RICORDO DI LUIGI AMIRANTE

Pensavo che mi sarebbe stato facile scrivere di Lui.

Credevo che mi sarebbe stato sufficiente ricordarlo e le parole avrebbero affollato la mente e, di lì, si sarebbero docilmente trasferite sul foglio a comporre fatti, aneddoti, episodi che Lo riguardavano e che desideravo che anche altri conoscessero.

Invece non è così, e scrivere di Lui mi è straordinariamente difficile: anche se i fatti, gli aneddoti, gli episodi che Lo riguardano affollano effettivamente la mente (e più numerosi e nitidi che mai dal giorno della Sua scomparsa) non mi riesce di tradurli in parole, come se il ricordo di Lui non volesse uscire da me; come se temessi che scriverne volesse dire perderlo, farlo fuggire per sempre.

Anche se la ragione vera di tanta difficoltà potrebbe, più probabilmente, essere un'altra. E cioè che io, in questa circostanza, non intendo scrivere di Lui, ma a Lui e per Lui. E' per questo che mi sento come quando, nel Suo studio di Viale Fornelli a Napoli, Gli consegnavo il dattiloscritto di un mio lavoro e Amirante sprofondava nella poltrona, accavallava le gambe, vi appoggiava sopra i fogli, inforcava gli occhiali e, piegando gli angoli della bocca all'ingiù in un'espressione molto simile al disgusto (o che io per tale interpretavo), iniziava la lettura. Mentre scrivo queste parole, sono simile all'allievo che, affidato il proprio elaborato al Maestro, disperatamente Ne scruta l'espressione cercando di coglierví la traccia anche più lieve di un'approvazione.

Amirante non approvava facilmente. E sono certo che, fatta da me, non approverebbe neppure una commemorazione di tipo «tradizionale», anche se scritta con tutta la devozione e l'affetto che Gli portavo. Ed invece io ora (particolarmente ora) vorrei scrivere qualcosa che potrebbe non dispiacerGli.

Per questo non indirizzo il mio ricordo sopra gli aspetti più affascinanti e noti dell'Uomo: la Sua vastissima e profonda cultura, artistica e letteraria ancora prima che giuridica, di fronte alla quale non restava ai più che ascoltare, tacere e, se possibile, apprendere; la Sua meravigliosa umanità, che Gli impedì sempre di rimanere estraneo o indifferente alle vicende, tristi o liete che fossero, dei Suoi amici; la Sua irrefrenabile ansia di agire, di fare, di migliorare le cose e le persone e, insieme, di migliorarsi. Altri assai meglio di me potrà ricordare sotto questa luce Luigi Amirante. Non io.

Per restare fedele al tipo di rapporto che si era, col trascorrere degli an-

ni, instaurato fra di noi, io intendo ricordarNe aspetti più familiari e modesti. Le Sue esclamazioni, ad esempio.

Il dialetto napoletano, anche quello «colto»di cui Amirante spesso faceva uso, è ricchissimo di esclamazioni. Una assai comune è «Gesù!», con la quale, a seconda del tono della voce, dell'espressione del volto o del gestire delle mani, chi parla riesce, con questa sola parola, ad esprimere una gamma pressoché illimitata di reazioni e di sentimenti. Anche Luigi Amirante, che amò con tenerezza e calore Napoli e la sua cultura, faceva assai spesso uso dell'esclamazione «Gesù!». Una di queste è rimasta impressa nella mia memoria.

Dopo essersi trasferito nel 1970 all'Università di Salerno, a lungo ritornò, almeno una volta all'anno, a Ferrara, solitamente in settembre. Ed un pomeriggio di settembre del tutto eccezionale per Ferrara (l'aria era di una nitidezza straordinaria per questa città e conferiva agli edifici e alle cose un aspetto inusitato, profili quasi crudeli, colori violenti); un pomeriggio di settembre, dicevo, sostammo, Lui ed io, in uno dei luoghi che Egli maggiormente ammirava ed amava: la Certosa, maestoso tempio rinascimentale dai cui lati si dipartono, quasi a simboleggiare un abbraccio, due ampi porticati semicircolari costellati di lapidi tombali (alla Certosa è infatti annesso il Cimitero). Le cancellate di ferro nero, data l'ora piuttosto tarda, erano già state chiuse e nessuno ormai si aggirava in quel luogo: eravamo soli, Lui ed io, con le nostre ombre smisurate proiettate dal sole al tramonto sul prato antistante la chiesa. Amirante guardava e taceva. Potevo seguire i Suoi occhi mobilissimi scivolare sulla facciata del tempio, quasi accarezzarne le pietre rossastre, frugare oltre le colonne del porticato, toccare i marmi, sfiorarne le scritte. E fu allora che congiunse le mani, le portò (in un gesto che Gli era consueto) all'altezza del cuore e disse (meglio: gemette, quasi singhiozzò): «Gesù!».C'era, in quel «Gesù!», l'ammirazione dell'esteta, il giudizio dell'esperto, l'entusiasmo dello storico, la commozione dell'uomo; c'erano la razionalità ed il sentimento; c'erano il ricordo e la premonizione; c'era, più viva di tutto, l'esperienza del presente, intensa fino a farGli male. Quando, sulla strada del ritorno, cercò di spiegarmi il Suo stato d'animo, avvertii un fremito di ammirazione: sapeva insegnare anche nelle circostanze più insolite.

Altre volte, al termine di una conversazione animata o più spesso di un appassionato monologo ed in procinto di alzarsi da una poltrona o da un divano, allargava le ginocchia, riuniva i talloni e, nel quadrilatero che le sue gambe stavano formando, sprofondava fin quasi a terra le mani congiunte; poi puntava lo sguardo verso l'alto e sospirava: «Povero Amirante!». Spesso io rincaravo scherzosamente, sforzandomi di imitare il Suo accento: «Poverissimo!».Un «Uhhh» e un grave cenno di assenso col capo ponevano fine al dialogo.

Non ho mai interpretato (né ora interpreto) questa esclamazione in senso autocommiserativo, giacché Amirante non era solito compiangersi:

eppure, a chiunque Lo abbia conosciuto non sarà sfuggita la Sua essenziale tristezza o, usando un'espressione che sono certo Gli risulterebbe gradita, «la tristezza che ebbe la sua coraggiosa allegria». Perché in Lui allegria e tristezza, amore della vita e scienza della morte convissero, pur nella loro insanabile contraddizione, in un equilibrio perduto e ritrovato ad ogni istante: credo che come pochi uomini abbia avuto la consapevolezza del mistero dell'esistenza.

Con allegria e tristezza combatté molte battaglie, perché amava lottare per le Proprie idee, politiche, scientifiche, culturali che fossero. Conobbe, come ogni uomo, vittorie e sconfitte, ma non L'ho mai sentito considerare né le une né le altre come un punto di arrivo, come un risultato appagante o avvilente in modo definitivo.

Credente con la ragione e il sentimento, con allegria e tristezza percorse strade che parevano condurre a mille diverse mete, ma che, nella realtà, queste mete lambivano soltanto, e proseguivano. Proseguivano verso l'orizzonte ineludibile ed ultimo sopra il quale Luigi Amirante sembrava puntare uno sguardo insolitamente pacato quando, con voce lontana, pronunciava la più inquietante delle Sue esclamazioni: «Moriremo».

Pierpaolo Zamorani

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova Serie - Vol. VIII (1994)

ANDREA PUGIOTTO

LA «CONCRETEZZA» NEL SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ: POLISEMIA DI UN CONCETTO (*) [1]

Sommario

1. - La riflessione di Luciani sui modelli di giustizia costituzionale. - 2. La «concretezza» come legame stretto tra il giudizio incidentale ed il suo atto introduttivo. - 3. Il ricorso al diritto vivente nella giurisprudenza costituzionale quale elemento «concreto» del giudizio incidentale? - 4. La ratio di fondo della teorica del diritto vivente. - 5. La «concretezza» come requisito dell'oggetto del giudizio incidentale. Il valore solo «esemplare» della vicenda concreta del giudizio a quo. - 6. L'ambiguità del requisito della «concretezza» nel giudizio in via d'azione. - 7. Ridefinizione della «concretezza» e teleologia del sindacato di costituzionalità. - 8. La riflessione di Angiolini sui modelli di giustizia costituzionale. - 9. «Concretezza» e giurisprudenza processuale della Corte costituzionale: a) lo scrutinio stretto sulla rilevanza. - 10. b) l'inammissibilità di questioni alternative. - 11. c) il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato. - 12. Una (preoccupata) conclusione.

1. – Tra le tante sollecitazioni provocate dalla rilettura — sempre stimolante — dei due libri di Massimo Luciani [2] e di Vittorio Angiolini, [3] vor-

---

(*) Il presente scritto si inserisce nella ricerca «Tendenze attuali della giurisprudenza costituzionale», diretta dalla prof.ssa Lorenza Carlassare, con finanziamento M.U.R.S.T. 60%.

1. Nell'ambito del ciclo di letture giuridiche organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica di Milano, si è svolto (gennaio 1993) un incontro dedicato alle riflessioni di V. Angiolini e M. Luciani sul tema del processo costituzionale, coordinato dalla dott.ssa M. D'Amico.

Il presente scritto costituisce una approfondita rielaborazione dell'intervento orale svolto in quella occasione.

2. M. LUCIANI, Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale, Padova, 1984.

3. V. ANGIOLINI, La «manifesta infondatezza» nei giudizi costituzionali, Padova, 1988.

rei qui svilupparne una comune alle riflessioni di entrambi sul processo costituzionale, sia pure nella divergenza degli esiti che caratterizza le rispettive analisi: il carattere *concreto* del controllo di costituzionalità delle leggi. Apparentemente circoscritto e settoriale, si tratta invece di un profilo dalle rilevanti conseguenze di ordine sistematico, sia con riferimento alle tendenze di fondo del nostro giudizio costituzionale[4] sia con riguardo ad alcuni tra i più controversi orientamenti della giurisprudenza processuale della Corte[5].

L'abbrivio può essere preso dalle interessanti pagine del testo di Luciani — certamente tra le più note — dedicate alla definizione di un nuovo modello di giudizio incidentale[6]. Qui la tradizionale distinzione tra modello kelseniano (accentrato, costitutivo negli effetti, principale nell'accesso) e modello'statunitense (a carattere diffuso, dichiarativo negli effetti, incidentale nell'accesso) più che revocata in dubbio viene ritenuta non esaustiva. Come insufficiente pare all'Autore anche la più recente bipartizione proposta da Pizzorusso[7] tesa a ricondurre le concrete esperienze di controllo di costituzionalità sulle leggi entro l'alternativa tra sistemi astratti e sistemi concreti: alternativa che solo in parte coglie nel segno, non esaurendo tutti i tratti antinomici che caratterizzano i due modelli di sindacato costituzionale che possono teoricamente disegnarsi (e dei quali Luciani illustra i requisiti e la logica di fondo[8]). Tuttavia, benché da integrare[9], lo stesso Autore riconosce la centralità del binomio astrattez-

---

4. Cfr., *infra,* i paragrafi 6, 7 e 8.

5. Cfr., *infra,* i paragrafi 9, 10 e 11.

6. Il riferimento è, in particolare, al Capitolo IV in M. LUCIANI, *op. cit.,* 215 ss.

7. A. PIZZORUSSO, I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi, in Quad. Cost., 1982, 521 ss.

8. M. LUCIANI, *op. cit.,* 226-238.

9. L'alternativa tra modello astratto e concreto per i sistemi di giustizia costituzionale, infatti, più che essere criticata nei suoi presupposti (ma si veda F. MODUGNO, La Corte costituzionale italiana oggi, in Scritti in onore di V. Crisafulli, I, Padova, 1985, 537 nt. 20, per il quale il rilievo dato da Pizzorusso ad elementi concreti presenti nel giudizio incidentale italiano, al fine di avvicinarlo quanto più possibile al sistema americano, sarebbe «forzato e unilaterale*)viene in dottrina maggiormente articolata (così L. PEGORARO, La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa, Padova, 1987, 105-113 e 333 ss.; ID., I rapporti della Corte costituzionale col legislatore e la sistematica dei modelli di giustizia costituzionale dopo lo smaltimento *dell'arretrato,* in La giustizia costituzionale a una svolta, a cura di R. Romboli, Torino, 1991, 185-191) oppure, ancora, se ne sottolinea il carattere solo tendenziale, data la presenza di orientamenti giurisprudenziali oscillanti tra l'uno e l'altro ideal-tipo (segnalati, ad esempio, da R. ROMBOLI, Il processo costituzionale dopo l'eliminazione *dell'arretrato.* Il giudizio costituzionale incidentale come giudizio «*senza* processo»?, in Quad. Cost., 1991, 600-604; ID., Significato e valore delle disposizioni regolanti il processo davanti alla Corte costituzionale nei *più* recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale, in Ass. Studi e Ricerche *Parlam.,* quad.

za/concretezza, andando alla ricerca degli elementi presenti nella giurisprudenza processuale della Corte riconducibili ora all'uno ora all'altro modello.

E' qui che si innesta la riflessione che vorrei proporre. Tra gli elementi che caratterizzerebbero in senso concreto il nostro attuale sistema di controllo di costituzionalità delle leggi, viene indicato il sempre più frequente richiamo della Corte alla c.d. dottrina del diritto vivente[10]: è un'impostazione da condividere?

2. – Il carattere astratto o concreto del giudizio di costituzionalità dipende, rispettivamente, dalla minore o maggiore dipendenza del giudizio medesimo dal suo atto introduttivo. Su questo punto Luciani è chiarissimo: «l'astrattezza segna l'indipendenza del giudizio costituzionale dal proprio atto *introduttivo*»[11], quindi il requisito della concretezza si definirà a contrario, come infatti accade laddove l'Autore elenca tutta una serie di *trends* giurisprudenziali «che hanno inciso profondamente sulla struttura del giudizio costituzionale accentuandone la natura concreta, ed aumentando perciò, la sua dipendenza dal giudizio principale e dall'atto introduttivo che ne scaturisce. [12]. Del resto, tutti gli elementi concreti — oltre al ricorso al diritto vivente — riscontrati nella giurisprudenza processuale costituzionale (la maggior rigidità del controllo della Corte sulla valutazione della rilevanza compiuta dal giudice a quo; la pretesa di una determinazione del thema decidendum nella formulazione dell'ordinanza di rimessione; la richiesta indicazione della fattispecie concreta discussa nel giudizio principale) stringono il legame tra giudizio ad *quem* e giudizio a *quo,* spingendo la Corte a pronunciarsi in relazione «non ad un quesito astratto, ma proprio e solo a quello concretamente prospettato nel caso di specie»[13].

Infine, e non a caso, viene ripetutamente indicato nel ricorso diretto di costituzionalità contro violazioni di diritti fondamentali, il modello esemplare di controllo di costituzionalità concreto [14]: qui, il legame del giudizio costituzionale con il suo atto introduttivo è davvero indissolubile.

La concretezza, dunque, viene intesa da Luciani — ma non solo [15] —

---

n.2, 1992, 50-51).

10. M. LUCIANI, *op. cit.,* 252.

11. Ivi, 253.

12. Ivi, 267 (corsivo non testuale).

13. Ivi, 257 nt. 64.

14. Ivi, 239 e 267.

15. Che la concretezza derivi dalla prossimità del giudizio incidentale alla fattispecie oggetto del giudizio principale e, quindi, dal collegamento con l'atto introduttivo da questo proveniente, è rilievo comune in dottrina: cfr., tra i molti, L. CARLASSARE, «*Astrattezza*» e «concretezza» in un giudizio principale su indirizzo e coordi-

come requisito del giudizio costituzionale incidentale, risolventesi nel collegamento sempre più stretto del giudizio della Corte con il giudizio principale. Ad esso conseguirebbe un tendenziale slittamento del sindacato costituzionale, da controllo obiettivo condotto nell'interesse pubblico a controllo «riallacciato alla controversia pendente presso il giudice *a quo* e destinato a tutelare "situazioni subiettive" delle parti»[16].

3. – Perché il ricorso al diritto vivente possa essere inserito tra gli elementi concreti del nostro sistema di giustizia costituzionale, sarebbe allora necessario identificarlo esclusivamente con l'interpretazione che del testo legislativo impugnato viene a dare il giudice *a quo* nella ordinanza di rimessione[17].

Ma non è questa l'accezione di norma vivente assunta da Luciani[18]. Nè potrebbe essere altrimenti: fin dalla sua originaria formulazione — che deve farsi risalire alla riflessione di Ascarelli sulle prime sentenze interpretative di rigetto[19] — la teorica del diritto vivente ha sempre fatto riferimento alla concreta esperienza applicativa della prevalente giurisprudenza. Ed è un dato pacifico, nella successiva riflessione dottrinale come pure nella giurisprudenza costituzionale, che per norma vivente debba intendersi la risultante della continua attività di interpretazione-applicazione condotta dal potere giudiziario nel suo complesso[20].

---

namento, in Giur. Cost., 1989, I, 1109; C. MEZZANOTTE, Irrilevanza e infondatezza per ragioni *formali,* ivi, 1977, I, 234 s.; F. MODUGNO, Riflessioni *interlocutorie* sull'autonomia del processo costituzionale, Napoli, 1966, *passim*; A. PIZZORUSSO, *op.* cit., 525 s.; G. VOLPE, L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale, Milano, 1977, 160 ss.

Marca nettamente il proprio dissenso dal significato attribuito nell'analisi di Luciani alla coppia astrattezza/concretezza — perché non postulabile «né in via teorica, né in via di prassi» — B. CARAVITA, Corte «giudice a *quo*» e introduzione del giudizio sulle leggi. I. La Corte costituzionale austriaca, Padova, 1985, 186.

16. Prendendo a prestito le parole di V. ANGIOLINI, La Corte senza *il* «processo» o il «processo» costituzionale senza processualisti?, in La giustizia costituzionale a una svolta, cit., 30.

17. Recuperando così una tesi a suo tempo prospettata da F. CARNELUTTI, Poteri della Corte costituzionale in tema di interpretazione della legge impugnata, in Riv. Dir. Proc., 1962, 349 ss., peraltro non priva di seguito nella dottrina degli anni '60 e '70.

18. Se si esclude un rapido cenno alla prassi amministrativa (cui la Corte si riferirebbe «nella determinazione del "diritto vivente" in senso largo», p. 139) Luciani, infatti, individua la norma vivente nella consolidata interpretazione giurisprudenziale, specie della Corte di cassazione: Id., op. cit., *passim,* in particolare 149 s. e nt. 32, 252, 263 s.

19. Il riferimento è a T. ASCARELLI, Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione, in Riv. Dir. Proc., 1957, 351 ss.

20. Per citare solo alcuni tra i saggi più recenti specificamente dedicati alla tematica del diritto vivente, cfr. A. ANZON, La Corte costituzionale e il «diritto viven-

Ed allora, se il diritto vivente coincide non con la norma enucleata per via ermeneutica dal singolo giudice *a quo* bensì con il fatto storico della ripetuta applicazione giudiziale, *tertium* non *datur:* o il ricorso della Corte costituzionale al significato normativo vivente quale oggetto del proprio sindacato *non* è un elemento che caratterizza in senso concreto il nostro sistema; oppure va ridefinito il requisito della concretezza nel controllo di costituzionalità.

La sola formulazione del primo corno dell'alternativa ne rivela manifestamente il carattere paradossale: è quindi la seconda strada che andrà percorsa.

4. – Diventa necessario, in via preliminare, dar conto — sia pure in modo sintetico — della logica di fondo della teorica del diritto vivente.

L'interpretazione della legge impugnata cui la Corte è chiamata per valutarne la legittimità costituzionale, si inserisce all'interno di un *iter* logico ricalcato su quello proprio del giudice ordinario: «il testo la cui costituzionalità è oggetto di esame corrisponde (...) alla fattispecie esaminata dal giudice ordinario e la norma costituzionale a sua volta assume nel ragionamento del giudice costituzionale la posizione che è assunta nel ragionamento del giudice ordinario dalla norma ordinaria)»[21]. La difficoltà concettuale di argomentare come la norma legislativa possa trasformarsi in un fatto, e come questo fatto possa conciliarsi con l'essere un giudizio, viene agevolmente superata da Ascarelli in forza della propria teoria dell'interpretazione giuridica: la norma esiste come tale solo nel momento dell'applicazione giudiziaria, «ed è perciò che la equivocità del testo trova innanzi tutto il criterio di soluzione nelle applicazioni che esso ha effettivamente ricevuto)»[22].

La Corte, che è chiamata a valutare la costituzionalità della legge, si trova allora tra le mani non un'astratta disposizione legislativa il cui significato normativo è desurnibile attraverso un autonomo sforzo ermeneutico, bensì — tutt'al contrario — il fatto storico di una consolidata applicazione giudiziaria. In presenza di un diritto vivente «la Corte, in altre paro-

---

te», in Scritti in onore di V. CRISAFULLI, *cit.*, 1 *ss.;* G. ZAGREBELSKY, La dottrina del diritto vivente, in AA.VV., Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale, Milano, 1988, 97 *ss.;* L. MENGONI, Diritto vivente, in Jus, 1988, 14 *ss.;* F. SANTORO-PASSARELLI, A proposito *del* «dirittovivente», in Id., Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi, Napoli, 1988, 41 *ss.;* M. COMBA, La Corte costituzionale tra diritto vivente e diritto in embrione, in Giur. It., 1992, I, 1, 393 *ss.* Se vuoi, vedi anche A. PUGIOTTO, Riflessioni interlocutorie sul diritto vivente: le origini. Dottrina e giurisprudenza costituzionale (1956-1965), in Annali *Univ. Ferrara,* Sez. V-Scienze giuridiche, vol. III, 1989, 93 *ss.*

21. T. ASCARELLI, *op. cit.,* 357 nt. 2.

22. Ivi, 362.

le, ha un'attività interpretativa non in due sensi (e cioè in riferimento alla legge ordinaria e alla Costituzione), ma solo in un senso e cioè in ordine alla Costituzione, *funzionando il fatto-noma come elemento di giudizio già assoggettato al potere di interpretazione e quindi già pronto a subire il confronto costituzionale, perché già ben circostanziato e definito nella sua esatta configurazione»*[23].

L'intuizione ascarelliana è, tutt'oggi, a fondamento della dottrina del diritto vivente, la quale postula che nel sindacato di costituzionalità la disposizione legislativa venga assunta nel suo significato applicato e quindi come fatto storico da valutare, non come testo polisenso da interpretare. E' da questo fondamentale passaggio che dipende il carattere di accertamento storiografico[24] della norma applicata: la Corte cioè dovrà identificare non uno dei significati possibili della disposizione legislativa impugnata, bensì il solo significato ad essa concretamente attribuito in sede di applicazione giudiziaria. La constatazione diffusa ed oramai pacificamente ripetuta in dottrina, secondo la quale il diritto vivente viene assunto nel

---

23. La citazione — che ha il pregio di adattarsi perfettamente anche all'impostazione teorica ascarelliana — è di N. ASSINI, L'oggetto del giudizio di costituzionalità e *la «guerra* delle due *Corti»*, Milano, 1973, 30 (corsivo non testuale).

Colgono molto bene questo elemento cardine nella elaborazione ascarelliana della tesi del diritto vivente, V. ONIDA, In tema di interpretazione delle nome sugli effetti delle pronunce di incostituzionalità, in Giur. Cost., 1965, 1431; V. ACCATTATIS, Conflitti interpretativi, in Riv. Pen., 1966, 510; G. PIERRO, Interpretazione e logica delle proposizioni *normative* nelle decisioni di rigetto della Corte costituzionale, in Foro Pen., 1971, 417.

24. Osserva infatti C. MEZZANOTTE, La Corte costituzionale: esperienze e prospettive, in AA.VV., Attualità e attuazione della Costituzione, Bari, 1979, 163 s. — proprio con riferimento alla tesi del diritto vivente —: «il processo logico che, secondo questa dottrina, il giudice costituzionale sarebbe tenuto a seguire dovrebbe scindersi in due momenti distinti: un primo momento in cui la Corte accerta, con metodo storico, l'oggetto reale del giudizio (owero la legge, degradata a semplice prassi interpretativa) e un secondo momento in cui, con metodo deontico, risale alle proposizioni di dover essere, desumendole dai principi costituzionali dei quali essa sola può conoscere». Sulla stessa lunghezza d'onda è G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, quando indica nella norma applicata non «un aspetto argomentativo» (p. 1150) bensì un fatto storico o — per dirla con le parole dell'Autore — «un dato» (p. 1149), «la fattispecie stessa» del giudizio costituzionale (p. 1150).

Circa la differenza tra giurista e storico, M. MERONI, La teoria *dell'interpretazione* di *Tullio* Ascarelli, Milano, 1989, 243, sintetizza bene il punto di vista ascarelliano: «Ascarelli non voleva negare in assoluto la possibilità di un'attività interpretativa volta unicamente alla comprensione ed esposizione delle norme di un ordinamento (...). Essa rientrava, piuttosto, fra i compiti degli storici, che potevano avere la necessità di ricostruire il significato attribuito ad una disposizione, in un dato momento storico (...) da coloro che l'avevano interpretata ed applicata (corsivo non testuale). E' in questo preciso senso che l'operazione della Corte costituzionale di individuazione della norma vivente è «un'indagine storiografica» (T. ASCARELLI, *op.* cit., 353).

giudizio costituzionale «come un dato oggettivo che la Corte può condividere o no, ma che rappresenta in ogni caso la premessa necessaria per valutare la costituzionalità della legge»[25], allude — più o meno consapevolmente — alla ricostruzione del giudizio della Corte costituzionale fin qui illustrata.

Proprio perché il testo legislativo impugnato entra in gioco nel giudizio della Corte costituzionale quale norma applicata, assumendo così i connotati di un fatto storico accertabile storiograficamente, l'interpretazione giuridica che ne è a fondamento non può che imporsi al giudice delle leggi. Il diritto vivente — inteso come interpretazione giuridica dominante — è cioè il presupposto di un fatto storico (la concreta applicazione della legge impugnata) che la Corte non può mutare: giudicando di tale fatto storico la Corte non può che assumere quell'interpretazione che del fatto è presupposto ermeneutico. La distinzione — pur legittima sul piano concettuale — tra interpretazione-attività ed interpretazione-prodotto[26], non deve far perdere di vista che, sul piano concreto del sindacato di costituzionalità, i due momenti risultano collegati inscindibilmente, poiché giudicare la legittimità della norma applicata porta con sè, necessariamente, l'assunzione del percorso ermeneutico compiuto dai giudici comuni per enuclearla.

Ecco perché il diritto vivente è per la Corte costituzionale vincolante: non in quanto interpretazione ma come presupposto del fatto storico dell'applicazione che la Corte è chiamata ad apprezzare nella sua costituzionalità[27]. Viceversa, l'interpretazione giurisprudenziale prevalente mantiene solo un valore persuasivo per l'autorità giudiziaria. Nei confronti di questa il diritto vivente viene in gioco ai fini della formulazione della norma da osservare nel caso concreto sottoposto al suo giudizio e non opera quindi — come invece per la Corte costituzionale — quale presupposto di un fatto, ma semplicemente come possibile percorso interpretativo. L'interpretazione giudiziaria prevalente, dunque, rappresenta uno dei canoni ermeneutici di cui il giudice può tener conto, restando comunque libera la sua attività interpretativa, ex art. 101, comma 2, Cost.

---

25. Così, per tutti, E. CHELI, *La Corte costituzionale nella forma di governo italiana*, in *Ass. Studi* e *Ricerche Parlam.*, quad. n. 1, 1991, 132.

26. Per la quale si può certamente rinviare a G. TARELLO, *Diritti, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, *passim*.

27. Ovviamente non si ignora che la giurisprudenza costituzionale spesso smentisce il valore vincolante del diritto vivente, prescindendo da questo e ricavando autonomamente dalla legge impugnata un significato normativo differente da quello comunemente applicato dall'autorità giudiziaria. Ma un simile atteggiamento giurisprudenziale è certamente in contraddizione con la *ratio* di fondo della tesi del diritto vivente e ne denota — da parte della Corte — un uso strumentale, calibrato discrezionalmente alle esigenze del singolo caso in questione.

5. – E'proprio di un giudizio a posteriori la possibilità che vengano in rilievo quei profili di illegittimità della legge derivanti dall'esperienza applicativa: nel controllo della Corte costituzionale promosso in via incidentale, dunque, si creano le condizioni ottimali per la massima valorizzazione della tesi del diritto vivente. In questo senso può allora dirsi che, istituzionalmente, il giudizio incidentale è ad alto tasso di concretezza perché la legge viene considerata non per ciò che potenzialmente dispone bensì per quanto effettivamente viene a disporre attraverso l'attività degli organi giudiziari: «il controllo di costituzionalità è così agganciato all'applicazione del diritto, è quindi un controllo concreto, attivabile in qualunque momento, dopo l'entrata in vigore della legge, e anche ripetutamente. In questo modo, il controllo di costituzionalità si lega strettamente all'evoluzione dell'ordinamento giuridico di cui è spesso uno dei più potenti fattori di trasformazione»[28].

In un siffatto contesto, dove l'oggetto del giudizio non è più una disposizione polisensa, né la norma prospettata in ordinanza o autonomamente enucleata per via interpretativa dalla Corte, venendo bensì ad identificarsi col fatto storico della ripetuta applicazione giudiziaria, il requisito della concretezza ne esce ridefinito e ricollocato. Esso, infatti, non si riferisce più al legame più o meno stretto tra giudizio a *quo* e ad *quem,* quanto invece all'oggetto del controllo di costituzionalità. Il giudizio della Corte è concreto perché non concerne ipotetiche soluzioni normative, bensì il significato effettivo della legge costantemente applicato ai fatti della vita[29]. *Ex* adverso, in questa prospettiva viene a mutare anche il requisito opposto dell'astrattezza, predicabile del controllo di costituzionalità esercitato in

---

28. Così, con sintesi felice, V. Caianiello, L'integrazione del *sistema* legislativo italiano delle nome di rango costituzionale e *comunitario,* relazione presentata al XV Congresso dell'Associazione francese dei Centri di formazione professionale per giuristi, svoltosi a Parigi, dicembre 1990, sul tema Les nomes de *Droit* superieuves à la loi: progrès on végression? (la citazione è tratta dal resoconto fattone da M. Bimonte, Confronto a Parigi sulla giurisprudenza costituzionale, in Parlamento, 1991, fasc. 1-2, 53)

29. E' questa l'accezione di «concretezza» nel controllo di costituzionalità assunta nello studio di V. Angiolini, La «*manifesta infondatezza*», cit., *passim,* in particolare p. 241; nello stesso senso si vedano anche, tra gli altri, G. Berti, Considerazioni sul *tema,* in AA.VV., Giudizio «*a quo*» e *promovimento* del processo costituzionale, Milano, 1990, 100-102; G. D'orazio, Il giudizio *sulle* leggi ed i «*nuovi*» *tempi* del suo *svolgimento*. (Profili processuali ed istituzionali), in La giustizia costituzionale a una svolta, cit., 113; G. Zagrebelsky, *op. cit.,* 1150.

Anche A. Spadaro, *Limiti del* giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici, Napoli, 1990, 225 nt. 32, intuisce questo slittamento di senso della nozione di concretezza, quando osserva che «a ben vedere, in effetti, non è tanto il giudizio costituzionale "astratto" o "concreto", quanto il suo oggetto (la disposizione in astratto/la norma vivente in concreto)», tranne poi però preferire mantenersi fedele alla concettuologia e terminologia tradizionali.

assenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato sulla disposizione legislativa impugnata: qui «il giudizio della Corte assume caratteri ipotetici e astratti. [30], quasi uno scrutinio preventivo sulla formulazione della legge, orientato a favorire il formarsi di un diritto vivente conforme alla Costituzione.

Se la concretezza del controllo di costituzionalità incidentale viene assunta quale requisito dell'oggetto del giudizio, risulta agevole comprendere anche l'esatto ruolo e l'esatta funzione della fattispecie concreta che ha dato origine al processo a *quo*. Essa viene in rilievo per la Corte in quanto emblematica del modo in cui la norma agisce nel momento applicativo; è una vicenda allora che interessa il giudizio di legittimità solo per la sua «tipicità», come banco di prova, come esempio del modo in cui vive la legge nel sistema: «in altri termini, il caso che è prospettato alla Corte funge un pò da occhiale, che questa indossa per osservare la realtà dell'ordinamento. La Corte guarda dunque al reale attraverso il caso che le viene sottoposto»[31].

Ciò accade soprattutto quando è lo stesso giudice *a quo* a sollevare una *quaestio* sulla norma vivente: qui, davvero, il giudizio principale è lente d'ingrandimento della realtà storica dell'ordinamento normativo. Diversamente accade quando il giudice *a quo* interpreta la legge secondo un significato isolato e non corrispondente alla norma vivente: in tal caso la tipicità del processo di rimessione viene meno, pur rimanendo l'occasione che sollecita la Corte a guardare all'intero ordinamento nella ricerca del significato effettivo della disposizione di legge impugnata, ed è proprio la perdita di esemplarità del giudizio *a quo* che legittima la Corte a condurre tale ricerca per proprio conto. Infine, con riferimento all'ipotesi di una *quaestio legitimitatis* relativa ad una legge il cui significato vivente manchi o sia ancora in divenire, l'esemplarità del giudizio *a quo* affievolisce ma non viene meno del tutto: la norma indicata in ordinanza sarà eventualmente fatta oggetto di valutazione dalla Corte per la sua ripetibilità in altre fattispecie concrete già verificatesi o verificabili.

Nella cornice di una ridefinita concretezza del controlo costituzionale,

---

30. G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 1152.

31. Come più recentemente ha riconosciuto lo stesso M. LUCIANI, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Giudizio «a quo» e promovimento*, cit., 292.

Chi però prima e meglio di altri ha parlato del valore esemplare che la vicenda del giudizio *a quo* viene ad assumere nella dinamica del controllo di costituzionalità delle leggi, è senz'altro A. CERRI, *Il profilo fra argomento e temine della questione di costituzionalità*, in *Giur. Cost.*, 1978, I, 356-357; ID., *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti, ivi*, 1978, I, 1359-1360; un accenno ora anche in ID., *La «dialettica» del giudizio incidentale: rimeditazioni sul tema*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, I, Milano, 1988, 126, e — più recentemente — in ID., *Sindacato di costituzionalità. I) ordinamento italiano*, in *Encicl. Giur. It.*, XXVIII, Roma, 1992, 18.

il processo principale con la sua vicenda concreta non si riduce quindi a mera occasione introduttiva del giudizio incidentale[32] né quest'ultimo, però, si appiattisce sulla fattispecie del processo *a quo* esaurendosi in una sua appendice[33]. Il giudizio di rimessione viene, più coerentemente, ad assumere i connotati — più o meno marcati — di un prototipo, luogo privilegiato per misurare il momento applicativo della legge indubbiata[34].

6. – La polisemia del concetto di concretezza rilevato nell'ambito del giudizio incidentale, è oggi presente anche all'interno del controllo di co-

---

32. Secondo la nota prospettiva assunta da l?. MODUGNO, Riflessioni interlocutorie, cit., che considera il giudizio costituzionale pienamente autonomo dal processo a quo, cui resta collegato esclusivamente «per il tenue cordone ombelicale della sua origine» (p. 2).

33. Così orientate sono invece le altrettanto note riflessioni di Valerio Onida e di Mauro Cappelletti sulla questione di costituzionalità come strumento per impedire l'applicazione di una legge incostituzionale nel giudizio a quo: efficace la ricostruzione fattane da F. PIZZETTI-G. ZAGREBELSKY, «*Non* manifesta *infondatezza*» e «*rilevanza*» nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi, Milano, 1972, 38 ss.

34. Ciò, peraltro, contribuisce a spiegare alcuni profili accessori del processo costituzionale.

Si pensi, ad esempio, all'esclusione di un qualunque effetto della vicenda del giudizio a quo sul giudizio incidentale, una volta che quest'ultimo è validamente incardinato: l'art. 22 n.i. è stato ora giustificato in forza del carattere autonomo e non giurisdizionale del controllo di costituzionalità (cfr. S. BELLOMIA, Estinzione del processo a quo e autonomia del giudizio costituzionale, in Giur. Cost., 1986, I, 501 ss.), ora invece criticato in nome di una concretezza del sindacato costituzionale chiamato ad incidere sulla definizione della controversia dedotta nel giudizio a quo (così P. CARNEVALE, La *disapplicazione* dellart. 22 *delle* «*Norme integrative*»: un «fatto»che era nell'aria, in Giur. It., 1989, I, 1, 419 ss.). Assumendo il giudizio a *quo* per il suo valore solo esemplare della vicenda applicativa della legge, diventa possibile — a un tempo — giustificare l'art. 22 n.i. senza dover, per questo, enfatizzare il carattere astratto del controllo di costituzionalità, conciliando anzi la previsione normativa con la concretezza del giudizio incidentale (intesa quale requisito dell'oggetto e non come legame con l'atto introduttivo).

A ben vedere, anche la particolare struttura narrativa della decisione costituzionale viene a trovare — nella prospettiva assunta nel testo — una sua razionale giustificazione. La separazione, al suo interno, tra «ritenuto in fatto» e considerato in diritto» è stata, infatti, recentissimamente sottoposta a critica, proprio in forza del ruolo sempre più centrale che il fatto, la vicenda storica del giudizio a quo, viene ad assumere nell'economia del giudizio della Corte (cfr. l'acuta riflessione proposta da M. AINIS e M. RICCA sul tema La «*parte* in fatto» della motivazione, al Seminario «*La* motivazione delle decisioni *costituzionali*», svoltosi a Messina, il 7-8 maggio 1993). Viceversa, si potrebbe sostenere che, mentre nel «ritenuto in fatto» il giudizio a quo è assunto nella sua singolarità quale occasione necessaria per l'instaurazione del sindacato incidentale, la sintesi della *quaestio* ripetuta all'inizio del «considerato in diritto» marcherebbe — anche tipograficamente — il valore solo esemplare della vicenda iniziale, depurandola dalle sue caratteristiche di caso singolo.

stituzionalità promosso in via d'azione. L'affermazione, invero, può stupire, se si considera che il giudizio di legittimità da ricorso pare avere istituzionalmente natura astratta: il suo carattere preventivo (nell'ipotesi di ricorso statale avverso una delibera legislativa regionale) o comunque costretto entro termini brevissimi rispetto all'entrata in vigore dell'atto impugnato (nell'ipotesi di ricorso regionale contro legge statale o regionale), sembra infatti costringere la Corte a misurarsi con mere ipotesi normative[35].

Più di recente però, sulla scia di alcune sentenze della Corte costituzionale che predicano del giudizio in via d'azione il carattere «non astratt o[36], si è avviata in dottrina una riflessione a più voci sul tipo e sul tasso di concretezza presenti anche in questa forma di controllo di costituzionalità delle leggi.

Il suo carattere non astratto — secondo alcuni — si risolverebbe nel fatto che «non è più la disposizione, in tutte le sue potenzialità ancora non concretamente individuate, l'oggetto del giudizio, ma una sua "direzione" precisamente specificata»: l'ente ricorrente, cioè, sarebbe tenuto ormai ad individuare nel ricorso il significato normativo che induce a dubitare della costituzionalità dell'atto legislativo sottoposto al sindacato della Corte. E' in questa misura — e solo in tal senso — che anche il giudizio promosso in via principale avrebbe acquistato, oggi, un *rninirnum* di concretezza[37].

---

35. Questo era il convincimento della dottrina più risalente: cfr., ad esempio, V. ANDRIOLI, Ancora sulla figura del Ministro giudice nella Costituzione della Repubblica, in Dir. Giur., 1958, 3 s.; N. ASSINI, *op. cit.*, 6, V. CRISAFULLI, Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione *giudi*ziaria, in Giur. Cost., 1956, 934; G. MARZANO, La Corte costituzionale e l'interpretazione delle leggi ordinarie, in Foro Pad., 1963, IV, 6. Di astrattezza del giudizio in via d'azione perché preventivo, parlano anche M. GALLO, Sulla censurabilità dell'art. 57 n. 1 *c.p.* dopo la sentenza n. 3 della Corte costituzionale, in Riv. It. Dir. Pen., 1957, 100, e M. CAPPELLETTI, Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato, Milano, 1968, 101.

Più recentemente l'impostazione tradizionale è stata ribadita — facendo leva sul copioso ricorso della Corte a sentenze interpretative di rigetto nei giudizi costituzionali attivati in via principale — da A. LA PERGOLA, Relazione di sintesi, in AA.VV., Strumenti e tecniche di giudizio, cit., 728-729, e da V. ONIDA, I giudizi sulle leggi nei rapporti fra Stato e regione: *profili* processuali, in Le Regioni, 1986, 1000 ss.

36. Esemplare, in tal senso, è la sentenza n. 242 del 1989; sulla stessa lunghezza d'onda si pone — quantomeno per la prima parte della sua motivazione — la sentenza n. 85 del 1990 (come segnalato da V. ANGIOLINI, Lineamenti del giudizio principale e coerenza delle *argomentazioni* della Corte, in Giur. Cost,, 1990, 398).

37. Così L. CARLASSARE, *op. cit.*, 1112; in senso conforme si vedano anche P. COSTANZO, Nota redazionale a Corte costituzionale, sentenza 28 aprile 1989, n. 242, in Foro It., 1989, I, 2067; G. D'ORAZIO, *op. cit.*, 112. Anche M. CARLI, Giudizio in via

Diversa è la prospettiva di chi, invece, ha individuato alcuni percorsi argomentativi dei quali la Consulta potrebbe servirsi per valorizzare il tasso di concretezza presente in alcune ipotesi di controllo di costituzionalità in via d'azione, arrivando così a pronunciarsi su significati normativi applicati[38]. O di chi, più in generale — e con maggior radicalità — ha sottoli-

---

principale e motivazione (comunicazione illustrata al Seminario messinese già ricordato, supra, alla nota 34) ha con efficacia sottolineato come il controllo di costituzionalità promosso con ricorso venga ormai condotto non più come confronto logico-astratto tra testi, quanto piuttosto tra norme interpretate alla luce del fatto storico che dà origine al conflitto legislativo.

38. Si pensi, ad esempio, ad un ricorso regionale contro legge statale, sul quale la Corte si pronunci con anni di ritardo. Diviene allora possibile il formarsi di un significato vivente sulla legge statale originato da atti di normazione secondaria o da altri atti applicativi amministrativi «emanati dallo Stato sul presupposto che una certa interpretazione della legge (impugnata ma vigente) gli attribuisca un determinato potere in relazione al compimento di certi atti» (è l'ipotesi prospettata da F. DIMORA, Le sentenze interpretative di rigetto nei giudizi in via d'azione: qualche considerazione, in Le Regioni, 1987, 752). Solo teoricamente potrebbe obiettarsi che simili atti applicativi sarebbero di certo impugnati dalle Regioni per conflitto di attribuzioni in tempi talmente rapidi da impedire così il formarsi dell'ipotizzato diritto vivente: nei fatti — replica l'Autrice — possono darsi più atti amministrativi tra loro autonomi, fondati sulla medesima interpretazione legislativa della competenza regionale. La conclusione, allora, è che «in tutti questi casi dunque potrebbe affermarsi che la Corte si trovi di fronte all'esistenza di un diritto vivente, creato non dalla giurisprudenza ma dalla prassi amministrativa in senso ampio» (p. 754).

Una seconda ipotesi di incidenza del diritto vivente nel giudizio in via d'azione è stata individuata da E. ROSSI, Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale, in Aggiornamenti in tema di processo costituzionale, cit., 19. Nell'analizzare il caso in cui la Corte dichiara la cessazione della materia del contendere perché nel frattempo è intervenuta una legge statale modificativa di quella impugnata, l'Autore segnala come sia opportuno che la Consulta non si limiti ad una presa d'atto dell'avvenuta abrogazione, dovendo viceversa valutare gli effetti concretamente prodotti nell'ordinamento dalla legge abrogata: la Regione, infatti, potrebbe mantenere un interesse attuale alla sua dichiarazione di incostituzionalità perché — benché abrogata — quella legge continua a dispiegare i suoi effetti. In simili ipotesi, dunque, «la Corte deve operare una sorta di giudizio sul "diritto vivente", differente ma analogo a quello compiuto allorché, nel giudizio in via incidentale, essa sottopone ad esame la legittimità delle disposizioni impugnate non secondo una propria interpretazione ma secondo quella che ne offre la giurisprudenza» (p. 194). La Corte farebbe allora bene a risolvere la *quaestio* con una pronuncia nel merito, evitando la dichiarazione di cessazione della materia del contendere: è quanto sarebbe accaduto, ad esempio, nella sentenza n. 1031 del 1988, mentre tale strada sarebbe stata erroneamente pretermessa nella decisione n. 190 del 1987.

In una prospettiva simile a quella da ultima illustrata, ma con riferimento ad una ipotesi di giudizio in via principale ancor più particolare, già si collocava lo scritto di E. PALICI DI SUNI, Il sindacato della Corte costituzionale sui decreti-legge emendati in sede di conversione: un nuovo tipo di sentenza interpretativa?, in Le Regioni, 1984, 1226 ss.

neato come l'azione legislativa statale e regionale siano ormai esercitate con modalità tali (per approssimazioni successive, scandite in atti differenti ma vicendevolmente integrantesi nel contenuto) da rendere possibile «che lo stesso giudizio principale, sebbene formalmente esercitato per leggi che aspettano di essere attuate, possa avvalersi di quel che è stato accertato per l'interpretazione e l'applicazione effettiva di altre leggi, le quali a vario titolo rientrino, *lato* sensu, in una medesima vicenda sostanziale»[39]. Si recupererebbe, così ragionando, un qualche ruolo per il diritto vivente anche nel controllo di costituzionalità attivato con ricorso.

