.

RECENSIONE A G. BATTAGLIA, AMICI CURIAE *E GIUDIZIO INCIDENTALE SULLE LEGGI. CONTRIBUTO ALLO STUDIO DELLA RECENTE "APERTURA" DELLA CORTE, ANCHE NELLA PROSPETTIVA DELLA TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI*, TORINO, GIAPPICHELLI, 2024*

BENEDETTA BARBISAN**

* Contributo non sottoposto a referaggio in conformità a quanto previsto nel Regolamento della Rivista.

** Professoressa associata di Diritto pubblico comparato nell'Università degli Studi di Macerata.
Contatto: benedetta.barbisan@unimc.it

© 2007-2025 Osservatoriosullefonti.it – Anno XVII
Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5626 del 24 dicembre 2007
Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche di Area 12 – Direttore Prof. Paolo Caretti
ISSN 2038-5633

Il libro di Giulia Battaglia ripercorre le ascendenze di un filone di pensiero che si è andato interrogando sulla opportunità di una "apertura" della Corte costituzionale a favore dei portatori di interesse esterni ma non indifferenti alla materia scrutinata dal giudice delle leggi e che si è infine concretizzato con l'avvenuta riforma introdotta nelle Norme Integrative con la nota delibera dell'8 gennaio 2020 in materia di accesso degli *amici curiae* al processo costituzionale.

Con l'ordinanza n. 25 del 1956, la Corte inaugurò un indirizzo di "granitica chiusura" del contraddittorio nei giudizi in via incidentale – postura che, ad avviso dell'Autrice, rivelava una sottovalutazione del ruolo dei soggetti privati nel giudizio di costituzionalità, peraltro sulla scia di una presunzione di superfluità del coinvolgimento delle stesse parti nel contraddittorio e della convinzione che bastasse la Presidenza del Consiglio dei Ministri a rappresentare l'interesse generale alla costituzionalità dell'ordinamento. La dottrina generalmente accolse o assecondò una postura tanto rigorosa. Fra le espressioni più ultimative in merito risaltava certamente quella di Tesauro secondo il quale tutti i cittadini, quando si tratta della legittimità costituzionale di una legge, sono parimenti controinteressati, dal che si escludeva l'utilità di un intervento da parte di singole, specifiche figure esterne.

Quantunque, nel corso dei decenni, questo indirizzo ha dato prova di una inscalfita durevolezza, non sono mancate le voci che, di converso, auspicavano una emancipazione da questo approccio delle origini: "la 'regola' creata dalla Corte – di inderogabile inammissibilità di qualsiasi soggetto diverso dalle parti del giudizio *a quo*, indistintamente applicata, nei confronti di posizioni del tutto differenti con le medesime sintetiche argomentazioni – appariva fondata su premesse fragili e finanche contraddittorie. Infatti, se l'attenzione posta sul carattere 'astratto' e 'autonomo' del giudizio costituzionale poteva eventualmente apparire coerente rispetto all'esclusione di soggetti estromessi sia pur ingiustamente dal contraddittorio principale altrettanto non poteva sostenersi rispetto alla rigida chiusura della Corte con riferimento, per esempio, alla partecipazione di soggetti estranei sì alla vicenda processuale *de qua* ma comunque rappresentativi di interessi direttamente connessi all'oggetto della controversia costituzionale" (pag. 11). Su questa linea, il libro ricorda gli accenti critici di Carlo Mezzanotte nei confronti della solidità delle basi teoriche con cui si motivava una così radicale esclusione: a suo modo di vedere, infatti, invocare l'autonomia e l'astrattezza del processo costituzionale avrebbe dovuto orientare il dibattito verso un ampliamento della dialettica costituzionale anziché verso una sua negazione.

Tali obiezioni cadevano all'avvio della seconda stagione di sviluppo della Corte quando, esauritosi il giudizio sulla legislazione antecedente l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, si faceva più assiduo il confronto con i cambiamenti della società registrati dal Parlamento. Ma fu solo a partire dai

