

Autonomia del processo costituzionale: note preliminari *

di Remo Caponi **

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Inesistenza di un processo senza ulteriori qualificazioni. - 3. Separazione del diritto processuale dal diritto sostanziale. - 4. Recupero della correlazione di valutazioni tra diritto sostanziale e diritto processuale. - 5. Specialità. - 6. Teoria generale del processo. – 7. Diritto processuale costituzionale: due tesi a confronto. – 8. Correlazione di valutazioni tra giustizia costituzionale e diritto costituzionale sostanziale. – 9. Giustizia costituzionale come terreno d'indagine comune. – 10. Esperienza tedesca.

1. – Ho accolto con entusiasmo l'invito del prof. Angelo Scala a parlare del processo costituzionale, nel quadro di un convegno dedicato al «processo tra specialità e principi comuni».

Ho accolto l'invito con entusiasmo per l'onore e il prestigio della sede in cui sono stato chiamato ad affrontare un tema così stimolante ed impegnativo. Inoltre, la sollecitazione coglie una esigenza, che da tempo avverto in modo imperioso, di indagare problemi situati all'intersezione di più settori disciplinari e così di confrontarmi con altre branche del sapere.

In ciò, non sono certamente propenso ad abbandonare gli strumenti tecnici del diritto processuale civile. Al contrario, in questo tempo di profondi e spesso inquietanti rivolgimenti della realtà, il modo migliore per impiegare questi strumenti e di vagliarne fino in fondo l'utilità conoscitiva è quello di oltrepassare i confini della materia, che sono solo limiti mentali, e di uscire dal recinto disciplinare del diritto processuale civile.

D'altra parte, nella vita pratica non si presentano quasi mai problemi di pura procedura civile. Si presentano *sic et simpliciter* problemi, che il diritto processuale civile – quasi mai da solo - può contribuire a impostare e a risolvere.

2. – Il titolo chiamato a far da cornice generale ai nostri discorsi odierni è appunto: «processo tra specialità e principi comuni».

In parte esso orienta la nostra riflessione, ma in parte presenta una tale intrigante indeterminatezza, che subisce le nostre preferenze ricostruttive.

Tutti e tre gli elementi del titolo meritano di essere precisati: processo, specialità e principi comuni.

Innanzitutto, «processo»: un termine impegnativo, perché è al singolare e non è accompagnato da nessun aggettivo qualificativo. Che cosa si può leggere dietro questa scelta? Non esiste in realtà un processo in sé,

che non sia cioè un processo civile, penale, amministrativo, tributario, costituzionale, ecc. Non esiste un contraddittorio in sé, che non si articoli all'interno di uno dei tipi di processo ricordati e quindi non assuma profilo e contenuto concreti dalla disciplina di quel processo.

Ciò significa che non ha senso una riflessione di teoria generale sul concetto di processo e di contraddittorio, a prescindere dal loro impiego in un determinato tipo? In effetti allo stato attuale questa riflessione sconfinava quasi in un'analisi di logica giuridica, quasi in una descrizione di astratte forme procedimentali, come quella che muove dallo schema secondo cui la fattispecie prevista dalla norma successiva della sequenza è integrata dagli effetti prodotti dall'attuazione della norma precedente, in altri termini dallo schema secondo cui l'effetto giuridico previsto dalla norma successiva della serie vede sempre la sua fattispecie costitutiva integrata dalla componente di fatto dell'effetto giuridico previsto dalla norma precedente e così via fino al perfezionamento di una fattispecie che mette capo all'effetto finale del procedimento.

La costruzione della *Allgemeine Prozessrechtslehre* conserva soprattutto un notevole significato storico nella prospettiva del consolidamento del diritto processuale come autonoma parte del diritto.

3. - Un vero e proprio terremoto ideale ha il suo epicentro in Germania a metà del secolo XIX e conduce in pochi lustri ad un cambiamento di natura della riflessione sulla protezione giudiziaria dei diritti rispetto alla sua fondazione giusnaturalista: l'abbandono dell'alveo dello *ius privatum* e la netta scelta di campo in favore della collocazione del diritto processuale civile entro lo *ius publicum*.