Nel complesso, si viene così a trasferire nel giudizio in via d'azione l'ambiguità semantica del concetto di concretezza già manifesta nel giudizio incidentale. Laddove in questo si parla di sindacato costituzionale concreto per significare la stretta dipendenza del giudizio della Corte dall'atto introduttivo dell'autorità remittente, qui — nel sindacato costituzionale da ricorso — il giudizio è concreto in quanto costringe il ricorrente a specificare fin dall'atto introduttivo uno solo tra i possibili significati normativi della legge (o della delibera regionale) di dubbia costituzionalità. Laddove nel giudizio incidentale la concretezza stà ad indicare una forma di controllo sul significato normativo effettivamente applicato nell'intero ordinamento, viceversa del giudizio M via d'azione si predica il carattere concreto nella misura in cui è possibile tenervi conto di interpretazioni ed applicazioni effettive riferibili all'atto legislativo oggetto del ricorso. La polisemia, quindi, è del tutto speculare, ed in entrambe le forme di controllo di costituzionalità segna uno slittamento di prospettiva dall'interpretazione del singolo ricorrente (giudice a quo o ente) al significato normativo applicato nell'ordinamento vivente.

Tale ambiguità semantica si ripercuote, inevitabilmente, anche nel rilievo — comune in dottrina — di una convergenza di fondo tra il giudizio in via d'azione ed il giudizio incidentale, entrambi oramai riconducibili ad una comune logica di sindacato non più astratto ma concreto. Sul punto l'unanimismo dottrinale si rivela — a ben vedere — solo di facciata. Alcuni, infatti, pensano allo scrutinio ad opera della Corte sulla corretta introduzione della questione, inammissibile (nel giudizio in via principale non diversamente da quello incidentale) se formulata in maniera del tutto ipotetica e astratta, con ciò prescindendo dalla possibilità che si siano o meno formate delle prassi applicative in ordine all'atto impugnato, capaci di restringerne le potenzialità normative[40]. Ben diversa è invece la convergen-

---

39. E' la prospettiva tracciata da V. ANGIOLINI, «*Manifesta infondatezza*», «manifesta non spettanza» e «manifesta *inammissibilità*» nei giudizi costituzionali da ricorso: aspetti e problemi *processuali* suggeriti dalla giurisprudenza, in Le Regioni, 1989, 406-407; ma già identica suggestione era contenuta in ID., La «manifesta *infondatezza*», cit., 254 ss.

40. Cfr., ancora, L. CARLASSARE, *op. cit.*, 1110 s. e P. COSTANZO, *op. cit.*, 2067.

za di fondo tra le due forme di controllo di legittimità — segnalata da altra dottrina — perché in entrambe la Corte costituzionale «piuttosto che un raffronto tra la legge e la Costituzione quali sono interpretabili in astratto, privilegia la "concretezza", ossia il raffronto tra le norme impugnate e quelle costituzionali quali effettivamente interpretate ed applicate)»[41].

7. – La ridefinizione del concetto di concretezza — che consegue al ricorso sempre più frequente della Corte al diritto vivente — non risponde a formalistiche esigenze di classificazione. Essa, anzi, ha significative conseguenze concrete. Sul piano della teleologia del sindacato costituzionale, innanzitutto.

Per lungo tempo stretto nella asfittica alternativa tra giurisdizione di tipo obiettivo a tutela delll'interesse generale dell'ordinamento (con conseguente sottovalutazione del rapporto giudizio a quo-giudizio ad quem, accompagnata da un'accentuazione dei caratteri astratti del controllo di costituzionalità) e giurisdizione di tipo subiettivo a garanzia delle posizioni delle parti del processo principale (con conseguente appiattimento del giudizio ad quem sul giudizio a quo, accompagnato da un'accentuazione degli elementi concreti del controllo di costituzionalità che ne stringono il legame con l'atto introduttivo), il sindacato di costituzionalità sembra ora affrancarsi da questo dilemma, orientandosi ormai verso una forma di tutela della legalità costituzionale a tutto campo.

Per un verso, il giudizio di legittimità su norme applicate corrisponde alla salvaguardia di un ordinamento normativo vivente, garantendone così un'effettiva conformità alla Costituzione. La giurisdizione di tipo obiettivo non viene più esercitata mediante un giudizio logico-astratto su un'ipotesi normativa, venendo ora a tutelare la rigidità costituzionale in relazione al significato costantemente applicato della legge impugnata. Viene quindi privilegiato uno scrutinio della realtà normativa ordinamentale con il parametro di costituzionalità, a scapito di un ruolo della Corte di astratto controllore della sola coerenza formale del testo legislativo al testo costituzionale.

Per altro verso, la legalità costituzionale tutelata attraverso il sindacato su norme viventi corrisponde, inoltre, alla garanzia delle posizioni sogget-

41. Così, invece, V. Angiolini, Lineamenti del giudizio costituzionale, cit., 398. Lo stesso Autore, in altra sede (Id., La *«manifesta infondatezza»*, cit., 257-258) ha elencato ulteriori indizi nel senso di una sempre maggior concretezza nel conflitto legislativo tra enti: l'uso di sentenze interpretative e manipolative (possibili solo se si ammette una ricognizione del giudice costituzionale sulle applicazioni o interpretazioni delle leggi impugnate); la possibilità di ordinanze di manifesta infondatezza «in rapporto ad "insegnamenti" o "rationes decidendi" inerenti alle interpretazioni o applicazioni effettive di disposizioni o norme (...) legislative, tratte da anterori pronunciamenti giurisprudenziali».

tive costituzionalmente protette, con riferimento non tanto — o non solo — agli interessi delle singole parti private del giudizio *a quo*, quanto a tutti i soggetti dell'ordinamento. Slittando la concretezza del controllo di costituzionalità dal legame con l'atto introduttivo all'oggetto del giudizio costituzionale, la Corte viene a misurarsi con la tensione tra *lex* e *jura* registrabile non solo nel processo principale quanto in tutti i processi (o nella maggioranza dei processi) in cui si è fatta applicazione di quella norma vivente. E' il momento applicativo generalizzato che mette alla prova l'effettiva tenuta delle situazioni soggettive costituzionalmente garantite: e di fronte ad una legge che permette comportamenti contrari alla Costituzione e che la prevalente giurisprudenza non sanziona (interpretativamente), assume una valenza garantista l'intervento ablatorio della Corte sulla norma vivente [42].

Una Corte chiamata a misurarsi con l'effettività (giuridica) del diritto mantiene la sua funzione di custode della legalità costituzionale nell'interesse generale dell'ordinamento, considerato però non come sistema normativo astratto ma nella sua realtà storicamente data. Nel contempo — e *non in alternativa* bensì *congiuntamente* — viene esaltato il carattere di giurisdizione delle libertà proprio della sua funzione, ricollocando la Corte stessa su posizioni strutturalmente più garantiste. I timori fin dall'inizio manifestati verso la scelta costituente per un controllo di costituzionalità accentrato [43] come anche i rischi acutamente segnalati

---

42. La prospettiva di una Corte costituzionale ricollocata su posizioni strutturalmente più garantiste vale, a fortiori, se si condivide la possibilità di un diritto vivente di matrice regolamentare, che permetta un sindacato sulla legge per il significato che questa viene concretamente ad assumere in forza della fonte secondaria che ne dà un'attuazione *secundum* o praeter *legem* ma incostituzionale. E' la suggestiva ipotesi tracciata già da C. ESPOSITO, Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione, in Giur. Cost., 1962, 605 ss., ed ora recuperata ed irrobustita — nella dottrina più recente — soprattutto ad opera di L. CARLASSARE, Regolamento (dir. cost.) in Encicl. Dir., XXXIX, Milano, 1988, 636 ss.; ID., Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare, in Quad. Cost., 1990, 47 ss.; ID., *Il* diritto vivente di origine regolamentare *all'esame* della Corte, in AA.VV., Giudizio «*a quo*» e *promovimento*, cit., 83 ss. La tesi espositiana è fatta propria anche da G. BERTI, Interpretazione costituzionale, Padova, 1987, 73; P. BARILE, Considerazioni sul tema, in AA.VV., Giudizio «a *quo*» e *promovimento*, cit., 267; V. ONIDA, Relazione di sintesi, ivi, 311.

43. Domandava infatti, con tono preoccupato, C. ESPOSITO, Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia, in ID., La Costituzione italiana. Saggi, Padova, 1954, 281: «un sindacato esclusivamente diffuso (...) non avrebbe consentito di controllare più che la rispondenza delle formule astratte delle leggi a quelle della Costituzione, la concreta *conformità* della applicazione delle leggi ai principi della Costituzione, spingendo ad adattare la concreta interpretazione delle leggi allo spirito della Costituzione?»(corsivo non testuale).

di un'atomizzazione del concetto unitario di legalità costituzionale[44] sembrano, così, avviati a superamento.

8. – Vengono allora in mente le pagine dello studio di Angiolini[45] dove, con notevole carica persuasiva, si argomenta che un giudizio incidentale concreto non mira necessariamente alla sola protezione di diritti subiettivi (come la realtà dell'esperienza comparata, in ispecie del judicial *review of* legislation, stà a dimostrare); così come l'evoluzione storica della giustizia amministrativa ha insegnato che un giudizio obiettivo non presenta necessariamente il carattere dell'astrattezza. Da qui il tentativo dell'Autore di individuare una «trama differente),[46] del giudizio incidentale, estendibile anche ai processi da ricorso, riconducibili ad un modello terzo di controllo di costituzionalità delle leggi non più stretto nell'aut-aut tra forma giurisdizionale o politica.

Un modello strutturato intorno a tre requisiti di fondo: il carattere obiettivo, perché posto a tutela della legalità costituzionale come interesse pubblico (e non mera protezione di diritti o interessi subiettivi coinvolti nel giudizio a quo); il carattere concreto, perché il sindacato di legittimità è costretto a misurarsi con significati normativi attinti dai fatti cui sono applicati (e non quindi con disposizioni e norme formali); il carattere di un rapporto privilegiato e *centrale* con l'organizzazione della tutela giuri*sdizionale,* attraverso il quale Corte e autorità giudiziaria interagiscono positivamente in un circolo virtuoso propizio ad una più funzionale dinamicità del sistema[47].

La fattibilità di un simile modello di giustizia costituzionale trova piena conferma nella ricostruzione della giurisprudenza della Corte in tema di manifesta infondatezza, come l'analisi di Angiolini dimostra. Alla stessa modellistica conduce anche la ricostruzione del ruolo delle parti private nel processo costituzionale[48]. Ora anche un'indagine sull'uso del diritto vivente nel sindacato di costituzionalità approda — come si è visto — ad una forma di controllo della legge di tipo obiettivo e concreto al tempo stesso, caratterizzato da momenti continui di contatto e di coordinazione

44. Il riferimento è a C. MEZZANOTTE, *Il* giudizio *sulle* leggi. I. Le ideologie del costituente, Milano, 1979, secondo il quale la visione, per lungo tempo radicata nella dottrina, di una irriducibilità tra tutela della Costituzione in senso oggettivo e garanzia delle situazioni soggettive del cittadino, avrebbe consapevolmente prodotto uno «smembramento del concetto di legalità» ed una sua proiezione «a due livelli distinti: un livello concreto (...) ed un livello astratto» (p. 76).

45. V. ANGIOLINI, La «*manifesta infondatezza*», cit., 125-129, ma passirn.

46. Ivi, 128.

47. Ivi, 241.

48. Come adombra nel suo attento studio M. D'AMICO, Parti e processo nella giustizia costituzionale, Torino, 1991 (in particolare, si veda il Capitolo IV).

operativa con l'autorità giudiziaria (cui spetta il compito di determinare, nella sua continua attività di interpretazione ed applicazione della legge ai casi della vita, la norma vivente che la Corte assumerà quale oggetto del suo giudizio[49]). E' una convergenza significativa, nella prospettiva di un controllo di costituzionalità qual'è quello italiano, restio da sempre alle classificazioni tradizionali mutuate dall'esperienza comparata[50].

9. – La ridefinizione del requisito della concretezza nel controllo costituzionale delle leggi offre, inoltre, alcune chiavi di (ri)lettura critica di taluni orientamenti della giurisprudenza processuale della Corte.

Se, infatti, il carattere concreto del giudizio costituzionale si fa coincidere col legame stretto alla fattispecie oggetto del giudizio *a quo,* il requisito in esame viene praticamente ad essere svuotato di un proprio significato autonomo risolvendosi in quello della rilevanza della *quaestio legitimitatis*[51]. *E* su questa base teorica, in nome della concretezza del giudizio

---

49. In realtà il rapporto privilegiato tra Corte ed autorità giudiziaria — sotteso ad un sindacato costituzionale su norme viventi — attribuisce ai giudici comuni un ruolo a tutto campo, capace di scandire tutte le fasi del processo costituzionale: da quella introduttiva, alla definizione dell'oggetto, fin'anche alla esecuzione del giudicato costituzionale. In un simile contesto diventa possibile, allora, ripensare anche la struttura e l'efficacia di strumenti decisori ormai consolidatisi nell'armamentario della Corte: cfr., ad esempio, A. PUGIOTTO, Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive, in Giur. Cost., 1992, 3672 ss.

50. Smaltito il pesante arretrato un tempo pendente, la Corte sembra ora nelle condizioni di intervenire in tempi reali sulle questioni di costituzionalità. Il che parrebbe disarticolare il modello di giudizio di legittimità prospettato nel testo: oggi, infatti, lo scrutinio costituzionale si eserciterebbe a ridosso dell'ordinanza di rimessione, su atti legislativi di recente approvazione, in un dialogo serrato con il giudice a quo-persona fisica e con la maggioranza parlamentare del momento. Un giudizio costituzionale, quindi, concreto (ma nel senso di un accentuato rilievo degli interessi in gioco nella vicenda del processo principale), a valenza preventiva ed astratta (perché riguardante leggi ancora mancanti di una consolidata prassi applicativa) e dalla marcata natura politica (più che giurisdizionale): cfr., per tutti, L. PEGORARO, I rapporti della *Corte* costituzionale col legislatore, cit., 192-193.

In realtà i nuovi tempi di giudizio della Corte non vanno enfatizzati oltre misura: l'incidentalità del controllo costituzionale, infatti, rende la tempestività dell'intervento della Corte — rispetto all'approvazione parlamentare della legge — una variabile dipendente innanzitutto dall'iniziativa del giudice a quo. Nè va dimenticato che il *corpus* normativo vigente, risulta ancora per larga parte composto di atti legislativi ereditati dal precedente regime o comunque di non recente approvazione parlamentare.

Le conseguenze della conclusa fase dell'efficienza operativa della Corte, dunque, sono meno automatiche di quanto possa a prima vista apparire.

51. Così, ad esempio, F. SAJA, Significato del divieto di ultrapetizione nel giudizio costituzionale incidentale, in Scritti in memoria di A. De Stefano, Milano, 1990, 135: «è infatti il requisito della rilevanza ad attribuire concretezza al giudizio incidentale della Corte, ossia ad evitare che la sua pronuncia abbia ad oggetto una di-

incidentale, si vengono a fondare, giustificandoli, alcuni indirizzi processuali della Corte costituzionale suscettibili, invece, di non poche riserve. Viceversa, accettando Io slittamento del requisito della concretezza dal legame giudizio a *quo*-giudizio ad *quem* all'oggetto del controllo di costituzionalità, identificato nella norma comunememte applicata nell'intero ordinamento, la prospettiva cambia radicalmente. E mutata la premessa teorica, mutano allora le conseguenze pratiche.

Così, ad esempio, poiché — nella visione di Luciani — diritto vivente e rigore nel vaglio della rilevanza sarebbero, entrambi, elementi «concreti» del giudizio costituzionale, ben si giustifica allora l'orientamento della Corte che tende ormai a controllare le valutazioni della rilevanza anche dal punto di vista dell'interpretazione della legge, dichiarando inammissibili le questioni sollevate sulla base di una interpretazione diversa da quella consolidata, la quale avrebbe reso la legge inapplicabile al caso concreto»[52].

Viceversa, scindendo il richiamo al diritto vivente dallo scrutinio stretto sulla rilevanza — in quanto facenti riferimento a due differenti concetti di concretezza, il primo legato al modo in cui vive l'intero ordinamento, il secondo solo al caso concreto del giudizio a quo — questo orientamento giurisprudenziale della Corte si rivela poggiare su un equivoco concettuale di fondo e viene a perdere la sua base giustificativa. Anche per questo sarebbe dunque opportuno che la Corte a ciò ponesse rimedio, privilegiando in simili ipotesi — almeno in prima battuta — lo strumento della restituzione degli atti al giudice a quo: si è già segnalato infatti [53] come decisioni di inammissibilità così motivate costringano l'autorità remittente ad uno stallo dawero invincibile. In forza della sua libertà interpretativa costituzionalmente garantita, il giudice a quo può legittimamente rifiutare la soluzione normativa vivente avvalorata dalla Corte; in forza del suo diritto-dovere di impugnare davanti alla Corte una norma di dubbia costituzionalità, non può dare applicazione alla norma già prospettata in ordinanza; né infine gli è possibile riproporre la medesima *quaestio* alla Corte [54], per-

---

sposizione di legge astrattamente considerata (...), ed a permettere così che il sindacato di costituzionalità si svolga non già su un mero enunciato precettivo bensì su una norma vivente nel momento della sua concreta applicazione» (dove evidente è l'uso generico ed atecnico dell'espressione «norma vivente», adoperata per indicare la norma applicanda dal giudice a quo, qui contrapposta alla disposizione astratta formulata dal legislatore).

52. *G*. ZAGREBELSKY, La giustizia costituzionale, Bologna, 1988, 221. Cfr., ad esempio, le decisioni nn.160, 168, 436, 636, 682, 935, 937 e 1153 del 1988; 168 e 319 del 1989; 25 e 582 del 1990; 444 del 1991; 394 del 1992.

53. Cfr. A. PUGIOTTO, Corte costituzionale e *diritto* vivente *superveniens,* in Giur. Cost., 1991, 651-654, cui mi permetto di rinviare per i dovuti approfondimenti.

54. Secondo la nota proposta di L. CARLASSARE, Le «questioni inammissibili» e la loro riproposizione, in Scritti in onore di V. Crisafulli, cit., 159 ss.; ID., Le decisioni

ché il vizio in punto di rilevanza contestatogli non è rimediabile attraverso una integrazione o riformulazione dell'ordinanza di rimessione: al giudice a *quo*, infatti, la Corte *imputa* di non essersi adeguato ad un'interpretazione consolidata, dimentica del fatto — invero decisivo — che l'autorità giudiziaria non è vincolata giuridicamente al diritto vivente e può liberamente disattenderlo.

10. – Anche il controllo rigido della Corte costituzionale sulla determinatezza del *thema decidendum* per come formulato nell'ordinanza di rimessione, viene ricondotto alla natura concreta del giudizio incidentale: in particolare, sarebbe proprio il carattere ipotetico e astratto della *quaestio* nonché l'impossibilità di verificare la sussistenza del requisito della rilevanza a costringere la Corte ad una decisione di inammissibilità riguardo ad ordinanze formulate in modo da prospettare interpretazioni alternative della disposizione impugnata[55].

Alle non poche critiche già persuasivamente avanzate in dottrina contro tale orientamento della Corte[56], se ne può aggiungere una, quale corollario dell'uso sempre più frequente del diritto vivente nella giurisprudenza costituzionale.

Di regola, quando il giudice *a* quo impugna una disposizione per un significato normativo diverso da quello attribuitole dalla giurisprudenza prevalente, la Corte disattende la norma isolatamente prospettata in ordinanza per apprezzare invece la costituzionalità di quella vivente: il carattere concreto del giudizio deriva esattamente da questo suo misurarsi con l'effettività (giuridica) dell'ordinamento e, in questi casi, lo slittamento dall'uno all'altro concetto di concretezza non potrebbe essere più manifesto.

Se questa dunque è la regola[57], non sembra incongruo ritenere che

---

d'inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale, in AA.VV., Strumenti e tecniche di giudizio, cit., 39 ss.

55. In tema, con argomenti giustificativi dell'orientamento della Corte, si vedano E. CATELANI, Poteri della Corte costituzionale e interpretazione della legge ordinaria, in Giur. It., 1984, I, 1, 434 ss.; F. SAJA, *op. cit.*, 136, nonché gli autori citati, *infra*, alla nota 58.

Per una ricostruzione della tipologia delle pronunce d'inammissibilità su questioni proposte in forma alternativa e per gli opportuni richiami di giurisprudenza costituzionale, si veda M. RICCA, Questioni «vere»e alternative «false» nel giudizio sulle leggi. (Delle *c.d.* questioni di costituzionalità alternative e della loro supposta impossibile proposizione), in Foro It., 1990, 1, 3090 ss.

56. Cfr., soprattutto, F. MODUGNO, La Corte perde unoccasione (anzi ne perde due), in Giur. Cost., 1982, I, 1718; ID., Ancora sulla mancata determinazione del thema decidendum e *sull'* «eccesso di potere legislativo», ivi, 1982, I, 2076.

57. «La norma impugnata viene intesa alla luce dell'ordinanza di rinvio solo se l'interpretazione ad essa sottesa coincide o corrisponde almeno in larga misura al-

l'indeterminatezza del *thema decidendum* sia da escludersi tutte le volte che una delle due interpretazioni alternative prospettate nell'ordinanza di rimessione coincida con il diritto vivente[58]: la Corte, infatti, comunque deciderebbe di questa, anche se in ipotesi il giudice *a quo* — formulando correttamente il suo atto introduttivo — avesse optato per l'altro significato normativo. All'astratto e formalistico ossequio verso l'indeclinabile compito interpretativo del singolo giudice *a quo*[59], si verrebbe così a sostituire la concreta ed effettiva considerazione del risultato ermeneutico consolidatosi ad opera di tutti i giudici (o della maggior parte di essi). Da un lato, dunque, la funzione ermeneutica delle leggi resterebbe comunque nella sfera di competenza dell'autorità giudiziaria, senza indebite espropriazioni da parte del giudice costituzionale. Dall'altro, alla Corte sarebbe preclusa la possibilità di giocare alternativamente con due diverse accezioni di concretezza: ora intesa come dipendenza del suo giudizio dall'atto introduttivo (con conseguente inammissibilità della questione perché il giudice *a quo* non avrebbe compiuto una precisa scelta interpretativa), ora invece riferita all'oggetto del suo giudizio (così da giustificare un sindacato condotto su una norma vivente, diversa da quella prospettata nell'ordinanza di rinvio magari proprio al fine di precisare con esattezza — come da richiesta della Consulta — il *thema decidendum).*

11. – Con l'ultima osservazione si è già dentro le perplessità suscitate dal collegamento intercorrente tra il requisito della concretezza del giudi-

---

l'interpretazione prevalente in giurisprudenza. Nel caso opposto la Corte non stà più al gioco, e per questa parte — ma sottolineo: per questa parte — si adegua alla giurisprudenza dominante»: così L. PALADIN, *Intervento* alla Tavola rotonda dei Presidenti delle Corti Supreme, in AA.VV., La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile, Padova, 1988, 322; ma analoga osservazione è anche in G. CONSO, La giustizia costituzionale nel 1990, in Giur. Cost., 1991, 923; F. MODUGNO-A. S. AGRÒ (a cura di), Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, Torino, 1991, 207; A. SPADARO, Limiti del giudizio costituzionale, cit., 19; G. ZAGREBELSKY, La dottrina *del* diritto vivente, cit., 106.

58. E' quanto accadeva già nell'ordinanza che ha prospettato la prima «questione alternativa» decisa poi dalla Corte nel senso dell'inammissibilità con la decisione n. 169 del 1982, assunta nella successiva giurisprudenza costituzionale «come il modello sul quale la Corte è venuta costruendo, in questi anni, la categoria» in esame (M. RICCA, *op. cit.,* 3090). Come infatti rilevato da E. CATELANI, *op.* cit., 435, la prima delle due questioni prospettate dal giudice a quo «aveva come presupposto una interpretazione ormai costante della giurisprudenza della Cassazione».

59. Che questa sia la (apprezzabile)ragione di fondo dell'atteggiamento della Corte verso le ordinanze viziate da indeterminatezza del *thema decidendum,* è affermato da L. ELIA, La giustizia costituzionale nel 1982, in Giur. Cost., 1983, I, 689; E. CATELANI, *La* «questionedi *legittimità* costituzionale» nel processo incidentale: la sua *determinazione* nella più recente giurisprudenza della Corte, ivi, 1987, I, 1846-1847; G. ZAGREBELSKY, La giustizia costituzionale, cit., 211.

zio costituzionale e la *ratio* del principio c.d. di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato (ex art. 27 l. n. 87 del 1953).

Coerenza vorrebbe che — ad intendersi come concreto il giudizio incidentale perché strettamente dipendente dal suo atto introduttivo — la norma su cui si chiede il vaglio della Corte e la norma sulla quale questa si pronuncia siano la medesima. Invece è frequente, nella dottrina come all'interno della Consulta[60], una torsione argomentativa: si assume il requisito della concretezza per indicare il legame stretto tra giudizio costituzionale incidentale e fattispecie oggetto del processo *a quo;* ad esso si ricollega *la ratio* della necessaria corrispondenza tra *petitum* del giudice remittente e *decisum* della Corte; si intende però tale principio come flessibile in quanto non preclusivo di una reinterpretazione della disposizione legislativa impugnata, purché condotta dal giudice costituzionale «alla luce della fattispecie concreta del giudizio di provenienza»[61].

Il salto logico è di tutta evidenza. Se davvero si postula un legame strettissimo tra giudizio *a quo* e giudizio *ad quem,* a rigore dovrebbe ritenersi inammissibile qualunque decisione della Corte su significati normativi differenti da quello ritenuto rilevante, perché altrimenti il quesito posto dal giudice remittente resterebbe privo di risposta o, addirittura, la rilevanza potrebbe non esserci più. Nè, d'altra parte, troverebbe giustificazione razionale la rigidità della giurisprudenza processuale della Corte sulla determinatezza del *thema decidendum,* se poi nel giudizio *ad quem* è sempre azzerabile l'intero sforzo di identificazione di una norma puntuale, richiesto al giudice *a quo* sotto la minaccia dell'inammissibilità della *quaestio.* In breve, quanto più si ritiene intrecciato il sindacato incidentale alla vicenda concreta del giudizio principale, tanto meno è possibile una lettura flessibile della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, dovendo questa operare a livello di *norme.*

Viceversa, l'orientamento assolutamente pacifico nella giurisprudenza costituzionale, che riferisce invece il principio di corrispondenza in esame

---

60. Esemplare di questo atteggiamento è lo scritto del Presidente F. SAJA, *op.* cit., 136 ss.

61. Ivi, 143. Non è però diverso l'esito finale di chi — come E. CATELANI, *La determinazione* della «*questione* di legittimità costituzionale»*nel* giudizio incidentale, Milano, 1993, 121-123 e 350-357 — parla del rapporto intercorrente tra determinazione della *quaestio* operata dal giudice remittente e dalla Corte in termini non di stretta dipendenza né di piena autonomia, ma di connessione logica tra i due elementi. Una simile impostazione — collegata alla duplice funzione endoprocessuale ed extraprocessuale riconosciuta all'ordinanza di rinvio — finisce concretamente per giustificare pressoché tutte le ragioni di inammissibilità elaborate dalla giurisprudenza costituzionale riferite al *thema decidendum,* riuscendo nello stesso tempo a non vincolare la Corte alla *quaestio* prospettata in ordinanza, ed anzi riconoscendo al giudice della legge la facoltà di ridefinire l'oggetto del proprio giudizio.

alle sole disposizioni (legislativa oltre che costituzionale) indicate in ordinanza, cui consegue la possibilità per la Corte di reinterpretare i termini normativi della quaestio, meglio si concilia con l'altra accezione di concretezza. Infatti, in un giudizio costituzionale concreto perché esercitato su norme viventi,il giudizio a quo con la sua vicenda storica — come già si è detto[62] — entra in gioco ed interessa la Corte esclusivamente per la sua tipicità, e «la necessità di rimanere nell'ambito di una certa vicenda giudiziaria, considerata nella sua esemplarità, richiede una corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato meno rigorosa»[63] di quanto implichi, invece, un controllo di costituzionalità appiattito sulla fattispecie concreta del processo principale.

L'innesto della dottrina del diritto vivente nel sindacato costituzionale dunque, attraverso la ridefinizione del requisito della concretezza, meglio giustifica la facoltà della Corte di non pronunciarsi necessariamente sul significato normativo prospettato in ordinanza dal singolo giudice a quo, senza per questo violare l'art. 27 della l. n. 87 del 1953. Al tempo stesso però, il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato — se guardato dalla differente prospettiva dell'autonomia ermeneutica del giudice delle leggi — ne esce esso stesso ridefinito in senso ben più restrittivo di quanto oggi accada. La contraddizione è solo apparente: come giudice della legittimità del diritto vivente, la Corte è tenuta a sindacare la disposizione impugnata non secondo la lettura fattane in ordinanza ma nemmeno attribuendole un significato normativo da essa stessa prescelto, bensì interpretandola secondo l'orientamento giurisprudenziale dominante. Alla maggior libertà sul versante del collegamento con il giudizio a quo, quindi, corrisponde un'assenza di libertà sul lato opposto dell'interpretazione-applicazione consolidata; la necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato slitta così dalla disposizione — suscettibile di reinterpretazione rispetto alla lettura prospettatane in ordinanza — alla norma vivente.

12. – Valutando nel complesso gli elementi di ambiguità concettuale fin qui illustrati, non è difficile scorgere dietro la polisemia del requisito della concretezza il nodo irrisolto, di natura metodologica, che riguarda la riflessione scientifica sul processo costituzionale, messo bene a fuoco dal contributo introduttivo di Marilisa D'Amico[64]: il dilemma, cioè, se il processo costituzionale si identifichi nelle decisioni della Corte, con una dottrina chiamata a razionalizzare a posteriori orientamenti giurisprudenziali rispondenti alle esigenze sostanziali privilegiate dal giudice delle leggi,

---

62. Cfr., supra, il paragrafo 5.

63. A. CERRI, *Il profilo* fra argomento e *termine,* cit., 362 s. nt. 71.

64. Nella relazione Giustizia e processo costituzionale (ora in Jus, 1994, 49 ss.), che ha aperto il presente incontro ed il dibattito che ne è seguito.

ovvero se il processo costituzionale «viene a crearsi all'interno del rapporto Corte-giudici, e non solamente come conseguenza di un agire "fattualmente razionale" della Corte costituzionale»[65], con una dottrina chiamata allora ad analizzare criticamente gli orientamenti giurisprudenziali alla luce di un sistema di regole non derogabili, dalla fisionomia ancora in divenire ma già sufficientemente tratteggiata nel contesto in cui la Corte viene ad operare, dove centrale è il suo rapporto con l'autorità giudiziaria.

E' un nodo che va sciolto perché, nel frattempo, la Corte si trova nella condizione invidiabile di poter giocare contemporaneamente su due tavoli differenti, scegliendo ora l'uno ora l'altro a seconda delle convenienze che, caso per caso, ritiene di assecondare[66].

ABSTRACT

This study analyzes the different meanings of the concept of "concretezza" in the Constitutional 'Court's review of legislation, and exemplifies the impact of this concept on purposes and rules of the constitutional trial.

Muovendo dalla logica di fondo della c.d. dottrina del "diritto vivente", l'Autore disvela la polisemia del concetto di "concretezza" nel sindacato

65. Ivi, 60.

66. Le esigenze sostanziali perseguite episodicamente, hanno spinto la Corte — in talune vicende davvero esemplari del rischio 'segnalato in chiusura del testo — a diluire fino all'invisibilità il requisito della concretezza del suo giudizio incidentale, ovvero ad estremizzarlo oltre il dovuto.

La prima ipotesi è agevolmente riscontrabile nella notissima sentenza n. 226 del 1976, con la quale si riconosce la legittimazione della Corte dei conti in sede di riscontro ad attivarsi quale giudice a quo. In quell'occasione, al fine di ampliare l'accesso al proprio sindacato per rendere possibile un controllo di conformità di leggi di spesa alle condizioni poste dall'art.81, ult. comma, Cost., la Consulta non esitò a trasformare il giudizio incidentale, successivo e concreto, in una sorta di «controllo semipreventivo» condotto su un atto legislativo di cui non è possibile conoscere gli effetti conseguenti alla sua applicazione nell'ordinamento (cfr., per tutti, G. AMATO, Il parlamento e le sue corti, in Giur. Cost., 1976, I, 1988).

La seconda ipotesi è invece rilevabile nella sentenza n. 406 del 1989 dove, per argomentare l'inammissibilità di un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato da atto legislativo, la Corte contrappone la natura preventiva e astratta del suo giudizio su conflitti alla natura concreta del controlo incidentale, dove la costituzionalità delle leggi «va verificata nel loro impatto sociale, cioè nella loro (concreta) incidenza sugli interessi reali». Qui il requisito della concretezza è estremizzato ben oltre quello che accompagna un controllo su norma vivente, spingendosi fino ad abbracciare una valutazione sociologica delle conseguenze derivanti dall'applicazione dell'atto legislativo impugnato (cfr. A. PUGIOTTO, La Corte dei conti in conflitto con gli organi di indirizzo politico: profilo soggettivo, profilo oggettivo e soluzione di merito, in Giur. Cost., 1989, II, 2188 nt. 46).

di costituzionalità, ora riferito al legame stretto tra il giudizio incidentale ed il suo atto introduttivo, ora invece inteso — più correttamente — quale requisito dell'oggetto del giudizio della Corte.

Segnalata l'ambiguità semantica che la "concretezza" a tutt'oggi conserva sia nel sindacato incidentale che nel giudizio in via d'azione, l'Autore illustra le positive conseguenze che deriverebbero dall'assumere il requisito in esame come riferito all'oggetto del sindacato costituzionale: ne uscirebbero ridefiniti, infatti, la valenza della vicenda concreta del giudizio a *quo* nel giudizio incidentale, la teleologia del sindacato costituzionale sulle leggi, nonchè alcuni orientamenti processuali presenti nella più recente giurisprudenza della Corte.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova Serie - Vol. VIII (1994)

LUCETTA DESANTI

CERVIDIO SCEVOLA E L'ESTENSIONE DELLA DISCIPLINA DEL FEDECOMMESSO (D. 26, 3, 11)

1. - La disciplina del fedecommesso, nel corso del tempo, è stata applicata ad ulteriori disposizioni, ancorché non espresse tramite i cosiddetti *veuba puaecativa:* in particolare, al modo apposto ad un legato, purché a vantaggio di soggetti determinati (1), il quale veniva sanzionato, per l'appunto, con la *petiti~fideicommissi*. Tale principio, secondo un'opinione accreditata, sarebbe stato introdotto da Cervidio Scevola (2); secondo altri studiosi, viceversa, risalirebbe ad un'epoca posteriore (3).

Ebbene, a noi sembra che un indizio, sin qui non individuato, quanto meno dalla letteratura più recente, potrebbe suffragare la prima idea. Si tratta di un passo dai *Digesta* di Scevola, il quale autorizza a supporre che la tendenza ad estendere la nozione di fedecommesso, e la relativa protezione giudiziale, si sia affermata proprio nel pensiero di questo giurista.

---

(1) D. 31, 88, 12 + 14 (Scaev. 3 resp.); D. 34, 1, 13 *pr.* (Scaev. 4 resp.); C. 6, 45, 2 (a. 240).

(2) In questo senso, tra gli altri: SCHIRMER, Beitrage *zur Interpretation* von Scaevola's Responsen, IV, in *AzPr.*, 81 (1893), 138 ss.; E. WEISS, s. v. *modus*, in RE, XV. 2, Stuttgart 1932, 2335 s.; L. MITTEIS, *Römisches* Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, I, Leipzig 1908, 196; S. DI SALVO, Il legato *modale* in diritto romano, Napoli 1973, 246 ss.

(3) Al riguardo, vi è chi ha sostenuto che l'assimilazione al fedecommesso sarebbe stata del tutto sconosciuta in epoca classica: F. MESSINA VITRANO, L'elemento della liberalità e la natura del legato nel diritto romano classico e giustinianeo, Palermo 1914, 26 ss., alla cui tesi ha aderito G. BESELER, Beitrage *zur* Kritik der *römischen Rechtsquellen*, IV, Tubingen 1920, 325 s. Altrimenti, vi è chi ha collocato il principio in discussione all'epoca di Gordiano, alla quale risale C. 6, 45, 2 (a. 240): B. BIONDI, Successione testamentaria. Donazioni, in Trattato di Diritto romano, diretto da E. ALBERTARIO, Milano 1943, 309 s.; P. VOCI, *Diritto* ereditario romano, 11², Milano 1963, 626 ss.; 808 nt. 10.

2. - Il tutore designato con il testamento, talvolta, veniva anche onorato, di legato o di fedecommesso. Lo scopo del testatore, di regola, era quello di ricompensarlo per i pesi derivanti dalla tutela, nonché di indurlo ad accettarla (4).

Quando tale intenzione apparisse sufficientemente chiara, i giuristi hanno ritenuto iniquo che il tutore potesse rifiutare l'ufficio, scusandosi, e lucrare ugualmente il beneficio (5). Ciò si è stabilito non soltanto per il tutore testamentario, ma anche per il tutore designato irregolarmente nel testamento, e confermato (6), nonché per il *curator mino-*

---

(4) Particolarmente significative risultano, al riguardo, le seguenti attestazioni: D. 27, 1, 28, 1 (Pap. 5 resp.): Quae a tutoribus remunerandae fidei causa testamento parentes relinquuntur ...; D. 27, 1, 36 pr. (Paul. 9 resp.): Amicissimos quidem et *fide*lissimos parentes liberis tutores eligere *solere* et ideo ad suscipiendum onus tutelae etiam *honore* legati eos *persequi* ... .

(5) D. 27, 1, 28, 1 (Pap. 5 resp.); D. 27, 1, 32 (Paul. 7 quaest.); D. 27, 1, 36 (Paul. 9 resp.); D. 34, 9, 5, 2 (Paul. 1 iur. fisc.), Cfr. anche C. 6, 37, 25, 1 (a. 531). Il principio riguardava, propriamente, l'ipotesi della excusatio, ancorché limitata ad una sola parte del patrimonio pupillare: D. 30, 111 (Marc. 2 inst.); Vat. 205 (Ulp. *l.* de *off.* pr. tutel.). Non si applicava, invece, quando la mancata assunzione dell'ufficio fosse dovuta ad altra causa, indipendente dalla volontà del designato: C. 5, 37, 8 (a. 216); cfr. D. 31, 76, 6 (Pap, 7 resp.). Era peraltro contemplata un'eccezione. Il figlio del testatore, istituito erede e chiamato alla tutela del fratello impubere, scusandosi, lucrava ugualmente l'eredità: D. 27, 1, 28, 1 (Pap. 5 resp.). Questa, infatti, si riteneva non gli fosse attribuita in qualità di tutore, bensì in qualità di figlio del de cuius.

Occorreva poi verificare se il testatore avesse effettivamente disposto il lascito in funzione della tutela, ovvero indipendentemente dalla circostanza che l'onorato la assumesse: D. 27, 1, 32 (Paul. 7 quaest.). Un significato opposto parrebbe assumere, invero, D. 27, 1, 33 (Paul. 23 quaest.): la connessione tra legato e tutela si presume, e si fa salvo il legato solo in caso di espressa prova contraria. Il passo, tuttavia, potrebbe essere interpolato, ed esprimere un nuovo orientamento del diritto giustinianeo (cfr. *Index interp.*).

Le soluzioni adottate per il caso del legatario o fedecommissario nominato tutore, che preferisse scusarsi, sono state estese anche al legatario o all'erede che ricusasse di assumere la *educatio* ingiuntagli con il testamento: D. 27, 2, 1, 3 (Ulp. 34 ad ed.).

(6) D. 27, 1, 32 (Paul. 7 quaest.); D. 31, 76, 6 (Pap. 7 resp.). Il tutore confermato, come è noto, era un tutore designato non iure con il testamento, il quale veniva chiamato all'ufficio mediante decreto magistratuale. Si vedano, in particolare: D. 26, 3 de confirmando tutore *vel* curatore ; C. 5, 29 de *confirmando* tutore. Sulla conferma del tutore, per tutti: F. MANCALEONI, In tema di tutela, in Studi Fadda, V, Napoli 1905, 95 ss.; S. SOLAZZI, La conferma del tutore nel diritto romano, in RIL, 53 (1920), ora in Scritti di diritto romano, II, Napoli 1957,297 ss.; L. TRIPICCIONE, Note a C. 5. 28 *(de* testamentaria tutela). 4, in BIDR, 35 (1927), 169 ss. Cfr., inoltre: P. BONFANTE, *Corso* di diritto romano. I. Diritto di famiglia[2], Milano 1963, 570 ss.; B.

ris confermato (7).

Gli strumenti adottati per dare attuazione al principio, secondo la corrente opinione, sarebbero stati due.

In primo luogo, se il tutore o il curatore excusatus non avesse ancora ottenuto il lascito a suo favore, gli veniva denegata l'azione per pretenderlo (*). In questo modo, avendo ripudiato la *voluntas* testatoris, per la parte in cui gli imponeva un onere, era altresì privato dei vantaggi che ne derivavano (9). Viceversa, quando il lascito fosse già stato acquisito, non sa-

---

ALBANESE, Le persone nel diritto privato romano, Palermo 1979, 448 s.

(7) D. 27, 1, 32 (Paul. 7 quaest,); D. 26, 3, 11 (Scaev. 20 dig.). La genuinità delle attestazioni in argomento potrebbe essere discussa da un duplice punto di vista. In primo luogo, vi è chi ha sostenuto che la conferma del curator *minoris* sarebbe stata introdotta solamente in epoca giustinianea: E. ALBERTARIO, Lo sviluppo delle excusationes nella tutela e nella cura dei minori, in SIGP, 1 (1912), ora in Studi di diritto romano. I. Persone e famiglia, Milano 1933, 431 ss. e *passim* ; S. SOLAZZI, La minore età nel diritto romano, Roma 1912, 19 ss.; ID., Curator *impuberis*, Roma 1917, *passim*. Analogamente, la stessa imposizione delle scuse, al curator *minoris*, sarebbe awenuta ad opera di Giustiniano: E. ALBERTARIO, Lo sviluppo delle excusationes, cit., 427 ss.; S. SOLAZZI, La minore età, cit., 171 ss. e *passim*; ID., Curator *impuberis*, cit., 112 ss. e *passim*.

Se così fosse, le testimonianze che estendono la disciplina di cui ci occupiamo al curator *minoris confirmatus*, per di più excusatus, dovrebbero considerarsi interpolate. Tuttavia, né i dubbi relativi alla conferma, né i dubbi concernenti le scuse del curator *minoris* sembrano condivisibili. La possibilità di confermare tale curatore, in epoca classica, si ricava da numerose testimonianze, alcune delle quali difficilmente confutabili. Per es.: D. 26, 3, 11 (Scaev. 20 dig.); D. 27, 1, 32 (Paul. 7 quaest.); D. 26, 10, 3, 6-8 (Ulp. 35 ad ed.); D. 27, 1, 16 (Mod. 2 resp.); Vat. 200 (Ulp. l. de *off.* pr. tutel.); Inst. 1, 25, 18. Quanto alla disciplina delle scuse, appare ormai accreditata l'idea della estensione, alla cura *minorum*, in età del principato. Per tutti: G. CERVENCA, Studi sulla cura *minorum*. 2. In tema di excusationes dalla cura *minorum*, in BIDR, 77 (1974), 139 ss.

(8) D. 31, 76, 6 (Pap. 7 resp.); D. 34, 9, 5, 2 (Paul. 1 *iur. fisc.*); Vat. 205 (Ulp. l. de *off.* pr. tutel.); C. 6, 37, 8 (a. 216). Cfr. anche D. 27, 2, 1, 3 (Ulp. 34 ad ed.). Affermano che il tutore o il curatore perdeva il legato, verosimilmente in forza della denegatio actionis : D. 27, 1, 32 (Paul. 7 quaest.); D. 27, 1, 36 pr. (Paul. 9 resp.); D. 30, 111 (Marc. 2 inst.); C. 6, 37, 25, 1 (a. 531). Costui, inoltre, veniva privato anche dei legati attribuiti ai propri figli, quando risultassero disposti in considerazione della sua persona: D. 26, 2, 28 *pr.* (Pap. 4 resp.).

(9) La ratio della regola in esame è stata oggetto di discussione. Secondo un'opinione più volte avanzata, in passato, la perdita del lascito sarebbe stata conseguente alla indegnità che colpiva il tutore, o il curatore, per avere rifiutato - scusandosi - la volontà del testatore. In questo senso, tra gli altri: R. G. POTHIER, Le Pandette di Giustiniano, trad. ital., IV, Venezia 1834, 497; C. F. MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum*, Bruxellis 1838, § 782, 699; P. BONFANTE, Corso di *diritto* romano. IV. Le successioni. Parte *generale*², Milano 1974, 415; A. PERNICE, *Labeo*,

rebbero sussistiti mezzi per renderlo inutile. Piuttosto, come si legge in un passo attribuito a Paolo, il tutore-onorato non sarebbe stato ammesso alle scuse (10).

Ebbene, a noi pare di capire che una soluzione ulteriore, a nostra conoscenza trascurata, possa individuarsi nel pensiero di Cervidio Scevola; questa soluzione si sarebbe fondata, per l'appunto, sull'estensione della protezione fedecommissaria.

3. - Si veda dunque il seguente brano, dal libro 20 *digestorum,* relativo al caso di un curatore dato non *iure,* ma suscettibile di conferma.