primi anni Novanta che si dischiuse una minima fase di ridefinizione del contraddittorio con le sentenze n. 429 del 1991, n. 314 del 1992 e n. 315 del 1992, ciascuna delle quali provvide ad allargare, sì, le maglie per l'intervento di soggetti diversi dalle parti formali, ma per casi del tutto peculiari, legati a interessi che necessitavano di una tutela in quella sede non risultando tutelabili altrove. Una modalità, questa, con cui potevano darsi delle modeste concessioni senza incorrere in uno snaturamento del giudizio incidentale e che, a giudizio dell'Autrice, lasciava indisturbata la giustificazione della chiusura di sempre rispetto all'ingresso di terzi. Negli stessi anni, si erano intanto aperti varchi altrettanto occasionali in ordine alla partecipazione di portatori di interesse per lo più collettivi, in rappresentanza di "punti di vista" significativi rispetto all'oggetto del giudizio come, a titolo di esempio, la Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri (sentenza n. 456 del 1993) e il Consiglio Nazionale Forense (sentenza n. 171 del 1996). A valle di queste concessioni, nel 2004 fu varata la modifica delle Norme Integrative mediante una formulazione dell'art. 4, co. 3 piuttosto generica ma, tutto sommato, sufficiente a proseguire nel processo di apertura.

Se "il Giudice delle leggi fece almeno in parte 'marcia indietro', indirizzandosi verso il consolidamento in via giurisprudenziale di un atteggiamento di chiusura del contraddittorio" (pag. 28), tuttavia, negli anni che seguirono, si assistette a una moltiplicazione delle richieste dei portatori di interesse a intervenire, con particolare intensità in occasione di questioni avvolte da una avvertita sensibilità sociale: "(l)a posizione di tendenziale chiusura su cui si era da tempo assestata la Corte costituzionale appena temperata […] non aveva dunque dissuaso tali soggetti dal continuare a chiedere di poter intervenire" (pag. 32). E, però, benché i loro contributi non potessero essere inglobati nella documentazione ufficiale o essere discussi in pubblica udienza, essi evidentemente trovavano comunque la strada per giungere all'attenzione del collegio al punto che, osserva l'Autrice, "è sufficiente scorrere alcune pronunce della Corte precedenti alle modifiche del 2020 per avvedersi di come le argomentazioni degli interventi poi non ammessi trovassero ampio spazio nel ritenuto in fatto" (pag. 33).

Il percorso tracciato fino a questo punto, dunque, ci racconta di una icastica e ferma posizione di "chiusura" della Corte sin dal principio della sua operatività che, ciò nonostante, è riuscita a trovare via via forme di compensazione mediante un prudente ma effettivo accoglimento in via pretoria di situazioni fuori dall'ordinario man mano che non soltanto si consolidavano il suo sindacato e la sua autorevolezza, ma cambiava la composizione e l'organizzazione della società stessa. Tale gradualità ha evidentemente predisposto il terreno per una riformulazione delle Norme Integrative nel 2004 la cui asserita genericità – da una parte della dottrina giudicata inadatta a prospettare i criteri con cui

le richieste di intervento sarebbero state selezionate – nondimeno non ha scoraggiato i tanti portatori di interesse che si sono affacciati nel tempo alla Corte con la speranza di poter rappresentare la loro visione sulla materia posta al vaglio dei giudici. Se è vero che la parte privata coinvolta nel processo costituzionale non dà voce unicamente ai suoi interessi privati, non necessariamente essa esaurisce l'intreccio delle implicazioni e la complessità delle istanze sottese alla materia *de qua*.

All'esito di una pressione della società civile così ingente, ora innervata da interessi di parte, ora da quello generale, l'allora Presidentessa della Corte Marta Cartabia fu mossa a notare che quella della Corte si presentava a quel punto più come una chiusura formale che sostanziale tal che gli intervenienti potevano aspirare a raggiungere, "in via (neppure troppo) ufficiosa i giudici costituzionali". Insomma, per tramite di una spinta degli attori sociali tesa ad aprire il contraddittorio e di una avvenuta mutazione nella disponibilità dei giudici a porsi in ascolto, seppur in certa misura indiretta e scalare, sembrava essersi compiuta una congiunzione fra legittimazione "dall'alto" e legittimazione "dal basso" della Corte, come ebbe a rimarcare Antonio Ruggeri: accogliere il pluralismo era utile a definire in modo più equilibrato il giudizio sulle leggi nel mentre che ne risultava corroborata la sua democratizzazione.