Il diritto processuale comincia ad uscire dall'alveo del diritto privato sostanziale e si afferma come autonoma parte del diritto.

Liberato dalla corrispondenza con il diritto soggettivo privato, il diritto di azione si profila ormai come una situazione giuridica soggettiva appartenente al campo del processo, indipendente dal diritto sostanziale.

Nel costruire la propria autonomia disciplinare il diritto processuale civile subisce una sorta di mutazione genetica: «con la separazione tra diritto sostanziale e processo si dischiude la prospettiva della qualificazione del diritto processuale come diritto pubblico: nel processo le parti compaiono dinanzi al giudice, che esercita il potere statale; non si può più parlare di un assetto paritario come nel diritto privato» (1).

¹() Così, P. ARENS, *Die Grundprinzipien des Zivilprozeßrechts*, in *Humane Justiz*, a cura di Peter Gilles, Frankfurt, 1977, p. 1, il quale prosegue sostenendo che questa qualificazione del diritto processuale come diritto pubblico oggi non può essere posta più in dubbio.

Siamo nella seconda metà del secolo XIX. Non sono certo questi i tempi in cui una branca del diritto appena nata, se vuole crescere bene, possa assecondare la propria intrinseca natura ermafrodita ed interstiziale e possa coltivare una visione chiaroscurale del proprio posizionamento all'interno dell'esperienza giuridica. È questo il tempo della grande dicotomia, della grande contrapposizione tra diritto privato e diritto pubblico.

Bianco o nero: la nuova scienza del diritto processuale non può rimanere sospesa nel mezzo tra i due poli, come le suggerirebbe il modo di essere dei fenomeni studiati, ma deve far violenza a questi ultimi, deve prendere risolutamente partito: abbandonare la vecchia culla del diritto privato e correre tra le braccia possenti della scienza del diritto pubblico.

La costruzione della *Allgemeine Prozessrechtslehre* è uno dei fili sul quale si è imbastita storicamente la stessa autonomia disciplinare della materia.

La separazione del diritto processuale dal diritto sostanziale costituisce certamente al giorno d'oggi, specialmente negli ordinamenti giuridici dell'Europa continentale, uno strumento cui difficilmente si può rinunciare nella costruzione e comprensione del sistema.

Fino ai giorni nostri, la teoria e la prassi della protezione giudiziaria dei diritti si sono sentite costrette a muoversi nel campo di tensione provocato da due poli concettuali contrapposti (diritto pubblico, diritto privato).

4. - Oggi si deve però apertamente riconoscere - per usare una bella immagine di Michael Stolleis ⁽²⁾ - che questa polarità è come la luce di una stella che si irradia ancora, molto tempo dopo che la sua sorgente si è esaurita. Per consolidare la propria esistenza, il diritto processuale civile non ha più bisogno di coltivare in modo geloso la propria assoluta autonomia rispetto al diritto sostanziale, come è accaduto all'inizio della sua storia moderna.

Da molti decenni si è dischiusa la prospettiva del recupero di una correlazione di valutazioni tra diritto privato e diritto processuale civile. Scrive Wolfram Henckel nel 1970: «noi non possiamo dire che il processo persegue lo scopo di attuare il diritto soggettivo o di difenderlo. Noi diciamo piuttosto che il diritto può ed ha il permesso di essere esercitato nel processo e che il diritto processuale fissa limiti di questo esercizio, limiti che nei loro effetti sono comparabili con i limiti fissati dal diritto sostanziale. Se gli effetti sono comparabili e sono riconducibili a condotte comparabili, allora anche le valutazioni del diritto processuale devono accordarsi

²() M. STOLLEIS, *Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates*, in HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ASSMANN, *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden, 1996, p. 59.

con quelle adottate dal diritto sostanziale in relazione all'esercizio stragiudiziale del diritto. Il vantaggio che l'una parte consegue a carico dell'altra nello svolgimento del processo non può essere fondato su punti di vista attinenti al bene pubblico. Tale vantaggio deve fondarsi su valutazioni adeguate al diritto soggettivo privato» ⁽³⁾.