> D. 26, 3, 11 (Scaev. 20 **dig.):** Avia nepotibus curatorem dedit fideicommisso ei relicto: quaesitum est, an administrare curator compelli debeat. respondit curatorem quidem non esse, sed cum aliquid ei testamento datum esset, teneri eum ex fideicommisso, si non curam susciperet, misi id quod ei datum esset nollet petere aut reddere esset paratus». Item quaesitum est, an iste curator satisdare nepotibus debeat. re-

---

111.1, Halle 1892 (rist. Aalen 1963), 65 e 71 nt. 2. Contra: E. NARDI, I casi di indegnità *nel* diritto successorio romano, Milano 1937, 232 ss.; P. VOCI, Diritto ereditario romano, 1², Milano 1967, 479. Ancora, vi è chi ha sostenuto che il legato o il fedecommesso sarebbe risultato inutile perché viziato da un errore sul motivo, ritenuto rilevante (E. BETTI, Istituzioni di diritto romano, I, Padova 1942, 161 nt. 17; cfr. F. SCHULZ, Der *Irrtum im* Beweggrund bei der testamentarischen *Verfügung,* in *Gedächtnisschrift* Seckel, Berlin 1927, 125; contra, U. ZILLETTI, La dottrina *dell'errore* nella storia del diritto romano, Milano 1961, 155 con ntt. 160 e 161), ovvero per il venir meno della causa (B. BIONDI, Successione testamentaria, cit., 167).

Secondo noi, si ricava senz'altro dalle fonti che il provvedimento aveva scopo sanzionatorio, contro il tutore (o il curatore)-onorato che non avesse accolto integralmente la volontà del testatore. Si vedano, in particolare: D. 27, 1, 32 (Paul. 7 quaest.); D. 27, 1, 34 (Paul. 7 quaest.); D. 34, 9, 5, 2 (Paul. 1 *iur. fisc.*); Vat. 205 (Ulp. l. de *off.* pr. tutei.). Tuttavia, come si è esattamente rilevato (E. NARDI, I casi di indegnità, cit., 235 ss.), la disciplina in esame si differenziava - rispetto a quella della indegnità - sotto almeno due profili. In primo luogo, il tutore (o il curatore) perdeva il diritto al lascito solamente se questo non fosse stato ancora acquisito; in caso contrario, erano contemplati altri rimedi, che vedremo tra un momento. All'opposto, la ereptio indignitaria colpiva in ogni caso la disposizione, anche post *legatum acceptum*. Inoltre, il legato disposto a favore del tutore o del curatore *excusatus* era trattenuto dagli eredi, anche estranei [D. 27, 1, 28, 1 (Pap. 5 resp.)], owero, quanto meno nel diritto giustinianeo, dal pupillo (o dal minore), che si reputava danneggiato dalle scuse [D. 34, 9, 5, 2 (Paul. 1 *iur.* fisc.)]; C. 6, 37, 25, 1 (a. 531). I1 legato sottratto all'indegno, invece, veniva attribuito al fisco.

(10) D. 34, 9, 5, 2 (Paul. 1 iur. fisc.): *Amittere* id quod testamento meruit et *eum* placuit, qui tutor datus excusavit se a tutela: sed si consecutus fuerit, non *admittitur* ad excusationern. ... .

spondit quasi curatorem non debere, sed cum fideicommissum ab eo peti posset, fideicommissi nomine satisdare debere.

L'ava (11), con il testamento, aveva dato un curatore ai nipoti, verosimilmente minori (12), onorandolo altresì di un fedecommesso. Si domandava, in primo luogo, se tale curatore dovesse essere costretto ad amministrare: ... *an administrare curator compelli debeat.* Vale a dire, se fosse te-

(11) I glossatori e i commentatori segnalano una diversa lezione, in cui al posto di avia compare *quidam* : ACCURSIO, *Glossa* in *Digestum Infortiatum,* in *Corpus Glossatorum Juris Civilis,* VIII, a cura di M. VIORA, Torino 1968, 36, nt. m, ad D. 26, 3, 11; BALDO, In *primam* et *secundam* Infortiati *partem commentaria,* Venetiis 1577, fol. 28, ad D. 26, 3, 11; BARTOLO, In *primam Infortiati partem,* III, Venetiis 1590, fol. 45, ad D. 26, 3, 11. Attualmente, però, si tende ad accreditare la versione della Littera Florentina, che riporta avia.

(12) Anche se l'età dei nipoti non è precisata, tutto lascia intendere che si tratti di un curator *minoris* : infatti, si parla successivamente di assunzione della cura (si non *curam* susciperet), nonché della necessità di satisdare in qualità di curatore (quasi *curatorem*). Nonostante i sospetti avanzati al riguardo, ci sembra verosimile che proprio un curator *minoris* fosse contemplato nel testo originale.

A giudizio di S. SOLAZZI, *La* minore *età,* cit., 23, Scevola doveva menzionare un tutore, e non un curatore (cfr. P. Bonfante, *Corso,* I², cit., 689 nt. 1). Infatti, in epoca classica, il curator *minoris* non avrebbe avuto l'obbligo di prestare la satisdatio; pertanto, il quesito sollevato dal giurista in prosieguo del passo - an iste curator satisdare nepotibus debeat - non poteva riguardare questo curatore. Di fronte alle giuste obiezioni di O. LENEL, Die cura *minorum* der klassischen Zeit, in ZSS, 35 (1914), 178 s., secondo cui i giustinianei non avevano motivo di sopprimere la menzione del tutore, e semmai avrebbero potuto aggiungere quella del curatore, l'A. ha in parte mutato parere (*Curator impuberis,* cit., 141 s.). Il testo originario di Scevola - secondo questa nuova lettura - doveva contemplare bensì un curatore (e non un tutore), ma un curatore dato erroneamente a nipoti impuberi, al posto di un tutore [condividono tale lettura: R. TAUBENSCHLAG, Le droit local dans les Digesta et les Responsa de *Cervidius* Scaevola, in *Bulletin* de *l'Académie* Polonaise des sciences et des Zettres, Cracovie 1919-1920, ora in Opera *minora,* I, Warszawa 1959, 509; A. VANDENBOSSCHE, Questions relatives a la tutelle des *impubères* dans *l'œuvre* de *Cervidius* Scaevola, in *Annales* de la Faculté de Droit de *l'Université* de *Bordeaux,* 6 (1955), 27]. In ogni caso, rimarrebbe escluso l'originario riferimento al curator *minoris.*

L'idea su cui poggia la critica di Solazzi - ossia, la superfluità della satisdatio, in epoca classica, per il curator *minoris* - sembra però da respingere. Infatti, è ormai opinione prevalente che l'obbligo di prestare una garanzia, corrispondente alla satisdatio *rem* pupilli *salvam fore,* sia stata estesa al curator *minoris* già in questo periodo (v. retro, nt. 7). Pertanto, il fatto che in D. 26, 3, 11 ci si interroghi intorno alla sussistenza di tale obbligo, non smentisce la genuinità della testimonianza.

nuto a rivestire l'ufficio, senza potersi scusare (13).

Scevola ha risposto che costui, di certo, non era curatore: ... curatorem *quidem* non esse ... . Sappiamo infatti che neppure il pater, con il testamento, disponeva correttamente la cura (14).

Il curatore così designato, tuttavia, poteva essere confermato (15). E il giurista, prefigurandosi questa eventualità (16), ha enunciato la soluzione del quesito: ... sed *cum* aiiquid ei testamento datum esset, teneri *eum* ex *fideicommisso*, si non curam susciperet.

Giacché il designato aveva ricevuto qualcosa, con il testamento, sarebbe stato responsabile ex *fideicommisso* se - una volta confermato - non avesse assunto la cura: vale a dire, se avesse preferito scusarsi (17).

---

(13) Anche un rescritto ricordato da Ulpiano, per indicare che il curator *minoris* non può essere privato delle scuse, si esprime negli stessi termini. Vat. 200 (Ulp. l. de *off.* pr. tutel.): ... *nam invitum* non esse *compellendum* suscipere *imperator* noster *cum* patre Polo Terentiano rescripsit.

(14) D. 26, 3, 1, 3 (Mod. 6 exc.). R. SAMTER, Das Verhaltnis zwischen Scaevolas Digesten und Responsen, in ZSS, 27 (1906), 167, sottolinea l'imperizia del consultante, il quale - evidentemente - riteneva regolarmente costituito il curatore dato dall'ava nel testamento.

(15) Per una discussione circa la vigenza, in epoca classica, della conferma del curator *minoris*, v. retro, nt. 7.

(16) Il passo, infatti, è collocato in chiusura di D. 26, 3 de *confirmando* tutore *vel* curatore, ed è generalmente riferito alla disciplina della conferma. Cfr., per tutti: P. BONFANTE, *Corso*, 1², cit., 689 nt. 1; B. ALBANESE, Le persone, cit., 523 nt. 487. Perviene ad una simile conclusione anche S. SOLAZZI, *Curator impuberis*, cit., 142, il quale - ritenendo che il testo originale contemplasse il curatore dato all'impubere, e confermato come tutore - ipotizza la seguente ricostruzione: «*curatorem quidem* non esse, sed *cum* decreto praetoris tutor datus esset, teneri *eum* ex *fideicommisso*, si *tutelam* non *susciperet*». A parte il fatto che il passo, secondo noi, riguardava ab origine la cura *minorum*, ci sembra improbabile che i compilatori, i quali lo hanno collocato in sede *materiae*, abbiano eliminato un espresso riferimento alla conferma. Più plausibilmente, Scevola stesso non ne aveva parlato espressamente, ma ne sottintendeva l'applicazione.

(17) Le parole si non *curam* susciperet, evidentemente, alludono alla circostanza che il curatore si sottraesse all'incarico mediante le scuse. Infatti, altre testimonianze in argomento, per indicare il tutore che preferisce scusarsi, si servono di locuzioni del tutto simili. D. 26, 2, 28 pr. (Pap. 4 resp.): Qui *tutelam* testamento *mandatam* excusationis iure suscipere noluit ...; C. 6, 37, 25, 1: ... si legatarius, cui propter *tutelam gerendam* aliquid *derelictum* sit, non subierit tutelam ... ,

La proposizione successiva, ... nisi id quod ei *datum* esset nollet petere aut *reddere* esset paratus ..., invero, parrebbe introdurre un'alternativa. Il curatore potrebbe liberarsi rinunciando a pretendere il lascito, o restituendolo. Tale proposizione, tuttavia, è verosimilmente estranea al testo originario: O. GRADENWITZ, *Interpolationen* in den Pandekten, Berlin 1887, 200; O. LENEL, Palingenesia iuris civilis, II, Leipzig 1889, 245 nt. 4; S. SOLAZZI, Curator *impuberis*, cit., 143.

Seguiva poi un secondo quesito: se il curatore dato dall'ava avesse l'obbligo di *satisdare* ai nipoti. Scevola ha risposto che non era tenuto, in qualità di curatore, alla *satisdatio rem adulescentis salvam fore* (18). Tuttavia, giacché poteva essergli chiesto il fedecommesso, doveva prestare la *satisdatio* a questo titolo *(fideicommissi nomine).*

3. - Il passo su cui ci siamo soffermati presenta una apparente incongruenza. Nell'esordio, infatti, fa parola di un curatore designato onorato di fedecommesso. Tale curatore, successivamente, appare però responsabile, *ex fideicommisso,* per non avere assunto la cura. Né risulta che la testatrice avesse disposto un esplicito fedecommesso che lo vincolasse in questo senso.

L'ambiguità della testimonianza non ha mancato di sollecitare l'attenzione degli interpreti, che sono approdati a spiegazioni diverse.

Per esempio *(l^g)*, si è pensato che D. 26, **3,** 11 sia frutto della fusione - ad opera dei compilatori - di due diversi brani di Scevola: il primo, corrispondente all'esordio del passo, relativo al caso di un curatore onorato di fedecommesso; il secondo, concernente un curatore onerato, gravato cioè del fedecommesso di *suscipere curam* (20). Quest'ultimo curatore, per l'appunto, sarebbe stato responsabile - *ex fideicommisso* - perché destinatario di un'esplicita preghiera rivoltagli dall'ava.

L'opinione appena esposta, tuttavia, non ci sembra convincente. In realtà, anche la seconda parte del frammento presenta il curatore non solo come gravato di fedecommesso, ma anche come onorato. Anzi, si afferma che il curatore è responsabile - *ex fideicornmisso* - proprio perché aveva ricevuto qualcosa con il testamento: ... *sed cum aliquid ei testamento datum*

---

(18) Forse, il giurista intendeva precisare che costui non vi era tenuto attualmente, proprio perché, al momento, non era curatore. Forse, voleva invece affermare che non era tenuto alla satisdatio in qualità di curatore confermato: ACCURSIO, *lc. ult.* cit., nt. t; BALDO, *lc. ult. cit.*; S. SOLAZZI, La minore età, cit., 23; ID., *Curator impuberis,* cit., 145. Anche il tutore confermato, infatti, per lo meno in certe ipotesi, era dispensato dalla satisdatio *rem* pupilli *salvam* fore : D. 26, 3, 2 (Nerat. 3 reg.); D. 26, **3,** 3 (Iul. 21 dig.); C. 5, 42, 4 (a. 294). E il medesimo principio, forse, è stato applicato al curatore. Entrambe le possibilità risultano prospettate da A. FABRO, *Iurisprudentiae* Papinianeae Scientia, Lugduni 1658, Tit. XIII, Princ. I, illat. XXXIII, 395.

(19) S. SOLAZZI, *Curator impuberis,* cit., 143 ss.

(20) Per la precisione, si sarebbe trattato di un complesso espediente adottato dall'ava, la quale, dopo avere nominato un curatore ai nipoti, lo avrebbe istituito erede e gravato del fedecommesso di suscipere *curam.* Ciò avrebbe fatto per precauzione, onde garantire ulteriormente l'effettiva amministrazione dei beni.

esset, teneri *eum* ex fideicommisso, si non curam susciperet ... . Si tratta, evidentemente, del fedecommesso menzionato in apertura (fideicommisso ei *relicto*); e ciò dimostra che l'intero contesto è dedicato ad un caso unitario: nel quale il curatore designato nel testamento appariva - allo stesso tempo - onorato e onerato di fedecommesso.

Una diversa lettura del passo, che ne presuppone la sostanziale genuinità, possiamo trarre dalla Glossa (21). Secondo tale lettura, le parole teneri *eum* ex *fideicommisso* si riferirebbero al fedecommesso lasciato dall'ava al curatore. Da esse si ricaverebbe che il curatore risultava obbligato a *suscipere* curam «a causa del fedecommesso» ricevuto. Quanto alla proposizione finale, ... sed *cum* fideicommissum ab eo peti posset, fideicommissi nomine satisdare debere, significherebbe che il curatore, scusandosi, poteva essere convenuto in giudizio per la restituzione del fedecommesso medesimo; proprio a garanzia di ciò, avrebbe dovuto prestare la satisdatio fideicommissi nomine.

Anche questa seconda lettura non ci persuade pienamente.

Anzitutto, se prestiamo attenzione al periodo ... *cum* aliquid ei testamento datum esset, teneri eum ex fideicommisso, si non curam susciperet ..., possiamo notare che il riferimento al fedecommesso elargito al curatore è già contenuto dalle parole *cum* ... esset; pertanto, la locuzione teneri *eum* ex fideicommisso, che compare subito dopo, non dovrebbe rimandare al lascito appena ricordato, ma ad un altro fedecommesso, questa volta gravante sul curatore.

Inoltre, le parole finali ... *cum* fideicommissum ab eo peti posset ... - letteralmente intese - esprimono la possibilità di convenite il curatore con la petitio fideicommissi (22), dunque per l'inadempimento di un fedecommesso a suo carico. Viceversa, per desumervi un obbligo di restituire il fedecommesso ricevuto, è necessario leggere *repeti*, al posto di peti (23).

Infine, si deve dare conto di una terza, autorevole, interpretazione (24), secondo la quale il passo non prospetterebbe, a carico del curatore excusatus, una generica responsabilità «a causa del fedecommesso ricevuto», bensì una responsabilità «a titolo di fedecommesso». Ciò sarebbe accaduto

---

(21) ACCURSIO, Glossa, ad D. 26, 3, 11, cit.

(22) S. SOLAZZI, *Curator impuberis*, cit., 142 s. *Fideicommissum* ab aliquo petere, infatti, significa chiedere a qualcuno l'adempimento di un fedecommesso, e non già la restituzione di un fedecommesso precedentemente acquistato (cfr.: Forcellini, III, 696, *s. v.* peto). La voce petere, inoltre, si collega etimologicamente con petitio, e rimanda, con ogni probabilità, all'esperimento della petitio *fideicommissi*, ossia all'azione con la quale si reclamava l'adempimento di un fedecommesso.

(23) Accursio, *lc. ult.* cit., nt. u.

(24) In questo senso, già: A. FABRO, *lc. ult. cit.*; R. G. POTHIER, Le Pandette di Giustiniano, trad. ital., IV, Venetiis 1834, 86 con nt. 2.

non perché l'ava, nel testamento, avesse pregato il curatore di suscipere *curam,* ma perché la stessa datio curatoris, a giudizio di Scevola, assumeva valore di implicito fedecommesso(25).

In questa luce, si spiegherebbero le parole finali: ... sed *cum fideicommissum* ab eo peti posset, fideicommissi nomine satisdare debere. Siccome il curatore poteva essere convenuto con la petitio fideicommissi, per l'inadempimento del fedecommesso a suo carico, avrebbe dovuto prestare la satisdatio fideicommissi nomine : verosimilmente, la cosiddetta satisdatio fideicommissiservandi causa, che soleva essere imposta agli onerati di fedecommesso, anche diversi dall'erede(26).

Orbene, diciamo subito che quest'ultima interpretazione ci sembra colga, sostanzialmente, nel segno, anche se deve essere in parte rettificata.

Infatti, gli studiosi che vi hanno aderito, mostrano di avere ritenuto che ogni nomina di curatore (o di tutore) nel testamento, a giudizio di Scevola, equivalesse ad un fedecommesso(27). Viceversa, il giurista doveva rawisare una disposizione fedecommissaria nella specifica ipotesi contemplata, vale a dire quando la nomina del curatore apparisse inscindibilmente collegata con l'attribuzione di un lascito a favore di quest'ultimo.

Ciò, anzitutto, si legge testualmente. Il curatore sarebbe stato responsabile, ex fideicommisso, proprio perché aveva ricevuto qualcosa con il testamento: ... cum aliquid ei testamento *datum* esset, teneri *eum* ex fideicommisso, si non *curam* susciperet ... .

Solamente in tale ipotesi, d'altronde, sussistevano gli estremi per estendere alla datio *curatoris,* ancorché non espressa con verba *praecati-*

(25) Significative, al riguardo, le osservazioni di A. FABRO, *lc. ult. cit.* LO studioso, dopo avere constatato che il curatore in discorso risulta responsabile a titolo di fedecommesso, così prosegue: «*At* cur ex *fideicommisso cum* nulla *fideicommissi* verba in *nepotem favorem* usurpata fuisse *ponamus? Nimirum,* quia hoc ipso quod tutor *vel* curator aliquis datur, fidei eius *committitur,* ut *vel* personae, *vel patrimonii, vel* utriusque *simul administrationem ille* suscipiat ...».

(26) In argomento, per tutti: G. GROSSO, I legati nel diritto romano. Parte *generale*², Torino 1962, 408.

(27) In questo senso, a quel che sembra, sia A. FABRO, *lc. ult. cit.,* sia R. G. POTHIER, *lc. ult. cit.*

va, l'idea di fedecommesso ([28]). Come abbiamo osservato sopra ([29]), si riteneva che il testatore - onorando il tutore o il curatore da lui designato - volesse sollecitarlo ad assumere l'ufficio. Di conseguenza, era lecito scorgere una implicita preghiera di suscìpere curam, rapportabile ad un fedecommesso, e come tale sanzionabile, con la relativa petitio.

Destinatari di tale fedecommesso, in qualità di fedecommissari, dovevano risultare i nipoti minorenni ([30]). Questo spiega come mai il curatore, per garantirne l'effettivo adempimento, dovesse prestare la satisdatio a favore di costoro.

4. - Va tenuto presente che il caso sottoposto all'attenzione di Scevola presentava caratteristiche peculiari. Il designato alla cura dall'ava non era ancora confermato: al momento, pertanto, non poteva dirsi obbligato a suscipere curam, né, d'altra parte, aveva avuto modo di scusarsi ([31]). Egli, forse, aveva già acquisito il fedecommesso lasciatogli dalla testatrice ([32]); in ogni caso, non essendo ancora curatore, e non essendosi ancora scusato, non poteva essergli denegata l'azione per pretenderlo.

Il rimedio sarebbe stato rinvenuto, per l'appunto, nella protezione fedecommissaria, estesa in via interpretativa ([33]). Il designato, in vista del-

---

([28]) Di regola, invece, i curatori designati nel testamento, e confermati, erano liberi di scusarsi, senza che potesse configurarsi alcuna responsabilità a loro carico: D. 27, 1, 16 (Mod. 2 resp.); Inst. 1, 25, 18. Ciò implica che la datio curatoris, eccezion fatta per il caso specifico in discussione, non poteva assumere valore di fedecommesso.

([29]) V. retro, 34, nt. 9.

([30]) Le fonti sottolineano, infatti, che il tutore - scusandosi - recava danno all'impubere: D, 34, 9, 5, 2 (Paul. 1 iur. *fisc.*); C. 6, 37, 25, 1 (a. 531). Ciò significa, evidentemente, che l'assunzione dell'ufficio si intendeva a vantaggio dell'impubere medesimo. Analoghe considerazioni possono ripetersi per il caso della cura, affrontato dal passo in esame. L'implicita richiesta di suscipere *curam,* rivolta dall'ava al designato nel testamento, doveva apparire a favore dei nipoti minorenni.

([31]) Il curatore confermato, come il tutore confermato, era tenuto a scusarsi solo dopo l'emanazione del decreto di conferma: D. 27, 1, 16 (Mod. 2 *resp.*).

([32]) Il richiedente, infatti, si preoccupava soltanto di costringerlo ad amministrare la cura, quasi che il fedecommesso, ormai acquisito, non potesse essergli più sottratto.

([33]) Una diversa soluzione, come si diceva, appare prospettata in D. 34, 9, 5, 2 (Paul. 1 iur. *fisc.*), ove si legge che il tutore, una volta conseguito il lascito, non sarebbe stato ammesso alle scuse. V. retro, 34. Applicando il medesimo principio al caso del nostro curatore, ne sarebbe derivato che costui, se avesse ricevuto il lascito prima della conferma, non avrebbe potuto avvalersi della excusatio. E' però evidente che Scevola non è pervenuto a tale conclusione. Il suo responso, infatti, pre-

l'eventuale obbligo di suscipere curam, conseguente alla conferma, era tenuto a prestare la satisdatio fideicommissi *servandi* causa (34). Inoltre, in caso di inadempimento, sarebbe risultato convenibile con la petitio fideicommissi, e costretto, probabilmente, a restituire quanto ricevuto (35).

In effetti, l'idea che la nomina a tutore o a curatore, accompagnata dalla attribuzione di un lascito, potesse configurare un fedecommesso, parrebbe emergere da un altro luogo, sempre riferibile al pensiero di Scevola.

Si tratta di un lungo frammento paolino, in D. 27, 1, 32 (Paul. 7 quaest.), ove si afferma che il tutore o il curatore onorato nel testamento, che preferisca scusarsi, deve essere privato del lascito. Al riguardo, è riportata l'opinione del giurista antoniniano (36). In particolare, risultano significative le seguenti parole, che ne esprimono la ratio:

... *recte* ergo placuit eum, qui recusat id quod testator relinquit ab eo quod petit quod *idem* dedit *repelli* debere. ...

Queste parole, che rappresentano evidentemente una citazione (*placuit*) (37), ci sono pervenute guaste, come dimostrano gli evidenti difetti di

---

suppone senz'altro che il curatore - una volta confermato - potesse scusarsi (si non *curam* susciperet); piuttosto, ha cercato il modo per sanzionarlo, giungendo a privarlo del fedecommesso.

(34) Va tenuto presente che la satisdatio *fideicommissi servandi* causa trovava applicazione nel caso di legati per *damnationem* o fedecommessi sottoposti a condizione o a termine. In effetti, l'implicito fedecommesso di suscipere *curam*, gravante sul curatore designato, poteva dirsi sospensivamente condizionato alla circostanza che costui, mediante la conferma, assumesse l'ufficio. Prima di allora, viceversa, era destinato a non avere efficacia.

(35) Poiché emerge che il curatore, secondo Scevola, era libero di scusarsi, è plausibile che l'obbligo di suscipere *curam* si convertisse nell'obbligo di restituire il fedecommesso ricevuto. In questo senso, A. FABRO, *lc. ult. cit.*: «... *quod si facere nolit,* quia non cogitur, (soli *enim legitimi* coguntur, *vel* qui a *Magistratu* aliquo *alio, quam* agnationis, *vel* cognationis iure *dantur), aequum* est *eam* fieri *interpretationem,* ut *fideicommissum illud* suscipiendae tutelae, *vel* curae convertuntur in aliud fideicommissum restituendi totius *commodi,* quod ea *contemplatione* fuerat *iam* consecutus, ne *alioqui eventurum fit,* ut testantis *voluntas circumveniatur*».

(36) Sul collegamento tra D. 27, 1, 32 (Paul. 7 *quaest.*) e D. 26, 3, 11 (Scaev. 20 dig.), appena esaminato: F. GLÜCK, *Commentario* alle Pandette, Trad. ital., XXVI, Milano 1906, 243 nt. 52; R. RÖHLE, *Iulius* Paulus. Gelehrte *Untersuchungen einzel*ner Rechtsfragen, Kassel 1975, 125 nt. 61.

(37) Le parole recte ergo placuit, infatti, si collegano con la precedente affermazione ... idque et Scaevolae nostro placuit ... . L'originale pensiero paolino, in parte dissenziente, è invece introdotto in seguito, dalle parole ... non *semper tamen* existi*mo* ... .

carattere grammaticale([38]). Tali difetti, tuttavia, potrebbero non essere dovuti ad un intervento compilatorio (che dovremmo supporre alquanto maldestro), bensi - più plausibilmente - ad un errore di trascrizione del testo.

In questa luce, non ci sentiamo di escludere che la sostanza del discorso sia genuina; ed il suo significato emerge in modo chiaro: chi ricusa ciò che il testatore gli ha chiesto, deve essere privato di quanto il testatore stesso gli ha lasciato.

Ebbene, sembrerebbe ricavarsi che la nomina a tutore o a curatore - accompagnata dalla attribuzione di un lascito - sia stata intesa da Scevola, citato da Paolo, come petitio, rivolta dal testatore al designato medesimo: ossia, come tacita richiesta, che poteva configurare un implicito fedecommesso.

ABSTRACT

It is possible to draw from a Cervidius Scaevola's passage, in D. 26, 3, 11 (Scaev. 20 dig.), that the curator rninoris, who was designate in a will, since he had received a legacy, was bound to take the office by virtue of an implied fideicornrnissurn. It proves that this jurist extended the regulations of fideicornrnissurn to further provisions, although not expressed by means of *verba* praecativa, or even draw by means of interpretation. Main texts: D. 26, 3, 11 (Scaev. 20 dig.); D. 27, 1, 32 (Paul. 7 quaest.).

Da un passo di Cervidio Scevola, in D. 26, 3, 11 (Scaev. 20 dig.), si può ricavare che il curator rninoris designato nel testamento, per il fatto di avere ricevuto un lascito, si intendeva obbligato ad assumere l'ufficio in forza di un implicito fedecommesso. Ciò dimostra che questo giurista ha esteso la disciplina del fedecommesso ad ulteriori disposizioni, sebbene non espresse con verba pmecativa, o, addirittura, ricavate in via di interpretazione. Testi principali: D. 26, 3, 11 (Scaev. 20 dig.); D. 27, 1, 32 (Paul. 7 quaest.).

([38]) TH. MOMMSEN, *ad h. l.*, propone: *qui recusat id quod qui relinquit ab eo petiit, ab eo quod idem dedit repelli debere*; O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis, I*, Leipzig 1889, 1201 nt. 4, sostituisce invece: *qui recusat id quod testator ab eo petit ab eo quod idem dedit repelli debere.* Contro la genuinità di tali parole, altresì, E. NARDI, *I casi di indegnità*, cit., 233 nt. 3, e, più di recente, J. SCHMIDT-OTT, *Pauli quaestiones. Eigenart und Textgeschichte einer spatklassischen Juristenschrift*, Berlin 1993, *69*.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova Serie - Vol. VIII (1994)

GIUDITTA BRUNELLI

L'ALTERAZIONE DEL CONCETTO DI RAPPRESENTANZA POLITICA: LEGGI ELETTORALI E «QUOTE» RISERVATE ALLE DONNE (*).

Sommario

1. Le norme di riequilibrio della rappresentanza previste nella recente legislazione elettorale. - 2. ***Segue.*** Problemi teorico-generali e giuridico-costituzionali. - 3. Azioni positive e punto di vista collettivo delle diseguaglianze. - 4. I1 rapporto tra il primo e il secondo comma dell'art, 3 Cost..nelle riflessioni della dottrina e nella giurisprudenza costituzionale. La politica delle «pari opportunità»: eguaglianza ***dei punti di partenza*** o ***dei punti di arrivo?.*** - 5. Eguaglianza e differenza sessuale. - 6. Crisi della nozione tradizionale di rappresentanza politica. ***Rappresentazione*** ed ***evocazione simbolica*** come componenti fondamentali della «rappresentanza di genere», - 7. ***Segue.*** Le obiezioni teoriche alla rappresentanza di genere. Una concezione pre-moderna della rappresentanza?. - 8. Le quote riservate nelle liste elettorali: un modello «forte» di azione positiva. Giuridificazione e compressione dei diritti politici. - 9. L'originaria struttura delle misure positive contenute nella legge n. 8111993 e le diverse concezioni della funzione della legge: regola giuridica dei comportamenti umani o indicazione culturale e di costume?. - 10. ***Segue.*** La controversa interpretazione dell'inciso «di norma» e le modifiche apportate con la legge n. 415/1993. - 11. Obiezioni di opportunità e di principio emerse nei dibattiti parlamentari. - 12. «Soggettività formale egualitaria» tipica dello Stato di diritto e piena eguaglianza dei diritti politici. Incostituzionalità delle misure positive «forti» alla luce dell'art. 3, cpv., Cost. - 13. Logica di integrazione nella cittadinanza ***vs.*** logica di «appartenenza» ad un gruppo discriminato.

1. – Le recenti leggi 25 marzo 1993, n. 81 («Elezione diretta del sindaco, del presidente della provincia, del consiglio comunale e del consiglio provinciale))[1] e 4 agosto 1993, n. 277 («Nuove norme per l'elezione della

(*) Questo articolo è destinato alla pubblicazione in ***Diritto e società.***

1. In ***Supplemento ordinario*** alla ***G.U.-Serie generale*** n. 72 del 27-3-1993.

Camera dei deputati»)[2], contengono disposizioni vòlte a favorire una maggiore presenza delle donne negli organi politici elettivi. In particolare, nella legge n. 81/1993 si stabilisce che per l'elezione del consiglio comunale nei comuni con popolazione, rispettivamente, fino ed oltre i quindicimila abitanti, *nelle liste dei candidati nessuno dei due sessi possa essere rappresentato in misura superiore ai tre quarti* (nel primo caso) *ed ai due terzi* (nel secondo) *dei consiglieri assegnati*[3], mentre nella legge n. 277/1993 si dispone che le liste presentate ai fini dell'attribuzione dei seggi in ragione proporzionale, ove rechino più di un nome, *siano formate da candidati e candidate in ordine alternato*[4].

Si tratta di previsioni che hanno avuto immediate ed importanti conseguenze concrete, come dimostrano alcuni dati relativi alle prime tornate amministrative svoltesi secondo la nuova legge, che sembrano indicare un incremento della rappresentanza femminile nei consigli comunali[5]. Inoltre, anche nelle elezioni politiche del 27-28 marzo si è registrata una crescita significativa della presenza femminile nel Parlamento, certamente agevolata dal particolare meccanismo previsto per la parte proporzionale del sistema elettorale della Camera[6].

---

2. In G.U.-Serie generale n. 183 del 6-8-1993.

3. Artt. 5, comma 2 e 7, comma 1 come modificati dalla successiva legge 15 ottobre 1993, n. 415 («Modificheed integrazioni alla legge 25 marzo 1993, n. 81, sull'elezione diretta del sindaco, del presidente della provincia, del consiglio comunale e del consiglio provinciale»), in G.U.-Serie generale n. 245 del 18-10-1993.

4. Nuovo testo dell'art. 4, comma 2, n. 2, ultimo periodo, t.u. 30 marzo 1957 n. 361, come sostituito dall'art. 1, lett. e), della legge n. 277/1993. Il regolamento di attuazione della nuova legge per l'elezione della Camera dei Deputati prevede poi che «Le liste recanti più di un nome sono formate da candidati di entrambi i sessi elencati nello stesso ordine alternato, sia sul manifesto contenente la lista dei candidati della circoscrizione, sia sulle schede di votazione» (art. 2 D.P.R. 5 gennaio 1991, n. 14, in G.U.-Serie generale n. 7 dell'l l-1-1994, così sostituito dall'art. 2 D.P.R. 12 febbraio 1994, n. 104, in G.U.-Serie generale n. 37 del 15-2-1994).

Per quanto riguarda, invece, il sistema di elezione del Senato, che non prevede la presentazione di liste, l'art. 2 della legge 4 agosto 1993, n. 276 («Nuove norme per I'elezione del Senato della Repubblica», in G.U.-Serie generale n. 183 del 6-8-1993) si limita a proclamare genericamente che il Senato «è eletto a suffragio universale, favorendo l'equilibrio della rappresentanza tra donne e *uomini*».

5. Secondo i dati parziali riportati da A. Scaramucci, La città delle donne. Primo bilancio sulle «quote»femminili, in Arcobaleno di pace, 17, settembre-dicembre 1993, 34 (che riguardano, peraltro, un campione scarsamente rappresentativo, e vanno quindi assunti come meramente espressivi di una tendenza), nelle elezioni amministrative svoltesi in 191 Comuni, in applicazione della legge n. 81/1993, si è registrato un numero di elette quintuplicato in termini percentuali (ossia il 15,49%) e quasi raddoppiato in termini assoluti (da 189 a 322).

6. Nelle elezioni politiche del 27-28 marzo 1994 sono, infatti, risultate elette 115 parlamentari, contro le 82 presenti nella legislatura precedente. In particolare, alla Camera sono state elette 86 donne (43 con sistema uninominale e 43 con siste-

Non sono mancate, poi, notevoli difficoltà in sede di applicazione delle nuove norme: basti ricordare che una sentenza del Consiglio di Stato ha annullato le operazioni elettorali di un Comune friulano nel quale erano state ammesse alla competizione alcune liste che non rispettavano la proporzione tra i sessi stabilita dalla legge.

Infine, è emerso immediatamente anche il carattere ambiguo di questo tipo di previsioni, che possono facilmente essere aggirate e prestarsi ad un uso strumentale: è emblematico il caso delle due neo-deputate leghiste che, elette con il proporzionale da meno di un mese, hanno presentato le dimissioni per far subentrare due colleghi maschi rimasti esclusi a causa dell'alternanza dei sessi nelle liste[8].

La politica delle «pari opportunità)),che trova nelle azioni positive a favore delle donne la sua più tipica espressione, mostra così la sua intrinseca capacità espansiva, superando l'ambito dei rapporti di lavoro per fare il suo ingresso in quello — del tutto diverso e profondamente connesso agli stessi fondamenti di ogni sistema democratico — della rappresentanza politica[9].

---

ma proporzionale) e al Senato 29: Mai *così* tante donne in Parlamento, ne La Stampa del 31 marzo 1994.

7. Vedi *infra,* par. 10. La vicenda, come vedremo, si riferisce alla controversa applicazione della norma di riequilibrio della rappresentanza dei sessi nella sua formulazione originaria, prima della modifica apportata con la legge n. 415/1993.

8. A. LONGO, «Largoagli *uomini*». Via le deputate leghiste, ne La Repubblica del 6 maggio 1994.

9. Sulle virtualità espansive di cui è dotato lo strumento delle azioni positive, «oggi impiegato in favore delle donne, domani a vantaggio degli anziani, degli extracomunitari, degli handicappati, o di chissà quale altro soggetto 'debole' che tuttavia sarà abbastanza forte da giungere all'orecchio del legislatore, ricevendone una speciale protezione», vedi M. AINIS, L'eccezione e la sua regola, in *Giur.* cost., 1993, 981; ID., Azioni positive e principio di eguaglianza, ivi, 1992, 586, con riferimento all'esperienza nordamericana, dove l'*affirmative* action policy ha avuto origine (vedi *infra,* nota 13).

Aspramente critico nei riguardi del movimento americano del Politically correct, fondato proprio sulla logica «stringente, ineludibile e socialmente onnipervasiva» delle discriminazioni positive, è P. FLORES D'ARCAIS, Etica senza fede, Torino, Einaudi, 1991, 201 ss.

Anche per U. ROMAGNOLI, L'uguaglianza delle opportunità, in Riv. *trim.* dir. proc. civ., 1989, 958-959, la ratio delle azioni positive «ha un'illimitata capacità espansiva che ne fa uno strumento eversivo in quanto si propone di aggiustare una infinità di squilibri e riparare un'infinità di ingiustizie sociali».

Di opinione nettamente diversa è M. BARBERA, *Discriminazioni* indirette e azioni positive: *riflessioni* comparate su2 caso *nordamericano,* in Riv. giur. lav., I, 1984, 303, secondo la quale soltanto ignorando «che la discriminazione non ha avuto ad oggetto, in modo fungibile, questa o quella razza, questo o quel sesso, questo o quel gruppo etnico, ma una razza, un sesso e dei gruppi etnici storicamente ed obiettivamente individuati, può sostenersi che i trattamenti preferenziali basati su tali

L'approdo di queste particolari tecniche normative alla legislazione elettorale impone all'interprete una attenta riflessione, per le importanti implicazioni di ordine giuridico-costituzionale e teorico-generale che ne derivano. E benchè si torni oggi a parlare di una riforma del sistema elettorale in senso più nettamente maggioritario, l'argomento mantiene un indubbio rilievo pratico e teorico, sia perchè non sembra affatto all'ordine del giorno un mutamento della legge sull'elezione dei consigli comunali, sia perchè il tema del riequilibrio della rappresentanza — che riveste ormai un ruolo centrale per il movimento delle donne — è destinato comunque a riproporsi. Ne sono eloquente testimonianza le proposte emerse, nel corso della passata legislatura, in seno alla Commissione nazionale per la realizzazione delle pari opportunità tra uomo e donna costituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Partendo dalla considerazione che il sistema maggioritario uninominale all'inglese penalizza le candidature femminili (in genere prive di quei supporti e sostegni finanziari ed informativi di cui tradizionalmente godono le candidature maschili, e che sono — invece — assolutamente indispensabili nell'ambito di un sistema connotato da una forte concorrenzialità fra i candidati e dall'azione incisiva delle lobbies), si è infatti ipotizzata la doppia candidatura, maschile e femminile, nello stesso collegio, o anche, dimensionando opportunamente il numero dei collegi, la candidatura unitaria maschile e femminile (il c.d. bi-collegio). E si è, inoltre, precisato che analoghe norme di garanzia del riequilibrio della rappresentanza dovrebbero essere inserite anche in un sistema uninominale maggioritario a doppio turno[10]. La materia di discussione, dunque, non manca.

2. – Sul piano strettamente giuridico-costituzionale, la questione da affrontare riguarda la compatibilità di misure di questo tipo, che si collocano sul versante dell'elettorato passivo, con il disposto dell'art. 51 Cost. sulla parità dei sessi nell'accesso alle cariche pubbliche elettive. L'art. 51 Cost., detto altrimenti, consente o no l'ingresso dell'eguaglianza sostanziale nella legislazione elettorale? Come vedremo, la risposta a questa domanda dipende dal modo in cui si ricostruisce il rapporto tra il primo e il secondo comma dell'art. 3 Cost., nonchè tra il medesimo articolo e le altre disposizioni costituzionali in tema di eguaglianza (tra le quali rientra, appunto, l'art. 51).

Sul piano teorico-generale, poi, numerosi interrogativi sorgono circa

---

criteri autorizzano, in modo indistinto, ogni gruppo ad avanzare le stesse richieste, innescando un pericoloso processo di competizione sociale».

10. Relazione del Gruppo di lavoro sulle riforme elettorali e il riequilibrio della rappresentanza della Commissione nazionale per le pari opportunità tra uomo e donna.

l'influenza che l'inserimento di azioni positive nella normativa elettorale è in grado potenzialmente di dispiegare sulla nozione stessa di rappresentanza politica comunemente accettata negli ordinamenti di derivazione liberal-democratica. Le azioni positive, infatti, per loro stessa natura, prendono in considerazione non il singolo individuo in quanto tale, ma in quanto appartenente ad un gruppo che si ritiene discriminato[11]. L'accento viene posto, dunque, sull'identità collettiva, anzichè su quella individuale: sembra così che ci si avvicini, in qualche modo, a quelle teorie femministe che affermano la necessità di rappresentare, appunto, una identità collettiva, di genere. Del resto, le critiche mosse da una parte del pensiero femminista al concetto liberal-democratico di rappresentanza riguardano proprio il riferimento di quest'ultimo al citoyen assessuato ed astratto dal proprio contesto sociale[12]. C'è da domandarsi, tuttavia, a quale paradigma teorico di rappresentanza si richiami una simile teoria, e c'è soprattutto da chiedersi se tale impostazione non finisca, in ultima analisi, per tradursi in una critica radicale ai fondamenti stessi del modello di democrazia liberale.

3. – Le azioni positive, com'è noto, consistono in misure specifiche diseguali miranti ad eliminare, o almeno a ridurre, le conseguenze sfavorevoli derivanti dall'appartenenza a gruppi che si considerano — per diverse ragioni — socialmente svantaggiati e, per quel che qui interessa, in particolare dall'appartenenza al genere femminile[13]. Si tratta di interventi che possono consistere sia in atti singoli finalizzati alla diretta attribuzione di un vantaggio ai soggetti «deboli», come le diverse forme di quote di presenza femminile nelle assunzioni al lavoro o nelle progressioni di carriera, imposte per legge o negozialmente concordate, sia in veri e propri programmi o piani vòlti a rimuovere «quegli ostacoli di fatto esistenti nella realtà sociale ed economica che, impedendo alle donne di avere pari possibilità nel mercato del lavoro, le pongono in una condizione di svantaggio e di disparità»[14].

---

11. Vedi *infra*, par. 3.
12. Vedi *infra*, par. 5.
13. Sulle origini dell'*affirmative* action policy negli Stati Uniti degli anni '60, ad opera delle amministrazioni democratiche, vedi M. AINIS, Azioni positive, cit., 585 ss. Per una valutazione dei risultati della politica di azioni positive in favore dei neri e delle donne intrapresa negli Stati Uniti al fine di eliminare la discriminazione nel mercato del lavoro e di accrescere la posizione economica relativa delle minoranze e delle donne, vedi R. B. FREEMAN, Azioni positive: buone, cattive o *irrilevanti*, in Quad. econ. lav., 1984, 150 ss.
14. F. BORGOGELLI, La tipologia delle azioni positive, in Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive, a cura di L. Gaeta e L. Zoppoli, Torino, 1992, 81 ss. (la frase citata tra virgolette nel testo è a p. 85). L'A. sottolinea come la seconda accezione — quella dell'azione positiva come programma — emerga soprattutto dalle

Misure di questo genere (specialmente quelle del primo tipo) possono tradursi in «discriminazioni alla rovescia», suscitando una quantità di spinosi problemi soprattutto — ma non esclusivamente [15] — in relazione al significato che viene ad assumere il principio di eguaglianza [16]. Assai eloquente, a questo riguardo, è il dibattito nordamericano, che registra una quasi unanime ostilità (anche da parte degli stessi fautori delle reverse *discriminations*) nei confronti del cosiddetto «modello forte» di discriminazioni positive, e cioè «le azioni positive non limitate temporalmente, che fissino un rigido sistema di quote, che non siano complementari a criteri meritocratici, che si pongano palesemente in contrasto, in nome dell'eguaglianza tra gruppi, con l'eguaglianza tra individui» [17].

---

direttive e dai programmi di azione comunitari per le pari opportunità tra uomini e donne che si sono succeduti a partire dal 1982.

Sulla nozione comunitaria di azione positiva, caratterizzata dal «*favor* per un modello di intervento debole, basato su meccanismi di tipo volontario-consensuale», vedi L. GUAGLIANONE, Le azioni positive. Modelli e *tipologie,* in Le nuove leggi civili commentate, 1, 1994, 33 (lo scritto fa parte di un Commentario sistematico della legge 10 aprile *1991,* n. 125, curato per la Rivista da T. Treu e M. V. Ballestrero); M. V. BALLESTRERO, Le azioni positive fra eguaglianza e diritto diseguale, ivi, 19. In generale, su diritto comunitario e politica delle pari opportunità vedi il n. 4 di Pari e dispari dedicato a Donne, azioni positive, pari opportunità, *normative* comunitarie, sentenze della Corte di giustizia europea, Milano, 1993, con interventi di A. Catasta, F. Pocar, C. Curti Gialdino, M. V. Ballestrero, B. Beccalli, C. Smuraglia, F. Donaggio, A. Grecchi.