È, pertanto, lecito rilevare che, quantunque per vie non sempre propriamente esplicite e non sempre del tutto prospettiche, la Corte si sia dimostrata capace di far sua una "apertura" tale da indurre i soggetti terzi a sentirsi autorizzati a promuovere i loro interessi, fiduciosi di riuscire a sottoporre il loro punto di vista sull'oggetto *sub iudice*, anche in caso di dichiarazione di inammissibilità. Sembra di poter concludere, allora, che il giudizio sulle leggi aveva già acquisito i mezzi per potersi arricchire del contributo di soggetti terzi, per quanto non compiutamente formalizzato o "razionalizzato". La dimensione partecipativo-rappresentativa che, evidenzia l'Autrice, esigeva una più marcata valorizzazione operava già, nei fatti, come un fattore di stimolo e di "illuminazione" della interpretazione costituzionale nella misura in cui i giudici volessero dedicare la propria attenzione ai contributi dei terzi e li assimilassero nei loro processi deliberativi – come, del resto, è possibile che accada con ogni altra angolatura di cui nutrano autonomamente le proprie riflessioni. La modifica del 2020, ispirata a una soluzione di compromesso cosiddetta del "doppio binario" e promossa "anche alla luce di una crescente pressione della società civile", fu, a giudizio dell'Autrice, la risposta alla esigenza, "non più rinviabile", "di *dare una risposta* (in parte) *nuova* a un *problema risalente* […] [per] arricchire la dialettica costituzionale e rispondere, così, alle sempre più insistenti richieste di apertura" (pag. 95). Ma il problema, in verità, non era rimasto privo di considerazione né di risposte nel corso del tempo in cui era andato facendosi più incalzante.

Ora, la proposta di modifica fu accompagnata da alcuni timori (il *circo* mediatico che rischiava di imbarbarire anche il processo costituzionale così come già faceva con la discussione pubblica, secondo Massimo Luciani; il pericolo di un agone politico traslato dentro la Corte, secondo Alberto Lucarelli; la confisca degli argomenti da parte di uno o l'altro dei soggetti abilitati a intervenire e il conseguente travisamento delle decisioni della Corte in forza di logiche settarie, secondo Michela Manetti, per citarne solo qualcuno) che, al momento, non si sono certo manifestati con l'aggressività paventata. Ma il bilancio che il libro ci sottopone relativamente ai primi anni di applicazione dell'istituto degli *amici curiae* suscita necessariamente qualche riflessione: intanto, i "nuovi" *amici* si dimostrano non essere degli sconosciuti, ma quegli aspiranti terzi che già dal 2018, seppur probabilmente destinati a un respingimento, potevano accedere liberamente al fascicolo processuale, partecipare all'udienza pubblica per patrocinare la propria ammissione e, con l'occasione, anticipare qualche osservazione sul merito della questione (pag. 108). Pochissimi fra coloro che presentano le loro opinioni risultano ammessi a intervenire (pag. 109), mentre l'attenzione che è loro mediamente riservata nelle pronunce costituzionali è "marginale", "essenzialmente circoscritta alle poche righe [del *Ritenuto in fatto*] in cui il redattore dà conto dell'avvenuta ammissione delle opinioni e, più limitatamente, di qualche peculiare caso di inammissibilità (pag. 150). Sono rari i casi in cui si cerchi di dare risalto agli argomenti degli *amici curiae* anche nel *Considerato in diritto* (pag. 151) e, fa notare l'Autrice, tutti gli esempi più significativi sono comunque riconducibili al medesimo redattore (pag. 152), dal che ella evince che l'impiego delle opinioni avverrebbe più sulla base dello stile del singolo giudice e del suo grado di accettazione dell'istituto che della utilità del loro apporto.

Su tutti, si staglia un'unica vistosa eccezione: quella della sentenza n. 135 del 2024 relativa al suicidio assistito, la cui natura eticamente sensibile del tema *sub iudice* ha indotto i redattori a riservare ampio spazio alle argomentazioni prospettate dai dieci *amici* ammessi, evidentemente superando le perplessità sull'istituto e ogni altra ritrosia. Questo caso tanto speciale forse aiuta a gettare una luce sull'impatto dell'istituto, di cui i giudici non esitano a servirsi se la questione che sono chiamati a giudicare abbisogna di una presa di contatto con il sentire sociale nei suoi tanti, diversi riverberi. In definitiva, perché le resistenze ad attingere dalle opinioni degli *amici* non dovrebbero essere addirittura più strenue quando la materia sia così divisiva? Perché dovrebbe essere più facile abbandonare le proprie riserve? Chissà che non siano proprio le circostanze di inconsueta difficoltà quelle in cui farsi più vicini al sentire sociale. Se così fosse, però, se ne dovrebbe discendere che l'istituto dell'*amicus curiae* non è funzionale a un impiego routinario, massiccio, ma a un apporto selettivo, apicale. Considera l'Autrice: "la prassi applicativa […] non sembra, allo stato,

aver avverato i rischi prospettati dalla dottrina di una trasformazione della Corte in un 'foro delle opinioni'. Il pericolo è che l'ingresso degli *amici* resti, all'opposto, sul piano dei proclami" (pag. 207).