5. – Qual è l'impatto del recupero di una correlazione di valutazioni tra diritto privato e diritto processuale civile sul nostro discorso? Per coglierlo occorre spostare l'attenzione sul secondo elemento dell'intitolazione del convegno: «specialità». Se possibile, questo secondo termine è ancora più indeterminato del primo: la specialità o le specialità? Specialità dei riti o specialità come proiezione sulla disciplina processuale delle istanze valutative del relativo diritto sostanziale che chiede di essere attuato nel processo?

In relazione al processo, il termine «specialità» è riferito alle varianti del rito, ma è possibile collegarlo anche al rispettivo diritto sostanziale. Poiché non esiste in realtà un processo in sé, che non sia cioè un processo civile, penale, amministrativo, tributario, costituzionale, ecc.; poiché si è recuperata una correlazione di valutazioni tra diritto privato e diritto processuale civile, in questo contesto si impone di adottare il secondo significato.

L'intero processo civile può essere qualificato come speciale, tenuto conto che si correla al diritto privato come suo specifico diritto sostanziale che chiede di essere attuato nel processo.

A rigore non esistono principi generali del processo, intesi come principi – tradizionalmente affidati all'elaborazione dello studioso del processo civile - di cui si possa individuare un autonomo modo di essere, a prescindere da un processo di un certo tipo: civile, penale, amministrativo, costituzionale.

Esistono invece principi comuni a diversi tipi di processo – il terzo elemento dell'intitolazione del processo è stato individuato in modo particolarmente felice. Primo fra tutti evidentemente troviamo il principio del contraddittorio. Principi comuni, nel senso che si rinvencono in tutti i tipi di processo, ma non principi generali nel senso che hanno un contenuto perfettamente isolabile rispetto al tipo di processo in cui sono inseriti.

6. - E il discorso di teoria generale del processo? Esso non può risolversi in una analisi logica dei concetti fondamentali del processo, svolta essenzialmente in funzione descrittiva. Piuttosto tale approccio deve pro-

³() Così, W. HENCKEL, *Prozessrecht und materielles Recht*, cit., p. 62 s., con rinvio in nota al pensiero di NEUNER, *Privatrecht und Prozeßrecht* (1925).

cedere in modo induttivo dalla ricognizione del problema pratico di disciplina in un certo tipo di processo e cogliere le aspettative di senso riposte nella richiesta di intervento indirizzate ad una riflessione teorico processuale generale. Quest'ultima consiste in un'opera di intermediazione tra la concretezza storica del problema e del tipo di processo e altri tipi di processo, che possono somministrare elementi di riflessione, da impiegare nella successiva e distinta opera interpretativa e ricostruttiva.

Non si tratta di una forma di *analogia iuris* diretta a colmare lacune. Il profilo di teoria generale del processo offre piuttosto un punto di vista esterno dialogante con gli studiosi di un certo tipo di processo. Esso costituisce una specie di interfaccia selettiva di conoscenze provenienti da altri settori, un polmone aperto per attivare una feconda circolazione di idee con altri tipo di processo, in una prospettiva operativa e non semplicemente teorico descrittiva.

In sintesi, il discorso di teoria generale del processo è un dialogo tra diverse specialità, in cui lo studioso del processo civile dovrebbe contenere il suo sentimento di essere il primo della classe nell'ambito dello studio dei fenomeni processuali.

7. – Immediatamente evidenti i riflessi di questa impostazione nell'ambito del processo costituzionale ⁽⁴⁾.

Classico è il dibattito nella dottrina tedesca e italiana sulla specialità del processo costituzionale.

Secondo un primo orientamento, il diritto processuale costituzionale è pur sempre una specie del diritto processuale ⁽⁵⁾: pertanto non è precluso in via di principio l'impiego (in via legislativa o in via interpretativa) di principi, istituti e norme tratti da altri ordinamenti processuali, nelle ipotesi in cui la legge istitutiva del Tribunale costituzionale federale non contenga alcuna previsione.