15. Accanto alle obiezioni propriamente giuridiche, altre critiche di carattere politico vengono mosse alle azioni positive: tra di esse, la più diffusa è certamente quella «meritocratica», per cui le *affirmative* actions comporterebbero necessariamente l'«esclusione o riduzione di peso dei criteri di attitudine o competenza»: U. SCARPELLI, Classi logiche e *discriminazioni fra* i sessi, in *Lav.* dir., 1988, 622; vedi anche M. AINIS, Azioni positive, cit., 589, che tuttavia riconduce anche questo tipo di critica all'ambito giuridico, sottolinenado come l'abbassamento del tasso di efficienza del sistema sia ostacolato, in Italia, dagli artt. 97 e 34, comma 3, Cost. Sulle obiezioni di principio e politiche che si possono rivolgere — o che sono state concretamente rivolte — ad una politica di azioni positive, vedi G. DE SIMONE, Ancora su diritto diseguale ed eguaglianza sostanziale, in *Le* nuove leggi civili commentate, cit., 23 ss.

16. Per M. BARBERA, *Discriminazioni* indirette, cit., 275, è proprio all'interno del campo delle discriminazioni alla rovescia che il conflitto potenziale esistente tra il principio di eguaglianza formale e quello di eguaglianza sostanziale diventa attuale ed esplosivo. Sui problemi teorici legati alle reverse *discriminations* vedi R. DWORKIN, Discriminazione alla rovescia, in I diritti presi sul serio (trad.it.), Bologna, 1982, 293 ss.

17. P. COMANDUCCI, *Uguaglianze,* in Lavoro 80, 1988, 829, il quale sottolinea che i maggiori apporti al dibattito filosofico-politico sul problema dell'eguaglianza di opportunità vengono appunto dagli Stati Uniti, società multietnica e multirazziale, e riassume in proposito le posizioni di Rawls e dei neocontrattualisti, di Dworkin, l'approccio liberale classico ed infine il punto di vista dei libertari, da Nozick, ad Hayek, agli anarco-capitalisti (828 ss.).

Nell'ordinamento italiano le azioni positive hanno trovato una prima regolamentazione organica con la legge 10 aprile 1991, n. 125, che riguarda le lavoratrici dipendenti[18]; di poco successiva è la legge 25 febbraio 1992, n. 215, in cui si prevedono incentivi per l'imprenditoria femmini-

---

Sulle misure di diritto diseguale nell'esperienza nordamericana vedi M. BARBERA, *Discriminazioni* indirette, cit., 288 ss.

Sulla giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di *affirmative* actions vedi i commenti alla sentenza *Johnson* v. Transportation Agency, St. Clara County, California et al., discussa il 12 novembre 1986, decisa il 25 marzo 1987, di M. V. BALLESTRERO, Azioni positive e *discriminazioni* alla rovescia. *Una* importante sentenza della Corte Suprema degli Stati *Uniti*, in *Lav.dir.*, 1988, 53 ss., e di T. TREU, Commento alla sentenza, ivi, 65 ss. Vedi anche, a proposito di un'altra decisione, E. KAPLAN, Tra Croson e Metro Broadcasting: una fase di transizione nella giurisprudenza della Corte Suprema relativa alle **affirmative** actions, in Giur. cost., 1992, 786 ss. M. AINIS, Azioni positive, cit., 586-587, che mette in rilievo come la giurisprudenza della Corte Suprema sia rimasta piuttosto ostile ai sistemi per *quotas* (riserva di quote rigide di posti per riequilibrare la rappresentanza delle categorie più svantaggiate) ed abbia accreditato invece i c.d. sistemi per *goals* (attribuzione di un punteggio più elevato ai membri delle categorie in questione, senza compromettere il diritto di ogni candidato a concorrere per tutti i posti disponibili), provvedendo peraltro a precisarne forme e condizioni, consistenti nella temporaneità, nella flessibilità e nei presupposti di fatto obiettivamente constatabili.

Anche la dottrina italiana tende generalmente a sottolineare il carattere temporaneo ed eccezionale delle azioni positive: trattandosi di «provvedimenti diretti a rimuovere gli ostacoli che impediscono, storicamente, le pari opportunità delle donne», il loro pieno successo «coincide, al limite, con la loro estinzione»: T.TREU, Commento alla sentenza, cit., 72. In senso analogo, tra gli altri, U. ROMAGNOLI, *L'uguaglianza*, cit., 959-960; O. MAZZOTTA, Eguaglianza, parità, pari opportunità, in Lav. dir., 1992, 485; M. AINIS, L'eccezione, cit., 893-894; *contra* R. SANTUCCI-L. ZOPPOLI, Finalità della legge e questioni di costituzionalità, in Il diritto diseguale, cit., 32, i quali non ritengono che le azioni positive come particolare strumentazione giuridica «siano secondo la Costituzione necessariamente da configurare come temporanee)).Se, infatti, «la 'specificità' della donna viene identificata con un dato biologico o storico-sociale», non si vede come esse possano considerarsi strutturalmente «a termine» o «eccezionali». Anche L. GUAGLIANONE, Le azioni positive, cit., 36, sottolinea che le azioni positive non possono definirsi temporanee quando si introduca il concetto di «differenza».

Delle azioni positive si tende poi normalmente a mettere in rilievo anche il carattere flessibile e volontario: così ancora T. TREU, U. ROMAGNOLI e O. MAZZOTTA, locc. *ultt.* citt.; per M. AINIS, *loc. ult. cit.*, l'azione positiva — in quanto misura eccezionale — dev'essere, oltre che temporanea, iwetroattiva e motivata.

18. Sulle disposizioni «isolate e frammentarie» che regolavano — prima della legge n. 125/1991 — le azioni positive, vedi M. AINIS, Azioni positive, cit., 583, nota 1; F. BORGOGELLI, La tìpologia, cit., 81. Anche L. GUAGLIANONE, Le azioni positive, cit., 30-31, indica alcuni «prodromi» della normativa in materia di azioni positive, da cui si desume come già prima della legge del 1991 elementi di eguaglianza sostanziale fossero penetrati nel tessuto normativo e contrattuale del nostro ordinamento.

le[19]. Per la gran parte dei commentatori, entrambe le leggi presentano un legame immediato con il principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. **3,** comma 2, Cost.; in particolare, la legge del 1991 — che traccia un'ampia gamma di interventi di natura volontaria e autoritativa[20], secondo una tecnica normativa definita «teleologica»[21] — costituisce un passo ulteriore verso l'effettiva parità tra lavoratrici e lavoratori rispetto a

---

19. La legge si propone — attraverso una serie di agevolazioni e di incentivi — di favorire la creazione e lo sviluppo dell'imprenditoria femminile, anche in forma cooperativa; promuovere la formazione imprenditoriale e qualificare la professionalità delle donne imprenditrici; agevolare l'accesso al credito per le imprese a conduzione o a prevalente partecipazione femminile; favorire la qualificazione imprenditoriale e la gestione delle imprese familiari da parte delle donne; infine, promuovere la presenza delle imprese a conduzione o a prevalente partecipazione femminile nei comparti più innovativi'dei diversi settori produttivi (art. 1, comma 1).

20. M. Barbera, Una legge per le azioni positive, in Dir. prat. lav., 20, 1991, 1238: le due forme di azioni positive obbligatorie introdotte dalla legge del 1991 sono previste, rispettivamente, dall'art. 2, comma 6, che pone a carico della pubblica amministrazione l'obbligo di adottare, entro un anno dall'entrata in vigore della legge stessa, piani di azioni positive, e dall'art. 4, che inserisce le azioni positive tra i rimedi adottabili dal giudice nei casi di violazione giudizialmente accertata dei divieti di discriminazione. Quanto alle azioni positive volontarie, esse hanno come soggetti promotori il Comitato nazionale per la parità, i Consiglieri di parità, i centri per la parità e le pari opportunità comunque denominati, i centri di formazione professionale, le organizzazioni sindacali, i datori di lavoro (art. 3, comma 2). L'A. nota, in proposito, come una notevole differenza fra il modello italiano e il modello delineato dalla raccomandazione CEE n. 841635 sia data proprio «dalla natura mista, volontario/autoritativa, del sistema delle azioni positive previsto dalla legge n. 125, a fronte di una tipologia comunitaria fondata esclusivamente su interventi di natura volontario/consensuale».

21. Così O. Mazzotta, Eguaglianza, cit., 482-483, il quale osserva che nella legge n. 125 le azioni positive non sono elencate tassativamente, ma ne vengono analiticamente segnalate le finalità; nello stesso senso M. Barbera, Una legge, cit., 1237, che rileva come le finalità indicate dalla legge siano riassuntivamente quelle di «favorire l'occupazione femminile e di realizzare l'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne nel lavoro», rimuovendo «gli ostacoli che di fatto impediscono la realizzazione di pari opportunità» (art. 1, comma 1) (con un formula che chiaramente riecheggia l'enunciazione dell'art. 3, comma 2, Cost.); B. Pezzini, Principio costituzionale di uguaglianza e differenza tra i sessi (a proposito della legge *125/1991* sulle azioni positive), in Pol. dir., 1993, 52 ss.; L. Guaglianone, Le azioni positive, cit., 28. Per G. De Simone, Ancora su diritto diseguale, cit., 21, le finalità della legge, proclamate in apertura del provvedimento legislativo, possono essere lette come una sorta di «giustificazione» del provvedimento stesso. In particolare, il rinvio — nelle espressioni e nel linguaggio utilizzati — all'art. 3, comma 2, Cost., «è talmente evidente, smaccato, da suonare quasi retorico. Paura delle critiche, opportunità di riaffermare la legittimità di quelle contestate azioni positive già sommessamente intraprese: queste ed altre sono state le spiegazioni addotte dai primi commentatori».

Critica la mancata tipizzazione delle azioni positive nella legge del 1991 M. G. Campari, La legge e i fini (imprevisti) delle donne, in Reti, **3,** 1991, 18.

quello — molto importante, ma ancora ispirato ad una concezione formale dell'eguaglianza — compiuto con la precedente legge «di parità» (legge 9 dicembre 1977, n. 903)[22].

In questa evoluzione legislativa è presente un elemento di notevole interesse per il discorso, che qui si vuole affrontare, sul rapporto tra azioni positive e rappresentanza politica. Si tratta della circostanza, da più parti sottolineata, per cui al graduale passaggio dal divieto di discriminazione diretta, a quello di discriminazione indiretta e, infine, all'azione positiva corrisponde un altrettanto graduale passaggio dalla tutela dell'individuo in quanto tale alla tutela dell'individuo in quanto membro di un gruppo sociale svantaggiato[23].

La *discriminazione diretta* consiste in ogni atto o fatto che realizzi «un'illecita disparità di trattamento tra lavoratori di diverso sesso.: essa attiene alla garanzia del trattamento uniforme *della persona* (del lavoratore *come singolo)*[24], collocandosi pertanto in una prospettiva squisitamen-

---

22. M. AINIS, Azioni positive, cit., 583-584; M. BARBERA, Una legge, cit., 1237. Anche T. TREU, Commento alla sentenza, cit., 67, sottolinea il nesso esistente tra le due leggi, e ritiene che anche nella legge del 1977 siano contenute misure «discriminatorie» in favore delle donne, chiaramente ispirate all'eguaglianza sostanziale (artt. 3, 4 e 8).Per M. V. BALLESTRERO, Pari opportunità e azioni positive. Il *diritto* comunitario e la sua applicazione nell'ordinamento giuridico italiano, in Pari e *dispari,* cit., 58-59, nella legge n. 90311977 la distinzione tra discriminazione diretta e indiretta è tracciata in modo incerto. La parità di trattamento è ancora intesa come un sistema di garanzie individuali. Soltanto con l'approvazione della legge n. 125/1991 il legislatore italiano ha finalmente adottato una regola di eguaglianza sostanziale, allineandosi alla giurisprudenza più recente della Corte di giustizia europea: «Di questo allineamento ci rende avvertiti la combinazione del disposto dell'art, 1, comma 1 (definizione degli obiettivi generali e quadro di legittimità delle azioni positive) e dell'art. 4, commi 1 e 2 (nuova definizione della discriminazione diretta e indiretta). Tale ultima definizione (discriminazione come atto o comportamento pregiudizievole in relazione ai suoi effetti) assume una portata generale. La legge n. 90311977 ne risulta modificata in radice, poichè la nuova definizione della discriminazione riscrive il 'divieto di discriminazione' anche ai fini dell'applicazione della legge precedente».

Sul carattere bidirezionale del legame tra la legge n. 125/1991 e il secondo comma dell'art. 3 Cost., vedi B. PEZZINI, Principio costituzionale, cit., 58, la quale osserva che da una parte si può «assumere il principio di uguaglianza sostanziale come fondamento costituzionale della legislazione sulle azioni positive; reciprocamente, tuttavia, dall'altra parte, si può rilevare che la legge 125 costituisce attuazione di una norma costituzionale programmatica e direttiva)).

23. Sui termini di questo passaggio vedi M. BARBERA, Una legge, cit., 1239; ID., Discriminazioni indirette, cit., 273 ss.; M. V. BALLESTRERO, Eguaglianza, parità, *differenza,* in Lavoro 80, 815, secondo la quale vi è una sorta di traiettoria ideale tra «eguaglianza» e «parità»:d'eguaglianza coincide (...) col divieto di discriminazione; il passaggio dal divieto di discriminazione alla parità di trattamento implica una trasformazione del divieto (negativo) di discriminazione in obbligo (positivo) di osservare la parità di trattamento».

24. M. V. BALLESTRERO, Eguaglianza, cit., 817 e 818; sulla nozione di discriminazione diretta vedi anche M. BARBERA, Discriminazioni indirette, cit., 273.

te individualistica[25]. Considerazioni ben diverse valgono per la nozione di discriminazione indiretta, sostanziata da quegli «atti, comportamenti o pratiche, che pur non essendo specificamente fondati sulla considerazione del sesso, comportino tuttavia un trattamento di fatto sfavorevole per la maggior parte, o per parte proporzionalmente maggiore dei lavoratori dell'un sesso piuttosto che dell'altro» (tipico è l'esempio dell'adozione, da parte del datore di lavoro, di criteri di assunzione del personale apparentemente neutri, ma in realtà destinati a privilegiare gli appartenenti al sesso maschile, come i requisiti di altezza, peso, forza fisica, anzianità ed esperienza)[26]. In questo caso, com'è evidente, l'accento si sposta sugli aspetti

---

25. M. V. BALLESTRERO, I «*diritti* delle *donne*» (note in margine a un dibattito su diritti umani e Comunità Europea), in Pol. dir., 1990, 126-127.

26. M. V. BALLESTRERO, Eguaglianza, cit., 817. In argomento vedi la sentenza della Corte costituzionale n. 16311993, ove si afferma che l'adozione di un trattamento giuridico uniforme, cioè la previsione di un requisito fisico per l'accesso al posto di lavoro identico per uomini e donne (nel caso di specie, un requisito minimo di statura), «è causa di una 'discriminazione indiretta' a sfavore delle persone di sesso femminile, poichè svantaggia queste ultime in modo proporzionalmente maggiore rispetto agli uomini, in considerazione di una differenza fisica statisticamente riscontrabile e obiettivamente dipendente dal sesso» (punto 5 della motivazione in diritto).

E' degno di interesse, peraltro, il fatto che la Corte riconduca la valutazione dell'impatto differenziato per sesso della disposizione contestata al principio di eguaglianza formale anzichè a quello di eguaglianza sostanziale: su tale scelta interpretativa vedi l'impostazione critica di M. V. BALLESTRERO, Una politica e i suoi strumenti. Eguaglianza sostanziale, *pari* opportunità, azioni positive, in Le nuove leggi civili commentate, cit., 15. Com'è noto, del resto, la giurisprudenza costituzionale ha fatto un'applicazione decisamente limitata dell'art. 3, comma 2, Cost.: F. MODUGNO, La giurisprudenza costituzionale, in *Giur.cost.*, 1978, I, 1249; *G.* ZAGREBELSKY, Relazione su Corte costituzionale e principio d'uguaglianza, in *La* Corte costituzionale tra *norma* giuridica e realtà sociale, a cura di N. Occhiocupo, Padova, 1984, 103, il quale osserva che l'art. 3 cpv. «ha avuto scarsissimo rilievo in quanto tale di fronte alla Corte costituzionale, e quasi sempre travestito nei panni del primo comma». In dottrina, infatti, è assai diffusa l'affermazione secondo cui nel giudizio di ragionevolezza operato dalla Corte in materia di eguaglianza sia riscontrabile una sorta di contaminazione tra le due parti della disposizione costituzionale: ad esempio, per U. ROMAGNOLI, Art. *3, 2° comma,* in Commentario *della* Costituzione. Principi fondamentali, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, 171, la Corte ha fatto un uso «generalmente furtivo» della norma in questione. Egli ritiene che «una giurisprudenza che si spinge fino ad un sindacato sulla ragione giustificatrice dell'eguaglianza formale di trattamento a cui il legislatore assoggetta situazioni diseguali di *fatto*», e che in questa maniera «promette di non lasciarsi impressionare dall'apparenza delle norme», in realtà «sta lì a dimostrare che il 2° comma, scaraventato fuori della porta, vien fatto rientrare dalla finestra, per alloggiarlo ragionevolmente in qualche ripostiglio della casa» (p. 174-175). Anche B. CARAVITA, Oltre l'eguaglianza *formale,* Padova, 1984, 138, sottolinea che non di rado nelle sentenze della Corte (come anche nelle ordinanze di rimessione) «si ritrova una certa qual commistione ed un certo qual uso impreciso dei due commi», ma rileva, da un punto di vista più complessivo, che il ricorso al criterio della «ragionevolezza» ha

sociali e collettivi delle diseguaglianze[27], intendendosi in primo luogo garantire il trattamento uniforme del *gruppo sociale*.

Si è esattamente osservato, al riguardo, che l'accoglimento di questa nozione di discriminazione si fonda su alcuni precisi presupposti: che le donne siano un gruppo sociale (ma non una minoranza); che l'ambito della comparazione dei trattamenti non siano le persone, ma i gruppi; che gli svantaggi inflitti o i vantaggi accordati ad un membro del gruppo portino rispettivamente svantaggio o vantaggio all'intero gruppo[28].

---

avuto come conseguenza «non solo la separazione del 1° dal 2" comma, e l'espunzione dal 1° comma dell'inciso della 'pari dignità sociale', ritenuto un'indebita intrusione di una problematica afferente al 2" comma, ma anche l'adozione di un'ottica o emarginante o incompleta di lettura del capoverso» (p. 1 e 2). In senso non dissimile si esprime G. FERRARA, Relazione su Corte costituzionale e principio *d'u*guaglianza, in La Corte costituzionale tra *norma* giuridica e realtà sociale, cit., 90 ss., ,per il quale la separazione tra le due espressioni normative contenute nei due commi dell'art. 3 «ha reso vuota la prima, inefficace la seconda» (p. 101). Per G. VOLPE, L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale, Milano, 1977,274, la Corte normalmente «ha contrabbandato il secondo comma col primo dell'art. 3» e, di conseguenza, è totalmente mancato nella giurisprudenza costituzionale un controllo di costituzionalità delle leggi (nella sua versione di verifica dell'ingiustizia delle leggi) rigorosamente condotto sui principi dell'art. 3, comma 2, Cost.

Sul controllo di ragionevolezza delle leggi alla stregua del principio di eguaglianza vedi A. S. AGRO, Art. *3, 1°* comma, in *Commentario* della Costituzione, cit., 142 ss.; A. BALDASSARRE, Intervento, in La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale, cit., 121, che nega il carattere «logico» di tale giudizio.

Per M. BARBERA, Modelli d'eguaglianza. La giurisprudenza sulla differenza tra i sessi, in Reti, 5, 1989, 8-9, la nozione di «ragionevolezza» elaborata dalla Corte costituzionale proprio a partire dalle distinzioni basate sul sesso «viene presentata come uno strumento neutro e obiettivo, in grado di assicurare esiti giusti ai processi normativi. Ma proprio il campo delle differenziazioni di sesso disvela il carattere ideologico di tale criterio. Neutralità e obiettività vengono impiegate per convogliare i valori dei giudici, che sono poi i valori di una cultura giuridica, che dietro la logica astratta della razionalità nasconde la logica concreta dei rapporti di potere».

Anche A. CERRI, L'eguaglianza, cit., 117-118, sottolinea l'ambiguità semantica del termine «ragionevolezza», distinguendo «un significato di essa che si identifica con razionalità e cioè logica formale, con principio di non contraddizione» ed un senso per cui si identifica, invece, «con valore politico-sociale trascendente il diritto positivo». Alla Corte, secondo questo A., va riconosciuto un controllo del primo tipo, non del secondo. In generale, sulla ragionevolezza come modo di giudicare, che presuppone un modo di intepretare, vedi R. TOSI, Spunti per una riflessione sui criteri di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, in Giur. cost., 1993, 545 ss.

27. M. BARBERA, *Discriminazioni* indirette, cit., 274.

28. M. V. BALLESTRERO, Eguaglianza, cit., 818. Sui tre livelli in cui può articolarsi l'intervento normativo in materia di eguaglianza (discriminazione diretta, discriminazione indiretta e azione positiva) vedi anche M. AINIS, Azioni positive, cit., 593-594.

L'approdo finale di questa evoluzione legislativa è rappresentato dalle azioni positive, che non hanno più la struttura del divieto, ma — appunto — dell'agire positivo, rivolto alla correzione di diseguaglianze sostanziali. La parità viene qui intesa come «*riequilibrio* fra gruppi, o meglio fra le posizioni che i diversi gruppi occupano nei mercati del lavoro. [29]; il punto di vista collettivo delle diseguaglianze sembra in tal modo definitivamente acquisito.

Stando così le cose, è inevitabile domandarsi a quale modello di rappresentanza politica si ispiri una legislazione elettorale che, attraverso la previsione di azioni positive per le donne, introduce un chiaro riferimento alla necessità di rappresentare l'identità collettiva di un genere (quello femminile) le cui (presunte) comuni caratteristiche ed esigenze ne consentirebbero una precisa differenziazione all'interno dell'indistinto corpo sociale[30].

Gli interrogativi, tuttavia, non si fermano qui. Come si è detto, infatti, la politica delle pari opportunità, segnatamente nella sua forma estrema delle azioni positive, presenta un legame diretto con il principio di eguaglianza sostanziale. Lo ha di recente riconosciuto la stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 10911993, nella quale si afferma che le finalità perseguite attraverso tali interventi normativi costituiscono uno svolgimento immediato dei doveri fondamentali che l'art. 3, comma 2, Cost. assegna alla Repubblica, e si sottolinea che le azioni positive sono «*il* più potente *strumento* a disposizione *del* legislatore, che, nel rispetto della libertà e dell'autonomia dei singoli individui, tende a innalzare la soglia di partenza per le singole categorie di persone socialmente svantaggiate (...) al fine di assicurare alle categorie medesime uno statuto effettivo di pari opportunità di inserimento sociale, economico e politico»[31].

Sulla nozione di discriminazione indiretta accolta dalla Corte di giustizia europea, dalla quale discende «una logica di parificazione delle donne come gruppo discriminato in ragione dell'appartenenza di genere» vedi M. V. BALLESTRERO, Pari opportunità, cit., 56 (corsivo non testuale).

29. M. V. BALLESTRERO, Eguaglianza, cit., 824 (corsivo non testuale). Distingue l'eguaglianza tra gruppi dall'eguaglianza dell'individuo con tutti gli altri individui L. GIANFORMAGGIO, Politica della differenza e principio di eguaglianza: sono veramente incompatibili?, in Lav. dir., 2, 1992, 189-190. Sul rapporto tra tendenziale soggettività collettiva delle donne e azioni positive vedi C. ASSANTI, Quali fonti giuridiche per *le* donne?, in *Pari* e dispari, cit., 83. Che il passaggio dalla normativa paritaria a quella in materia di pari opportunità segni la transizione da una visione individuale ad una collettiva dell'eguaglianza è posto in rilievo anche da L. GUAGLIANONE, Le azioni positive, cit., 38.

30. Ai diversi e problematici aspetti della c.d. rappresentanza di genere o *sessuata* sono dedicati i saggi raccolti ne Il genere della rappresentanza, a cura di M. L. Boccia e I. Peretti, Supplemento a *Dem.* dir., 1, 1988.

31. Sentenza n. 109/1993, punto 2.2 della motivazione in diritto (corsivo non testuale). La decisione è commentata da M. AINIS, L'eccezione, cit., 891 ss.; vedi anche L. GUAGLIANONE, Le azioni positive, cit., 34 ss.

Il collegamento tra le azioni positive ed il secondo comma dell'art. 3 Cost. è

Esse, dunque, trovano il loro fondamento in quel medesimo capoverso dell'art. 3 Cost. nel quale la maggior parte della dottrina individua la radice dei diritti sociali, come diritti ad ottenere dallo Stato prestazioni positive vòlte ad eliminare situazioni di inferiorità economica e sociale[32].

Ma è legittimo applicare tecniche normative analoghe a quelle previste nelle legge n. 125/1991 e n. 215/1992 anche ai diritti politici, come — appunto — il diritto di elettorato passivo? O, invece, l'intrinseca struttura di tali diritti — caratterizzati, come sono, «dalla rigorosa eguaglianza formale dei loro titolari», conseguente alla loro derivazione «dai postulati propri dello Stato di diritto nella sua versione liberal-democratica)[33] — ne impone una diversa e peculiare regolamentazione?

4. Per rispondere a questa domanda è necessario soffermarsi sul rapporto esistente fra i due commi dell'art. 3 Cost., cioè fra eguaglianza for-

---

messo in rilievo dalla maggior parte della dottrina: vedi, tra gli altri, T. TREU, *Commento* alla sentenza, cit., 67; U. ROMAGNOLI, L'uguaglianza, cit., 958; M. AINIS, Azioni positive, cit., 584; B. PEZZINI, Principio costituzionale, cit., 58. Una diversa opinione viene espressa da R. SANTUCCI-L. ZOPPOLI, Finalità della legge, cit., 29 ss., per i quali la legge n. 125/1991 trova una giustificazione nella concezione «valutativa» dell'eguaglianza formale, in base alla quale sono ammesse differenziazioni tra gli individui quando esse siano giustificate dallo scopo che il legislatore persegue (Agro') oppure quando la legge rispecchi disparità esistenti nella situazione di fatto in cui si trovano i suoi destinatari (Paladin).

32. A. BALDASSARRE, Diritti sociali, in Enc. giur., vol. XI, Roma, 1989, par. 6, secondo il quale, peraltro, i costituenti non hanno circoscritto il fondamento di principio dei diritti sociali al solo capoverso dell'art. 3, ma lo hanno esteso anche al nucleo dei valori che rappresentano il contenuto normativo della dignità umana (art. 2) e allo stesso principio di eguaglianza formale sancito dall'art. 3, comma 1. Infatti, anche se l'eguaglianza di fronte alla legge (o formale) «è indubbiamente una filiazione dello Stato liberale, non si può tacere, tuttavia, che il suo significato sia profondamente mutato in Costituzioni, come quella italiana, che si ispirano al principio dello Stato sociale, democratico-pluralista, e alla categoria dello Stato di diritto materiale)).In particolare, la qualificazione dell'eguaglianza formale con il principio della «pari dignità sociale)),che si svolge poi in precisi divieti di discriminazione (per il sesso, la razza, la lingua, la religione, le opinioni politiche e le condizioni sociali e personali), «ha conferito all'eguaglianza stessa un senso normativo che non aveva mai avuto in precedenza)).Nello stesso senso A. CERRI, L'eguaglianza, cit., 20, per quanto concerne il significato dell'eguaglianza in una società eterogenea e nell'ambito del pensiero liberal-democratico.

Sul legame tra diritti sociali e Stato sociale e sulla derivazione dei diritti sociali dal principio di eguaglianza vedi M. MAZZIOTTI, Diritti soggettivi: e) Diritti sociali, in Enc. dir., vol. XII, Milano, 1964, 803-804, che sottolinea, inoltre, il carattere individualistico di tali diritti, contro l'opinione di chi ritiene che essi abbiano per fine prevalente e immediato interessi collettivi, e solo di riflesso individuali (Pergolesi, Le Fur). Per A. BALDASSARRE, ibidem, i diritti sociali «esprimono la tensione dialettica tra individuo e collettività particolari)).

33. G. VOLPE, Diritti politici, in Enc. giur., vol. XI, Roma, 1989, par. 3.

male e sostanziale: divergenti sono infatti le soluzioni a seconda che esso venga ricostruito in termini di sovraordinazione strutturale del primo comma sul secondo[34], di regola ed eccezione[35] o di reciproca complementarietà[36].

E' evidente che accettando la prima impostazione — la più legata al tradizionale concetto di eguaglianza come pari soggezione di tutti i cittadini di fronte alla legge, tipica dello Stato liberale[37], *e* tendente pertanto a ravvisare nel secondo comma dell'art. 3 una norma programmatica con effetti *sussidiari* del principio di eguaglianza formale stabilito nel primo comma[38] — diventerebbe assai problematico ritenere costituzionalmente ammissibile (da un punto di vista generale, e quindi anche per quanto riguarda i diritti politici) qualsiasi misura specifica di diritto «diseguale» suscettibile di tradursi in ((discriminazione alla rovescia»[39].

Una prospettiva del tutto diversa è quella di chi, partendo dalla considerazione che i due commi dell'art. 3 riflettono «il fragile equilibrio fra l'anima liberale e quella socialista della Costituzione varata in Italia nel dopoguerra», ritiene che tra di essi esistano in realtà rapporti di «contrasto radicale»[40]. La loro successione «topografica» «non è indizio che il primo

---

34. P. COMANDUCCI, Uguaglianze, cit, 829-830.

35. Così M. AINIS, Azioni positive, cit., 603; ID., L'eccezione, cit., 892 ss.

36. A. BALDASSARRE, Diritti sociali, cit., par. 6, per il quale l'art. 3 cpv. è, appunto, complementare rispetto al primo comma, nel senso che, mentre quello «pone un divieto (negativo) di discriminare arbitrariamente tra cittadino e cittadino, garantendo così una 'pari dignità sociale', l'art. 3, cpv., autorizza i pubblici poteri, e in primo luogo il legislatore, a operare interventi positivi diretti a creare condizioni effettive per un'equal *liberty*». Su tale ultimo concetto vedi J. RAWLS, A *theory of* Justice, Cambridge, 1971.

37. Per una concezione integralmente liberale dell'eguaglianza vedi C. ESPOSITO, Eguaglianza e giustizia *nell'art.* 3 della Costituzione, in La Costituzione italiana. Saggi, Padova, 1957, 17 ss. Sulla posizione di Esposito vedi L. PALADIN, Eguaglianza (dir. cost.), in *Enc.* dir., vol. XIV, Milano, 1965, 524; A. CERRI, L'eguaglianza, cit., 11 ss.

38. L. PALADIN, Eguaglianza, cit., 548. In senso analogo C. ROSSANO, L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale, Napoli, 1966, 420, per il quale il secondo comma dell'art. 3 stabilisce una semplice direttiva per lo Stato, indirizzando la futura attività di legislazione.

39. Sulla natura di vere e proprie discriminazioni dirette (alla rovescia) dei trattamenti di favore elargiti in nome del sesso o della razza vedi M. AINIS, Azioni positive, cit., 394.

40. M. AINIS, Azioni positive, cit,, 597. Per B. CARAVITA, Oltre l'eguaglianza, cit., 64, nella formulazione dell'art. 3, comma 2, Cost., prevalgono piuttosto influssi di radicalismo liberale, «il cui obiettivo è fondamentalmente quello della estensione (prima) e della garanzia dell'effettivo esercizio (dopo) dei diritti civili e politici». Dal canto suo A. CERRI, L'eguaglianza, cit., 28, ritiene che la seconda parte della disposizione costituzionale esprima la tendenza democratica, così come può manifestarsi in una società eterogenea, in significativo bilanciamento con quanto dispone il primo comma, connotato invece da una matrice di tipo liberale.

sia dotato d'uno statuto gerarchicamente superiore, bensì dell'opposto: *il loro rapporto* è *lo stesso che intercorre fra regola ed eccezione,* e naturalmente l'eccezione viene formulata dopo, e s'impone sulla regola. [41]. Sotto questo profilo, le azioni positive sono perfettamente lecite: non però — si noti — in riferimento all'accesso ai pubblici uffici ed alle cariche elettive, «dato che in questo campo la regola della *parità formale* viene ribadita dall'art. 51 Cost.» [42].

La Corte costituzionale, dal canto suo, sembra piuttosto dar ragione a quell'orientamento dottrinale che ritiene tra loro *complementari* i due significati di eguaglianza desumibili dall'art. 3 Cost. [43]. Sembra muoversi chiaramente su questa linea la sentenza n. 163 del 1993, per la quale il secondo comma «esprime un *criterio interpretativo che si riflette anche sulla latitudine e sull'attuazione da dare al principio di eguaglianza 'formale'* nel senso che ne qualifica la garanzia in relazione ai risultati effettivi prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita, grazie al primario imperativo costituzionale di rimuovere i limiti 'di fatto' all'eguaglianza (e alla libertà) e di perseguire l'obiettivo finale della 'piena' autodeterminazione della persona e quello della 'effettiva' partecipazione alla vita comunitaria» [44].

Un indirizzo interpretativo, questo, che — come si è visto in precedenza — ha consentito al giudice delle leggi di legittimare pienamente le azioni positive, vòlte ad assicurare alle donne uno *statuto effettivo* di pari opportunità di inserimento sociale, economico e politico [45]. Ebbene, se dav-

---

41. M. AINIS, Azioni positive, cit., 603; ID., L'eccezione, cit., 893. *Contra* A. RUGGERI, Fonti e *norme nell'ordinamento* e *nell'esperienza* costituzionale, I. L'ordinazione in sistema, Torino, 1993, 54 ss.

42. M. AINIS, Azioni positive, cit., 607 (corsivo non testuale). *Contra* B. PEZZINI, Principio *costituzionale,* cit., 59 ss.

43. Vedi *supra,* nota 36. E' probabilmente riconducibile a questo orientamento anche la posizione di G. FERRARA, La parì dignità sociale, cit., 1104, per il quale la nozione di «pari dignità sociale» rappresenta l'elemento di congiunzione fra il primo e il secondo comma dell'art. 3. Egli osserva, infatti, che «lo stesso nucleo concettuale che ci sembra possibile poter supporre come deducibile dalla dizione 'pari dignità sociale', se questa è ripensata in tutte le sue proiezioni, si specifica nel secondo *comma*» (corsivo non testuale). Dà una diversa interpretazione della posizione della Corte costituzionale M. AINIS, L'eccezione, cit., 892, il quale ritiene che l'affermata liceità dell'adozione, ove ne ricorrano i presupposti, di discipline differenziate «anche in deroga al principio di fornale parità di trattamento» (sentenza n. 109/1993, punto 2.2 della motivazione in diritto), smentisca l'indirizzo dottrinale che ricostruisce in termini di complementarietà il rapporto fra i due commi dell'art. 3. La Corte, cioè, si sarebbe pronunciata nel senso della opposizione fra i due tipi di eguaglianza, ed avrebbe agganciato le azioni positive al solo secondo comma della disposizione.

44. Punto 3 della motivazione in diritto (corsivo non testuale).

45. Sentenza n. 109/1993, punto 2.2 della motivazione in diritto.

vero l'accento posto dalla Corte costituzionale sull'effettività del raggiungimento degli obiettivi prefigurati dalla legge significasse, implicitamente, «aprire il campo a differenziati modelli di *intervento*», compresi quelli «finalizzati a rispettare le differenze, nel caso in cui appaiano decisivi per il raggiungimento dell'eguaglianza sostanziale>[46], se ne potrebbe probabilmente dedurre anche l'ammissibilità delle misure di riequilibrio della rappresentanza politica.

Quanto alla nozione di «*pari* opportunità» fra tutti i cittadini, va detto che essa costituisce in definitiva il punto di raccordo tra dottrine egualitarie e non egualitarie della società. Si tratta, cioè, di un concetto in cui tendono a confondersi ed a stemperarsi due nozioni in apparenza inconciliabili: l'eguaglianza dei punti di partenza, predicata dalla teoria liberale classica, secondo cui «basta che siano comuni le regole del gioco e che chiunque sia messo nella condizione di poter partecipare al gioco», e l'eguaglianza dei risultati, caratteristica invece delle teorie egualitarie, per le quali ciò che conta è «non tanto che tutti possano partecipare al gioco quanto che tutti possano vincere nella stessa misura»[47].

In sè, certamente, la politica delle «pari opportunità» dovrebbe coincidere con la realizzazione del primo tipo di eguaglianza, come ha del resto precisato la stessa Corte costituzionale[48]. Tuttavia, è assai discutibile che — almeno per determinati tipi di azioni positive — non si debba parlare piuttosto di eguaglianza dei punti di arrivo. Nessuno potrebbe negare, ad esempio, che l'adozione di alcune forme particolarmente incisive di riserva di quote sottintenda in realtà un'idea dell'eguaglianza come «diritto a un *pari* bene della *vita*», come acquisizione di una eguale posizione giuridica[49], con un inevitabile slittamento verso concezioni di tipo egualita-

---

46. Così L. Guaglianone, Le azioni positive, cit., 35, nota 44.

47. N. Bobbio, Eguaglianza ed *egualitarismo*, in Riv. int. *fil.* dir., 1976, 326. Sulle dottrine egualitarie di matrice liberale, cristiana e socialista vedi A. Cerri, Eguaglianza giuridica, cit., 104 ss.

48. Sentenza n. 10911993, punto 2.2 della motivazione in diritto, ove si parla dell'azione positiva come di uno strumento che «tendea innalzare la soglia di partenza per le singole categorie di persone socialmente svantaggiate» (corsivo non testuale). Nello stesso senso N. Bobbio, Eguaglianza, cit., 325-326, definisce l'eguaglianza dei punti di partenza come «eguaglianzadi *opportunità*». Anche per F. E. Oppenheim, Uguaglianza, in Dizionario di politica, a cura di N. Bobbio e N, Matteucci, Torino, 1976,1066, il livellamento delle opportunità si occupa «della ridistribuzione dell'accesso a varie posizioni nella società, non già dell'attribuzione delle posizioni stesse». Sull'eguaglianza delle chances vedi R. Dahrendorf, La libertà che cambia (1979), trad. it., Bari, 1981.

49. A. Cerri, Eguaglianza, cit., 48. Per M. Ainis, Azioni positive, cit., 594, l'azione positiva «si prefigge la parità nei punti d'arrivo (per es. una promozione sul lavoro o negli esami per accedere ai più alti gradi degli studi)». Nello stesso senso F. Borgogelli, La tipologia, cit., 83, che sottolinea come nelle ipotesi di discriminazioni «positive» o «allarovescia» si possa parlare di pari opportunità di risultati.

rio[50]. D'altra parte, caratteristica precipua delle dottrine egualitarie è proprio quella di considerare gli uomini non come individui, ma come genus, e quindi «non per le caratteristiche che differenziano un individuo dall'altro, ma per quelle per cui tutti gli uomini appartengono ad un unico genere))[51]. E, per tornare al caso delle azioni positive previste dalla legislazione elettorale, è proprio alla rappresentanza del genere femminile che si guarda, attraverso il ricorso ad una «finzione»[52] — data dal concepire le donne come un «gruppo» fondamentalmente omogeneo — che permette, anche in questo caso, il superamento della tradizionale ottica individualistica,

---

M. V. BALLESTRERO, I «diritti delle *donne*», cit., 126-127, osserva che l'eguaglianza di opportunità, mirante a ristabilire punti di partenza eguali tra gli appartenenti ai diversi gruppi sociali, non garantisce invece a costoro di ottenere eguali risultati: «questi dipenderanno sempre dai meriti, dal talento, dagli sforzi realizzati dai singoli interessati. L'approccio è dunque di tipo individualistico» (corsivo non testuale). La stessa A., tuttavia, finisce poi per riconoscere che nel caso delle azioni positive si tende piuttosto a guardare ai risultati. Per M. BARBERA, *Discriminazioni* indirette, cit., 284, già nel concetto di discriminazione indiretta «è presente un'ambiguità che può rendere labile il confine tra le due alternative eguaglianza di opportunità o eguaglianza di risultati». L'A. sottolinea, inoltre, che anche la legge n. 125/1991 è interamente pervasa «dalle strutturali ambiguità legate alla politica di eguaglianza delle *chances*», ambiguità che ((traspaiono dalle stesse scelte semantiche: all'impiego di termini quali 'eliminare' e 'superare', che presuppongono un mutamento non solo delle chances iniziali, ma della stessa condizione finale dei soggetti protetti, fa da contrappunto la reiterazione di termini quali 'favorire', 'promuovere', che postulano invece un ristabilimento dell'eguaglianza dei punti di partenza» (La nozione di discriminazione, cit., 50).

50. M. AINIS, *loc. ult. cit.* Significativa, a questo proposito, è l'osservazione di F. E. OPPENHEIM, Uguaglianza, cit., 1067, secondo il quale «la moderna teoria democratica non può essere qualificata nè come egualitaria nè come inegualitaria, ma è una fusione di entrambi i generi di principi: livellamento fino ad un certo punto (attraverso distribuzioni diseguali), al di là del quale intervengono ridistribuzioni inegualitarie» (corsivo non testuale).

51. N. BOBBIO, *Eguaglianza,* cit., 329: «non importa se poi l'accento cada sulle caratteristiche assiologicamente negative ('gli uomini sono tutti peccatori') o su quelle positive ('l'uomo è un animale naturalmente sociale')». Del tutto antitetica — continua l'A. — «è l'elaborazione mentale che sta alla base delle dottrine liberali, le quali tendono a mettere in evidenza non ciò che gli uomini hanno in comune, in quanto uomini, ma ciò che hanno di diverso, in quanto individui». Entrambe le operazioni mentali sono guidate da scelte di valore.

Sul principio di eguaglianza, nei suoi aspetti formale e sostanziale, come giudizio di valore o, più semplicemente, come valore, «che viene postulato proprio perchè si riconosce che gli uomini sono diversi», vedi L. FERRAJOLI, Diritto e ragione. Teoria del *garantismo* penale, Bari, 1990, 949. In merito alla struttura dei giudizi di eguaglianza nel linguaggio legislativo e nel linguaggio dei giuristi vedi R. GUASTINI, La grammatica di «eguaglianza», in Lav. dir., 2, 1992, 205 ss.

52. Sul concetto di «gruppo» come «finzione» e sul suo legame con l'eguaglianza di risultati vedi L. GUAGLIANONE, Le azioni positive, cit., 38.

5. Del resto, la crisi della consueta nozione di rappresentenza politica può dirsi in qualche modo preannunciata da quelle teorie per le quali il principio di eguaglianza include necessariamente in sè il concetto di *differenza*[53]. Secondo tali teorie, il contenuto normativo del primo comma dell'art. 3 Cost. consiste essenzialmente nel vietare le discriminazioni che si fondino sulle differenze elencate, le quali tuttavia non sono tra loro omogenee, ma sottendono logiche distinte: una logica di *tutela* e di *conservazione* per le differenze di razza, lingua, religione e opinioni politiche, ed una logica di *miglioramento* e di *neutralizzazione* per le differenze di condizioni personali e sociali[54]. In questo quadro, la differenza sessuale (la prima a comparire nell'elenco) si trova «al centro di una contraddizione insanabile», venendo a rivestire il doppio ruolo di differenza originaria da tutelare (come emerge, ad esempio, dalle norme a protezione della maternità e del lavoro femminile: artt.31 e 37 Cost.) e di differenza di condizioni personali e sociali da neutralizzare (ad esempio, nella norma sull'accesso ai pubblici uffici: art. 51 Cost.)[55]. Una contraddizione, questa, che sarebbe «la spia dell''occultamento' della differenza sessuale ad opera di altre differenze»[56], causata da quella *universalizzazione del soggetto maschile*[57] in forza della quale il soggetto *standard* del diritto viene arbitrariamente costruito come autonomo, neutro, privo di vincoli, assumendosi a modello normativo «il punto di vista dell'uomo bianco adulto e proprietario))e co-

53. L. FERRAJOLI, Diritto e ragione, cit., 948 ss.; ID., La differenza sessuale e le garanzie dell'eguaglianza, in *Dem.* dir., *2*, 1993, Diritto sessuato?, 49 ss. Dire «eguaglianza~significa «da un lato escludere l'identità e dall'altro escludere (a titolo provvisorio oppure definitivo) la rilevanza di differenze»: G. TARELLO, SU «uguaglianza))(frammento inedito), in L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea, a cura di S. Castignone, Bologna, 1989, 351. Applicando questo tipo di definizione, M. PEDRAZZA GORLERO, L'eguaglianza fra libertà e convivenza, in Principi *dell'89* e Costituzione democratica, a cura di L. Carlassare, Padova, 1991, 98, osserva che il paradigma dell'eguaglianza A = B è «A non differisce da B in relazione a C; che è come dire: eguale è non differente, eguaglianza è non differenza». Ne consegue che lo spazio concettuale dell'eguaglianza è «quello coperto dall'attitudine ad omologare due soggetti, neutralizzandone le differenze, ed è il prodotto 'artificiale' della loro neutralizzazione».

54. A. CAVARERO, *Il* modello democratico *nell'orizzonte* della differenza sessuale, in *Dem.* dir., 1990, 235. Sulle differenze da tutelare e le differenze da rimuovere vedi anche M. PEDRAZZA GORLERO, L'eguaglianza, cit., 109-110; B. PEZZINI, Principio costituzionale, cit., 62. L, FERRAJOLI, Diritto e ragione, cit., 949, distingue tra differenze, che devono essere riconosciute per essere rispettate e garantite, e *disuguaglianze,* che devono essere invece rimosse o almeno il più possibile compensate; nello stesso senso L. GIANFORMAGGIO, Politica della differenza, cit., 192.

