono costituzionale del conflitto, ovvero dell'esistenza di un conflitto costituzionale che giustifica il suo intervento⁴⁷ definisce le parti del giudizio, ovvero i soggetti che a suo avviso devono partecipare alla confinazione dell'autonomia costituzionale evocata dall'affare che le è stato devoluto.

Spetta al ricorrente provvedere alla notifica del ricorso e della ordi- nanza che lo dichiara ammissibile alle altre parti del processo, non perché il ricorrente eserciti un diritto di azione ma perché è solo il ricorrente che può giudicare se ha davvero interesse a discutere della lesione che sosti- ne di avere subito condividendola con i soggetti individuati dalla Corte come parti del processo.

Anche in questo caso, infatti, la pronuncia della Corte costituzionale è ben lontana dal principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato e si muove piuttosto nella linea di ricostruzione e completamente del tessuto costituzionale che caratterizza un giudizio fondato sulla adeguatezza dei

dalla Corte, il che però non può far dimenticare come la necessità del rispetto delle regole processuali sia da collegare nella «tutela di un valore, a mio avviso assai im- portante per un organo svolgente attività giurisdizionale e a garanzia del quale le norme processuali sono appunto principalmente dettate, intendiamo riferirci alla prevedibilità per i destinatari della decisione costituzionale di quello che, nelle stesse condizioni e sulla base degli stessi presupposti, sarà il comportamento processuale della Corte, alla possibilità, cioè (...) di individuare standards di comportamenti che garantiscono, nei limiti del possibile, prospettive di certezza ai giudici ed ai cittadini circa l'uso di mezzi processuali che hanno, poi, un grande rilievo anche sul piano sostanziale».

⁴⁶ A. PACE, *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale nei conflitti fra poteri*, in *Giur. cost.*, 1986, p. 793 e, oggi, J. FERRACUTI, *La fase di ammissibilità nel giudizio per conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato. Problemi e prospettive*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023.

⁴⁷ Già Mortati aveva manifestato la sua preoccupazione per questa attribuzione della Corte costituzionale dai confini eccessivamente vaghi: C. MORTATI, *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità*, in *Iustitia*, 1949, ora in ID., *Rac- colta di scritti*, vol. III, Milano, Giuffrè, p. 688.

circuiti di esercizio della sovranità rilevanti ai sensi dell'art. 37, legge 87/1953 rispetto alla forma di Stato definita dalla Costituzione.

Insomma, non vi è niente nei giudizi in via di azione che ci permetta di giungere a conclusioni particolarmente dissonanti rispetto a quanto si è visto nei giudizi incidentali.

Anche in questo caso, il processo costituzionale si sviluppa con un elevato grado di autonomia rispetto ai bisogni di giustizia costituzionale evocati dalla *res litigiosa* che ne ha costituito l'occasione.

Tale autonomia, esattamente come nel giudizio incidentale, è diretta conseguenza della rigidità costituzionale che rende necessario un sindacato inarrestabile di costituzionalità ma anche inevitabile la limitazione di tale sindacato che altrimenti varrebbe come usurpazione della sovranità esercitata una volta per tutte dal potere costituente.

In entrambi i casi, in fondo, la Corte costituzionale può intervenire solo laddove vi sia un concreto bisogno del suo intervento, vuoi per effetto della rilevanza della disposizione primaria sospettata di incostituzionalità per la decisione di una controversia pendente dinanzi a un giudice nell'esercizio delle sue funzioni giurisdizionali, vuoi per effetto della concretezza che è data dall'esistenza di un interesse personale, diretto e attuale alla decisione che caratterizza l'ammissibilità dei giudizi in via di azione.

6. CONCLUSIONI: DALLA PREGIUDIZIALITÀ COSTITUZIONALE ALLA DEMOCRAZIA CONTENZIOSA

Ai tempi di Calamandrei e Cappelletti, si poteva studiare il processo costituzionale muovendo da categorie strettamente inerenti alla tutela processuale delle situazioni soggettive sostanziali come il diritto di azione o la pregiudizialità.