A questa concezione se ne affianca un'altra – sviluppata in particolare da Peter Häberle – che sottolinea piuttosto la «autonomia» e l'«emancipazione» del diritto processuale costituzionale rispetto al diritto processuale generale. Alla stregua di questa concezione, la struttura del diritto processuale costituzionale deve aprirsi in modo corrispondente alla struttura aperta propria della costituzione, in quanto espressione della «società

⁴() Cfr., da ultimo, sul tema, A. RUGGERI, *Alla ricerca dell'identità del "diritto processuale costituzionale"*, Relazione al Seminario su *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Bologna 31 marzo 2009, in www.forumcostituzionale.it. A questo contributo si rinvia anche per l'accurata indicazione della bibliografia (v. la nota 1).

⁵() Per un recente riesame della questione, v. E. KLEIN, *Verfahrensgestaltung durch Gesetz und Richterspruch: Das "Prozeßrecht" des Bundesverfassungsgerichts*, in *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, a cura di P. BADURA e H. DREIER, I, Tübingen, 2001, p. 507 ss., p. 507 ss., specialmente p. 512.

aperta degli interpreti della costituzione». Il diritto processuale costituzionale viene collocato pertanto sullo stesso piano funzionale del diritto costituzionale sostanziale: «l'interpretazione e la concretizzazione della costituzione nello specifico procedimento regolato dal diritto processuale costituzionale sono parte della costituzione come «processo pubblico», come «costituzione del pluralismo».

La corte costituzionale è così sollecitata, se del caso conformando a tale scopo le norme processuali che disciplinano la propria attività, a promuovere un consenso, o meglio un raccordo, tra la pluralità delle opinioni, nonché – ove si tratti del giudizio di costituzionalità della legge - a colmare eventuali *deficit* di pluralismo del dibattito parlamentare, oppure viceversa ad esercitare *self restraint* nelle ipotesi in cui la legge sia da considerarsi legittimata attraverso un sufficiente coinvolgimento dell'opinione pubblica ⁽⁶⁾.

8. – Dal ragionamento svolto nei paragrafi precedenti discende chiaramente un'indicazione favorevole alla tesi della autonomia del diritto processuale costituzionale.

Queste note preliminari si saldano così con le recenti riflessioni che accolgono con favore la «mancata emancipazione» della giustizia costituzionale dal diritto costituzionale sostanziale ⁽⁷⁾.

In altri termini, fortunatamente la giustizia costituzionale non ha mai perduto quella correlazione di valutazioni con il diritto costituzionale sostanziale che il diritto processuale civile sta faticosamente recuperando nei confronti del diritto privato.

9. - Ciò non significa che la giustizia costituzionale non possa e non debba essere concepita come terreno di indagine comune a giuristi appartenenti a diversi settori scientifici.

La giustizia costituzionale costituisce un cardine dei moderni ordinamenti improntati a rigidità della costituzione. Pertanto essa non può essere un campo di studio esclusivo dei cultori di questa o di quella branca del diritto. Questo profilo venne immediatamente colto nei primi anni di vigenza della carta costituzionale, che hanno visto cultori di diverse materie

⁶() Questa concezione è stata esposta da P. HÄBERLE in una serie di scritti, a partire da *Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts*, in *JZ*, 1973, p. 451 ss.; *Verfassungsprozessrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, in *JZ*, 1976, p. 377 ss.; più in generale dello stesso A., *Die Verfassung als öffentlicher Prozeß*, terza ed., Berlin, Duncker e Humblot, 1988. Le frasi riportate tra virgolette sono tratte da P. HÄBERLE, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, traduzione e presentazione di A. D'ATENA, Milano, Giuffrè, 2000, p. 24 s.

⁷() Così, A. RUGGERI, *Alla ricerca dell'identità del "diritto processuale costituzionale"*, cit.

giuridiche prodigare le loro energie intellettuali in una fucina comune, nel tentativo di inquadrare le funzioni del nuovo organo costituzionale ⁽⁸⁾. Gli approcci inter- trans- o multidisciplinari sono diminuiti nel corso del tempo e l'esame della giustizia costituzionale è stato progressivamente lasciato agli studiosi di diritto costituzionale ⁽⁹⁾.