55. M. PEDRAZZA GORLERO, L'eguaglianza, cit., 109.

56. M. PEDRAZZA GORLERO, *loc. ult.cit.*

57. A. CAVARERO, L'ordine *dell'uno* non è l'ordine del due, in Il genere della rappresentanza, cit., 68.

stringendo «ciò che diverge dal modello ad essere concepito come differente in quanto mancante ed inferiore»[58].

Ecco allora che diventa necessario rileggere l'art. 3 Cost. in chiave di valorizzazione anche della differenza sessuale. A tal fine, rielaborando uno spunto interpretativo già proposto in dottrina vent'anni or sono[59], si individua nel concetto di «*pari* dignità *sociale*» l'elemento su cui fondare una ricostruzione teorica unitaria dei due commi in cui si articola la disposizione costituzionale, i quali disegnano un modello *normativo* integrato di eguaglianza formale e sostanziale basato sulla «*pari dignità*» delle differenze e insieme sulla garanzia della sua effettività. In particolare, il secondo comma dell'art. 3 impone — tra l'altro — di rimuovere, attraverso l'introduzione di garanzie adeguate, gli ostacoli che in concreto producono le tante discriminazioni delle donne nella vita sociale[60].

A questo punto, la domanda che di nuovo si propone è se fra tali garanzie debbano annoverarsi anche quelle inerenti ai diritti politici di elettorato passivo, quali la riserva di quote nelle liste dei candidati alle elezioni. Ebbene, a voler seguire la tesi da ultimo ricordata la risposta non può che essere positiva: si riconosce infatti esplicitamente la bontà della tecnica normativa utilizzata a questo proposito nella recente legge sulle elezioni comunali, vista come una delle possibili «*regole* transitorie di attuazione» dell'eguaglianza sostanziale perseguita dal secondo comma dell'art. 3 Cost.[61]. Ma è del tutto evidente che trasporre sul piano dei rapporti (e quindi dei diritti) politici la tutela e la valorizzazione della differenza sessuale conduce inevitabilmente a porsi il problema della sua rappresentazione: e porsi il problema della rappresentazione di un genere (quello femminile) altrettanto inevitabilmente conduce ad una critica radicale dell'accezione di rappresentanza politica propria del contrattualismo classico, che — com'è noto — assume gli individui come «perfettamente uguali ed indifferenti>[62]. Su questo aspetto del problema vale senz'altro la pena di riflettere, anche per il suo profondo legame con la critica — pure presente in una larga parte del pensiero femminista — al modello liberal-democratico tout

---

58. T. Pitch, Differenza in comune, in *Dem.* dir., 5/6, 1991, 277: «L'estensione dei diritti di libertà — osserva l'A. — è avvenuta per un processo di inclusione progressivo che non ha mutato molto lo standard: certo, non sono più solo i bianchi, i proprietari e gli uomini che godono di questi diritti. Ma la tensione tra diritti di libertà e diritti sociali, tra eguaglianza formale e eguaglianza sostanziale, ha messo in luce che lo standard è ancora quello, nella misura in cui si procede sulla base di una concezione dell'individuo come astratto, neutro, e, soprattutto, autonomo, slegato, privo di vincoli *e* relazioni». In senso analogo O. De Leonardis, Diritti, differenze e capacità. *Sulla* giustizia come processo sociale, ivi, 198 ss.

59. G. Ferrara, La pari dignità sociale, cit., 1087 ss.

60. L. Ferrajoli, La differenza sessuale, cit., 53.

61. L. Ferrajoli, La differenza sessuale, cit,, 69.

62. A. Cavarero, L'ordine *dell'uno,* cit., 68.

court, in quanto fondato «su un presupposto universalismo» vòlto ad occultare la sua reale corrispondenza «alla soggettività maschile»[63].

6. Va detto subito che le riflessioni femministe, segnatamente per quanto attiene al c.d. pensiero della differenza, non sono affatto uniformi in merito al problema della rappresentanza politica.

Non mancano, infatti, le posizioni più estreme, contrarie alla rappresentanza stessa sulla base della considerazione che «inscrivere la differenza nelle forme che il simbolico maschile ha elaborato come forme dell'uguaglianza, dell'insignificanza della donna, significa rilegittimarle e negare che esistano ed operino nella società parole ed atti di donne dotati di autorità»[64]. Una prospettiva di questo tipo, evidentemente, non può che respingere in modo integrale la logica delle quote accolta nella recente legislazione elettorale: «una donna che sedesse in Parlamento, come in qualsiasi altro organismo politico, non per la volontà delle elettrici e degli elettori ma per via delle quote, sarebbe senza autorità, sarebbe politicamente depotenziata»[65].

Vi è poi un orientamento più «moderato»,non ostile alla presenza delle donne nelle istituzioni[66], per il quale le quote possono avere la funzione (certamente limitata, ma non priva di rilievo) di segnalare al sistema le contraddizioni dei suoi principi universalisitici, anche se nulla garantiscono «all'ordine politico della differenza sessuale»[67]. In quest'ottica, esse

---

63. M. L. Boccia, La ricerca della differenza, in Il genere della rappresentanza, cit., 8.

64. Così M. L. Boccia, La ricerca della differenza, cit., 15, riassume le tesi di L. Cigarini, La separazione femminile, in Sottosopra, giugno, 1987.

65. L. Cigarini, **Kairòs:** L'opportunità è dispari, in Via Dogana, 2, 1991, 4. Critica la politica delle pari opportunità C. Jourdan, Il mistero delle pari opportunità, in Via Dogana, 1, 1991, 3-4, per la quale la legge n. 125/1991 pretende di fissare i traguardi femminili: «gli stessi degli uomini, niente di più nè di meglio». Le pari opportunità «nelle loro diverse forme occultano le contraddizioni della parità poichè vedono uomini e donne come due varietà dello stesso sesso»;esse sono, in realtà, «opportunità grandi negate alle donne».

66. Da parte di chi guarda più favorevolemnte alla trasposizione nelle istituzioni della differenza sessuale si muove «dal fatto che è maturata dentro pratiche di donne una forma di autorizzazione alla presenza di donne nelle istituzioni. Questa fonte femminile della scelta è già una rottura significativa dei canali della rappresentanza, perchè crea un rapporto sessuato tra rappresentante e rappresentate»: M. L. Boccia, La ricerca della differenza, cit., 15, che si riferisce, in particolare, alle posizioni di Adriana Cavarero.

67. A. Cavarero, L'ordine *dell'uno,* cit., 78-79. Anche per G. Pasquino, La differenza nel rappresentare e nel governare, in Il genere della rappresentanza, cit., 160, il sistema delle quote può essere utile nella fase di rottura di una rappresentanza cristallizzata.

si porrebbero come «garanzie sessuate della differenza))[68], capaci di conferire visibilità alla differenza medesima, di esaltare l'aspetto della sua ((rappresentazione.[69]: ed è proprio qui, come vedremo tra breve, che si inserisce il discorso relativo alla nozione di rappresentanza politica cui ci si richiama.

In ogni caso, al di là delle diverse correnti interne alla riflessione femminista, emerge ormai con assoluta chiarezza la centralità della questione relativa al riequilibrio della rappresentanza nel dibattito politico, che evoca spesso una nozione di «differenzasessuale» come esistenza «di una diversa (storica) condizione sociale e culturale (e dunque di una diseguaglianza di fatto) che nasce da una (storica) condizione sociale e giuridica.. Una nozione che, appunto, legittima pienamente l'adozione di misure specifiche di «diritto diseguale»[70].

In ordine al tema specifico della rappresentanza politica, è assai diffusa in letteratura la constatazione che si tratti di un concetto giuridico cui corrisponde una serie di significati, i quali si muovono essenzialmente tra due polarità, a seconda che si riferiscano ad una dimensione di azione, per cui rappresentare significa «agire secondo determati canoni di comportamento))in nome e per conto di un altro, o, invece, ad una dimensione di riproduzione di proprietà e peculiarità esistenziali, per cui rappresentare è «possedere certe caratteristiche che rispecchiano o evocano quelle dei soggetti od oggetti rappresentati»[71]. A questa seconda dimensione apparten-

---

68. Secondo la terminologia di L. FERRAJOLI, La differenza sessuale, cit., 65 ss.

69. M. L. BOCCIA, La ricerca della differenza, cit., 16. Sulla insufficienza di questa prospettiva vedi M. RODANO, Il genere femminile nei sistemi politici europei, in *Il* genere della rappresentanza, cit., 102, la quale ritiene che con il sistema delle quote il sesso femminile finisca in realtà per essere considerato alla stregua di un gruppo minoritario. Continua a mancare, insomma, l'esplicita contestazione dei principi della rappresentanza nella sua classica accezione di espressione delle volontà dei «cittadini»concepiti come «esseri assessuati, entità generiche e astratte», «E tuttavia — conclude l'A. —, persino la rivendicazione, pur teoricamente insufficiente, delle quote, nella misura in cui si prefigge, sia pur per tappe, di conseguire una rappresentanza paritetica dei due sessi, finisce per entrare in contraddizione con l'esistente concezione della rappresentanza».

70. M. V. BALLESTRERO, *A* proposito di eguaglianza, cit., 579-580. L'A. mette in luce l'esistenza di un altro possibile significato del termine «differenza»,come «diversità (identità di gruppo) da mantenere e valorizzare», rifiutando ogni omologazione al modello (maschile)dominante. Intesa in questo senso, essa coincide con la piena affermazione del diritto delle differenze-specificità,e si traduce — in ultima analisi — nella «cancellazionedelle basi sulle quali la rivoluzione francese ha fondato il diritto moderno». Va detto, peraltro, che il crinale tra le due nozioni è assai sottile, e talora difficilmente individuabile,

71. M. COTTA, *Rappresentanza* politica, in Dizionario di politica, diretto da N. Bobbio e N. Matteucci, Torino, 1976, 841. Sulle molteplici accezioni, nel linguaggio comune e in quello giuridico, del termine «rappresentanza»,vedi D. NOCILLA-L. CIAURRO, Rappresentanza politica, in Enc. dir., vol. XXXVIII, Milano, 1987, 545 ss.

gono quelle accezioni di rappresentanza come rappresentazione e come evocazione simbolica che assumono un ruolo determinante nelle teorizzazioni della rappresentanza «di genere» o «sessuata»: «L'accento sull'aspetto della rappresentazione introduce nel ragionamento la centralità dell'ordinamento simbolico, per cui prima che con la funzione dell'istituto rappresentativo, il confronto è con il codice culturale della rappresentanza, con la mediazione simbolica che esso realizza»[72].

In questo breve brano tratto da un saggio di Maria Luisa Boccia sono contenute alcune importanti affermazioni. In primo luogo, vi è un'allusione alla c.d. rappresentatività «sociologica», cioè alla riproduzione di caratteri della popolazione ai quali corrispondono le articolazioni più salienti della struttura sociale (tra i quali rientra senz'altro il genere)[73]. Vi è poi un richiamo alla rappresentanza come «raffigurazione di tipo simbolico», in cui domina il profilo della realtà rappresentata[74]. Infine, si sottolinea come l'enfatizzazione di questi aspetti della rappresentanza induca ad assegnare un'importanza secondaria alla funzione dell'istituto rappresentativo nel suo complesso.

Assunto in questi termini il paradigma della rappresentanza di genere, è possibile formulare alcune considerazioni critiche.

7. Una prima conclusione è che la rappresentanza di genere tralascia alcuni aspetti fondamentali delle odierne concezioni della rappresentanza (confortate dalla prassi dei sistemi politici rappresentantivi), nelle quali emergono nettamente i profili del *conferimento* di potere, dell'azione *nel*l'interesse *del* rappresentato e della responsabilità del rappresentante,

---

G. F. FERRARI, Rappresentanza istituzionale, in Enc. giur., vol. XXV, Roma, 1991, par. 1, mette in evidenza come la nozione di «rappresentanza politica» abbia tradizionalmente sofferto, nelle scienze pubblicistiche, di una carenza di elaborazione concettuale, dipesa in gran parte dal condizionamento delle categorie privatistiche.

72. M. L. BOCCIA, La ricerca della differenza, cit., 16 (corsivi non testuali).

73. M. COTTA, *Parlamenti* e rappresentanza, in Manuale di scienza della politica, a cura di G. Pasquino, Bologna, 1986, 286. La rappresentatività «sociologica» è uno dei due profili della rappresentanza come specchio; l'altro è costituito dalla rappresentanza «di opinioni», che si riferisce agli orientamenti politici. Mentre per realizzare quest'ultima è sufficiente adottare sistemi elettorali proporzionalistici, per la rappresentatività «sociologica» non esistono appositi strumenti istituzionali: la sua realizzabilità in un contesto elettorale «sembra piuttosto legata alla concomitante presenza di alcune condizioni politiche di fatto, quali la volontà dei rappresentati di scegliere rappresentanti simili a se stessi e la disponibilità di un sufficiente numero di 'candidati-rappresentanti' dotati di simili caratteristiche».

74. M. COTTA, Parlamenti, cit,, 285. Si utilizza la nozione di rappresentanza come raffigurazione di tipo simbolico, ad esempio, quando si dice che il Capo dello Stato «rappresenta» la (unità della) nazione (p. 285-286).

mentre gli elementi di rappresentatività simbolica o sociologica — pure presenti — hanno a che fare piuttosto con il problema peculiare della legittimità e della credibilità dell'intero edificio rappresentativo[75].

Si tratta, insomma, di un punto di vista decisamente riduttivo, che comporta — fra l'altro — la tendenza a concepire le donne come un *gruppo* di interesse: lo riconosce esplicitamente Adriana Cavarero, che sottolinea l'«inadattabilità» del concetto di rappresentanza politica elaborato dal contrattualismo classico alle esigenze della rappresentanza delle donne: «La rappresentanza politica rende presente il suo unico soggetto, gli uomini, ma ha la capacità di uni-formare agli uomini anche le donne e perciò di rappresentarle in quanto inglobate, assimilate, in-differenti dagli uomini». Ed ecco, allora, che le donne pongono l'attuale problema della loro rappresentanza piuttosto «sul terreno che è attraversato dai partiti e dalla rappresentanza di interessi»[76], proprio in quanto quest'ultima assume gli individui come diseguali e differenti[77].

A una simile posizione teorica sono tuttavia opponibili due obiezioni fondamentali. In *primis*, anche a voler prescindere dall'intrinseca genericità del concetto di «interesse»[78], sembra assai problematico individuare un interesse comune delle donne[79], come dimostra chiaramente un'espe-

---

75. M. COTTA, Parlamenti, cit., 289; ID., Rappresentanza politica, cit., 843. L'A. si richiama alle cinque varianti principali del concetto di rappresentanza enucleate da H. F. PITKIN, The Concept *of* Representation, Berkeley, University of California Press, 1967, e propone — conclusivamente — un concetto «complesso e multidimensionale» di rappresentanza politica, che combina le singole varianti: «una relazione di carattere stabile tra cittadini e governanti per effetto della quale i secondi sono autorizzati a governare nell'interesse dei primi e sono soggetti ad una responsabilità politica per i propri comportamenti di fronte ai cittadini stessi attraverso meccanismi istituzionali elettorali». In argomento vedi anche G. F. FERRARI, Rappresentanza istituzionale, cit., par. 4; D. FISICHELLA, *Sul* concetto di rappresentanza politica, in La rappresentanza politica, a cura di D. Fisichella, Milano, 1983, 36, per il quale il *proprium* funzionale della rappresentanza politica democratica è «quel tipo singolare di controllo politico che deriva dal nesso tra rappresentanza e competizione, in virtù del quale la rappresentanza diventa struttura permanente caratterizzata dalla presenza di un'opposizione eletta nel corso di una campagna elettorale competitiva».

76. A. CAVARERO, L'ordine dell'uno, cit., 72 (corsivo non testuale).

77. A. CAVARERO, L'ordine dell'uno, cit., 68. Per M. L. BOCCIA, La ricerca della differenza, cit., 18, le donne devono conquistare «sia lo statuto dell'uguaglianza che quello del *gruppo* di interesse» (corsivo non testuale).

78. N. BOBBIO, Rappresentanza e interessi, in Rappresentanza e democrazia, a cura di G. Pasquino, Bari, 1988, 9-11.

79. C. SARACENO, Non *c'è* più un «*voto* delle *donne*», in Reti, 1, 1987, 46, osserva che nella prospettiva della logica della rappresentanza «l'interesse delle donne è per lo meno di incerta e controversa definizione». Sulla ridefinizione analitica degli interessi degli individui che già sono rappresentati nel sistema politico in altro modo vedi A. PIZZORNO, Il sistema pluralistico di rappresentanza, in L'organizzazione degli interessi *nell'Europa* occidentale, a cura di S. Berger, Bologna, 1983, 411, che si sof-

rienza assai avanzata, quella dei paesi scandinavi, dove le donne — grazie a una politica di quote riservate negli organismi interni di alcuni partiti e nelle liste elettorali — occupano ormai una parte numericamente significativa dei seggi in Parlamento e nei Consigli amministrativi locali [80]. Drude Dahlerup, che ha studiato tale vicenda, osserva che, in realtà, le donne impegnate nella politica scandinava formano coalizioni soltanto sul tema specifico del miglioramento della rappresentanza politica delle donne, mentre su quasi tutti gli altri punti non concordano e non formano coalizioni informali [81]. Per questa ragione la studiosa, secondo la quale una minoranza numerosa di donne può costituire una «massa critica» soltanto quando acquisisca la capacità di imporre un salto qualitativo nei rapporti dì potere [82], esclude — proprio a causa dell'assenza di questo elemento qualificante — che nel caso scandinavo possa dirsi realizzata tale ipotesi, o, almeno, ritiene che essa resti soltanto una potenzialità [83]. Ed anche in Italia le cose non sono andate meglio, se è vero che l'allargamento della presenza femminile nel Parlamento, iniziato nel 1987, non ha determinato una novità politica vera e propria, tale da comportare un mutamento qualitativo della rappresentanza [84].

Un fatto, questo, che sembra confermare l'inadeguatezza, in questo

---

ferma sulla ragione per cui l'ondata di movimenti collettivi manifestatasi negli anni Sessanta si sia mossa in gran parte al di fuori dei soggetti politici. Anche quando tali movimenti politici rappresentano potenzialmente maggioranze (come nel caso delle donne), essi «non possono mai porsi 'politicamente' come tali, perchè non possono proporre che il sistema si organizzi secondo la categorizzazione (classificazione) corrispondente alla loro identità. Ciò che si vuol ottenere è il riconoscimento — simbolico o materiale — di tali identità, non il potere per governare gli altri».

80. Nel 1988 — anno cui data il lavoro di D. DAHLERUP, Da una piccola a una grande minoranza. Il caso delle donne nella vita politica scandinava, in Il genere della rappresentanza, cit., 175-176 — in Norvegia, Danimarca e Svezia le donne occupavano ormai il 25-35% dei seggi in Parlamento e nei Consigli amministrativi locali. Le quote per le donne (spesso a partire dal 40%) erano state introdotte in nove partiti dei paesi nordici; in particolare, il grande partito laburista norvegese ha introdotto le quote nel 1981 per i suoi organismi interni e nel 1983 anche per le liste elettorali (p. 203). M. RODANO, Il genere femminile, cit., 102, sottolinea come la politica delle quote costituisca l'approccio prevalente e più diffuso, nell'Europa occidentale, al problema del *deficit* di rappresentanza delle donne. Sull'esperienza tedesca vedi le considerazioni di Rita SÜSSMUTH (Presidente del Bundestag), La partecipazione delle donne alla vita politica e sociale in *Germania,* Conferenza per la Giornata internazionale della donna tenuta il 17 marzo 1993 nell'Auletta dei Gruppi parlamentari della Camera, Edizioni della Camera dei Deputati, Roma, 1993.

81. D. DAHLERUP, Da una piccola, cit., 213.

82. D. DAHLERUP, Da una piccola, cit., 185.

83. D. DAHLERUP, Da una piccola, cit., 213.

84. G. TEDESCO, Presenza e scomparsa nelle istituzioni. Per un bilancio della rappresentanza di genere, in Reti, 4, 1988, 55.

campo, di ogni concezione «prescrittiva» dei contenuti della parità[85], fondata sull'ipotesi non attendibile che appartenenza di genere e comunanza di interessi siano tra loro in un rapporto di mutua necessaria implicazione. Ipotesi che, tra l'altro, appare palesemente smentita dalla perdurante assenza di un voto femminile indirizzato alle donne candidate dai vari partiti (fatto che sembrerebbe indicare il carattere di pura costruzione ideologica del concetto di rappresentanza «di genere»)[86].

Ma, soprattutto, la circostanza — sottolineata da Dahlerup — che le donne elette nei diversi partiti siano state in grado di trovare un accordo soltanto sul punto specifico del miglioramento della rappresentanza femminile[87], dimostra come esse tendano a comportarsi alla stregua di un gruppo di pressione o di interesse, il quale destina gran parte delle sue energie «all'attività concernente le tematiche di specifico interesse delle sue componenti (il punto di vista delle donne) e quindi diventa inevitabilmente particolaristico», così precludendosi una visione <<generale generalizzante~dei problemi e finendo per operare in maniera frammentaria, senza intaccare affatto i gangli del potere e le regole del gioco[88].

D'altro canto, è noto che la differenza tra rappresentanza degli interessi e rappresentanza politica corre sul filo della contrapposizione fra interessi (parziali) dei gruppi particolari e interesse (generale) dell'intera nazione[89], e che appunto per questo motivo in difesa della rappresentanza degli interessi si sono sempre schierate correnti di pensiero diverse da quella liberal-democratica, quali il cristianesimo sociale, sostenitore di una concezione organica della società, e il socialismo delle «gilde», in nome dei diritti dei gruppi di lavoro organizzato[90].

---

85. C. Jourdan, Legge *10* aprile *1991*: la lingua delle legislatrici, in Via Dogana, 2, 1991, 14.

86. M. L. Boccia, La ricerca della differenza, cit., 10, ricorda l'annoso interrogativo sui motivi che hanno sempre determinato l'assenza di una preferenza politica delle donne per le donne, osservando che le stesse organizzazioni femminili non hanno appoggiato tradizionalmente nelle elezioni le candidate donne, e le stesse donne politiche non hanno favorito l'ingresso di altre donne in politica.

87. D. Dahlerup, Da una piccola, cit., 213.

88. *G.* Pasquino, La differenza, cit., 162, il quale aggiunge che ((notoriamente il gruppo di pressione ottiene un maggiore successo quanto meglio si adatta alle regole del gioco esistente e lo piega flessibilmente in direzione dei propri interessi, ma senza cambiarle formalmente». Per M. Rodano, Il genere femminile, cit., 107, le donne «non sono un gruppo di interesse, non un soggetto sociale e neppure una diversità», e tuttavia sono costrette, per rivendicare visibilità e presenza, ad agire *come* se fossero una minoranza.

89. N. Bobbio, Rappresentanza e interessi, cit., 17.

90. N. Bobbio, Rappresentanza e interessi, cit., 19, il quale sottolinea che anche il fascismo riprese e rivalutò la concezione organica della società, in contrapposizione alla concezione individualistica del liberalismo classico, anche se poi il sistema corporativo non ebbe alcun carattere rappresentativo.

Ancora una volta, dunque, emerge con evidenza la carica polemica delle tesi favorevoli alla rappresentanza di genere nei riguardi della dottrina liberale della democrazia rappresentativa, della quale si contestano i presupposti individualistici[g1]. Tutto questo, peraltro, rischia di tradursi nella riproposizione di concezioni pre-moderne della rappresentanza, nella rivalutazione — forse involontaria — dell'idea (o dell'illusione) corporativa per cui sarebbe possibile costruire campioni di popolazione sulla base di categorie significative decise dall'alto, secondo l'ipotesi meccanicistica «che le scelte politiche degli individui siano determinate da una certa appartenenza sociale (classe e coscienza di classe coinciderebbero), che gli interessi di detti individui, una volta classificati nella categoria giusta *(per sesso* o per altro carattere deciso di volta in volta) siano omogenei ed oggettivi. [92]. Ciò che, oltre tutto, sottintende una percezione statica (e quindi anacronistica) delle articolazioni sociali e della loro rappresentanza[g3].

8. Come si è visto[g4], gli artt. 5, comma 2 e 7, comma 1 della legge n. 8111993 introducono un criterio di proporzione tra i sessi nella compo-

---

Sull'odierno ruolo del partito politico come mediazione e legame tra il tema dell'unità politica e la rappresentanza degli interessi socialmente determinati vedi G. Duso, Rappresentanza, in Lessico della politica, a cura di G. Zaccaria, Roma, 1987, 487, che ricorda — in merito all'intreccio tra rappresentanza politica e rappresentanza di interessi — le tesi continuistiche di Otto Hintze e Otto von Gierke, i quali vedono la stessa rappresentanza moderna come prosecuzione di fenomeni rappresentativi propri del periodo medievale o, comunque, di un contesto cetuale. Sul partito politico come elemento di trasformazione della rappresentanza politica vedi D. NOCILLA-L. CIAURRO, Rappresentanza politica, cit., 571 ss.; P. L. ZAMPETTI, Dallo Stato liberale allo stato dei partiti. La rappresentanza *politica,* Milano, 1993, 109 ss.

91. N. BOBBIO, Democrazia, in Lessico della politica, cit., 162: «Una democrazia di elettori, quale è la democrazia rappresentativa, riceve la sua legittimità non dal popolo che, come ente collettivo, non esiste al di fuori di una piazza o di una assemblea ma dalla somma degli individui singoli, cui è stata attribuita la capacità elettorale. Di fatto, alla base della democrazia rappresentativa, a differenza di quel che vale per la democrazia diretta, non c'è la sovranità del popolo ma la sovranità dei cittadini» (corsivo non testuale). Sulla democrazia rappresentativa come forma propria della democrazia vedi E. W. BÖCKENFÖRDE, Democrazia e rappresentanza, in Quad. cost., 2, 1985, 231 ss.

92. G. ZINCONE, Le ragioni della rappresentanza, cit., 71 (corsivo non testuale).

93. M. COTTA, Rappresentanza politica, cit., 842, per il quale, inoltre, questa concezione sottovaluta «il problema dinamico della capacità dell'organo rappresentativo di operare quella sintesi dei problemi particolari e delle diverse tendenze presenti nel corpo politico, che è il presupposto della sua capacità di governare». In senso analogo G. F. FERRARI, Rappresentanza istituzionale, cit., par. 4, che sottolinea, a sua volta, il carattere statico della riproduzione istituzionale degli interessi e l'estraneità delle categorie corporative alla complessità della struttura sociale dell'età contemporanea.

94. Supra, par. 1.

sizione delle liste dei candidati alle elezioni dei consigli comunali, stabilendo — rispettivamente — che nei Comuni fino ed oltre i quindicimila abitanti *nessuno dei due sessi possa essere rappresentato in misura superiore ai tre quarti* (nel primo caso) *ed ai due terzi* (nel secondo) *dei consiglieri assegnati.*

A sua volta, l'art. 1, lett. *e)* della legge n. 277/1993, sull'elezione della Camera dei Deputati, dispone che le liste presentate ai fini dell'attribuzione dei seggi in ragione proporzionale, ove rechino più di un nome, *siano formate da candidati e candidate in ordine alternato.*

Si tratta, in entrambi i casi, di vere e proprie riserve di quote, che presentano — peraltro — differenze strutturali da non sottovalutare. In particolare, la norma contenuta nella legge n. 81 è formulata in chiave antidiscriminatoria *(nessuno dei due sessi* può essere rappresentato...), e la sua funzione di tutela si rivolge oggi al genere femminile per evidenti ragioni storiche, mentre non si potrebbe escludere — in linea teorica — una sua futura utilizzazione per la garanzia di candidature maschili. Essa, inoltre, non può in alcun modo tradursi in una garanzia di elezione, perchè la designazione degli eletti resta comunque affidata alle preferenze espresse dagli elettori.

Diverso è il discorso per la disposizione della legge n. 277 che impone l'alternanza dei sessi nelle liste, la quale appare invece suscettibile di influenzare in modo incisivo la stessa composizione dell'Assemblea, dal momento che i candidati, per esplicita previsione di legge, risultano eletti «secondo l'ordine progressivo di presentazione» (c.d. «lista bloccata»)[95].

Nonostante queste difformità tra le due ipotesi normative, la scelta del legislatore sembra aver privilegiato un modello «forte» di azione positiva, per la circostanza decisiva che in entrambi i casi si pongono limiti cogenti alla libertà delle candidature, attraverso una inevitabile intrusione nell'organizzazione interna dei partiti e delle forze politiche, e più specificamente nei processi di selezione della loro classe dirigente, che trovano nell'individuazione dei candidati alle cariche pubbliche elettive uno dei momenti maggiormente qualificanti.

Si intende, in definitiva, fornire una soluzione *ex lege,* autoritativa, a delicati problemi di democrazia interna dei partiti, suscitando una serie di questioni di non lieve entità.

In primo luogo, va osservato che ci si trova di fronte ad un fenomeno di *giuridificazione,* inteso in senso generico come sottoposizione a regolamentazione giuridica di comportamenti e fattispecie prima non regolati [96].

---

95. Art.84, comma 1, t.u. n. 36111957, come sostituito dall'art. 5, lett. b), legge n. 27711993.

96. G. Rebuffa, *Giuridificazione,* in *Pol.* dir., 1987, 571. «In questo significato elementare — osserva l'A. — non si distingue la fonte della giuridificazione (legislativa, giurisprudenziale, amministrativa) ma ci si limita ad indicare il fatto che

Ogni fenomeno di questo tipo — com'è noto — presenta ambiguità ineliminabili. I processi di giuridificazione, infatti, appaiono strettamente connessi alle politiche di *welfare* dello Stato sociale, caratterizzandosi storicamente per due finalità principali: «1) distribuire risorse (o meglio predisporre schemi distributivi); 2) garantire situazioni soggettive in modo astratto e formale))[97].

Si tratta, insomma, della «*formalizzazione ed istituzionalizzazione di aspettative sociali* attraverso un processo di progressiva specificazione e differenziazione di tali aspettative, che si realizza con la loro imputazione (sempre più diversificata) in capo a soggetti (individuali e/o collettivi) giuridicamente identificati))[98].

E' evidente, tuttavia, che la *formalizzazione giuridica* di nuove situazioni soggettive comporta il più delle volte una corrispondente limitazione o compressione di spazi di libertà[99], specialmente quando

---

norme (statali) intervengono a regolare fenomeni prima 'autonomi'» (il saggio di Rebuffa fa parte di una serie di interventi — gli altri sono di G. Vardaro, A. Febbrajo e M. Taruffo — pubblicati nella rivista Politica del diritto del 1987, a commento dei saggi di N. Luhmann, J. Habermas e G. Teubner).

Sulla giuridificazione per mezzo della legislazione e per mezzo della giurisdizione vedi M. TARUFFO, Note sui modi della giuridificazione, ivi, 581 ss.

Riconduce la tematica delle azioni positive agli studi sui processi di giuridificazione (secondo i diversi significati attribuiti al termine) F. BORGOGELLI, La tipo*logia,* cit., 88.

97. G. REBUFFA, Giuridificazione, cit., 574. Sul diverso ruolo e la diversa struttura della legge nello Stato di diritto classico e nello Stato sociale vedi P. BARCELLONA, I soggetti e le norme, Milano, 1984, 144 ss., secondo il quale «nella fase dell'e*spansione dell'intervento* pubblico nella sfera economico-sociale e dello sviluppo delle politiche di sicurezza sociale e di redistribuzione del reddito, ecc., l'attività normativa tende sempre più ad assumere i connotati (...) di un provvedimento che è destinato ad attribuire immediatamente quote di ricchezza o di risorse o poteri in grado di modificare gli equilibri spontanei esistenti nella società: l'attività normativa tende a diventare direttamente uno strumento di *governo* della società e della sua composizione di classe» (p. 146).

98. G. VARDARO, Giuridificazione, *colonizzazione* e autoreferenza nel diritto del lavoro, in Pol. dir., 1987, 602 (corsivo non testuale), che si riferisce alla letteratura di lingua tedesca, e in particolare ad Habermas, specificando inoltre come in questo caso giuridificazione non sia affatto sinonimo di «legificazione»: «giuridificazione si identifica solo con diritto scritto e la legge, in questa prospettiva, costituisce solo uno dei possibili strumenti di scrittura di tale diritto». Diversamente, nella letteratura nordamericana *juridification* viene generalmente usato proprio come sinonimo di legificazione.

99. G. VARDARO, Giuridificazione, cit., 602, il quale mette in luce come nella prospettiva di Habermas la questione teorica di fondo sia rappresentata da «quell'intima, irrisolubile ambiguità di un diritto che, attraverso la formalizzazione di aspettative sociali, mentre tende a garantire nuovi spazi di libertà all'individuo, finisce di fatto col regolarne talvolta pervasivamente la sfera vitale».

Che il problematico rapporto tra eteronomia ed autonomia, implicato dalla destinazione della norma «a regolare l'autoregolazione di altri sistemi)), costituisca

si tratti di rapporti fra eguaglianza sostanziale e libertà [100].

Nel nostro caso, l'obiettivo di una presenza femminile più numerosa nelle istituzioni politiche rappresentative viene perseguito al prezzo — di certo non irrisorio — di una messa in discussione del carattere rigorosamente esterno del «metodo democratico» imposto dall'art. 49 Cost. all'azione dei partiti politici. Come si è esattamente osservato, la democraticità cui fa riferimento la disposizione costituzionale non attiene all' «associar-

---

uno dei più rilevanti indirizzi di analisi teorica dei processi di giuridificazione è sottolineato da G. GIUGNI, *Giuridificazione* e deregolazione nel diritto del lavoro italiano, in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, 30, 1986, 319.

Per O. MAZZOTTA, Eguaglianza, cit., 491, nel diritto del lavoro «l'ispessimento della tutela (legale e/o contrattuale) ha creato fenomeni di invasione della norma eteronoma nell'ambito dell'autonomia individuale, limitando, nella sostanza, il potere di autodeterminazione del singolo».

Il problema, in fondo, non è molto diverso da quello affrontato dalla dottrina costituzionalistica con riguardo ai c.d. «nuovi diritti» ed all'eventuale carattere di «norma a fattispecie aperta» dell'art. 2 Cost. A tale proposito si mette giustamente in rilievo che «quando si è trattato di 'desumere' nuovi diritti dall'art. 2, non si è meditato sul fatto che *all'affermazione* di un 'diritto' automaticamente consegue *l'imposizione* di un *corrispondente* 'obbligo' a carico di qualcuno». Pertanto, «se la rigidità costituzionale ha un senso, non paiono condivisibili quelle interpretazioni dell'art. 2 che, pur mosse dall'intento di enucleare 'nuovi diritti', finiscono, invece, per determinare, nel contempo, la nascita di una illimitata serie di obblighi a carico dei consociati e dei pubblici poteri, precludendo, conseguentemente, l'intervento del legislatore nella disciplina dei 'nuovi' interessi emergenti nella società (tutela dell'ambiente, bioetica, ecc.): interessi che richiedono non radicali impostazioni, bensì prudenti bilanciamenti normativi»: A. PACE, *Problematica* delle libertà costituzionali, Parte generale, Padova, 1990, 7 (corsivo non testuale). Considerazioni analoghe sono svolte da L. PALADIN, Diritto costituzionale, Padova, 1993, 572: «ogni qualvolta si apre e si allarga il catalogo dei diritti, è (...) inevitabile che in corrispondenza si apra la serie dei doveri e degli obblighi, nei termini resi necessari dall''armonica convivenza' delle varie sfere giuridiche».

Sono contrari a vedere nell'enunciazione dell' art. 2 Cost. una sorta di «clausola aperta» a recepire nuovi diritti elaborati dalla «coscienza sociale)?anche A. BALDASSARRE, Diritti inviolabili, in Enc. giur., vol. XI, Roma, 1989, par. 2.3.5, secondo il quale nessuno fra i «nuovi diritti» risulta privo di una precisa copertura in diritti espressamente codificati in Costituzione. «Si tratta piuttosto — osserva l'A. — di 'diritti impliciti' o di 'diritti trasversali', nel senso che possono ritenersi indirettamente riconosciuti e garantiti — ora isolatamente ora in combinato disposto — attraverso le norme relative ai diritti 'enumerati's; P, BARILE, Diritti *dell'uomo* e libertà fondamentali, Bologna, 1984, 54 ss.; B. CARAVITA, Oltre l'eguaglianza, cit., 120. Per l'opposta tesi secondo cui la formula dei «diritti inviolabili» andrebbe intesa come una fattispecie «aperta» vedi A. BARBERA, Art. 2, in Commentario della Costituzione, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, 80 ss.

Sui problemi legati ai «nuovi» diritti, con particolare riferimento alla possibilità di un loro conflitto con i tradizionali «diritti di libertà», vedi S. FOIS, «Nuovi» diritti di libertà, in Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile), Padova, 1990, 81 ss. (spec, 87-88).

100. In argomento vedi le osservazioni di A. CERRI, Eguaglianza, cit., 168-169.

si», ma al «concorrere»dei partiti, già formati liberamente a termini dell'art. 18 Cost., il quale garantisce sia la libera formazione del vincolo sia la libertà di organizzarsi, ed è norma generale che si rivolge a tutte le associazioni e quindi anche ai partiti in quanto associazioni politiche[101]. E' chiaro che un tale irrigidimento delle dinamiche interne dei partiti finisce fatalmente per tradursi in un condizionamento delle libere scelte politiche e quindi, in ultima analisi, degli stessi diritti politici che in esse si esprimono.

E' significativo, d'altra parte, che le stesse istituzioni comunitarie abbiano proposto di porre rimedio alla scarsa presenza di donne nelle assemblee elettive sollecitando i partiti «ad adottare un programma interno di azioni positive vòlte a incoraggiare la partecipazione femminile e consentire, mediante un rafforzamento della loro presenza negli organi di partito, di modificare la mentalità di questi ultimi, tradizionalmente dominati dagli uomini», ed invitandoli — inoltre — «a stabilire le loro liste di candidati sulla base di un sistema di quote ben definite e controllabili che garantisca, entro scadenze ragionevoli, un numero pari di uomini e di donne in tutte le rappresentanze politiche». Così si esprime la risoluzione n. 169/88 del Parlamento europeo sulle donne nei centri decisionali, la quale — come si vede — non suggerisce alcuna misura di carattere legislativo, ponendo l'accento esclusivamente su scelte autonome operate dai partiti politici[102].

Va inoltre osservato che secondo la Corte costituzionale il legislatore ordinario ha inteso dare all'art. 49 Cost. un «contenuto concreto e specifico» con l'attribuire alle formazioni politiche «un ruolo autonomo in materia di elezioni determinando uno stretto rapporto tra partiti ed elettori. Tale ruolo trova il suo logico e naturale sviluppo nel potere riconosciuto a dette formazioni di designare propri candidati al fine di meglio garantire la realizzazione di quelle linee programmatiche che esse sottopongono alla scelta del corpo elettorale». Pertanto, «sia la scelta effettiva dei candidati,

---

101. A PREDIERI, I partiti politici, in *Commentario* sistematico alla Costituzione italiana, diretto da P. Calamandrei e F. Levi, vol. I, Firenze, 1950, 203, il quale sottolinea anche come in sede di discussione generale e di discussione del progetto della Costituzione repubblicana furono respinti tutti gli interventi e gli emendamenti vòlti ad istituire un controllo sulla democraticità interna dei partiti (p. 196 e nota 3).

Sul carattere esterno del «metodo democratico))sia consentito rinviare a G. BRUNELLI, Struttura e limiti del diritto di associazione politica, Milano, 1991, 186 ss. e Autori ivi citati.

102. Doc. A2 – 169/88, in G.U. delle Comunità europee, N.C. 2621187, 10.10.1988 (corsivo non testuale). Al riguardo F. LANCHESTER, Voto: diritto di (dir. pubbl.), in Enc. dir., vol. XLVI, Milano, 1993, 1128, nota 99, osserva che la risoluzione sposta la problematica «dall'àmbito della rappresentanza politica a quello dell'autonomia dei cittadini politicamente attivi».

sia il loro ordine di *elencazione* è fatto interno proprio delle organizzazioni promotrici, estraneo (...) al contenuto e allo svolgimento sostanziale delle elezioni»[103].

Vi è, poi, un problema di compatibilità di questo tipo di azioni positive con il combinato disposto degli artt. 3 e 51 Cost.[104]. Infatti, mentre vi è chi ritiene che il dettato costituzionale non impedisca l'adozione di misure legislative di eguagliamento[105] per l'accesso ai pubblici uffici elettivi, in quanto «la specificazione del principio di uguaglianza in questo ambito determinato ribadisce e rafforza il principio dell'art. 3, ma ad esso anche si ricollega, senza mutarne la natura, e quindi conservando la possibilità di dialettica tra uguaglianza formale e sostanziale»[106], non mancano opinioni radicalmente contrarie.

Già si è ricordata, in proposito, la posizione di Ainis, il quale — dopo aver ricostruito il rapporto tra eguaglianza formale e sostanziale in termini di regola ed eccezione, ammettendo per questa via la legittimità delle azioni positive — sottolinea l'esistenza di precetti costituzionali, come appunto l'art. 51, che «ribadiscono la parità formale, sbarrando il passo ad ogni applicazione generalizzata di quella sostanziale»[107].

Alla medesima conclusione, seppur muovendo da presupposti diversi, giunge anche Lanchester, per il quale le misure di riequilibrio della rappresentanza contrasterebbero in modo palese — oltre che con la natura stessa dei diritti politici e con Atti internazionali recepiti dall'ordinamento italiano — con quanto previsto dagli artt. 3 e 51 Cost. in relazione al principio di eguaglianza formale per l'accesso alle cariche pubbliche[108].

Ebbene, sotto questo profilo entrambe le tipologie di azioni positive previste dalle leggi elettorali del 1993 si collocano in una dimensione che va al di là dell'eguaglianza formale. Una considerazione, questa, che vale anche per la norma «antidiscriminatoria» della legge n. 81/1993: basti ricordare, al riguardo, che nel 1982 in Francia una analoga previsione normativa (secondo la quale per le elezioni comunali nelle città con più di 3.500 abitanti le liste non avrebbero potuto contenere più del 75% di persone dello stesso sesso) fu ritenuta illegittima dal *Conseil constitutionnel*

---

103. Sentenza n. *20311975,* punto *3* della motivazione in diritto (corsivo non testuale).

104. Vedi *supra,* par. *4.*

105. Secondo la terminologia di M. V. BALLESTRERO, *A proposito di eguaglianza,* cit., *578.*

106. B. PEZZINI, *Principio costituzionale,* cit., *60.*

107. M. AINIS, *Azioni positive,* cit., *607.*

108. F. LANCHESTER, *Rappresentanza, responsabilità e tecniche di espressione del suffragio. Nuovi saggi sulle votazioni,* Roma, *1990, 97;* ID., *Voto: diritto di.,* cit., *1128,* nota 99.

proprio per contrasto con il principio di eguaglianza in senso formale, in base al quale, essendo tutti i cittadini uguali davanti alla legge, «essi possono egualmente accedere a tutte le cariche, posti ed impieghi pubblici secondo le loro capacità, e *senza altra distinzione che quella della loro virtù e del loro talento*» (art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino) [109].

Le conseguenze giuridiche, d'altronde, non sono le stesse nei due casi. Per quanto concerne, specificamente, la previsione di liste bloccate con la presentazione da parte dei singoli partiti di candidature alternate per sesso (ex art. 1, lett. *e)*, legge n. 27711993) [110], l'Autore da ultimo citato ritiene che ciò configuri un *vulnus* alla libertà di espressione del suffragio tutelata dall'art. 48 Cost. Una simile interpretazione non sembra priva di fondamento, anche alla luce di quanto affermato dalla Corte costituzionale con la ricordata decisione del 1975: posta di fronte al quesito se il comma 7 dell'art. 32 d.P.R. 16 maggio 1960, n. 70 («Testo unico delle leggi per la composizione e la elezione degli organi delle amministrazioni comunali»), nel demandare ai gruppi elettorali la facoltà di predisporre liberamente

---

109. Decisione del 18 novembre 1982, n. 82-146, in Recueil des décisions du *Conseil* constitutionnel, 1982, 1979, che fa riferimento anche all'art. 3 della Costituzione francese. Secondo A. Roux-P. TERNEYRE, Principio d'eguaglianza e diritto di voto, in Pol. dir., 1991, 394, giustamente il *Conseil* non ha derogato al principio generale del diritto elettorale, in base al quale le condizioni di eleggibilità sono tassativamente enumerate dalla Costituzione, ed il legislatore non può operare distinzioni tra i candidati in ragione del loro sesso.