Oggi, è sicuramente molto più complesso fare uso di quelle categorie: lo spostamento dell'interesse per il processo costituzionale dai processualisti ai costituzionalisti è l'effetto dello slittamento del processo costituzionale dalla logica della legislazione negativa conseguenziale alla

teoria pura del diritto nelle assai più malleabili retoriche che sono caratteristiche del circuito della forma di governo: l'organo costituzionale che ha il compito di assicurare che il circuito della decisione politica non oltrepassi i limiti posti dalla forma di Stato, nel momento in cui il principio maggioritario per come si esprime nella rappresentanza politica non riesce più a concretizzarsi con efficacia e tempestività i valori costituzionali è costretto a quell'opera di supplenza che è stata criticamente osservata come suprematismo giudiziario e che qui si è cercato di ricostruire come democrazia contenziosa.

Sempre più di frequente i bisogni di giustizia costituzionali che vengono azionati dinanzi alla Corte riguardano lacune nell'attuazione della Costituzione piuttosto che violazioni della Costituzione stessa.

Sotto questo aspetto, le regole processuali che presiedono al funzionamento della Corte costituzionale e che sono per gran parte, ma non irreversibilmente, rimesse alla sua autonomia costituzionale non definiscono più il modo di accesso alla giustizia costituzionale ma piuttosto limitano un potere di decisione politica in forma giurisdizionale che altrimenti potrebbe annullare il principio di rappresentanza politica rendendolo assolutamente subalterno.

L'azione nella giustizia costituzionale, come ben segnalava Calamandrei, non esiste. Vi sono, semmai, degli interessi occasionalmente protetti per effetto del bilanciamento fra l'esigenza di costituzionalità determinata dalla struttura rigida della legge fondamentale, il singolo bisogno di giustizia costituzionale considerato come la proiezione in senso soggettivo di una norma costituzionale, la necessità di contenere l'autonomia costituzionale della Corte.

Nello stesso tempo, rilevanza, nel giudizio incidentale, e interesse al processo nei giudizi costituzionali a impulso di parte rendono concreta la giustizia costituzionale: obbligano il custode della Costituzione a operare senza eccessive astrazioni dal caso concreto che ha dato vita all'affare che gli è stato dedotto e così concorrono a limitare quella che si è chiamata democrazia contenziosa evitando che si trasformi in una decisione dotata di generalità e astrattezza.

La dimensione dell'azione, piuttosto, domina il giudizio *a quo*, dove si distingue nettamente dalla questione di costituzionalità, come ha ben dimostrato Cappelletti: l'oggetto del giudizio *a quo* deve essere una lite che deve essere risolta attraverso la soluzione di più questioni, una delle quali è la legittimità costituzionale di una delle disposizioni rilevanti ai fini della decisione.

E anche questo conferma che di azione nel processo costituzionale non si può parlare affatto.

Il vero punto è che l'idea di azione, intesa come situazione soggettiva che consente di ottenere attraverso il processo un determinato bene della vita, è incompatibile con il processo costituzionale, anche di parti.

Difatti, il problema non è se il processo costituzionale sia di parti oppure no. Il problema è la natura del bene della vita oggetto del processo e nel processo costituzionale, persino nel processo costituzionale a iniziativa di parte, non vi sono beni della vita suscettibili di appropriazione: non è suscettibile l'attribuzione in contestazione perché, per fare un esempio vetusto, la sfiducia individuale non riguarda né Mancuso né il Ministro della Giustizia né il Consiglio dei ministri, neppure considerati questi ultimi esclusivamente nella loro proiezione istituzionale, ma ha per oggetto la tenuta della forma di governo rispetto ai valori della forma di Stato.

Un sindacato di questo genere non resta identico a se stesso nella crisi della forma di governo rappresentativa che ha caratterizzato l'intera fase repubblicana della storia costituzionale italiana.

L'organo costituzionale che deve vigilare affinché il principio maggioritario per come si esprime per mezzo della rappresentanza politica non violi i vincoli che derivano dalla forma di Stato, nel momento in cui la rappresentanza politica non riesce più a concretizzare i valori costituzionali è chiamato a un'opera di vigile, sofferta e consapevole supplenza.

Perché nel vuoto della politica a un padre che non si rassegna a vedere la propria figlia ridotta a una flebo non resta che la Corte costituzionale.

E questo, appunto, è quello che si è chiamato democrazia contenziosa.