La frammentazione della didattica e ricerca universitarie del diritto ha fatto il resto. Essa ci ha consegnato riflessioni giuridico-costituzionali «pure», anche su temi – come quello della giustizia costituzionale – che possono essere abbracciati nella pluralità delle loro sfaccettature con il confronto dello studioso di diritto costituzionale con cultori di altre materie, oppure con l'intimo convivere di più anime disciplinari nel giurista chiamato ad affrontarli ⁽¹⁰⁾.

10. - Il pensiero corre immediatamente all'organizzazione didattica universitaria tedesca, in cui non esistono studiosi di diritto costituzionale puri, come non ci sono studiosi del processo civile puri, ma esistono giuristi che coltivano almeno due o tre materie ⁽¹¹⁾.

Inoltre nell'esperienza giuridica tedesca non si dubita che l'attività politica degli organi costituzionali possa essere assoggettata ad una valutazione giurisdizionale da parte di un giudice, la corte costituzionale appunto, che esercita con energia e consapevolezza il ruolo di «verificare attraverso un procedimento giudiziale se le decisioni degli organi parlamentari e degli organi esecutivi si mantengono nel quadro costituzionale» ⁽¹²⁾. Fin dal primo decennio di attività della corte costituzionale tedesca si è chiarito, anche in riferimento all'azione di governo in senso materiale,

⁸) Una posizione di primo piano occuparono allora i lavori degli studiosi di diritto processuale civile. Cfr. P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950; F. CARNELUTTI, *Limiti dell'accertamento legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, p. 56; E. GARBAGNATI, *Sull'efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in *Scritti giuridici in onore di Carnelutti*, IV, Padova, 1950; E. REDENTI, *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Milano, 1957; M. CAPPELLETTI, *la pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1957.

⁹) Cfr. gli Studi in onore della Corte costituzionale offerti dagli studiosi del processo civile, Napoli, 2006, in cui la riflessione si indirizza quasi esclusivamente sull'impatto della giurisprudenza costituzionale sul processo civile, pertanto in una prospettiva intradisciplinare.

¹⁰) La parcellizzazione della ricerca e della didattica si avvia ad essere parzialmente ricomposta solo in questi ultimi tempi, più sotto la costrizione della esiguità delle risorse finanziarie, che per l'intimo convincimento della sua debolezza epistemologica.

¹¹) Consueta è evidentemente l'accoppiata tra diritto costituzionale e diritto amministrativo.

¹²) Così, C. STARCK, *Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung und im politischen Prozeß*, in *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, a cura di P. Badura e H. Dreier, I, Tübingen, 2001, p. 1 ss., p. 27.

comprendente pure l'attività di politica estera, che ormai più nessun atto dello stato è sottratto al controllo giurisdizionale di costituzionalità ⁽¹³⁾.

Una delle cose più belle e coinvolgenti che possono capitare nello studio dell'ordinamento tedesco è il constatare come la corte costituzionale federale tedesca, complice la preponderanza della *Verfassungsbeschwerde* come canale di accesso, dialoga con i cittadini, più che con le stanze del potere politico. La corte costituzionale tedesca è davvero un organo di cerniera tra stato e società civile e non è affatto rinserrata all'interno dell'apparato dello stato. Essa non teme di intervenire sui problemi che attualmente affannano la società civile, proprio perché i propri interventi riposano normalmente su una notevole forza di argomentazione giuridica.

* Il saggio ha costituito la base della elazione presentata al convegno «*Il processo tra specialità e principi comuni*», organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dall'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, a Napoli, il 3 aprile 2009. È stato aggiunto un apparato di note ridotto all'essenziale.

** Ordinario dell'Università di Firenze.

¹³() K. STERN, *Scelte di politica estera e controllo giurisdizionale di costituzionalità*, in *Il controllo democratico sugli impegni internazionali*, a cura di G. Battaglini e L. Carlsare, Padova, 1997. p. 236.