110. Si tratta di una forma di azione positiva già presente nelle elaborazioni della Commissione nazionale per le pari opportunità. Nella citata Relazione del Gruppo di lavoro sulle riforme elettorali e il riequilibrio della rappresentanza si prospetta, appunto, una ipotesi di sistema elettorale misto maggioritario-proporzionale, ove, accanto a collegi uninominali di dimensioni ridotte (che favoriscano un più efficace controllo degli elettori sugli eletti), sia previsto un collegio unico nazionale a liste bloccate, in cui siano presenti candidature maschili e femminili (al 50%) alternate, secondo un ordine di precedenza che resti inalterato al momento della proclamazione degli eletti. Nelle intenzioni della Commissione, il collegio unico nazionale (per il quale si pensava ad una riserva di posti pari ad almeno il 20-30% rispetto agli eletti nei collegi uninominali) avrebbe dovuto rappresentare «una riserva qualitativa, in favore anche delle candidature femminili, rispetto alle quali un'ipotesi di 'lista bloccata' quale quella proposta rappresenta altresì un'azione positiva, atta a favorire il riequilibrio di cui si va trattando». Di ordine di lista alternato di candidati e candidate si parlò anche in occasione del dibattito che portò all'approvazione della nuova legge sull'elezione dei consigli comunali: vedi l'intervento della sen. Barbieri, che comunicava all'Assemblea del Senato l'awenuta presentazione, da parte del gruppo parlamentare del PDS, di emendamenti miranti a far sì che in una medesima lista non vi fosse più di una determinata percentuale di candidati dello stesso sesso e che nell'ordine di lista i candidati e le candidate si susseguissero alternativamente (Atti parlamentari, XI legislatura, seduta del 10 marzo 1993, Resoconto sommario, 45).

l'ordine dei candidati da sottoporre al corpo elettorale, incidesse — soprattutto da un punto di vista psicologico — sulla libertà di scelta dell'elettore, la Corte ha escluso tale profilo di incostituzionalità sulla base della considerazione che il cittadino «rimane pur sempre libero e garantito nella sua manifestazione di volontà, sia nella scelta del raggruppamento che concorre alle elezioni, *sia nel votare questo o quel candidato incluso nella lista prescelta, attraverso il voto di preferenza*»[111].

Vi è, allora, un problema di costituzionalità della stessa lista bloccata, connotata proprio dall'esclusione di ogni potere di indicazione preferenziale del candidato da parte dell'elettore[112]. E appare, pertanto, decisamente riduttiva l'opinione secondo cui le sole misure di riequilibrio della rappresentanza incompatibili con l'art. 48 Cost. sarebbero quelle consistenti nell'attribuzione in base al sesso di voti plurimi o comunque rinforzati[113].

Questioni di questo tipo, evidentemente, non si pongono in relazione alla norma di riequilibrio della rappresentanza prevista dalla legge sulle elezioni comunali. Non soltanto, infatti, in questo caso l'elettore resta libero di esprimere il voto di preferenza, ma si potrebbe addirittura sostenere che tale libertà risulti accresciuta proprio grazie alla possibilità, garantita dalla legge, di scegliere tra candidati di entrambi i sessi.

Restano, tuttavia, anche in questa ipotesi, le perplessità relative all'ingerenza nella sfera di auto-organizzazione dei partiti e delle forze politiche — pure in parte mitigata dalla possibilità di presentare liste incomplete ove non si intenda o non si sia in grado di rispettare la quota di presenza femminile[114] — e, ciò che più interessa, alle inevitabili alterazioni del concetto di rappresentanza politica connesse all'adozione di misure di questo genere[115].

---

111. Sentenza n. 203 11975, punto 3 della motivazione in diritto (corsivo non testuale).

112. Anche per L. Arcidiacono-A. Carullo-G. Rizza, Istituzioni di diritto pubblico, Bologna, 1994, 201, la scelta della lista bloccata, compiuta dalla legge n. 277/1993, «sembra criticabile per la considerazione di aver eliminato del tutto il controllo del corpo elettorale sulle opzioni del partito in merito alla formazione della lista e all'ordine di presentazione», anche se non sfuggono gli intenti moralizzatori (peraltro, tutti da verificare) della previsione normativa. Anche G. Zincone, Le ragioni *della* rappresentanza, in Reti, 4, 1990, 74, pur sostenendo, allo scopo di far entrare più donne in Parlamento, un sistema di lista bloccata (o party *list*), riconosce che si tratta comunque di una «soluzione partitocentrica».

113. B. Pezzini, *Principio* costituzionale, cit., 61, la quale ribadisce che per quanto riguarda, invece, le misure di sostegno collocate sul versante dell'elettorato passivo, va esclusa qualsiasi ragione di illegittimità derivante dall'esistenza dell'art. 51 Cost.

114. Vedi *infra*, par. 10.

115. Vedi *supra*, parr. 6 e 7.

9. Nella loro originaria formulazione, sia l'art. 5, comma 2 (per i Comuni con meno di quindicimila abitanti) sia l'art. 7, comma 1 (per gli altri Comuni) disponevano che nelle liste dei candidati nessuno dei sue sessi potesse, di *norma,* essere rappresentato in misura superiore ai due terzi. Come emerge chiaramente dai lavori preparatori, attraverso l'inserimento dell'inciso «di norma» si intese espressamente escludere il carattere vincolante della disposizione, conferendole invece una natura «programmatica e di indirizzo»[116].

Da più parti, in effetti, erano state avanzate forti riserve in ordine alla costituzionalità di eventuali misure di «diritto diseguale»; anche per questa ragione, il testo approvato dalla Camera non conteneva quelle norme di riequilibrio della rappresentanza che furono in seguito introdotte dal Senato[117].

In sede di discussione dell'emendamento Rinaldi — secondo il quale nelle liste nessuno dei due sessi avrebbe potuto essere rappresentato in misura superiore al 60% — il relatore di maggioranza Ciaffi sottolineò le perplessità di carattere costituzionale manifestate da varie forze politiche, attinenti «alla sostanziale riserva di posti, nelle liste, a candidati di un sesso, quando la Costituzione repubblicana afferma chiaramente il principio dell'uguaglianza di entrambi i sessi di fronte alla legge. Qualsiasi privilegio e qualsiasi garanzia, dunque, anche tendenti ad una sostanziale parità, prestano il fianco a gravi preoccupazioni)»[118].

Per superare tali perplessità, il Relatore comunicò all'Assemblea la proposta alternativa elaborata dalla Commissione Affari costituzionali, consistente nella possibilità concessa all'elettore di esprimere due preferenze al momento del voto, a condizione che queste riguardassero candidati di sesso diverso. Tuttavia, sia l'emendamento Rinaldi (e l'analogo emendamento Giuliari) sia l'emendamento della Commissione furono respinti[119], e numerosi furono gli interventi che si richiamarono alla viola-

---

116. Assemblea della Camera dei Deputati, seduta del 24 marzo 1993, Relazione di maggioranza dell'on. Ciaffi, Atti parlamentari, Discussioni, Resoconto stenografico, XI legislatura, 12010.

117. Nella seduta del 12 marzo 1993 il Senato approvò l'emendamento 6.92, presentato da Tossi Brutti, Barbieri e Cappiello, secondo il quale «Nelle liste dei candidati nessuno dei due sessi può essere, di norma, rappresentato in misura superiore ai due terzi» (Atti Parlamentari, Resoconto stenografico, 226 ss.). Nella seduta precedente era già stato approvato un identico emendamento per i Comuni con popolazione fino ai 20.000 abitanti (com'è noto, peraltro, nella sua versione definitiva la legge distingue tra Comuni con popolazione inferiore o superiore ai 15.000 abitanti).

118. Camera dei deputati, Assemblea, seduta del 13 gennaio 1993, Atti parlamentari, Discussioni, Resoconto stenografico, 8532.

119. L'emendamento Giuliari, a tenore del quale «Ciascun sesso non può superare il limite dei tre quarti dei consiglieri da *eleggere*», aveva lo scopo — secondo

zione del principio di eguaglianza nell'accesso alle cariche elettive[120].

Al Senato, invece, l'approvazione delle disposizioni vòlte al riequilibrio della rappresentanza fu accompagnata dalla sottolineatura — legata alla presenza dell'espressione «di norma. — del loro valore «non prescrittivo»[121].

In questo modo, tuttavia, si determinava uno svuotamento radicale della previsione legislativa, riducendola ad una mera proclamazione priva anche di una qualsiazi funzione promozionale. Su questo punto vale la pena di soffermarsi per un momento: accettando, infatti, la definizione di Bobbio, per cui le tecniche normative di incoraggiamento — tipiche proprio di una funzione promozionale del diritto — agiscono in genere per mezzo di due espedienti diversi, cioè «sia attraverso la risposta favorevole al comportamento una volta compiuto, in che consiste appunto la sanzione positiva, sia attraverso il favoreggiamento del comportamento quando

---

le parole del suo presentatore — di «rispondere all'obiezione secondo la quale l'emendamento della collega Rinaldi (...) impedirebbe la presentazione di liste composte da soli uomini o da sole donne. Stabilendo che i candidati di ciascun sesso non possono superare il limite dei tre quarti dei consiglieri da eleggere, quest'obiezione non vale più, poichè rimane la possibilità di presentare liste composte solo da uomini o solo da donne, limitata però al numero minimo di consiglieri da eleggere»: Assemblea della Camera, seduta del 13 gennaio 1993, in Atti parlamentari, Discussioni, Resoconto stenografico, 8557. Come si vedrà, una soluzione di questo tipo fu poi accolta con le modifiche apportate dalla legge n. 41511993 (*infra,* par. 10).

120. Così l'on. Tassi, che parlò di «gravissima violazione» dell'art. 3 Cost., e l'on. D'Onofrio, secondo il quale per rendere legittima una diseguaglianza di candidature sarebbe necessaria una modifica della Costituzione vòlta a superare il principio di eguaglianza del voto. Di incompatibilità tra la norma in discussione e l'art. 3 Cost. parlarono anche l'on. Zanone e l'on. Guglielmo Castagnetti, per il quale «la rimozione dei fattori economici e sociali è altra cosa dalla creazione di riserve surrettizie e privilegiate, che in qualche modo scalfiscono la sostanza stessa della nostra Costituzione» (Assemblea della Camera, seduta del 13 gennaio 1993, in Atti parlamentari, cit., 8534 ss.). Peraltro, vi fu anche chi si richiamò al dettato costituzionale proprio per legittimare le misure proposte: «Ci rifacciamo, innanzitutto, all'art. 3 della Costituzione che, oltre a sancire l'eguaglianza dei sessi, parla di rimuovere gli ostacoli che si frappongono ad essa» (on. Rinaldi, ivi, 8555); «Per conciliare e dare piena attuazione agli art. 3 e 51 della Costituzione è necessario rimuovere tutti quegli ostacoli che impediscono una più larga partecipazione delle donne all'attività politica. Le soluzioni proposte (...) non sono censurabili sotto il profilo costituzionale, in quanto mirano, secondo lo spirito di cui all'articolo 3 della Carta fondamentale, a rimuovere una situazione di diseguaglianza sostanziale attraverso interventi che consentano una maggiore presenza delle donne negli enti locali» (Sen. Cappiello, Assemblea del Senato, seduta del 9 marzo 1993, Atti parlamentari, Resoconto stenografico, 59-60),

121. Così espressamente la Sen. SALVATO, Assemblea del Senato, seduta del 12 marzo 1993, Atti parlamentari, Resoconto stenografico, 277. Sul carattere compromissorio dell'inciso «di norma» vedi L. FERRAJOLI, La differenza, cit., 70, nota 21.

è ancora da compiere»[122], appare evidente come l'ipotesi in esame non presenti affatto queste caratteristiche. Rientrano invece in tale schema sia la legge n. 12511991, che fa ricorso a sanzioni economiche, di tipo incentivante o disincentivante[123], sia la legge n. 215/1992, la quale prevede interventi finanziari dello Stato diretti a favorire la promozione di pari opportunità fra uomini e donne nell'attività economica e imprenditoriale[124]. E vi rientrano a pieno titolo anche alcune proposte formulate in materia di riequilibrio della rappresentanza, come quella di usare il finanziamento pubblico in funzione di incentivo per indurre i partiti politici ad aumentare il numero di candidature femminili[125].

Quanto alle disposizioni contenute nella legge n. 81/1993, una loro interpretazione in linea con l'*intentio legislatoris* ne avrebbe necessaria-

---

122. N. Bobbio, Sulla funzione promozionale *del* diritto, in Riv. *trim.* dir. proc. civ., 1969, 1326. La funzione promozionale del diritto rappresenta uno degli aspetti più rilevanti che caratterizzano l'azione dello Stato sociale. Mentre, infatti, nelle costituzioni liberali classiche «la funzione principale dello stato appare essere quella di tutelare (o garantire)», nelle costituzioni post-liberali «accanto alla funzione della tutela o della garanzia, appare sempre più frequentemente quella di promuovere)).Quanto al nostro ordinamento, la tensione tra il vecchio e il nuovo modello costituzionale emerge dal raffronto tra l'art. 2, in cui si dice che «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo», e l'art. 3, dove si dice che «E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli», cioè — per riprendere le parole di Bobbio — «tra l'affermazione di un compito meramente protettivo che si attua per lo più attraverso la tecnica delle misure negative e l'affermazione di un compito promozionale che si attua per lo più attraverso misure positive))(p. 1323). Dello stesso A. vedi anche La funzione promozionale del diritto rivisitata, in *Sociologia* del diritto, 3, 1984, 7 ss. Anche per U. Romagnoli, cit., 193, la norma esercita nell'ambito dell'ordinamento una funzione di tipo promozionale.

Sulla contrapposizione tra la funzione promozionale del diritto e la concezione kelseniana, che tende ad unificare i fenomeni giuridici nello schema illecito-sanzione, vedi G. Bronzini, Nuove avventure dell'astrazione giuridica, in Dem. dir., 2, 1993, Diritto sessuato?, 84 ss.

123. M. Barbera, Una legge per le azioni positive, cit., 1240.

124. Supra, par. 3.

125. F. Lanchester, Rappresentanza, cit., 100; una analoga proposta era stata avanzata anche dalla Commissione nazionale per le pari opportunità (Relazione, cit.). Si muoveva in una logica analoga anche la proposta dell'on. Tassi di esentare dalla raccolta delle firme per la presentazione delle liste alle elezioni locali quelle forze politiche che avessere inserito nelle liste medesime una certa percentuale di donne (Assemblea della Camera, seduta del 24 marzo 1993, Atti parlamentari, Discussioni, Resoconto *stenografico,* 12012; un emendamento Tassi di questo tenore fu respinto dalla Camera nel corso della discussione sulla legge n. 415/1993: Atti parlamentari, seduta del 6 ottobre 1993, Resoconto sommario, 21).

Sembra collocarsi in un'ottica di diritto promozionale il Terzo programma di azione comunitaria in materia di parità tra uomini e donne (1991-1995), ove si afferma — tra l'altro — che rientra nella responsabilità degli stati membri incoraggiare i partiti politici «a sviluppare iniziative in materia di pari opportunità incentrate sulla tematica delle donne nel processo decisionale».

mente comportato la sostanziale inefficacia. A questo proposito, dai dibattiti parlamentari emerge una netta divaricazione tra due concezioni del ruolo della legge: da una parte, la classica idea liberale della legge come regola giuridica dei comportamenti umani, e dall'altra una concezione secondo cui la legge può invece consistere in un segnale culturale, in un auspicio di mutamento dei costumi in taluni settori della vita associata, anche privo di immediati effetti pratici. Così, si è parlato di «segnale politico-culturale» da parte del legislatore, che «non risolve il problema, ma lo pone»[126], di «dato di novità (in termini culturali e non certo in termini sostanziali e di puro diritto)», che «crei una mentalità diversa nel Paese»[127]. Ed anche nel corso della discussione della legge n. 277/1993, in una fase in cui l'ordine alternato delle candidature maschili e femminili non si riferiva ad una lista bloccata — essendo stata introdotta la preferenza (in seguito eliminata) —, e risultava essere pertanto una misura fortemente depotenziata, si osservò che essa manteneva un valore «di indicazione e di principio», giacchè «le scelte che il legislatore compie non sono indifferenti ai fini dell'evoluzione del costume civile e della rimozione degli ostacoli che oggi si frappongono ad una piena parità nel godimento dei diritti civili e politici fra uomo e donna»[128]. E, ancora, si mise in evidenza il ruolo del Parlamento nell' «indicare alcune scelte culturali», nell'«avviare un dibattito nel paese, tra i cittadini», nel fornire orientamenti «di costume e di civiltà»[129].

A queste posizioni — le quali, invero, non fanno che riflettere un fenomeno degenerativo ben noto, per cui la legislazione è sempre più spesso «priva di contenuti normativi», data la proliferazione delle c.d. leggi-manifesto, leggi-bandiera, «destinate più a richiamare l'attenzione sull'esistenza di problemi intensamente avvertiti dall'opinione pubblica che a prospettare e adottare soluzioni efficaci»[130] — si contrapposero con decisione quelle di chi osservava che «una legge non è un manifesto, non è un auspicio, non è un segnale»[131], sottolinenado la necessità di evitare «le norme finte, le leggi manifesto, le grida manzoniane che si approvano per accontentare la gente ma che poi non vengono applicate»[132].

---

126. On. Bolognesi, seduta della Camera del 24 marzo 1993, Atti parlamentari, Discussioni, cit., 10062.

127. On. Garavaglia, *ivi,* 12066.

128. On. D'Alema, seduta della Camera del 23 giugno 1993, Atti parlamentari, Discussioni, Resoconto stenografico, 15120.

129. On. Bolognesi, ivi, 15122.

130. P. Barcellona, I soggetti, cit., 141.

131. On. Bonino, seduta della Camera del 24 marzo 1993, Atti parlamentari, cit., 12069.

132. On. Biondi, ivi, 12072.

10. Questa contrapposizione concettuale si ripropose puntualmente in sede di applicazione della nuova legge sull'elezione dei consigli comunali.

Un primo caso riguardò il rinvio delle elezioni a data da destinarsi in quindici Comuni, in quanto le Commissioni elettorali circondariali di Vibo Valentia e di Crotone dichiararono inammissibili per mancanza di candidature valide le liste non conformi alle prescrizioni della legge n. 81 in materia di riequilibrio della rappresentanza.

In tal modo, le medesime Commissioni si muovevano in una direzione antitetica rispetto a quella indicata dal Ministero dell'Interno con la circolare 16 aprile 1993, n. 64/93 — inviata a tutte le prefetture e, per loro tramite, agli uffici elettorali periferici —, nella quale si sosteneva come la regola della rappresentanza dei due sessi nelle liste fosse di carattere <<programmatico», vale a dire non cogente, e comunque non sanzionabile con l'esclusione delle liste ad essa non conformi[133].

Il Ministero, a questo punto, rivolse al Consiglio di Stato un quesito circa il valore più o meno vincolante degli artt. 5, comma 2 e 7, comma 1, legge n. 81/1993, e circa le eventuali conseguenze giuridiche collegate alla loro inosservanza.

Il Consiglio di Stato, da parte sua, ritenne che l'inciso «di norma., al pari dell'equivalente «di regola., non valesse «di per sè a connotare la disposizione come non precettiva o non cogente; anzi ne conferma il valore prescrittivo, in quanto sottolinea che la norma, la regola è quella sopra delineata. Non si tratta, cioè, di un mero consiglio o suggerimento, o augurio, anche se possono sussistere delle eccezioni, delle deroghe all'applicazione del precetto. [134]. Tale interpretazione — imposta dal tenore letterale della legge, dalla sistematica e dalla *ratio* legislativa — trova un punto di forza esattamente nella funzione propria della legge, che è quella «di dettare regole concrete di comportamento, ordinariamente cogenti e come tali

133. Vale la pena di sottolineare l'uso del tutto peculiare — si potrebbe forse dire improprio — dell'aggettivo «programmatico», sia nei lavori preparatori, sia nella circolare ministeriale citata, sia nelle sentenze dei giudici amministrativi di primo grado di cui si parlerà tra breve nel testo. Nel linguaggio dei costituzionalisti, infatti, la natura «programmatica» di una norma costituzionale implica la necessità della sua attuazione per mezzo della legislazione ordinaria. Si tratta, quindi, di una norma rivolta, in primo luogo, al legislatore, ma non priva di un proprio valore normativo, rintracciabile essenzialmente nella sua attitudine a porsi come criterio di interpretazione del restante ordinamento, anche di livello costituzionale, e ad invalidare la normazione ordinaria con essa contrastante (L. PALADIN, Il principio *costituzionale* d'eguaglianza, cit., 319). Nel nostro caso, invece, la «programmaticità» viene intesa come generica indicazione di comportamento rivolta ai partiti e alle organizzazioni politiche. Risulta pertanto evidente, in questo contesto, il carattere atecnico dell'espressione usata.

134. Parere del Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 24 giugno 1993, n. 60.

sanzionate», e non già «di esprimere speranze o auspici o di formulare raccomandazioni, affidate alla buona volontà del destinatario, con effetti pratici a volte illusori»[135].

In realtà, secondo il Consiglio di Stato la rappresentanza equilibrata dei due sessi nelle liste dei candidati è conforme alla «tendenza verso la parificazione sostanziale fra uomo e donna sotto il profilo dello sviluppo della persona umana e della partecipazione all'organizzazione del Paese». In questo contesto, l'espressione «di norma» ha semplicemente la funzione di chiarire che la regola enunciata può essere legittimamente disattesa esclusivamente in presenza di determinate circostanze — obiettivamente rilevabili — che ne abbiano impedito il rispetto da parte dei presentatori[136]; in caso contrario, la lista dovrà essere esclusa dalla competizione elettorale[137].

---

135. «Beninteso — continua il parere —, se il legislatore, in luogo dell'inciso 'di norma', avesse detto 'auspicabilmente' o 'preferibilmente', l'interprete vi avrebbe letto la volontà di non usare dello strumento della prescrizione cogente, ma di perseguire, attraverso la forma legislativa, finalità più o meno vaghe di orientamento delle coscienze. Ma non è questo il caso». Vi è, comunque, la «necessità che nella materia elettorale le regole siano positive, semplici, chiare, tassative».

136. A sostegno di questa interpretazione, il Consiglio di Stato cita l'intervento del Presidente della Commissione Affari Costituzionali della Camera, on. Ciaffi, nel corso della seduta del 17 marzo 1993, (Atti parlamentari, Commissione I, *Bollettino* delle Giunte e delle Commissioni, 18), secondo il quale la disposizione «potrà non essere ottemperata non solo per ragioni oggettive, nei casi in cui, in ipotesi, non vi siano sufficienti donne o uomini ma anche per ragioni soggettive, nel caso in cui, ad esempio, in un piccolo partito non si trovino in numero sufficiente uomini e donne disposti a candidarsi» (si noti che il medesimo intervento veniva dedotto dal Ministero a sostegno dell'intepretazione esattamente opposta). Il Consiglio di Stato, d'altra parte, segnala le difficoltà derivanti dal fatto che il legislatore, mentre ha introdotto nella disposizione un esplicito richiamo alla possibilità di eccezioni («di norma))), ha tuttavia trascurato di precisare quali siano i presupposti di fatto dell'eccezione, come e quando debbano essere dimostrati dagli interessati, chi e con quali criteri debba giudicare in proposito. Si tratta, insomma, di una vera e propria lacuna normativa, che — in attesa di un auspicato intervento del legislatore — può essere colmato attraverso un ricorso all'interpretazione sistematica ed ai principi generali. Da tale interpretazione si evince che: a) trattandosi di eccezioni alla regola, «spetta a chi voglia presentare una lista non conforme alla regola generale esporre la sussistenza dei presupposti giustificativi», indicando «le circostanze che in concreto hanno loro impedito di rispettare la norma», fornendo «quel principio di dimostrazione che ragionevolmente si può ritenere possibile e sufficiente* (onere di *allegazione*, appartenente agli schemi del procedimento amministrativo); b) l'autorità competente a giudicare sulla legittimità della lista «s'identifica con l'organo competente a valutare l'ammissibilità delle liste sotto gli altri profili, vale a dire la commissione elettorale circondariale».

Seppur in un contesto totalmente diverso, riferisce l'inciso «di norma» alle situazioni ordinarie anche Corte cost. n. 359/1993, punto 15 della motivazione in diritto.

137. Il Consiglio di Stato non si nasconde la discrasia derivante dalla circo-

Di diverso avviso fu il T.A.R. Calabria-Catanzaro, davanti al quale vennero impugnati gli atti della Commissione elettorale circondariale di Vibo Valentia, che aveva confermato l'esclusione delle liste. Il giudice di primo grado diede, infatti, un'interpretazione non cogente della disposizione, insistendo sul suo contenuto «esortativo», «sollecitatorio» ed «ottativo», prima ancora che programmatico, tale da prospettare «alla generalità dei consociati, prima ancora che alle organizzazioni partitiche ed ai movimenti politici e civili, uno sforzo di profonda riconversione culturale in funzione di una più larga ed attiva partecipazione politica»[138]. In questo quadro, particolare rilievo assumono i lavori preparatori della legge, che «propongono una lettura della disposizione avente valore non coattivo (o vincolante), ma programmatico»[139].

---

stanza che le valutazioni di tale Commissione sono ordinariamente prive di ogni margine di discrezionalità, «laddove quelle inerenti alla materia di cui si discute potrebbero anche comportare l'esercizio di un'ampia discrezionalità, poco appropriata alla natura ed al modo di procedere delle commissioni elettorali». Successivamente, peraltro, gli artt. 4 e 5 della legge n. 415/1993 affidarono proprio alla Commissione elettorale il compito di verificare il rispetto del rapporto percentuale tra i sessi nelle liste, invitando i presentatori a ripristinarlo nel caso di inosservanza, pena la ricusazione delle liste medesime.

138. T.A.R. Calabria-Catanzaro, 14 luglio 1993, n. 620, in Tribunali amministrativi regionali, I, 1993, 3429 ss. (punto 2.2.2 della motivazione).

139. Secondo il T.A.R., è probabilmente «inevitabile che i lavori parlamentari assumano un ruolo determinante nell'interpretazione di testi normativi nati in funzione 'esortativa' od 'ottativa'» (punto 2 della motivazione). In particolare, l'interpretazione del Tribunale si fonda su tre ordini di ragioni: l'inesistenza di una espressa previsione di carattere sanzionatorio per le ipotesi di inosservanza dell'obbligo di cui si tratta; la disciplina e le modalità di svolgimento dei consentiti casi di deroga al disposto del rapporto proporzionale tra i sessi all'interno delle liste; infine, la compatibilità della disposizione con i principi di cui agli artt. 3, 48 e 51 Cost. Su quest'ultimo punto, il giudice amministrativo osserva che una lettura di rigida tassatività delle prescrizioni contenute negli artt. 5 e 7 della legge n. 81/1993 susciterebbe non lievi perplessità di carattere costituzionale. Infatti, l'esclusione della lista interessata dalla competizione elettorale — che necessariamente discenderebbe da tale lettura — comporterebbe «una chiara compromissione del diritto di elettorato attivo e passivo», dovendosi ritenere pregiudicata «non solo la posizione dei soggetti aspiranti a ricoprire le cariche pubbliche elettive (per il rinnovo delle quali sia stata indetta una consultazione popolare), bensì anche la possibilità stessa dei cittadini elettori di esprimere il proprio consenso per una lista che, in virtù del mancato rispetto della proporzionale fra i sessi, sia stata esclusa dalla competizione». Ad avviso del Collegio, queste conclusioni non consentono «di assicurare quell'accesso agli uffici pubblici ed alle cariche elettive che l'art. 51 della Costituzione garantisce a tutti i cittadini, dell'uno o dell'altro sesso, in condizioni di uguaglianza e secondo i requisiti stabiliti dalla legge». E' di immediata evidenza che la ricusazione delle liste da parte della Commissione elettorale finisce «con il recare un contenuto di generale penalizzazione (per gli altri candidati, per i cittadini elettori) al quale consegue l'inevitabile ablazione del diritto stesso di espressione del voto, anch'esso costituzionalmente previsto e tutelato (art. 48)»

Allo stesso modo si espresse il T.A.R. Friuli-Venezia Giulia nel respingere i ricorsi contro le delibere della Commissione elettorale mandamentale di Spilimbergo, con le quali si erano ammesse alla competizione liste elettorali che non rispettavano la proporzione tra i sessi. Anche in questa ipotesi, per il giudice di primo grado l'art. 7, comma 1, della legge n. 81/1993 doveva intendersi quale «norma programmatica, di principio, esortativa, tale da indicare un indirizzo culturale prima ancora che specificamente elettorale, ma comunque non cogente, nel senso che ove essa sia violata nessuna conseguenza può trarsi in ordine all'ammissibilità della lista dei candidati»[140].

In seguito, la Vª Sezione del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale riformò entrambe le sentenze, con argomentazioni del tutto analoghe a quelle espresse nel parere dell'Adunanza Generale[141]. Le conseguenze pratiche di queste decisioni non sono di poco conto, dovendosi in entrambi i casi rinnovarsi il procedimento elettorale (nel Comune di Spilimbergo, in particolare, risultano caducate le operazioni elettorali già svolte)[142].

A causa di questi problemi intepretativi ed applicativi, le disposizioni vennero modificate — nella forma che oggi conosciamo — con la legge n. 415/1993. Per la verità, l'art. 2 del disegno di di legge governativo — recependo l'orientamento espresso dall'Adunanza Generale — si limitava ad eliminare l'espressione «di norma», rendendo in tal modo vincolante la previsione. Questo, tuttavia, suscitò nuovamente dubbi di carattere costituzionale, riaprendo questioni che già si erano poste nel corso dell'esame della legge n. 81/1993.

Il Presidente della Commissione Affari Costituzionali della Camera, on. Ciaffi, propose così una modifica del citato art. 2 nel senso di stabilire quote di rappresentanza minima e massima, con carattere precettivo, ma non riferite al numero dei componenti delle liste, bensì al numero dei consiglieri da eleggere. Tale proposta — vòlta «a costringere coloro che intendono presentare una lista che includa rappresentanti di un solo sesso» ad indicare «un numero di candidati non superiore ai tre quarti o ai due terzi, a seconda dei casi, dei consiglieri da eleggere e quindi una lista incomple-

---

(punto 2.3 della motivazione).

140. T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 8 luglio 1993, n. 384, in *Tribunali* amministrativi regionali, cit., 3126 s.

141. Consiglio di Stato, V Sez., 15 febbraio 1994, n. 92, est. Trovato; Id., 15 febbraio 1994, n. 91, stesso estensore.

142. Vi è, inoltre, il rischio che l'indirizzo intepretativo avallato dal Consiglio di stato sia destinato a determinare l'annullamento delle consultazioni elettorali in tutti i Comuni dove il mancato rispetto della parità sia stato impugnato davanti ai giudici: R. MIRAGLIA, Rischio scioglimento nei Comuni eletti con poche donne candidate, ne Il *Sole 24Ore,* 10 marzo 1994.

ta»[143] — fu infine accolta dal Parlamento, che ritenne in tal modo di assicurare una pari opportunità nella rappresentanza senza vincolare il diritto all'elettorato passivo[144].

In ogni caso, non furono completamente superati nè i dubbi di legittimità costituzionale[145] nè — tantomeno — le obiezioni sulla reale operatività del nuovo dispositivo di tutela. Lo stesso Ministro dell'Interno, pur rimettendosi — a nome del Governo — alla decisione dell'Assemblea della Camera, sottolineò come la soluzione prescelta non fosse in grado di fornire una piena garanzia del riparto proporzionale dei seggi tra i due sessi nei consigli comunali[146], e vi fu — inoltre — chi parlò apertamente di annullamento del contenuto innovativo delle disposizioni sul riequilibrio della rappresentanza introdotte con la legge n. 81/1993[147].

11. Dai dibattiti parlamentari, peraltro, emergono altre considerazioni di un certo interesse.

Alcune si riferiscono a ragioni di opportunità, che avrebbero dovuto sconsigliare la previsione di azioni positive nelle leggi elettorali. Così, si

---

143. On. Ciaffi, Commissione I (Affari Costituzionali) della Camera, seduta del 28 settembre 1993, Atti parlamentari, Bollettino delle Giunte e delle Commissioni, 34. La proposta era già emersa durante la discussione della legge n. 8111993, sia con la formulazione del ricordato emendamento Giuliari (supra, nota 119) sia con la proposta dell'on. Bodrato di interpretare la disposizione approvata dal Senato in riferimento al numero dei consiglieri eleggibili (Commissione I, seduta del 17 marzo 1993, Bollettino, cit., 21). Anche nella Relazione del Gruppo di lavoro sulle riforme elettorali della Commissione nazionale per le pari opportunità si ipotizzava — per il caso in cui si fosse prescelto un sistema proporzionale a preferenza unica — la formazione di liste con candidature femminili garantite dal divieto di candidare persone dello stesso sesso in misura superiore al 70% dei posti da assegnare.

144. Così la relazione dell'on. Ciaffi all'Assemblea della Camera, seduta del 5 ottobre 1993, Atti parlamentari, Discussioni, Resoconto sommario, 5.

145. Vedi l'intervento della sen. Salvato durante la seduta del 14 ottobre 1993, Atti parlamentari, Discussioni, Resoconto sommario, 9, ove si parla di «numerose perplessità di carattere costituzionale».

146. On. Mancino, Ministro dell'Interno, Assemblea della Camera, seduta del 6 ottobre 1993, Atti parlamentari, Discussioni, Resoconto sommario, 14.

147. Sen. Procacci, Assemblea del Senato, seduta del 14 ottobre 1993, Atti *parlamentari,* Discussioni, cit., 9. Nell'intervento prima citato della sen. Salvato (supra, nota 145) si sottolinea altresì come il reale significato delle disposizioni sia quello di «imporre un'umiliante quota di riserva in favore dei candidati di sesso femminile, con l'effetto di determinare un incremento delle liste incomplete o di costringere i presentatori a completarle in modo artificioso)).Diversa la valutazione della sen. Barbieri, secondo la quale la disposizione «potrà far sì che la presentazione di una lista incompleta da parte di quelle formazioni politiche che non intendono procedere ad un riequilibrio fra i sessi nella loro rappresentanza funga da parametro di giudizio da parte dell'elettorato» (seduta del 14 ottobre 1993, Atti parlamentari, Discussioni, cit., 9).

sono messi in luce, di volta in volta, l'inevitabile frazionamento del voto femminile — ammesso che di voto femminile si possa parlare —, non più concentrato sulle poche (o pochissime) candidate [148]; il prevedibile instaurarsi di una competizione tra donne della medesima lista [149]; la sostanziale introduzione di vere e proprie «cordate», formate da candidati di sesso diverso [150]; il rischio di candidature femminili di comodo (rischio puntualmente verificatosi, come dimostra la ricordata vicenda delle due deputate leghiste, elette con il proporzionale, che hanno immediatamente rassegnato le dimissioni dal mandato parlamentare per far posto a due colleghi maschi) [151]. Non manca, infine, la c.d. obiezione meritocratica, secondo la quale la logica delle quote mortifica ogni criterio di capacità, merito e competenza individuali [152].

Altre considerazioni — di più rilevante peso teorico — attengono al tema cruciale del rapporto tra rappresentanza politica ed identità di genere [153]. Una prospettiva, questa, che non poteva davvero essere ignorata, se è vero — come è vero — che nella costruzione dei modelli di azioni positive

---

148. Così gli onorevoli Novelli e Giuliari, Assemblea della Camera, 13 gennaio 1993, Atti parlamentari, Discussioni, 8556-8557 (entrambi favorevoli, peraltro, all'inserimento di azioni positive nella legge elettorale dei Comuni), e l'on. Poli Bortone, nella seduta di Assemblea del 24 marzo 1993, ivi, 12065. Anche M. TEODORI, Le donne in lista: una stupidaggine, ne *L'Indipendente* del 16 marzo 1993, osserva che in un sistema fondato sulle preferenze, il voto femminile, ammesso che si indirizzi effettivamente su candidate donne, è destinato inevitabilmente a disperdersi «moltopiù di quanto non accadrebbe se le candidate fossero poche e su di esse si concentrassero i suffragi femminili, così aumentando le probabilità del loro successo».

149. On. Filippini, seduta del 13 gennaio 1993, Atti parlamentari, Discussioni, 8596.

150. On. Bonino e on. Fumagalli Carulli, seduta del 13 gennaio 1993, Atti parlamenfari, Discussioni, 8591 e 8596.

151. On. La Russa, seduta del 24 marzo 1993, Atti parlamentari, Discussioni, 12069. Vadi anche l'intervento, già riportato testualmente, della sen. Salvato (supra, nota 147). Un argomento analogo fu usato anche dall'on. Pivetti (che parlò di caccia ai riempilista») nel corso della discussione della legge n. 27711993 (Assemblea della Camera, seduta del 23 giugno 1993, Atti parlamentari, Discussioni, Resoconto stenografico, 15121).

152. On Pivetti, loc. ult. cit.; on. Poli Bortone e on Sbarbati Carletti, ivi, 15123 e 15125. In senso contrario si osserva, tuttavia, che il merito individuale è un «parametro sul quale spesso influisce, ed in misura non determinabile, il complessivo contesto sociale)): L. GUAGLIANONE, Le azioni positive, cit., 38. Analogamente L. GIANFORMAGGIO, Politica della differenza, cit., 196, per la quale una componente almeno della ratio delle azioni positive è proprio «nell'assunto che le realizzazioni passate (e già da altri valutate) e le capacità attuali (e non meramente potenziali) dei candidati a un posto, siano in misura non del tutto irrilevante dipendenti da meccanismi di selezione e di valutazione, propri di un sistema di dominio/oppressione tra gruppi, e funzionali al mantenimento di tale sistema».

153. Vedi supra, par. 6.

è impossibile prescindere sia dal venire in rilievo della dimensione collettiva sia dalla perdita di una dimensione «neutra» a favore di una «sessuata»[154]. Ecco, allora, emergere il discorso sull'eguaglianza non come omologazione, ma come <<riconoscimento valorizzazione delle differenze.[155] e sulla conseguente esigenza di trasporre la politica delle pari opportunità dal mondo del lavoro a quello della vita politica ed istituzionale[156], con una evidente sottovalutazione delle peculiarità che contraddistinguono gli istituti della rappresentanza politica[157]. E, ancora, la definizione delle donne come soggetti sociali e politici, che chiedono visibilità per le loro domande e i loro bisogni nelle istituzioni[158].

Ma non mancano, nella discussione, opinioni opposte. In particolare, si contesta l'autolimitazione delle donne a «categoria», mettendo in evidenza il carattere individuale e non collettivo delle diversità[159], e si contesta che un soggetto sociale — quale certamente sono le donne — sia anche, in quanto tale, un soggetto politico: «Soggetti politici sono solo i gruppi dei cittadini che si organizzano attorno ad un programma politico *e* in nome di esso chiedono il consenso degli elettori»[160].

Si tratta, di nuovo, di diverse concezioni dell'eguaglianza, che diventano anche diverse concezioni della rappresentanza e — quindi — degli stessi diritti politici, della loro struttura e dei loro modi di esercizio. Ci amiciniamo così, nell'affrontare quest'ultimo argomento, alla conclusione del discorso.

---

154. L. Guaglianone, Le azioni positive, cit., 32, la quale sottolinea come entrambi i profili siano connaturati alla nozione stessa di parità sostanziale.

155. Così l'on. Rinaldi durante il dibattito parlamentare sulla legge n. 81/1993, Assemblea della Camera, seduta del 4 dicembre 1992, Atti parlamentari, Discussioni, cit., 7859.

156. Vedi, ancora, le affermazioni dell'on. Rinaldi: «Di fronte ad opinioni diverse, anche molto legittime, mi chiedo come mai questo Parlamento, nella scorsa legislatura, abbia approvato la legge per le pari opportunità, votata da tutte le forze politiche e da tutte le donne che anche in questo momento si sono pronunciate, invece, contro la norma contenuta nella legge per l'elezione diretta del sindaco. Perchè allora, se esiste un accordo per una legge per le pari opportunità in tutti i campi, non dovremmo introdurre disposizioni per pari opoportunità e per azioni positive per le donne anche nell'attività politica ed istituzionale?»(Assemblea della Camera, seduta del 24 marzo 1993, Atti parlamentari, Discussioni, 12024).

157. Sembra rendersi conto di tale peculiarità l'on. Garavaglia, la quale osserva che «ci sono momenti nei quali il porre mano alle regole significa indicare una direzione di marcia che non è solo legata alla rappresentatività nel senso tradizionale e classico» (Zoc. *ult. cit.*, 12066).

158. On. Bolognesi, ivi, 12062.

159. On. Bonino, ivi, 12060.

160. On. Pivetti, seduta della Camera del 22 giugno 1993, nell'ambito della discussione sulla legge n. 277/1993 (Atti parlamentari, Discussioni, 15121).

12. Si è già detto[161] dell'assenza di criteri economico-sociali nella struttura dei diritti politici: nel vigente ordinamento, il loro esercizio è contrassegnato «dal criterio della diversificazione ideologica dei cittadini, mediata o non dai partiti politici))[162], mentre è praticamente inesistente l'utilizzazione di criteri connessi alla valutazione delle effettive condizioni economico-sociali dei singoli cittadini o di gruppi di essi[163].

Secondo una certa dottrina, questo sarebbe dovuto ad una falsa visione della realtà sociale tipica dello Stato liberal-democratico di diritto — dai cui postulati derivano, appunto, i diritti politici — consistente nel concepire gli individui che compongono la società «quali entità astratte e formali, avulse dal contesto sociale in cui vivono, scissi dalle proprie condizioni economico-sociali, privati, in definitiva, di specifica storia»[164]. Ci troveremmo, insomma, di fronte ad un occultamento delle differenze sociali ed economiche esistenti tra gli individui, analogo a quell'occultamento della differenza sessuale che provoca le censure del pensiero femminista nei riguardi della cosiddetta «universalizzazione del soggetto maschile»[165].

In realtà, la rigorosa eguaglianza formale dei titolari dei diritti politici[166] trova una profonda ragione giustificatrice nella stessa trama essenziale dello Stato di diritto, come mette bene in luce — seppur partendo da posizioni critiche — Pietro Barcellona. Secondo questo Autore, l'originalità che caratterizza la «formazione sociale borghese» consiste nel fatto che «mentre le egemonie precedenti si sono tradotte in una strumentazione di potere e di forme politiche», al contrario «l'egemonia borghese si impianta e si mantiene sul terreno sociale e decide di non tradursi in una situazione di dominio politico, anzi produce la forma di una soggettività formale *egualitaria,* di una norma astratta e generale». «Il punto di rottura

---

161. Supra, par. 3.

162. M. Pedrazza Gorlero, L'eguaglianza, cit., 109, pone in evidenza come la differenza di opinioni politiche (che si esprime, appunto, attraverso l'esercizio dei diritti politici) costituisca — in base all'elencazione dell'art. 3, comma 1, Cost. — una differenza da conservare, in quanto espressione del pluralismo.

163. G. Volpe, Diritti politici, cit., 3. Per P. Biscaretti Di Ruffia, Diritti *politici,* in Noviss. *Dig.* it., vol. V, Torino, s.d., 734, «i diritti politici stanno ad indicare quegli specifici diritti di funzione (che si concretano, essenzialmente, nella pretesa ad esercitare una pubblica funzione o ad assumere il pubblico ufficio che fornisce il titolo per esercitare la medesima) di cui si gode per il mero fatto di essere membri di una determinata collettività (o componenti di una polis...)». Si comprende facilmente come «il riconoscimento esplicito di siffatti diritti abbia potuto diffondersi solo dopo la Rivoluzione francese, con il crescente accoglimento dei principi democratici».

164. G. Volpe, Diritti politici, cit., 1.

165. Vedi supra, par. 5.

166. Eguaglianza formale cui si ispira anche la protezione assicurata ai diritti politici dei cittadini da alcune importanti Carte internazionali: G. Volpe, Diritti politici, cit., 4. Vedi anche F. Lanchester, Rappresentanza, cit., 97.

con le epoche precedenti è questo: l'uomo si scinde in due: l'uomo privato, civile, in cui permangono tutte le differenze materiali e il cittadino della Repubblica in cui si realizza la piena eguaglianza dei diritti politici»[167]. Per questo, lo Stato di diritto «è capace di esprimere tutte le soggettività, non solo quella borghese»[168]; esso, cioè, come pure si è detto, non è un contenuto o un indirizzo, ma «una struttura o una forma della legislazione (nonchè — mediatamente — delle altre attività statali) del tutto indipendente dalla specie e dall'evoluzione degli scopi dello Stato. [169], una sorta di «cornice» dotata di grande elasticità ed adattabilità.

Se, dunque, la peculiare conformazione dei diritti politici è fin dall'origine legata alla natura intrinsecamente garantista dello Stato di diritto, emerge tutta l'importanza di salvaguardarne fino in fondo il significato. Ed è allora senz'altro da condividere la posizione teorica di chi sottolinea le diversità strutturali (in relazione agli aspetti soggettivi, oggettivi e contenutistici) dei diritti riconosciuti e garantiti dalla Costituzione, evitando di operare qualsiasi appiattimento ed omologazione tra di essi[170]. Così, mentre i diritti di libertà civile sono connotati dall'esistenza — in capo al singolo — di una facultas agendi cui consegue un dovere di astensione dello Stato e dei terzi[171], la garanzia dei diritti sociali deriva, invece, dall'ottenimento di prestazioni positive accordate attraverso leggi e concreti istituti amministrativi[172]. Ciò che caratterizza, infine, la classe dei diritti po-

---

167. P. Barcellona, I soggetti, cit., 119-120.

168. P. Barcellona, I soggetti, cit., 120 (corsivo non testuale), il quale osserva che la struttura del diritto eguale «consente di mantenere l'egemonia sociale della borghesia, del modo di produzione capitalistico, senza tuttavia trasformarsi in dominio politico». «Il soggetto 'borghese' entra in rapporto con gli altri soggetti della formazione sociale» e, in particolare, con il lavoratore, «attraverso il riconoscimento reciproco su un piano di parità formale. Ciò permette di separare il potere normativo, che si esprime nel diritto eguale, dalla determinazione immediata del comando dei capitalisti sui produttori di merci».

169. L. Paladin, *Il* principio costituzionale d'eguaglianza, Milano, 1965, 333.

170. A. Pace, Problematica, cit., 26.

171. A. Pace, Problematica, cit., 49. L'A., pertanto, individua in tale facultas agendi un aspetto positivo che contraddistingue gli stessi classici diritti di libertà, superando l'impostazione tradizionale secondo cui essi esaurirebbero il loro contenuto nella mera pretesa individuale a che lo Stato non intervenga nella sfera privata.