Forse dice bene l'Autrice quando riflette che "il deposito dell'opinione *amicus curiae* costituisce, a tutti gli effetti, una 'valvola di sfogo'" (pag. 108) per i soggetti, specialmente di natura associativa, che continuano a essere largamente respinti ma che sanno di poter attivare comunque un canale formalizzato e razionalizzato per tentare di comparire nel contraddittorio. Vista sotto questa luce, allora, la modifica del 2020 pare muovere nel solco di quella che la dottrina internazionale ha definito l'*amicus curiae phenomenon*, in ragione del quale l'istituto si è cementato nei sistemi di *common law* nei quali ha avuto origine (Australia, Canada, Regno Unito, Stati Uniti) e si è diffuso in molti ordinamenti che non lo conoscevano prima: in America Latina (Argentina, Brasile, Colombia, Costa Rica, Perù), in Asia (Corea del Sud, Thailandia), in Africa (Etiopia, Namibia, Sudafrica, Uganda), per tacere delle corti internazionali, non sempre, però, interessando i giudici delle leggi. Di regola, il fenomeno riguarda l'ordinamento giudiziario *tout court* e se ne può rintracciare la motivazione nella crescita della consapevolezza che le corti hanno del proprio ruolo sociale, nella coscienza dell'impatto crescente della loro giurisprudenza sulla cittadinanza e nella conseguente necessità di comprendere più a fondo quanto si agiti fra gli individui e nei gruppi. Non è del tutto improbabile, dunque, che quanto ha investito la nostra Corte possa essere ascritto alle dinamiche di questo fenomeno.

Da ultimo, il libro adduce l'urgenza della modifica del 2020 ravvisandola anche nella necessità di sintonizzare la Corte costituzionale alla tutela multilivello dei diritti e, segnatamente, al *modus operandi* dei giudici di Strasburgo proprio per quanto consta all'ammissibilità del contributo di terzi: "non può peraltro sfuggire la constatazione per cui le Corti nazionali e quelle sovranazionali spesso si sono trovate a interfacciarci con i medesimi attori, seppure in vesti formali differenti. In altre parole, […] l'identità sostanziali delle questioni concernenti la tutela dei diritti fondamentali che – pur nella diversa prospettiva che è propria di ciascun modello – sono (state) talora sottoposte alla loro attenzione, può far sì e ha fatto sì che di fronte a esse si siano presentati (e si possano presentare) gli stessi soggetti, se non in qualità di terzi (o aspiranti tali), in funzione di supporto legale o, comunque, quali promotori di strategie giudiziarie volte a ottenere il riconoscimento di un determinato diritto e, pertanto, sostanzialmente determinanti nell'accesso, in questo caso 'esterno', ai giudici materialmente costituzionali" (pagg. 191-192).

Se visto dalla mera prospettiva *funzionale-tecnica*, che è, poi, quella originaria dell'istituto dell'*amicus curiae* – vale a dire rendere edotta una corte di fatti e argomenti di cui può non avere contezza –, il modello processuale "aperto"

appare strettamente necessario a una Corte come quella EDU, chiamata a tentare la via di una visione comune stretta fra irriducibili differenze nazionali. Lo stesso uso di uno strumento come il margine di apprezzamento in difetto di un consenso fra i membri del Consiglio d'Europa esige di acquisire una conoscenza delle condizioni specifiche di un certo Paese per la quale l'intervento degli *amici* appare particolarmente utile e pertinente rispetto a esigenze che, invece, non si pongono alle corti costituzionali nazionali.

Dalla prospettiva *dialettico-deliberativa*, l'istituto dell'*amicus curiae* acquisisce un senso diverso, consentendo di dare voce ai gruppi di interesse e al pluralismo affinché il giudicato di una corte si dimostri "aperto" alle istanze che affiorano dalla società. In questo secondo punto di vista si può inquadrare l'*amicus curiae phenomenon*, con il quale si tenta di ridurre le distanze fra cittadinanza e organi avulsi dal circuito della rappresentanza politica – quasi un invera mento dell'idea di *deliberative constitutionalism*.