172. A. Pace, Problematica, cit., 61. Non vi è, quindi, una immediata esigibilità, in forza del solo dettato costituzionale, delle prestazioni positive considerate. In questo senso, la distinzione strutturale tra i diversi diritti fondamentali esclude che vi sia una identica possibilità di realizzazione, anche giudiziaria, degli stessi: «La tutela giurisdizionale, in quanto 'piena' ed 'effettiva', non può mai essere identica in tutti i casi, dovendo i concreti modi di tutela adeguarsi, di volta in volta, alle peculiarità della situazione giuridica sostanziale specificamente considerata in quel dato giudizio» (p. 26). Sulla realizzazione dei diritti sociali per mezzo della legisla-

litici è d'incidenza immediata e diretta sul funzionamento dello stato e dell'organizzazione amministrativa che l'ordinamento riconosce giuridi-*camente* ad essi»[173].

Vi è, pertanto, una logica precisa e stringente nel disegno costituzionale dei diritti fondamentali, una logica per cui le garanzie dei diritti sociali, destinate a rimuovere o a compensare le diseguaglianze materiali tra gli individui[174], costituiscono una pre-condizione del pieno esercizio dei tradizionali diritti civili e politici[175]. Per questo motivo, non è accettabile l'opinione secondo cui la strutturazione dei diritti politici al di fuori del principio di eguaglianza sostanziale configurerebbe «un elemento di contraddizione e di incoerenza dello stesso testo costituzionale», tale da suggerire una serie di incisive riforme, tendenti — addirittura — a prevedere votazioni di determinate assemblee elettive strutturate secondo una combinazione graduale del criterio formale, per cui il voto di ogni cittadino conta per uno, con criteri di commisurazione del voto individuale alla posizione che il soggetto ricopre all'interno dell'organizzazione economico-produttiva[176].

Proposte di questo genere, ancorate ad una visione premoderna della

---

zione e dell'amministrazione vedi E. FORSTHOFF, Concetto e natura dello Stato sociale di diritto, in Stato di diritto in trasformazione (trad. it.), a cura di C. Amirante, Milano, 1973, 46 ss.

173. A. PACE, *Problematica*, cit., 67.

174. L. FERRAJOLI, *Diritto* e ragione, cit., 949. Secondo l'A., le garanzie dei diritti di libertà (o «diritti di») assicurano l'eguaglianza formale e politica, mentre le garanzie dei diritti sociali (o «diritti a») consentono l'eguaglianza sostanziale o sociale: «Le une tutelano le differenze, di cui postulano la tolleranza; le altre rimuovono o compensano le disuguaglianze che postulano come intollerabili».

175. Sui diritti sociali come pre-condizioni della democrazia, di cui il pieno sviluppo della persona umana è il primo presupposto, vedi L. CARLASSARE, La «Dichiarazione dei diritti» del 1789 e il suo valore attuale, in Principi *dell'89* e Costituzione democratica, cit., 45. Per A. BALDASSARRE, Diritti sociali, cit., par. 4, i diritti sociali hanno la loro giustificazione teorica nel concetto di «*liberazione* da *determi*nate forme di privazione e, quindi, hanno come scopo la realizzazione dell'eguaglianza o, più precisamente, una sintesi tra libertà ed eguaglianza o, in una parola, della libertà *eguale*».

176. G. VOLPE, *Diritti* politici, cit., **3-4.** Per raggiungere tale risultato sarebbe naturalmente necessaria una modifica dell'art. 48 Cost., che vieta tassativamente, in nome del principio di eguaglianza formale, qualsiasi intervento sul peso del voto. Sulla proibizione del voto multiplo o plurimo, ribadita anche dalla giurisprudenza costituzionale, vedi F. LANCHESTER, Voto: *diritto* di, cit., 1128. Per G. PITRUZZELLA, Elezioni: *II*) Elezioni politiche: elettorato, in Enc. giur., vol. XII, Roma, 1989, par. 5, si possono distinguere tre aspetti dell'eguaglianza del voto: l'eguaglianza della capacità elettorale, l'eguaglianza del valore numerico di ogni voto ***e*** l'eguaglianza del valore efficiente di ogni voto. La seconda impedisce proprio qualsiasi graduazione del voto di singoli elettori o gruppi di essi, sicchè essa può considerarsi una specificazione in materia elettorale del principio costituzionale di eguaglianza in senso formale.

rappresentanza — perchè «socialee collettiva (di stati, di condizioni, di interessi presunti dall'alto) e non politica e individuale (di opinioni, di interessi riconosciuti dai soggetti stessi)»[177] —, sono la più chiara dimostrazione delle distorsioni cui inevitabilmente condurrebbe una modifica delle regole strutturali che presiedono all'esercizio dei diritti politici attuata in nome dell'eguaglianza sostanziale. D'altra parte, non è un caso che quello dell'accesso alle cariche pubbliche elettive sia un classico settore di dissociazione tra eguaglianza formale e sostanziale, dal momento che — come si è esattamente osservato — intervengono in tale ambito criteri di merito, selezioni, procedimenti elettorali che fanno recedere l'eguaglianza da attuale godimento ad astratta possibilità[178].

Ciò non significa affatto — è bene ribadirlo — che la sfera del «politico» debba ritenersi estranea alla previsione dell'art. 3, comma 2, Cost., riferendosi quest'ultimo esclusivamente alle condizioni economico-sociali. E', infatti, la stessa disposizione costituzionale ad imporre che venga assicurata a tutti i lavoratori l'effettiva partecipazione «all'organizzazione politica, economica e sociale del paese», ponendo esplicitamente il problema dell'accesso dei soggetti svantaggiati alla direzione della vita pubblica. Questa interpretazione trova poi un'ulteriore conferma nel nesso inscindibile del capoverso dell'art. 3 con il concetto di «pari dignità sociale» di tutti i cittadini di cui si parla nel primo comma. Il carattere sociale della dignità — si è detto — non può limitare la sua carica normativa ai soli momenti che attengono all'ambito delle relazioni interne allo Stato-comunità, ai rapporti privati ed economici. Nella formula normativa, l'espressione «sociale» sta «evidentemente e naturalmente per società ed è perciò inclusiva dei rapporti che implicano l'esercizio dei diritti di libertà, dei rapporti etico-sociali, economici e di quelli politici»[179].

A ciò si aggiunga la necessità di ampliare al massimo il significato del

---

177. G. ZINCONE, Donne, cittadinanza, differenza, cit., 783. La stessa A. sottolinea, inoltre, che la politica moderna ({rappresentaopinioni, non condizioni naturali e sociali»: Le ragioni della rappresentanza, cit., 72. Sul concetto di sovranità della nazione, usato dalla Dichiarazione francese del 1789 proprio per sottolineare che la rappresentanza «è una e indivisibile, cioè non può essere divisa in base agli ordini o stati in cui era divisa la società del tempo», vedi N. BOBBIO, La *Rivoluzione* francese e i *diritti dell'uomo,* Roma (Camera dei Deputati), 1988, 27; vedi anche L. CARLASSARE, La «Dichiarazione dei *diritti*», cit., 11.

178. A. CERRI, Eguaglianza, cit., 53. «Che tutti possano accedere, in condizioni di eguaglianza, alle cariche pubbliche è vero e lo proclama la nostra Costituzione (art. 51). Ma — continua l'A. — in questo caso l'eguaglianza è mera possibilità, eguale diritto a un bene della vita e non più diritto ad un eguale bene della vita». Anche per A. PACE, *Problematica,* cit., 69, il contenuto del diritto di accesso ai pubblci uffici e alle cariche elettive si risolve, di per sè, soltanto in una «pretesa».

179. G. FERRARA, La pari dignità sociale, cit., 1102 e 1103 (corsivo non testuale).

termine «lavoratori», ritenendo destinatari delle misure di supporto «tutti coloro che, per ragioni economico-sociali, rischiano di vedere ostacolati i propri diritti di libertà»[180], e identificando — in tal modo — la contraddizione indicata da questa parte dell'art. 3, comma 2, con «quella che oppone i soggetti in grado di appropriarsi del plusvalore sociale agli altri» (in primo luogo, storicamente — ma non più esclusivamente — la classe operaia)[181].

Diventa difficile, a questo punto, non domandarsi se determinate forme di azioni positive, suscettibili di configurarsi quali «discriminazioni alla rovescia)) — come la riserva di quote — non siano decisamente incompatibili con le prescrizioni costituzionali qui richiamate. Risulta infatti evidente che la diretta attribuzione di un bene o di un risultato ad un soggetto per la sua sola appartenenza ad una categoria che si ritiene essere — nel suo insieme — discriminata, implica una concezione rigida dei rapporti sociali, portata a trascurare completamente il problema, niente affatto marginale, delle differenze «talora enormi fra donne e donne ed anche fra donne e uomini quanto allo stato sociale ed economico ed i suoi privilegi»[182]. Da questo punto di vista, non sembra seriamente contestabile che l'impiego di misure positive «forti» si traduca in una violazione del precetto costituzionale che impone di calibrare il trattamento giuridico degli individui con riferimento alla loro effettiva condizione di minorità economica e sociale, al di fuori di qualsiasi presunzione o categorizzazione imposta dall'alto. Senza contare, poi, che le stesse finalità perseguite attraverso le discriminazioni positive non sembrano affatto armonizzarsi con quelle indicate dal secondo comma dell'art. 3 Cost., dato che esse non si propongono di «rimuovere gli ostacoli» che impediscono alle donne di raggiungere determinati risultati, bensì di attribuire loro direttamente quei risultati: gli ostacoli, insomma, «*non* vengono rimossi, ma sono la causa legittiman-

---

180. B. CARAVITA, Oltre l'eguaglianza formale, cit., **68.**

181. B. CARAVITA, Oltre *l'eguaglianza formale,* cit., 96. Non dissimile è l'interpretazione proposta da U. ROMAGNOLI, *Art.3, 2° co.,* cit., 195, secondo il quale «le categorie sotto-protette di cittadini sono soltanto quelle assoggettate al setaccio dei medesimi meccanismi essenziali di sviluppo della società capitalistica che producono le disuguaglianze di fatto emblematizzate dal rapporto di lavoro operaio. In altre parole, la classe operaia rappresenta il prototipo non solo storico, ma anche di diritto costituzionale delle categorie sociali sotto-protette».

182. U. SCARPELLI, Classi logiche, cit., **620.** Secondo l'A., immettere «tutte queste creature umane, donne ricche e donne povere, uomini ricchi e uomini poveri, con le loro storie personali di vantaggi e svantaggi, fatiche dure e non dure, nei due scatoloni concettuali dell'uomo e della donna, per poi discriminare a beneficio della donna», costituisce «una manifestazione di formalismo dipendente da un gioco puramente concettuale ed ignaro o dimentico di squilibri economici e sociali eticamente e culturalmente rilevanti».

te il trattamento normativo differenziato in base al sesso»[183]. Un esito, quello della cosiddetta eguaglianza di risultati, certamente da respingere, visto che il capoverso dell'art. 3 Cost. «in coerenza con l'ideale della democrazia come metodo (o pluralista) non contiene alcun modello sostanziale di giustizia distributiva». Si tratta, quindi, di una norma che «si limita a presupporre la possibilità che il gioco spontaneo delle forze sociali possa creare sproporzioni nella distribuzione dei poteri e delle risorse sociali e che, per contrastare tale eventualità (...), autorizza i poteri pubblici a intervenire in funzione correttiva e riformatrice»[184].

La via maestra, dunque, è piuttosto quella che si propone di stabilire l'eguaglianza dei punti di partenza, agendo a tal fine in diverse direzioni. Per quanto riguarda, in particolare, il riequilibrio della rappresentanza politica, sono ipotizzabili in primo luogo interventi di carattere generale, vòlti, ad esempio, a garantire un eguale accesso all'istruzione — essendo dimostrato che il crescente livello di istruzione e di informazione politica costituisce uno dei principali fattori di erosione del gap sessuale[185] — nonchè una diversa distribuzione dei carichi di lavoro familiare, di assistenza e di cura, anche con l'ausilio di idonee strutture sociali.

Si possono poi immaginare altre misure, specificamente inerenti al diritto elettorale: normative riguardanti i finanziamenti delle campagne elettorali, con la previsione di un tetto massimo per le spese dei candidati[186]; garanzia di spazi adeguati per *tutti* — e quindi anche per le donne —

---

183. F. Borgogelli, La tipologia, cit., 83.

184. A. Baldassarre, Diritti sociali, cit., par. 6. Si penerebbe, evidentemente, a conseguenze diverse qualora si accettasse l'impostazione, più volte ricordata, di M. Ainis, L'eccezione, cit., 893, che ravvisa nel rapporto tra i due commi dell'art. 3 una tipica rottura della Costituzione, il cui tratto distintivo consiste «nella simultanea vigenza di due norme costituzionali, l'una generale e l'altra eccezionale; da qui la forza dirompente che circonda la norma eccezionale, la cui applicazione scuote l'ordinaria vita dei diritti». Sulle «rotture» della Costituzione vedi C. Mortati, Costituzione (Dottrine generali). in Enc. dir., vol. XI, Milano, 1962, 191-192.

185. R. Inglehart, La nuova partecipazione nelle società post-industriali, in Riv. it. sc. pol., 1988, 419. Analizzando i livelli effettivi di partecipazione politica in venti società, Inglehart rileva, appunto, che i livelli di discussione politica di un'intera generazione possono essere aumentati (oltre che dallo sviluppo economico) dall'aumento dell'istruzione, e che il gap tra i sessi, in quest'ambito, è massimo tra i meno istruiti e quasi inesistente tra i più istruiti. La dimensione di questo gap è definita dall'A. «massiccia» per quanto riguarda l'Italia. Sul complesso di fattori che influenzano la diseguaglinza fra uomini e donne nella partecipazione politica vedi anche lo studio di S. Verba-N. H. Nie-J. Kim, Partecipazione e eguaglianza politica. Un confronto fra sette nazioni, Bologna, 1987, 335 ss. Per U. Scarpelli, Classi logiche, cit., 621, la lotta contro la discriminazione si conduce essenzialmente attraverso un'efficace politica assistenziale vòlta a ridurre nella dimensione formativa ed educativa la diseguaglianza sociale.

186. Si colloca su questa linea la recente legge 10 dicembre 1993, n. 515 («Di-

nei mezzi di informazione[187]; collegi elettorali di dimensione ridotta (nell'ambito dell'attuale sistema uninominale maggioritario), che favoriscano un rapporto più diretto ed efficace tra elettori ed eletti[188]; procedure trasparenti per la designazione dei candidati (ad esempio, attraverso le cosiddette «primarie»).

13. Si è già fatto cenno[189] alle alterazioni del concetto di rappresentanza derivanti dalle tecniche normative qui esaminate e, di conseguenza, alla messa in discussione del modello liberal-democratico nel suo complesso.

Il legame tra le due questioni non può sfuggire, e trova il suo fulcro in un altro legame: quello tra cittadinanza e rappresentanza politica. I diritti di cittadinanza, com'è noto, sono «quei diritti civili, sociali e politici attribuiti a tutta la popolazione adulta indispensabili perchè un sistema possa definirsi democratico»[190]. Ed è altrettanto noto che le prassi storicamente invalse nei regimi liberal-democratici hanno a lungo determinato l'esclusione di alcuni gruppi sociali dalla piena cittadinanza (e perciò anche dalla rappresentanza politica): i non proprietari, i non istruiti, i membri di minoranze etniche e razziali, le donne[191]. Al punto che — quanto a queste

---

sciplina delle campagne elettorali per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della repubblica»),in G.U.-Serie generale n. 292 del 14-12-1993, che pone dei limiti alle spese elettorali dei singoli candidati e dei partiti o movimenti (artt. 7 e 10), stabilendo forme di pubblicità dei finanziamenti e relativi controlli, e prevedendo sanzioni per i casi di inosservanza.

187. Vedi, ad esempio, il provvedimento del 23 aprile 1993 adottato dal Garante dell'editoria («Disciplinadelle trasmissioni radiotelevisive e della propaganda elettorale per le elezioni del sindaco, del presidente della provincia, del consiglio comunale e del consiglio provinciale»),in G.U.-Serie generale n. 97 del 27-4-1993, il cui art. 3, comma 1, dispone che per l'accesso «agli spazi di propaganda elettorale devono essere praticate condizioni uniformi a tutti i candidati e a tutte le liste partecipanti alla consultazione elettorale nel medesimo collegio, anche nel rispetto dei principi di parità uomo-donna sanciti dalla legge *10* aprile *1991* n. *125*». Anche la citata legge n. 51511993 contiene disposizioni destinate a tutelare le condizioni di parità dei candidati nell'accesso ai mezzi di informazione.

188. Così la Relazione più volte citata del Gruppo di lavoro sulle riforme elettorali e il riequilibrio della rappresentanza della Commissione nazionale per le pari opportunità, secondo la quale rientrano nella tematica delle azioni positive anche le proposte relative all'effettiva proibizione del cumulo delle cariche e mandati e al divieto di rieleggibilità, a certe condizioni, dei candidati.

189. Supra, parr. 1, *6* e 7.

190. G. Zincone, Cittadinanza, in Lessico della politica, a cura di G. Zaccaria, Roma, 1987, 56.

191. L. Balbo, Rappresentanza e non rappresentanza, in Rappresentanza e interessi, cit., *66*. C. Saraceno, La struttura di genere della cittadinanza, in *Dem.* dir., 1, 1988, 277, ricorda come per lungo tempo la piena cittadinanza sia rimasta limitata ad un ben circoscritto gruppo sociale: quello dei maschi possidenti. F. Bimbi, Don-

ultime — si può addirittura dubitare, per un certo periodo, della loro stessa qualificazione come soggetto giuridico a pieno titolo. Tali e tante erano infatti le eccezioni al generale sistema normativo via via consolidatesi, da configurare un vero e proprio status, caratterizzato da «una disciplina derogatoria rispetto alla generale eguaglianza dei soggetti»[192].

In particolare, nella descritta[193] costruzione della dicotomia tra «privato» (irrilevante per lo Stato) e «pubblico»(d'area dei diritti e delle caratteristiche universalistiche e omogenee»), le donne sono state relegate all'ambito della famiglia, «perchè esse dovevano garantire, creare, prendersi cura di, ma anche *simbolizzare* la *sfera* privata, cioè il luogo della individualità e della differenza degli uomini. [194]. Si è parlato, al riguardo, di sostanziale esclusione delle donne dalla categoria degli «individui», dal momento che un individuo libero ed eguale può essere legittimamente governato soltanto con il suo consenso o accordo, mentre le donne «sono state considerate allo stesso tempo incapaci di consenso, sempre consenzienti e come soggetti il cui mancato consenso deve essere sempre reinterpretato dagli uomini»[195].

Ora, che queste vicende storiche abbiano lasciato in eredità alle donne una condizione di svantaggio (non più giuridica, ma fattuale) nell'accesso

---

na, in Lessico della politica, cit., 203, osserva che storicamente «i limiti delle definizioni di cittadinanza, dalla polis greca alle Dichiarazioni dei diritti francese e americana, sono posti tra individui di sesso maschile: va da sè che le donne possono aver assunto statuti diversi a seconda dello statuto dell'uomo a cui si sono trovate legate». Per G. U. RESCIGNO, Democrazia e principio maggioritario, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti su «Democrazia maggioritaria e *referendum*», Siena, 3-4 dicembre 1993 (stesura non definitiva), 45, individua nella esclusione *delle* donne, oltre che nell'esistenza degli schiavi e dei meteci e nell'imperialismo, il «segreto» della democrazia ateniese.

192. M. FORTINO, Parità dei sessi, in Enc. dir., vol. XXXI, Milano, 1981, 697. Analizza i limiti storici dei regimi liberal-democratici, con particolare riferimento allo status e ai diritti delle donne, G. ZINCONE, Donne, cittadinanza, *differenza*, cit., 779 ss.

193. *Supra*, par. 12.

194. C. SARACENO, La struttura di genere, cit., 285. Secondo A. CAVARERO, Il modello democratico, cit., 236, anche dall'analisi dei testi normativi oggi esistenti nel nostro ordinamento si evince che «nelle donne è proprio tutelata la cultura domestica tramandataci dal mai ripensato ambito della casa: fondamentalmente il materno e il complesso concettuale che sul materno si fonda. Aristotele insegna: pur nello stravolgimento radicale del modello politico, la dottrina moderna recepisce aproblematicamente la distinzione fra ambito della politica e ambito della casa, e lascia che a quest'ultima rimanga consegnata la specifica 'cultura' femminile».

195. C. PATEMAN, Femminismo e teorie democratiche, in Reti, 2, 1989, 7. Per F. BIMBI, Donna, cit., 203, «il contratto sociale è definito come patto tra individui di sesso maschile, sia a livello delle istituzioni del pubblico che di quelle del privato».

alle posizioni sociali, economiche e politiche di rilievo, è senz'altro vero. Ma identificare la causa di questa situazione in istituti e procedure assolutamente cruciali per la moderna democrazia liberale — come quelli concernenti la formazione della rappresentanza politica dei cittadini —, al fine di alterarne i caratteri, è un'operazione ingiustificata e pericolosa[196].

Ingiustificata, perchè non tiene conto del dato elementare che non è corretto confondere e sovrapporre la prassi dei regimi liberali con i princìpi che li ispirano[197]. E' la stessa Cavarero, d'altronde, a riconoscere che la dottrina contrattuale giusnaturalistica conteneva fin dall'inizio il concetto non *discriminatorio* di eguaglianza, in quanto eliminava pregiudizialmente qualsiasi differenza, e quindi anche la differenza sessuale tra gli individui: «la differenza sessuale femminile non conta, e quindi non dovrebbe contare neppure come fattore di inferiorità e discriminazione»[198]. Fu poi la storia a smentire — tradendolo — l'assunto iniziale[199].

Non si tratta, del resto, di una vicenda isolata. Basti pensare all'operazione di logica giuridica — così brillantemente descritta da Giovanni Ferrara — che ha portato in definitiva ad una appropriazione, da parte dello Stato, del diritto dei cittadini all'eguaglianza. Nella proposizione testuale di ogni costituzione che riconosce il principio, titolari del diritto di eguaglianza sono i cittadini. Ma la proposizione viene subito dicotomizzata: da diritto, l'eguaglianza diviene principio informatore dell'ordinamento. «Viene perciò ad assumere un significato indipendente dai titolari, diventa generalità e astrattezza perdendo il collegamento coi soggetti titolari della situazione giuridica soggettiva (diritto) alla eguaglianza». Il passo successivo consiste nell'incorporare la generalità-astrattezza nel concetto di comando, e quindi nella legge come comando tipico. «Il predicato — conclude l'A. — acquisisce un soggetto nuovo, lo Stato. Nei confronti di questo, perchè espressione giuridica del potere e dell'autorità, era stata rivendicata la situazione giuridica soggettiva di eguaglianza. E' questo che ora si è appropriato del valore che invece era stato creato contro di esso e attribui-

---

196. Per A. CAVARERO, Il modello democratico, cit., 232, «il pensiero femminista assume una valenza critica nei confronti del modello democratico che è ben più radicale della critica alla sacralizzazione delle procedure, in quanto va direttamente a colpire là dove il gioco astrattivo pregiudizialmente si fonda».

197. Su questa distinzione vedi G. ZINCONE, Donne, cittadinanza, differenza, cit., 778 ss.

198. A. CAVARERO, L'ordine dell'uno, cit., 69-70.

199. «Ma la storia ci insegna con gesti inequivocabili. Manifestando il sesso maschile dei suoi reali protagonisti essa ci mette in guardia sull'universalità della teoria e sul significato dei suoi potenziali contenuti emancipativi»: A. CAVARERO, L'ordine *dell'uno*, cit., 68. Sul significato che assume la «differenza sessuale» nella dottrina contrattualistica vedi M. PEDRAZZA GORLERO, L'eguaglianza, cit., 102 ss.

sce questo valore al maggiore dei suoi atti normativi. Così si conclude e si afferma la manipolazione del principio d'eguaglianza e la mistificazione del diritto che ad esso era sotteso»[200].

Si pensi ancora, per fare un altro esempio, alle violazioni e manipolazioni subite dal principio democratico sancito dall'art. 3 della *Déclaration* dell'89[201], che esprimeva un duplice significato della sovranità popolare: mutamento della formula politica (la volontà popolare è l'unico fondamento del potere) e mutamento della sede del potere (la sovranità appartiene al popolo)[202]. Nei fatti, l'accento fu posto esclusivamente sul valore legittimante del principio, elidendone la carica rivoluzionaria: «l'enfatizzazione della funzione di legittimazione, di giustificazione del potere, portò a svuotarne in parte il contenuto, ponendo del tutto in ombra la funzione più dirompente del principio stesso: quella di limitazione del potere, che si vuole sottratto al 'principe' e spezzato tra i componenti della società. Il principio democratico viene così concepito solamente in relazione all'*origine* della sovranità, non alla sua appartenenza>[203]. Ciò consentì, in concreto, di assegnare un significato autonomo al concetto di «rappresentatività», recidendone ogni vincolo con la sovranità del popolo, e collegandolo invece alla limitazione del suffragio in base a criteri di censo e di capacità[204] e, certamente, anche di genere[205].

Questo per dire che la violazione e la distorta applicazione dei principi non può avere come conseguenza la loro messa in discussione, ma deve piuttosto indurre a riconoscere le manipolazioni e le alterazioni verificatesi, restituendo ai concetti la loro valenza originaria. In questo senso, la concezione del citoyen libero ed eguale, astratto dalla sua condizione per-

---

200. G. Ferrara, La pari dignità sociale, cit., 1095-1096.

201. «*Le* principe de toute souveraneité réside *essentiellement* dans la Nation. *Nul corps, nul* individu ne peut exercer *d'autorité* qui *n'en émane expréssement*».

202. L. Carlassare, La «*Dichiarazione* dei *diritti*», cit., 11.

203. L. Carlassare, La «Dichiarazione dei diritti», cit., 12-13.

204. L. Carlassare, *loc. ult. cit.* Sulle vicende relative al progressivo allargamento del suffragio nello Stato liberale italiano vedi E. Bettinelli, Elettorali (sistemi), in *Dig.* disc. pubbl., vol. V, Torino, 1991, 8 ss., il quale ricorda che nel 1861 erano titolari del diritto di voto 418.696 persone, pari all'1,9 per cento della popolazione (erano, infatti, elettori soltanto i cittadini di sesso maschile che avessero compiuto i 25 anni, che sapessero leggere e scrivere e che risultassero in possesso di requisiti di censo o che, alternativamente, occupassero una rilevante posizione sociale). Le dimensioni del corpo elettorale rimasero assai ristrette — nonostante i progressivi parziali allargamenti — fino all'introduzione del suffragio quasi universale maschile (nel 1912); in seguito, nel 1919, caddero le residue limitazioni di capacità e di censo.

205. In Italia la prima proposta formale di concessione del voto alle donne (nel quadro del suffragio universale) fu dell'on. Mirabelli, e risale al 1905 (E. Bettinelli, *op. cit.*, 17, nota 39). Com'è noto, si arrivò finalmente ad includere anche le donne nel corpo elettorale soltanto con il d.lg.lt. 1.2.1945, n. 23.

sonale e sociale, titolare dei diritti di cittadinanza, conserva una sua forza teorica profonda, perchè ci parla di un individuo che è in grado di autodeterminarsi e di autodefinirsi (anche sul piano politico), al di fuori di ogni qualificazione eteronoma autoritativamente imposta (di appartenenza sociale, religiosa, etnica)[206]. Certo, il limite di questa visione — assunta nella sua assolutezza — è costituito dall'indifferenza per i concreti rapporti di potere e per le situazioni di bisogno in cui possono trovarsi gli individui. Ed è proprio a questo punto che soccorrono i diritti sociali come diritti di liberazione dal bisogno, che arricchiscono di contenuti democratici lo schema-base dello Stato di diritto, orientati — come sono — a ristabilire quella eguaglianza dei punti di partenza fra i cittadini che costituisce un cardine del pensiero liberale.

Se, viceversa, si abbandona il principio secondo cui l'individuo è il miglior giudice dei propri interessi, «il miglior giudice diventerà un potere esterno capace di riformare la coscienza individuale: un potere giacobino che non sarà meno giacobino per l'aggiunta dell'aggettivo femminista o socialista o operaio»[207].

Ecco perchè la previsione di quote riservate alle donne nelle liste elettorali (e forse in futuro, chissà, nelle stesse assemblee elettive) è un'operazione, oltre che ingiustificata, pericolosa. Essa, infatti, introduce nel libero dispiegarsi dei rapporti politici un elemento di rigidità imposto dall'alto, presumendo (erroneamente) che la politica moderna possa rappresentare — anzichè opinioni — condizioni naturali o sociali[208], e in particolare una identità di genere così forte ed onnipervasiva da determinare in maniera rilevante le scelte politiche delle donne.

Ma la logica dell'identità collettiva, dell'appartenenza, è una logica perversa, e la politica delle quote (che ne rappresenta lo strumento operativo) non è una politica di integrazione di tutte le minoranze — o, come in questo caso, delle maggioranze che si trovano in una condizione di minorità — nella piena cittadinanza per tutti. Essa non chiede che «le minoranze (tutte) cessino di essere discriminate bensì che siano (tutte) riconosciute». «Un predicato di appartenenza, di identità collettiva, che ha pesato come fattore di emarginazione, non viene più rifiutato, ma orgogliosamente

---

206. G. ZINCONE, Le ragioni della rappresentanza, cit., 71-72. Ritiene che l'immagine del citoyen astratta dai rapporti di potere e dai bisogni sia «immune da qualificazioni eteronome» M. D'ANTONA, *Uguaglianze difficili*, in *Lav.* dir., 4, 1992, 599.

207. G. ZINCONE, Le ragioni della rappresentanza, cit., 72. Per M. D'ANTONA, Zoc. ult. cit., l'immagine dell'*homme* situé, dell'individuo visto nella concretezza della sua condizione personale e sociale, pur apprezzabile perchè attenta alle situazioni reali, «è però sempre parziale, largamente eterodeterminata da qualche 'grande fratello' protettore e in potenziale conflitto con altre immagini parziali (lavoratore, utente, contribuente, risparmiatore, portatore di handicap ecc.)».

208. G. ZINCONE, Le ragioni della rappresentanza, cit., 72.

rivendicato»[209]. In questo modo, tuttavia, si rischia di scardinare l'universalismo del diritto e l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge di matrice liberale, attraverso una sorta di nuova frammentazione corporativa — seppure in un senso del tutto peculiare — della realtà sociale.

Le anomalie, peraltro, non si fermano qui. Come si è giustamente sottolineato, la logica dell'identità rovescia anche la tradizione radicale in difesa del free speech, perchè scatena il conflitto sull'ortodossia ideologica: «L'identità è per definizione una, infatti, e diventa l'irrinunciabile palio di uno scontro settario fra ortodossie». Diventa allora *politically correct* «censurare ogni affermazione che possa offendere le ideologie che si autoproclamano depositarie dell'autenticità delle minoranze oppresse»[210].

E vi è infine, in tutto questo, un dato in qualche modo paradossale. Nell'esperienza nordamericana, in cui è fortemente avvertito il problema della tutela — oltre che delle donne — delle minoranze etniche e razziali, è assai diffusa l'obiezione politica relativa alla *unfairness* di quelle azioni positive che si traducono in una *reverse discrimination* nei confronti degli innocent white *males*[211]. In altri termini, il bianco (nel nostro caso, il maschio) viene escluso «sul presupposto che il suo gruppo, cioè i suoi *progenitori*, abbiano oppresso il nero e sterminato l'indiano d'America» (nel nostro caso: che abbiano oppresso e discriminato le donne). «Paga le colpe dei suoi padri. E' il sangue degli antenati che ricade su di lui». Ci troviamo, cioè, di fronte ad una sorta di *hybris*, di colpa atavica, che viene a costituire il presupposto giustificativo di precise misure giuridiche: il <<diritto post-moderno» sembra così percorrere — inopinatamente — «arcaici sentieri»[212].

ABSTRACT

The late italian electoral laws for Municipalities and Chamber of Deputies establish «affirmative actions» for women. The study considers the questionable accordance of this legislation to the constitutional principles.

Le leggi del 1993 sull'elezione dei Consigli comunali e della Camera

---

209. P. Flores D'Arcais, Etica senza fede, cit., 206. M. Teodori, *Le* donne in *lista*, cit., sottolinea — a sua volta — che la politica delle quote respinge la linea dei diritti civili eguali per tutti e corrisponde ad una impostazione «di puro stampo corporativo-separatista».

210. P. Flores D'Arcais, Etica senza fede, cit., 207 e 209-210.

211. G. De Simone, Ancora su diritto *diseguale*, cit., 24, la quale ritiene, tuttavia, che si tratti di una «petizione di principio, per lo più concretamente indimostrata e comunque astrattamente indimostrabile».

212. P. Flores D'arcais, *loc. ult. cit.*

dei deputati introducono, con criteri diversi, forme di «quote» riservate alle donne nelle liste elettorali. Ciò suscita una serie di problemi sia sul piano strettamente giuridico-costituzionale, in relazione alla compatibilità di tali previsioni con il disposto dell'art. 51 Cost. sulla parità dei sessi nell'accesso alle cariche elettive, sia su quello teorico-generale, per la loro inevitabile influenza sulla stessa nozione di rappresentanza politica.

L'A. prende in esame entrambi i profili indicati, soffermandosi — tra l'altro — sui rapporti tra eguaglianza formale e sostanziale (anche alla luce della giurisprudenza costituzionale), sul significato della c.d. rappresentanza di genere o sessuata — che pone l'accento sull'*identità* collettiva, anzichè su quella individuale propria della tradizione liberale —, sui problemi legati ai processi di giuridificazione nell'ambito dei diritti politici.

Tale analisi conduce a conclusioni assai critiche nei riguardi della normativa esaminata, fondate sulla necessità di salvaguardare la struttura tradizionale dei diritti politici, il cui distacco dall'eguaglianza sostanziale è legato alla stessa struttura intrinsecamente garantista dello Stato di diritto. La strada da percorrere, dunque, non è quella del trattamento normativo differenziato in base al sesso (suscettibile, oltretutto, di tradursi in una discriminazione alla rovescia), ma è quella che mira a ristabilire l'eguaglianza dei punti di partenza, agendo sia attraverso un potenziamento dei diritti sociali (vere e proprie pre-condizioni della democrazia) sia con misure specificamente inerenti al diritto elettorale, che siano di garanzia per tutti, e quindi anche per le donne.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova Serie - Vol. VIII (1994)

PAOLO VERONESI

IL SINDACATO SUL MODO DI ESERCIZIO DEL POTERE NEI CONFLITTI DI ATTRIBUZIONE (*)

Introduzione. – Capitolo I: **Incompetenza e invasione di competenza** - I.1. *Vindicatio potestatis* e conflitto da menomazione. - 1.2. La natura delle «norme costituzionali» che definiscono la competenza. - 1.3. Segue. Conseguenze sul concetto di cattivo uso del potere. - 1.4. Diverse ricostruzioni della *vindicatio* e del conflitto da menomazione. - 1.5. Segue. Alcuni casi giurisprudenziali e notazioni sul problema della natura dell'Ufficio centrale. - 1.6. Il conflitto da menomazione secondo la teoria dell'invasione di competenza e dell'incompetenza in senso soggettivo. - 1.7. Segue. Una più precisa definizione della cosiddetta «invasione di competenza» e sua analogia con l'incompetenza in senso soggettivo. - I.8. Segue. La giurisprudenza della Corte. - 1.9. Il superamento della distinzione tra *vindicatio* e conflitti da menomazione. - I.10. Segue. Conferme desunte dalla giurisprudenza. - I.11. Conclusioni. - Capitolo II: **Il sindacato sul «modo di esercizio» del potere nella giurisprudenza della Corte costituzionale** - SEZIONE I. *Il controllo sui «limiti esterni» del potere.* - II.1. Premessa. - II.2. L'emergere del concetto di «limite esterno»: la sent. n. 289 del 1974. - 11.3 Le tappe di avvicinamento alla sentenza n. 289 del 1974: i precedenti. - 11.4. L'individuazione dei limiti esterni: la sentenza n. 81 del 1975. - 11.5. Prime difficoltà: l'ordinanza n. 86 del 1978, - 11.6. La trasferibilità del concetto di «limite esterno» anche ai conflitti contro poteri non giurisdizionali: il problema della natura dell'Ufficio centrale. - 11.7. La Corte costituzionale ammette e poi respinge il sindacato di merito: le ordinanze nn. 1 e 2 del 1979 e le sentenze nn. 30 e 31 del 1980. - II.8. Il primo conflitto tra Comitato promotore e Ufficio centrale per il referendum (ord. n. 17 del 1978 e sent. n. 69 del 1978): l'occasione per una sentenza additiva (sent. n. 68 del 1978). - 11.9. Segue. La natura additiva della sentenza n. 68 del 1978 nell'interpretazione di Vezio Crisafulli. - II.10. Segue. La sentenza n. 68 del 1978 alla luce della teoria del «diritto vivente». - II.11 Segue. Le pronunce sui conflitti contro l'Ufficio centrale secondo le due teorie. - 11.12. La sentenza n. 99 del 1991: ancora dubbi e certezze sul tema dei «limiti esterni». - SEZIONE II. *La «creazione» dei presupposti di esercizio dei poteri.* - 11.13. Premessa. - 11.14. La creazione del concetto di «segreto funzionale» in un conflitto contro la Commissione antimafia (sentenza n. 231 del 1975). - 11.15. Segue. La definizione

---

(*) Il presente scritto si inserisce nella ricerca *«Tendenze attuali della giurisprudenza costituzionale»*, diretta dalla prof.ssa Lorenza Carlassare, con finanziamento M.U.R.S.T. 60%.

del «concerto» tra Guardasigilli e Consiglio Superiore della Magistratura. - 11.16. La negata oppure confermata rilevanza della consuetudine. - 11.17. La correzione dei precedenti e l'uso della dottrina. - 11.18. Segue. Altri casi. - 11.19. Una digressione: la creazione del «presupposto della pronuncia» può avvenire anche interpretando le norme sulla procedura (l'ordinanza n. 49 e la successiva sentenza n. 87 del 1977). - II.20. Segue. La rilettura delle procedure di esercizio del potere. - 11.21. Le parti attive dei conflitti tentano di valersi dell'atteggiamento della Corte. - 11.22. Segue. La negazione dei presupposti del conflitto individuati dalla parte ricorrente: alcuni dubbi a proposito dell'ordinanza n. 245 del 1988. - SEZIONE III. Il «sindacato sulla *pertinenza*» dell'iter logico giuridico del potere contestato. - 11.23 Premessa. - 11.24. Tracce di un <(sindacato sulla pertinenza» dell'iter logico-giuridico: la sentenza n. 150 del 1981. - 11.25. Segue. Altri casi di conflitto su atti atipici. - 11.26. Segue. Le sentenze n. 285 del 1990 e n. 175 del 1991 come tipici esempi di «sindacato di pertinenza)). - 11.27. La tipologia del sindacato della Corte nei conflitti contro i dinieghi di autorizzazione a procedere. - 11.28. Esempi di sindacato di merito in senso stretto. - Capitolo III: **Considerazioni conclusive e raffronto tra tecniche decisorie nei giudizi sui conflitti e sulla costituzionalità delle leggi** - 111.1. Conflitti tra poteri e intersoggettivi su atto giurisdizionale. - 111.2. La sostanza del sindacato sul «cattivo esercizio» del potere. - 111.3. Il «cattivo esercizio» del potere nei tre blocchi di pronunce costituzionali sui conflitti. - 111.4. I conflitti come «forma speciale di appello» delle decisioni dei giudici e della Corte. - 111.5. Connessioni e analogie tra la giurisprudenza sul «modo di esercizio del potere» e sulla legittimità delle leggi: la rilevanza. - 111.6. Segue. Altri profili: il «punto di diritto», sentenze correttive, giurisdizione d'interpretazione, diritto vivente.

Introduzione.

In quale frangente e per quali motivi la definizione del sindacato sul 'modo di esercizio' del potere è diventato un problema portante della giurisprudenza costituzionale sui conflitti di attribuzione? Davvero la Corte ha sempre evitato il ruolo di 'giudice dei giudici'? E poi, è rimasta sostanzialmente fedele ad una sola concezione di controllo oppure ha messo in campo diverse strategie decisorie in ragione del momento in cui è stata chiamata a pronunciarsi? Le tecniche usate dalla Corte sono classificabili in una serie tendenzialmente chiusa di schemi? Sono inoltre comprensibili gli scopi che hanno suggerito i suoi comportamenti? Ed è produttivo estendere l'indagine oltre la sfera dei conflitti interorganici fino almeno a comprendere quelli intersoggettivi su atto giurisdizionale? E infine, è possibile tracciare delle similitudini tra tali strategie e gli atteggiamenti assunti dal giudice costituzionale in altri luoghi della sua giurisprudenza?

Questi sono alcuni degli interrogativi che hanno animato la ricerca. Rispondendo ad essi si sono voluti definire gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza in materia, peraltro nella convinzione che la fluidità di quest'ultima non potrà esaurirsi con facilità. L'intero tema dei conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato non sembra infatti prestarsi a conclusioni definitive. La laconicità della disciplina, la funzione di supplenza svolta dalla giurisprudenza — chiamata, qui più che altrove, a sopperire ai vuoti legislativi —, l'inevitabile delicatezza di contenziosi che

coinvolgono spesso le supreme autorità dello Stato, rendono l'istituto estremamente sensibile ai cambi di stagione. Prova ne sia che nel breve volgere di qualche anno si sono affrontate, o almeno formalizzate, questioni di cui era stata spesso sottolineata l'astrattezza: così è accaduto, ad esempio, per la possibilità di sollevare conflitti contro atti legislativi, per l'ammissibilità di contenziosi promossi dal (o nei confronti del) solo Ministro di grazia e giustizia o dal Consiglio Superiore della Magistratura, e di quelli intragovernativi o coinvolgenti una sola parte dell'esecutivo in disaccordo con l'indirizzo del Consiglio dei ministri.

Quanto segue intende perciò tentare una razionalizzazione degli interventi della Corte, tratteggiarne i punti fermi come base di partenza per ulteriori indagini che potrebbero utilmente spaziare al di là della materia dei conflitti, in territori confinanti della giurisprudenza costituzionale. E forse proprio l'ampliamento degli oggetti di studio, le similitudini scorte tra le pieghe di giudizi apparentemente inavvicinabili — e qui solo accennate — potrebbero offrire fecondi e suggestivi spunti per la piena comprensione di alcuni problemi tipici dei conflitti,

Capitolo I
INCOMPETENZA E INVASIONE DI COMPETENZA

I.1. Vindicatio potestatis *e conflitto da menomazione.*

Il tema del sindacato sul modo di esercizio del potere costituisce un particolare profilo del più generale dibattito sull'oggetto dei conflitti di attribuzione; esso sorge infatti nel momento in cui alla più tradizionale teoria della *vindicatio potestatis* si affianca l'ipotesi del conflitto da menomazione o interferenza.

La concezione originaria trovava fondamento nello stesso tessuto della legge n. 87 del 1953: l'art. 37 stabilisce infatti che il conflitto serve a delimitare la «sfera di attribuzioni determinata, per i vari poteri, da norme costituzionali~; mentre il successivo aggiunge che la Corte lo risolve «dichiarando il potere al quale spettano le attribuzioni in contestazione» [1]. Le ipo-

1. L'art. 38 prosegue affermando che la Corte, «ove sia stato emanato un atto viziato da incompetenza, lo annulla». Da ciò la dottrina ha ricavato che è solo eventuale la possibilità che il conflitto interorganico scaturisca da un preciso atto del resistente, potendosi anche contestare comportamenti o concrete minacce di questo. In tal senso vedi per tutti M. MAZZIOTTI, I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, vol. II, Milano 1972, 17 s.; V. CRISAFULLI, Lezioni di diritto costituzionale, vol. II, Padova 1984, 433-434; A. CERRI, Competenza, atto e rapporto nel conflitto

tesi di conflitto evocate da queste norme impongono alla Corte un percorso di decisione praticamente obbligato: si suppone cioè che i contenziosi insorgano solo se si discute circa l'effettiva appartenenza di una specifica attribuzione che ciascuno dei poteri coinvolti rivendica come propria, ovvero rifiuta. Partendo da «norme costituzionali»[2] la Corte dovrebbe perciò ricavare le «sfere di attribuzioni» riservate ai singoli poteri, e quindi stabilire se la competenza contestata spetti all'uno o all'altro di essi[3].

Benché questa sia la prospettiva più prossima al senso degli articoli citati, il concreto sviluppo della giurisprudenza costituzionale ha portato alla luce ben diversi orientamenti. Da tempo si è infatti ammesso che conflitti possono scaturire da altre, meno plateali, forme di ingerenza. E' questo il caso del conflitto 'per menomazione', originariamente elaborato per i contenziosi intersoggettivi, ma poi esteso anche a quelli tra poteri[4]. In questa tipologia di giudizi non si contesta l'usurpazione di una competenza che chi ricorre considera propria, bensì viene impugnato il modo in cui l'agente ha esercitato attribuzioni che, di norma, gli vengono riconosciute; essenziale è però che l'illegittimo esercizio del potere si traduca in una invasione, o almeno in una menomazione, di sfere di competenza ad altri riservate da norme costituzionali[5]. Muta perciò sensibilmente l'oggetto del-

---

di attribuzioni, in AA.VV, Scritti in onore di *Vezio Crisafulli*, vol. I, Padova 1985, 171-172. Diversa interpretazione ha invece suggerito l'art. 39, relativo ai conflitti intersoggettivi, in cui è esplicita la menzione dell'atto invasivo: così, tra gli altri, V. CRISAFULLI, *Op. ult. cit.*, 444 s. *Contra* però cfr. A. M. SANDULLI, La giustizia costituzionale in Italia, in Giur. cost. 1961, 846 e G. ZAGREBELSKY, La giustizia costituzionale, Bologna 1988, 344, che cita pronunce costituzionali (ad esempio la sentenza n. 40 del 1977) in cui è espressamente esclusa la necessità che questo tipo di conflitto scaturisca da atti formali.

2. Sul concetto di «norma costituzionale» rilevante in sede di conflitto si veda *infra* par. 1.2.

3. La nozione di vindicatio riportata nel testo è quella universalmente accettata dalla dottrina: al proposito cfr., tra i tanti, A. PENSOVECCHIO LI BASSI, Il conflitto di attribuzioni, Milano 1957, 56 s.; M. MAZZIOTTI, Op. *ult. cit.*, 66; V. CRISAFULLI, Op. ult. cit., 434; G. ZAGREBELSKY, Op. *ult. cit.*, 377; S. GRASSI, voce Conflitti costituzionali, in *Digesto* delle discipline pubbiicistiche, vol. III, Torino 1988, 383 e A. PISANESCHI, I conflitti di attribuzione tra i poteri, Presupposti e processo, Milano 1992, 324 s.

4. L'estensione successiva al conflitto interorganico dello schema del conflitto da menomazione, emerso nei contenziosi intersoggettivi, è un dato di fatto ricavabile dall'esame della giurisprudenza: in questo senso cfr. V. CRISAFULLI, Op. e loc. ult. cit. e G. ZAGREBELSKY, Op. e *loc.* ult. cit. Relativamente alle tappe che hanno contrassegnato lo sviluppo della figura, nell'ambito dei conflitti tra enti, si veda il puntuale studio di F. DIMORA, Il conflitto di attribuzioni tra Stato e Regione nella giurisprudenza della Corte costituzionale, in Giur. cost. 1975, 610 s.

5. Circa la necessaria incidenza che l'illegittimo esercizio del potere del resistente deve avere nella sfera delle attribuzioni riservate alla parte attiva si veda G. ZAGREBELSKY, Op. *ult. cit.*, 378; F. D'ONOFRIO, L'oggetto dei giudizi sui conflitti costituzionali di attribuzione, in Rass. di dir. pubbl. 1963, II, 207; L. ELIA, Dal conflit-

la decisione richiesta alla Corte: non si verte più sulla titolarità in astratto di singole attribuzioni, bensì sulle concrete modalità d'esercizio delle stesse[6].

Questa figura di giudizio ha attecchito rapidamente sia nei conflitti intersoggettivi — in cui è sorta — sia in quelli tra poteri; l'esame statistico rivela anzi che è la forma di conflitto interorganico più ricorrente nella prassi, essendosi ridotta la vindicatio ad alcune ipotesi spesso avanzate solo in chiave teorica[7]. Del resto, in un sistema politico-istituzionale caratterizzato dall'esistenza di rapporti e condizionamenti reciproci tra i vari poteri, le più probabili ipotesi di conflitto emergono proprio negli snodi delle rispettive attribuzioni, e quindi non già secondo il semplicistico schema della vindicatio, bensì in considerazione del grado di interferenza illegittimamente prodotta sulle competenze ad altri riconosciute[8].

Il passaggio dalla vindicatio al conflitto per menomazione non è stato tuttavia indolore: con esso sorgeva il problema fondamentale di stabilire fino a qual punto la Corte potesse spingersi a controllare il modo d'esercizio delle attribuzioni impugnate. Non essendovi a tal proposito vincoli derivanti da alcuna disciplina, la chiave per dare risposta al fondamentale quesito è nel concreto sviluppo della giurisprudenza costituzionale. La questione emerge poi in tutta la sua portata nei conflitti promossi contro atti giurisdizionali: in particolare, essa è andata profilandosi nel momento in cui l'orientamento che sanciva il carattere diffuso del potere giudiziario si «incrociava» con l'affermarsi definitivo della figura del conflitto da menomazione[9]. Diveniva infatti possibile contestare la decisione di qualsiasi giudice, senza che l'ordinamento ponesse limiti tangibili alla pronuncia della Corte[10]. Essa ha così dovuto, volta per volta, precisare il confine del-

---

to di attribuzione al conflitto di nome, in *Giur. cost.* 1965, 146-147; *A.* PENSOVECCHIO LI BASSI, *Op. ult. cit.*, 67-68; C. MEZZANOTTE, *Le nozioni di «potere» e di «conflitto» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 1979, I, 122: la dottrina sul punto è peraltro sterminata.

6. Su questo aspetto cfr. F. SORRENTINO, *Garanzie costituzionali. Art.* 137 *Cost.*, in *G.* BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione.*, Bologna-Roma 1981, 460 s; M. MAZZIOTTI, *Op. ult. cit.*, 180 e *A.* PISANESCHI, *Op. ult. cit.*, 327.

7. Come sostenuto, tra gli altri, da S. GRASSI, Op. *ult. cit.*, 383.

8. Le considerazioni, ormai generalmente accolte; sono state originariamente messe in luce da C. MEZZANOTTE, *Op. ult. cit.*, 110 s. e 124-125.

9. Come è stato sottolineato da M. R. MORELLI, *La Corte costituzionale sui limiti del sindacato esercitabile in sede di conflitto (tra poteri dello Stato o tra Regioni e Stato) su provvedimenti di organi giurisdizionali*, in *Giust. civ.* 1982, II, 126-127 e successivamente ribadito in ID, *Ancora sui limiti del sindacato esercitabile su provvedimenti giurisdizionali in sede di conflitto di attribuzioni*, in *Giust. c i* ~ 1991, I, 257-258.

10. Dall' «incrocio» segnalato nel testo scaturiva non solo il problema di caratterizzare il controllo della Corte sull'esercizio del potere giurisdizionale e degli altri poteri dello Stato, bensì anche la possibilità di una sovrapposizione del giudizio

le sue competenze in tema di conflitto da menomazione[11].

Questa tipologia di conflitti rappresenta inoltre un evidente punto di contatto tra contenziosi intersoggettivi e interorganici: recenti teorie hanno messo addirittura in discussione l'opportunità di distinguere le due ipotesi, ma è almeno in riferimento agli episodi di conflitto contro atti giurisdizionali che si coglie l'identità delle stesse[12]. In questi casi le specifi-

---

costituzionale sui giudizi comuni: la Corte è stata infatti posta nelle condizioni di giudicare vizi d'incompetenza o annullare atti che potrebbero appunto formare oggetto di giudizi comuni. La dottrina e la giurisprudenza sembrano aver elaborato, a questo proposito, due orientamenti fondamentali: secondo la teoria della separazione e della complementarietà, i due giudizi, avendo un oggetto del tutto distinto, potrebbero tranquillamente sommarsi. Tale oggetto troverebbe origine nella necessità di ristabilire un equilibrio costituzionale turbato da violazioni della titolarità e/o delle corrette modalità d'esercizio delle funzioni o, al contrario, in un accertamento puntuale della violazione di diritti soggettivi o interessi legittimi. Non esisterebbe pertanto nessuna pregiudizialità o fungibilità tra i due giudizi, i quali sarebbero reciprocamente aggiuntivi e integrativi, A commento di questa posizione vedi, tra gli altri, S. GRASSI, *Op. ult. cit.*, 387 s., con cospicui riferimenti giurisprudenziali; F. SORRENTINO, I conflitti di attribuzione nei rapporti Stato-Regioni, in Quad. *reg*. 1982, 467 s., che giudica questo orientamento ormai consolidato; A. NOCERINO GRISOTTI, Ancora sui rapporti tra tutela giurisdizionale e conflitto di *attri*buzioni, in Le *Reg*. 1980, 718 s., il quale — pur accettandola — non esclude ipotesi residuali in cui i due giudizi finiscano con l'apparire sostanzialmente identici; G. BERTI, Conflitto di attribuzioni e giudizio amministrativo, in Le *Reg*. 1977, 232 s., che puntualizza come l'opzione tra l'uno e l'altro giudizio in sostanza discenda dalla volontà delle parti legittimate, così com'è tradotta nella determinazione dell'oggetto ufficiale della controversia (*contra* però L. VANDELLI, I difficili rapporti tra conflitto di attribuzione e giurisdizione amministrativa, in Giur. cost. 1977, I, 1788 s., che propone di far riferimento al tipo di lesione lamentata), e V. COCOZZA, Conflitto di attribuzioni, giudizio amministrativo, sindacato sul corretto esercizio del potere, in Le *Reg*. 1986, 754 s., il quale segnala pronunce in cui si è evitato di spingere all'eccesso la tesi dell'alternatività, enucleando dai ricorsi le richieste da indirizzare alla Corte costituzionale (vedi p. 760 s.). Non mancano tuttavia decisioni giurisprudenziali orientate invece a marcare, in modo netto, il carattere esclusivo, pertanto separato e non già integrativo, dei giudizi sui conflitti e amministrativi; al proposito vedi V. ANGIOLINI, Nuovi sbocchi o nuovi problemi nel rapporto tra conflitto di attribuzioni e giudizio amministrativo, in Le *Reg*. 1985, 188 s. e S. GRASSI, Op. ult. cit., 387 e nota 160.

11. Tutto il cap. II sarà pertanto dedicato a ricostruire la giurisprudenza costituzionale inerente al problema.

12. La dottrina ha da tempo notato che il conflitto tra Stato e Regioni, quando venga in causa un atto giurisdizionale, presenta forti somiglianze con il conflitto tra poteri, Al proposito si veda G. ZAGREBELSKY, Op. *ult. cit.*, 349 s., il quale tratta congiuntamente i due gruppi di giudizi proprio nel tentativo di circoscrivere il concetto di «cattivo uso» del potere, e F. SORRENTINO, La giurisprudenza della Corte costituzionale nei conflitti tra lo Stato e le Regioni, in Le *Reg*. 1986, 979. Cfr. altresì G. SILVESTRI, Conflitto tra poteri e conflitto tra Stato e Regioni: incroci obbligati e necessarie innovazioni tecniche, in Foro it. 1991, I, 333 s., che propone di configurare la Regione quale un potere dello Stato, partendo dalla giurisprudenza costituzionale relativa ai poteri esterni allo Stato apparato (vedi spec. p. 334-335).

che caratteristiche dei resistenti impongono alla Corte l'utilizzo dei medesimi strumenti concettuali, a prescindere dal fatto che a sollevare conflitto siano enti o altri poteri dello Stato. In entrambe le circostanze la Corte si pone infatti il problema di non divenire giudice d'appello alternativo a quelli già stabiliti nei codici processuali, e di specificare quindi la diversa natura del suo intervento. Per questo motivo, nel ricostruire le tendenze giurisprudenziali tese a definire il concetto di 'sindacato sul modo di esercizio del potere', si sono presi in considerazione — indistintamente — entrambi i gruppi di giudizi: essi riveleranno così la loro sostanziale parentela.

I.2. *La natura delle «norme costituzionali» che definiscono la competenza.*

Se quella descritta al paragrafo precedente costituisce la teoria tradizionale della distinzione tra *vindicatio potestatis* e conflitto da menomazione, occorre tuttavia approfondirne alcuni profili che hanno suggerito differenti interpretazioni della dottrina. Si deve, in particolare, stabilire non soltanto la tenuta delle diverse ricostruzioni, bensì anche verificarne la compatibilità reciproca e l'utilità nella classificazione delle decisioni costituzionali.

Preliminare all'indagine è la definizione delle norme che delimitano le sfere di competenza dei singoli poteri. L'art. 37 della legge n. 87, com'è noto, esige che siano «norme costituzionali» a tratteggiare tali ambiti; il problema sta però nell'individuare più precisamente il significato da assegnare a questa espressione. A tal proposito la prevalente dottrina è ormai orientata a ricomprendere in essa non soltanto le norme formalmente costituzionali bensì anche quelle materialmente tali, ossia non adottate secondo il procedimento aggravato previsto all'art. 138 Cost., eppure collegate alle fonti di grado più elevato in quanto sviluppano o realizzano principi e disposizioni in esse contenuti[13]. Ai fini indicati possono dunque assumere rilievo anche norme di legge ordinaria, regolamenti e soprattutto consuetudini[14]. L'estensione sarebbe giustificata dalla terminologia utiliz-

---

13. In questo senso si era espresso già P. VIRGA, I conflitti di attribuzione, in Foro Pad. 1949, IV, 12-13. La dottrina successiva ha accolto in modo pressoché unanime il rilievo: cfr. G. GROTTANELLI DE' SANTI, I conflitti di attribuzione tra lo Stato e le Regioni e tra *le* Regioni, Milano 1961, 118; F. SORRENTINO, I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, in Riv. *trim.* di dir. pubbl. 1967, 757-758; M. MAZZIOTTI, Op. ult. cit., 22 s.; A. PIZZORUSSO, voce *Conflitto*, in Noviss. *dig.* it., Torino 1980, 387.

14. E' invece normalmente escluso il rilievo delle convenzioni costituzionali: in tal senso vedi M. MAZZIOTTI, *Op. ult. cit.*, 25-26, nota 22, per il quale esse possono tutt'al più svolgere il ruolo di semplici criteri di valutazione del comportamento

zata dal legislatore ed emergerebbe chiaramente dal confronto con il dettato più circoscritto dell'art. 39, legge n. 87, relativo ai conflitti intersoggettivi. In esso si precisa che i contenziosi appena menzionati intervengono a tutela della «sfera di competenza assegnata dalla Costituzione», e che nel ricorso occorre indicare «le disposizioni della Costituzione e delle leggi costituzionali che si ritengono violate.. La precisione con cui vengono qui indicate specifiche fonti di rango costituzionale non si rinviene invece nella disciplina che l'art. 37 riserva ai conflitti tra poteri; richiamandosi genericamente alle «norme costituzionali» il legislatore avrebbe perciò inteso ampliare in quei casi il novero delle fonti che definiscono la competenza[15]. La natura formalistica delle osservazioni che precedono manifesta però tutta la sua debolezza non solo sul piano logico — essendo inconcepibile che norme formalmente costituzionali esauriscano tutti i problemi connessi alla delimitazione di attribuzioni — bensì procedendo all'esame della stessa giurisprudenza: è infatti ormai accertato che la Corte ha impiegato l'interpretazione più lata anche nei conflitti intersoggettivi[16], realizzando così un altro significativo momento di identità con le ipotesi di contenzioso interorganico[17].

La dottrina non è però concorde nel qualificare l'esatta tipologia delle fonti che la Corte avrebbe utilizzato per definire i conflitti che le sono stati sottoposti. La questione non è di poco conto perché, accogliendo l'una anziché l'altra delle ricostruzioni proposte, possono mutare i giudizi circa i caratteri che deve avere il sindacato sul 'modo di esercizio del potere'. Secondo taluni interpreti, il richiamo costantemente operato dalla Corte alla

---

dei poteri, e F. SORRENTINO, Garanzie, cit., 475. In senso analogo v. G. ZAGREBELSKY, *Op. ult. cit.,* 376, secondo cui la Corte normalmente evita di trasformare la convenzione in consuetudine con una propria pronuncia, per garantirne il tempestivo adattamento alle varie esigenze dei rapporti tra poteri. *Contra* vedi però A. PISANESCHI, *Op. ult. cit.,* 304.

Sul ruolo assunto nei conflitti dalle consuetudini «facoltizzanti», ossia prodotte dalla «prassi discontinua» ma equilibrata di «comportamenti positivi e negativi» (V. CRISAFULLI, Variazioni sul tema delle fonti con particolare riguardo alla consuetudine, in Studi in memoria di A. *Giuffrè,* vol. III, Milano 1967, 268) vedi A. PACE, Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale nel conflitto tra poteri, in AA.VV, Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale, Milano 1988, 168.

15. Riportano questa teoria, peraltro criticandola per il suo eccessivo formalismo e in considerazione del fatto che le espressioni «Costituzione» e «norme costituzionali» sono abitualmente usate in modo promiscuo, V. CRISAFULLI, Lezioni, cit., 436 e F. SORRENTINO, Op. *ult. cit.,* 475-476.

16. In tal senso vedi già S. CASSARINO, Osservazione a *prima* lettura, in Giur. *cost.* 1959, 385 s., e quindi L. VANDELLI, *Op. ult. cit.,* 1792-1793; F. SORRENTINO, *Op.* ult. cit., 475-476 e, con dovizia di esempi, G. ZAGREBELSKY, Op. *ult. cit.,* 347 s.

17. Per altri rilievi in tal senso v. supra par 1.1.

base costituzionale del conflitto, è funzionale a legittimare il suo intervento nei confronti degli altri organi costituzionali, ma non avrebbe un significativo ruolo processuale. Sotto questo profilo esso apparirebbe addirittura artificioso in quanto la cosiddetta integrazione delle norme costituzionali, svolta da fonti inferiori, spesso produrrebbe i parametri usati dalla Corte senza agganciarli, se non in via fittizia, alle fonti gerarchicamente sovraordinate. Perciò «il fenomeno (di solito e riduttivamente) qualificato come integrazione delle norme costituzionali da parte di fonti inferiori, rappresenta, invece, sia pure con le debite eccezioni, il momento costitutivo delle specifiche competenze dei poteri dello Stato»[18]. La Corte si porrebbe quindi abitualmente al di fuori delle coordinate previste per i conflitti dalle norme che li disciplinano; la sua decisione sarebbe infatti preceduta da una verifica circa l'assetto effettivo delle competenze prodotto dall'insieme delle fonti nel caso rilevanti, e solo per questo etichettate come costituzionali[19].

L'esame della giurisprudenza non sembra però suffragare gli esiti ultimi verso cui questa teoria propende. In molti casi appare infatti chiaro come la Corte appoggi la sua pronuncia anche a fonti di grado inferiore e si sforzi di riferirle al dato costituzionale, tuttavia questo percorso non sembra mai gratuito. Se il conflitto apparentemente nasce da questioni minute ciò non significa che tali siano anche gli sviluppi sottesi allo stesso, i quali possono invece coinvolgere la difficile questione della base costituzionale dei singoli poteri coinvolti.

Dall'analisi di alcuni casi questo aspetto emerge in tutta la sua evidenza. Una delle decisioni più frequentemente citate al proposito è la sentenza n. 150 del **1981**[20]; è stato infatti sostenuto che in essa la Corte avrebbe giudicato in ordine a competenze che la Costituzione non attribuisce al Governo[21]. Ora, se questo è in linea di principio vero, tuttavia occorre rilevare che fonti integrative della Costituzione hanno disegnato i diversi poteri dei giudici e dell'esecutivo in modo compatibile e consequenziale con il quadro tracciato dalla stessa. Se insomma è la legge che precisa l'incapacità dei giudici a imporre soluzioni al di là del caso concreto, mentre assegna al Governo il potere di provvedere, in taluni casi, in via generale, ciò discende dal fatto che l'opposta soluzione avrebbe inevitabilmente delineato un contrasto con la Costituzione e i principi che essa pone in mate-

---

18. Così **A.** PACE, Op. *ult. cit.,* **166-167.**

19. Cfr. **A.** PACE, Op. *ult. cit.,* **168.**

20. Sulla quale vedi, più in particolare, il par. 11.24. Nel caso, il Governo contestava la volontà del Pretore di Genova di realizzare, con una sua pronuncia, un inammissibile divieto di pesca e commercio — su tutto il territorio nazionale — di taluni prodotti ittici.

21. **A.** PACE, *Op. ult. cit.,* **166.**

ria[22]. E lo stesso discorso vale per altre significative decisioni costituzionali[23].

Appare pertanto costante l'attenzione della Corte a riconoscere, <<almeno nelle linee fondamentali, il quadro del sistema dei poteri costituzionali, come un *a priori* rispetto alle scelte normative successive»[24]. Con ciò si pongono pertanto le premesse per distinguere la normativa «che confluisce nella determinazione concreta dello schema costituzionale da quella che è meramente accidentale»[25]. Si evita così il rischio di produrre un «eccessivo scadimento del tono costituzionale del conflitto»[26], nonché di ritenere sufficiente la sola qualità dei soggetti coinvolti nel contenzioso — a prescindere dal carattere delle loro attribuzioni — per aversi un ricorso ammissibile[27]. Del resto, l'inevitabilità di un certo «scadimento»,discende dalla non contestata tendenza a concepire in modo ampio il concetto di

---

22. Nello stesso ordine di ragionamenti ha sottolineato come valori costituzionali possano essere in gioco pur quando la norma violata è di grado legislativo, e ha portato ad esempio il caso del divieto di annullare o revocare atti amministrativi, il quale implica il rispetto delle competenze degli organi politici e della discrezionalità amministrativa, A. CERRI, Brevi note in tema di rapporti tra Corte ed autorità giudiziaria nei conflitti di attribuzione, in Giur. cost. 1979, I, 914.

23. Così, ad esempio, per le decisioni in cui si dibatte circa l'abnormità di provvedimenti del potere giudiziario (ordinanza n. 132 del 1981, sentenze n. 70 del 1985, n. 283 del 1986, n. 2 del 1988 sulle quali vedi *infra* par. 11.25); anche in questi casi la violazione di una norma di legge ordinaria (ad esempio l'art. 4, legge n. 2248 del 1865, all. E) rileva in quanto configura i poteri dell'autorità giudiziaria in modo incompatibile ai suoi rapporti con l'esecutivo tratteggiati in Costituzione (ad es. all'art. 113). Alcune di queste pronunce sono state tuttavia ricostruite in modo opposto a quello appena delineato — e dunque in senso conforme alle tesi qui criticate — da A. PISANESCHI, *Op. ult. cit.,* 310-311.

24. G. ZAGREBELSKY, *Op. ult. cit.,* 376. Nello stesso senso vedi F. SORRENTINO, I conflitti, cit., 712-713, per il quale l'istituto dei conflitti svolge la finalità garantista di salvaguardare quei rapporti tra poteri stabiliti dalla Costituzione. Su questo punto concorda anche A. CERRI, Competenza, cit., 180 che sostiene la necessità del rilievo costituzionale della competenza lesa ovvero, nel conflitto da menomazione, dell'intero rapporto dedotto in giudizio.

25. G. ZAGREBELSKY, *Op.* e loc. *ult.* cit.

26. La fortunata espressione è di C. MEZZANOTTE, Op. *ult. cit,* 113.

27. La questione venne messa in luce da C. MEZZANOTTE, Op. *ult. cit.,* 118-119, a proposito del conflitto ipotizzato allorché un'iniziativa giudiziaria alquanto dubbia — e, almeno stando alle cronache giornalistiche, indirizzata a punire in via trasversale la scarsa malleabilità dei dirigenti a seguire indicazioni non ortodosse provenienti dal Governo — colpì i vertici della Banca d'Italia. In tal senso è sempre stata letta una presa di posizione di P. BARILE SU La Repubblica del 24/4/1979, anche se, in realtà, era assai presente al giurista la necessità di ancorare le competenze controverse a precise disposizioni costituzionali.

Il dibattito è stato approfondito anche da A. CERRI, Brevi note, cit., 914, il quale puntualizza come la teoria nascesse dal fatto che è solo la legge n. 87 — e non la Costituzione — a discriminare i conflitti fondati sulla violazione di competenze di grado costituzionale e legislativo.

«norma costituzionale»,e dall'ovvia considerazione che non è concepibile la pretesa di ricavare da fonti sovraordinate la dettagliata disciplina delle competenze dei singoli poteri; tanto più se si considera l'orientamento teso ad espandere la categoria dei soggetti abilitati al conflitto[28]. Ferme restando queste considerazioni l'istituto di cui all'art. 134 Cost. evidenzia comunque la sua peculiarità, consistente nel dirimere solo i contrasti relativi ai rapporti che, in qualche modo, affondano le loro radici in Costituzione.

1.3. *Segue. Conseguenze sul concetto di cattivo uso del potere.*

Accogliendo l'una o l'altra ricostruzione del comportamento della Corte si favoriscono diverse ipotesi ricostruttive del sindacato sul modo di esercizio del potere. Si badi, l'opzione non genera in via automatica un particolare concetto di controllo, bensì pone in qualche modo le premesse per accedere ad opposti orientamenti sul tema.

Si è detto che, per la prima teoria, la Corte usa nei conflitti parametri ricavati pressoché interamente da fonti subordinate alla Costituzione; l'aggancio a quest'ultima avviene in modo praticamente strumentale, ossia serve a legittimare il ruolo della Corte nei confronti degli altri organi costituzionali ma non avrebbe alcuna effettiva incidenza nella definizione dei conflitti. Questo approdo disegna una tipologia di giudizio che vede la Corte, in primo luogo, a contatto con norme di legge ordinaria, e solo in seconda battuta — e con uno scopo in certo senso traslato — con fonti sovraordinate.

Ben diversa prospettiva emerge dalla seconda teoria citata: il costante riferimento alle norme costituzionali, sia pur destinato soltanto a fornire una base alle attribuzioni contestate, gioca un ruolo decisivo per qualificare l'ammissibilità del conflitto e il suo «tono».

Nel primo caso è dunque logico pensare ad ipotesi di conflitto in cui si denunci la menomazione di competenze di qualsiasi rango, nel secondo ciò non è per definizione possibile. Ne deriva che il confine delimitante le sfere di competenza dei singoli poteri possiede uno spessore assai diverso nelle due teorie: per la seconda esso è ricavabile da norme agganciate alla Costituzione e costituisce un dato intangibile, per l'altra, invece, la sua origine sottordinata prelude ad una più semplice elusione. Ecco perché in quest'ultimo caso si creano le premesse per ammettere un più attento sindacato sul modo in cui i soggetti contestati hanno discrezionalmente usato dei poteri loro riconosciuti dalla legge. La Corte si trova infatti già predi-

---

28. Sulla questione vedi per tutti V. CRISAFULLI, *Op. ult. cit.*, 417 s. e A. PISANESCHI, *Op. ult. cit.*, 184 s.

sposta ad operare in maniera più elastica, e senza effettivi parametri derivati dalla Costituzione.

Non sorprende perciò che chi ha assai autorevolmente sostenuto questa tendenza giurisprudenziale più facilmente ammetta l'eventualità dell'accesso della Corte nell'area del sindacato ritenuto di merito. Ciò è accaduto a proposito della lettura delle pronunce sui conflitti promossi da Comitati promotori di referendum nei confronti dell'Ufficio centrale presso la Cassazione[29]. Le decisioni d'inamrnissibilità, in pratica costanti dopo l'opposta soluzione accolta nella sentenza n. 69 del 1978, rivelerebbero l'intento strumentale sotteso a quella prima pronuncia; la Corte avrebbe insomma riconosciuto la natura di potere al Comitato solo per ammettere un conflitto che le offriva l'opportunità di sollevare d'ufficio la questione di legittimità costituzionale dell' art. 39, legge n. 352 del 1970. Se invece la scelta della Corte fosse stata davvero indirizzata ad allargare le ipotesi di conflitto, si sarebbe poi «dovuto ritenere ammissibile il ricorso anche nell'ipotesi che la menomazione delle attribuzioni del 'potere' referendario derivi dall'esercizio delle potestà conferite all'Ufficio centrale del referendum e quindi da pretesi *errores in iudicando* da esso compiuti. [30]. A parte ogni valutazione sulla pretesa strurnentalità della sentenza n. 69[31], le conseguenze ricavate dalla vicenda, mentre non potrebbero così semplicemente esprimersi aderendo alla teoria più restrittiva dell'oggetto del conflitto, sono qui adombrate forse proprio perché si parte dal presupposto che la Corte possieda una maggiore libertà di movimento derivante dall'operare abitualmente con fonti sottordinate. Per la prima ricostruzione è essenziale infatti che il vizio «di per sè, in quanto tipo di vizio»[32] provochi un'interferenza che incida sul rapporto di rango costituzionale che lega i poteri coinvolti; per la seconda il livello costituzionale del legame non sarebbe accertabile, e dunque è più semplice prescinderne.

1.4. Diverse ricostruzioni della vindicatio *e del conflitto da menomazione.*

La dottrina ha elaborato diverse ricostruzioni circa l'incidenza delle norme che definiscono le competenze dei partecipanti al conflitto nella *vindicatio potestatis* e nel conflitto da menomazione.

Una prima questione sorge con riguardo a un aspetto solo apparentemente marginale: si tratta cioè di stabilire quali competenze debbano avere rango costituzionale nelle due diverse ipotesi di conflitto; se sia cioè suf-

29. Sui quali vedi in dettaglio *infra* par. 11.6 e seguenti.
30. A. PACE, *Op. ult. cit.,* 158.
31. Vedi la nota precedente.
32. G. ZAGREBELSKY, *Op. ult. cit., 378.*

ficiente che, in taluni casi, soltanto una delle parti ne sia detentrice, ovvero occorra che entrambi i soggetti coinvolti ne dispongano. Con questo non è dunque in alcun modo contestata l'abituale affermazione secondo cui le «norme costituzionali» che individuano le sfere di attribuzioni riservate ai vari poteri ricomprendono anche quelle materialmente tali. Non è cioè il concetto di «competenza costituzionalmente rilevante. ad essere in discussione.

La dottrina ha assunto al proposito due orientamenti in linea di tendenza opposti. Si è detto che, qualora ci si trovi in una classica ipotesi di *vindicatio* — ossia si deduca che un soggetto è andato appropriandosi di competenze del ricorrente —, il conflitto è ammissibile anche quando la sola attribuzione che si dice violata ha rilievo costituzionale; al contrario, nei casi di interferenza o menomazione, l'intero rapporto dovrebbe avere questa qualifica, occorrendo cioè che anche il potere esercitato in modo illegittimo — e non solo quello invaso — sia «costituzionalmentesignificativo, [33]. Poiché nella *vindicatio* entrambi i confliggenti rivendicano una stessa competenza, il giudizio non potrebbe infatti vertere che su una sola norma (costituzionale) attributiva; nella menomazione, invece, contestandosi l'interferenza provocata dall'illegittimo esercizio di attribuzioni di norma già riconosciute al resistente, l'accento sarebbe posto sull'individuazione del limite tra le diverse sfere di competenza, e quindi l'intero rapporto tra gli organi dovrebbe assumere rilevanza costituzionale [34].

In un'altra lettura dottrinale questi rilievi vengono, in certo senso, ribaltati. Muovendo comunque dalla considerazione che, al di sopra di ogni distinguo, è implicita all'istituto la normale eventualità che entrambe le parti coinvolte siano poteri costituzionali, questa teoria ritiene praticamente indispensabile il requisito soprattutto in caso di *vindicatio*. Poiché invece nel sindacato sul modo di esercizio del potere ciò che più importa è la tutela della posizione del ricorrente, «può sfumare la necessità del carattere costituzionale delle attribuzioni dal cui esercizio si assuma derivare la menomazione delle altrui attribuzioni costituzionali»[35].

A parte ogni valutazione sulla maggiore duttilità della terminologia utilizzata in questa seconda ipotesi ricostruttiva (da essa si trae infatti una possibilità e non una necessità), le impostazioni descritte sono, in modo

---

33. Questa ricostruzione è proposta da *A.* CERRI, *Op.* e *loc. ult. cit.*

34. I profili qui illustrati sono particolarmente messi in luce da A. PISANESCHI, *Op. ult.* cit., 325 s.

35. Così G. ZAGREBELSKY, *Op. ult. cit.*, 374.

Implicitamente analoga è l'interpretazione di S. GRASSI, Il giudizio costituzionale sui conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni, Milano 1985, 74. Riferendosi peraltro ai conflitti intersoggettivi, egli infatti rileva come l'iniziale affermazione della vindicatio servisse a mantenere il livello costituzionale del conflitto nei termini di un contrasto diretto tra soggetti di questo rango.

assai chiaro, divergenti[36]. Appare peraltro più persuasiva quella indicata per ultima. Nella *vindicatio potestatis* è infatti vero che si controverte circa una sola competenza costituzionale rivendicata dai confliggenti; tuttavia, quando entrambi i soggetti pretendono l'esclusivo riconoscimento di un'attribuzione, è implicito che essi proporranno diverse norme costituzionali — talvolta anche ricavate dalle stesse disposizioni[37] — cui agganciarla. Del tutto diversa appare la dinamica del conflitto da menomazione: chi ricorre pretende in questo caso la tutela di una propria attribuzione costituzionale, violata a seguito dell'illegittimo esercizio di una competenza altrui. Il requisito dell'illegittimità sottolinea però come quest'ultima si ponga al di fuori dei presupposti o delle procedure che ne avrebbero consentito l'esercizio; essa insomma non corrisponderebbe alla sua fattispecie normativa[38]. In questo sembra insito un rischio: la competenza, pur essendo apparentemente «tipica»— e dunque, poniamo, di rango non costituzionale — in realtà vive, a causa della sua illegittimità, in una dimensione che non le appartiene. Potrà dunque darsi il caso che essa travalichi nella sfera di attribuzioni — questa volta costituzionali — del ricorrente. Ecco dunque che si saranno lese competenze superiori pur partendo da modelli di funzione appartenenti a un livello subordinato. Ovviamente non ci sarà alcun problema qualora l'illegittimità invasiva sia invece prodotta da una competenza che già all'inizio è costituzionale; il rapporto si pone qui immediatamente a tale livello, e dunque risultano rispettati anche i più rigorosi requisiti del conflitto tra poteri.

---

36. Ha sottolineato la profonda differenza sussistente tra le due teorie L. CARLASSARE, La giustizia e il «*suo*» Ministro, in Giur. cost. 1992, 3322-3323. Pur ritenendo più convincente la tesi di G. ZAGREBELSKY, l'autrice auspica un approfondimento della questione «sotto diversi aspetti (in primo luogo quello della verifica dell'esistenza o meno di strumenti diversi dal conflitto a garanzia della competenza lesa dall'esercizio di un potere privo di carattere costituzionale)» (p. 3323).

37. Sulla classica distinzione tra «disposizione»e «norma» vedi V. CRISAFULLI, Op. ult. cit., 41 s.

38. Il rapporto tra il concetto di incompetenza e l'esperimento di attività illegittime che non corrispondono a nessuna delle fattispecie normative che le disciplinano, «quale che sia l'elemento rispetto al quale non si verifichi la corrispondenza~è puntualizzato da G. GUARINO, Competenza, incompetenza, invasione di competenza, in Giur. Cass. civ. 1950, III, 811.

1.5. *Segue. Alcuni casi giurisprudenziali e notazioni sul problema della natura dell'Ufficio centrale.*

La teoria accolta nel testo sembra in grado si spiegare l'atteggiamento assunto dalla Corte in alcune sue decisioni. Particolarmente significative in proposito sono le pronunce sui conflitti promossi dai Comitati promotori di referendum nei confronti dell'Ufficio centrale presso la Cassazione[39]. In tutte queste vicende la Corte ha evitato di esprimere un parere definitivo circa la natura giuridica dell'Ufficio, anche quando i ricorrenti ne sostenevano apertamente il carattere giurisdizionale: esse pertanto confermano che, in tipiche ipotesi di conflitto da menomazione, la Corte non ritiene essenziale qualificare le competenze del soggetto che avrebbe realizzato il comportamento invasivo.

Indicative in tal senso sono soprattutto l'ordinanza n. 17 del 1978 e la sentenza n. 69 dello stesso anno[40]; essendo queste le prime decisioni in cui si dibatteva l'ammissibilità di contenziosi tra Comitato e Ufficio, sarebbe stata opportuna una puntuale illustrazione dei loro caratteri. Oltretutto è la stessa legge n. 87 del 1953 a imporre la verifica che il conflitto insorga tra «organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartengono», e tale controllo non può risolversi in mere enunciazioni di stile, richiedendosi alla Corte di esprimere un avviso certo e chiaro sulla precisa collocazione istituzionale dei partecipanti al giudizio. Invece la Corte non afferma l'inclusione dell'Ufficio al potere giurisdizionale, ma — quasi tautologicamente — rileva che «non può dubitarsi della legittimazione ad essere parte del conflitto di cui trattasi dell'Ufficio centrale per il referendum della Corte di cassazione, competente a decidere sulla legittimità delle richieste con ordinanza definitiva»[41]. L'aggancio

39. Queste decisioni saranno commentate in dettaglio *infra* par. 11.6 e seguenti.

Le pagine dedicate ad illustrare il percorso attraverso cui la Corte ha incluso il Comitato promotore tra i poteri legittimati al conflitto sono assai cospicue; si vedano, tra i tanti contributi, M. MAZZIOTTI, *Poteri esterni allo Stato persona come parti dei conflitti di attribuzione e questioni di ammissibilità del referendum,* in *Giur. cost.* 1978, 977 s; C. MEZZANOTTE, *Comitato dei promotori e conflitto fra i poteri dello Stato,* in *Dem. e dir.* 1978, 87; S. BELLOMIA, *Arnmissibilità costituzionale e referendum,* in *Giur. cost.* 1979, *I,* 8-9; P. GROSSI, *Ipromotori di referendum nel conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato,* in *Giur. cost.* 1978, I, 1227. I Comitati promotori sono a tutt'oggi gli unici poteri esterni allo Stato apparato che abbiano partecipato a conflitti tra poteri. Ammettendo questa eventualità la Corte fornisce della parola «Stato»,menzionata all'art. 134 Cost., un significato più ampio rispetto quello comunemente inteso, ricomprendendo in esso il cosiddetto «Stato-ordinamento~. Perplessità su questa interpretazione dell'art. 134 ha manifestato V. CRISAFULLI, *Op. ult. cit.,* 430 s.

40. Vedile in *Giur. cost.* 1978, *I,* 421 s. e 588 s.

41. In *Giur. cost.* 1978, *I,* 423.

strutturale dell'organo alla Cassazione non è però sufficiente a qualificarne la natura; e del resto la Corte non prosegue oltre nell'accostamento, ricavando la sua legittimazione al conflitto dall'esistenza di competenze e funzioni da esso esercitabili in via esclusiva [42]. Essa ha invece agito in maniera assai più decisa quando la partecipazione di un organo ai conflitti avveniva in virtù del suo preteso carattere giurisdizionale: in questi casi non ha mai usato locuzioni indirette o incerte, facendo pianamente discendere la legittimazione dalla sempre affermata natura diffusa del potere di cui trattasi [43].

La ritrosia della Corte si ripete nella sentenza n. 69 del 1978; quest'ultima, infatti, diffusamente precisa le ragioni che consentono al Comitato promotore di presentare ricorso, ma sorvola sull'Ufficio centrale, per il quale fa rinvio all'ordinanza n. 17 [44]. Nessun aiuto forniscono poi le ordinanze nn. 42, 43, 44 e 45 del 1983, corrispondenti ad altrettanti conflitti sollevati dal Comitato promotore del referendum abrogativo di talune nor-

---

Alle considerazioni sviluppate nel testo fa cenno G. ZAGREBELSKY, *Op. ult.* cit., 374.

42. Cfr. S. NICCOLAI, Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, in R. ROMBOLI (a cura di), Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-1989), Torino 1990, 250 e M. TARUFFO, I poteri *dell'Ufficio* centrale per il referendum in relazione a «*modifiche* sostanziali della legge oggetto del referendum», in AA.VV, Referendum, ordine pubblico, Costituzione, Milano 1978, 125-126.

43. Vedi, ad esempio, le sentenze nn. 13 e 231 del 1975, 129 e 150 del 1981 e le ordinanze nn. 49 e 87 del 1977 e 98 del 1981.

Tra coloro che hanno, senza esitazioni, sostenuto il carattere giurisdizionale dell'Ufficio centrale vedi M. DEVOTO, *L'ufficio* centrale per il referendum, in Studi *parl.* e di pol. cost. 1971, fasc. XIV, 85 s. e M. MAZZIOTTI, Op. ult. cit., 983-984, il quale — con un'interpretazione opposta alla nostra — ricava l'argomento definitivo per il riconoscimento proprio dalla giurisprudenza costituzionale sul punto. In senso analogo A. PISANESCHI, Op. *ult. cit.*, 118 e nota 53; accetta la conclusione, pur citando i dubbi che l'accompagnano, C. MEZZANOTTE, Le nozioni, cit., 111. Di recente si veda G. GEMMA, La Corte quale giudice dei giudici nei conflitti di attribuzione, in AA.VV, La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato, Torino 1993, 79-80, il quale pur sottolinea lo spessore di taluni dubbi. Rileva invece come, nelle decisioni costituzionali, la natura giurisdizionale dell'Ufficio centrale sia non già asserita, bensì posta solo come probabile, V. CRISAFULLI, Cattivo uso del potere e conflitti di attribuzione, in Giur. cost. 1980, I, 230. Un'ampia disamina dei tratti caratteristici dell'Ufficio centrale, che conclude col ritenere «di accertamento» o di «controllo di natura amministrativa» la funzione da esso svolta, è in M. RAVERAIRA, Problemi di costituzionalità dell'abrogazione popolare, Milano 1983, 185 s. Ha evidenziato come la natura di organo giurisdizionale dell'Ufficio non sia stata mai espressamente affermata dalla giurisprudenza costituzionale, *e* come peraltro si potrebbe riconoscere a tale soggetto la qualifica di giudice dal solo «punto di vista soggettivo, non esercitando l'Ufficio centrale funzioni giurisdizionali in senso proprio», R. TARCHI, Il conflitto di attribuzione tra poteri dello *Stato,* in R. ROMBOLI (a cura di), Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1990-1992), Torino 1993, 293, nota 129.

44. Cfr. Giur. cost. 1978, I, 595.

me applicative dell'indennità di contingenza[45]: in tutti questi casi la Corte risolve i contenziosi concentrandosi sull'inammissibilità del loro profilo oggettivo e di conseguenza non ne esamina i risvolti soggettivi. L'identica sorte dei conflitti è poi causata dall'obiettivo 'politico' che i promotori sembrano assegnare almeno ai ricorsi decisi con le ordinanze nn. 43, 44 e 45; ossia reperire nuove strade per ostacolare l'esercizio della funzione legislativa che impedisca la consultazione referendaria[46]. E sulla stessa linea argomentativa si pone anche l'ordinanza 30 maggio 1990[47], in cui la Corte ripete e parafrasa le asserzioni sull'Ufficio centrale contenute nell'ordinanza n. 17 del 1978.

Nè la ricostruzione che si è accolta sembra — come si vorrebbe — contraddetta dall'ordinanza n. 86 del 1978[48], in cui la Corte dichiarava inammissibile il conflitto sollevato dal Pretore di Roma, a fronte della ribadita disponibilità dell'esecutivo ad assicurare la forza pubblica in udienza solo quando non sussistessero altre esigenze prioritarie. La Corte non ha in questo caso svolto valutazioni sulla rilevanza costituzionale dell'intero rapporto che era chiamata a giudicare[49], bensì ha riproposto i suoi orientamenti più restrittivi circa l'ampiezza del sindacato sul modo di esercizio

---

45. In *Giur. cost.* 1983, I, 153 s.; 157 s.; 161 s.; 164 s.

46. Le ordinanze citate evidenziano infatti il tentativo del Comitato promotore di rinvenire vie alternative al raggiungimento dell'obiettivo cui si rifaceva l'auspicata consultazione popolare. Nell'ordinanza n. 44 la Corte respinge il conflitto sollevato contro il Governo — reo di aver posto la questione di fiducia per agevolare l'approvazione della legge 29 maggio 1982, n. 297, che abrogava la normativa oggetto di referendum — «data.. la palese inidoneità dell'atto impugnato a ledere sotto qualsivoglia riguardo la sfera dei ricorrenti»; nell'ordinanza n. 43 e 45, invece, i ricorrenti chiedono l'instaurazione di un conflitto al solo scopo di consentire alla Corte di trasformarsi in giudice *a quo* e sollevare la questione di legittimità costituzionale delle nuove norme. Nel primo ricorso, sollevato avverso il Presidente della Repubblica, responsabile di aver promulgato la legge diretta ad evitare la consultazione, il Comitato promotore addirittura specifica la desiderata successione di decisioni richieste alla Corte; nel secondo, proposto nei confronti del Presidente del Consiglio e del Parlamento, i ricorrenti si limitano ad avanzare soltanto questioni d'illegittimità, rimanendo del tutto implicita la richiesta di delibazione in senso affermativo del ricorso.

47. In *Giur. cost.* 1990, 1613 s. con nota di *A.* Pisaneschi, *In tema di cattivo esercizio del potere nel giudizio per conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato,* 1636 s.

48. In *Giur. cost.* 1978, *I,* 1178 s.

Su questa pronuncia vedi anche *infra* par. 11.5.

49. Ricava dall'ordinanza n. 86 la conferma della teoria secondo cui, nel conflitto da menomazione, tutto il rapporto dedotto deve avere rilievo costituzionale, *A.* Cerri, *Competenza,* cit., 180-181. Poiché infatti, «nella realtà delle cose, la mancata assistenza della forza pubblica non può non intralciare le competenze costituzionalmente rilevanti... se il criterio di ammissibilità del conflitto fosse tutto centrato sulla natura della competenza lesa difficilmente si potrebbe negare l'ammissibilità di quello in esame».

del potere che le sarebbe consentito[50]. La pronuncia è infatti giustificata dal tenore del ricorso, in cui non si denunciava altro che una valutazione d'opportunità — di merito se si preferisce — svolta nell'ambito di competenze che comunque si riconoscevano al resistente. La Corte ha insomma appoggiato la sua decisione alla consolidata giurisprudenza che sancisce l'impossibilità di andare oltre la verifica del rispetto dei «limiti esterni» del potere contestato.

1.6. Il conflitto da menomazione secondo la teoria dell'invasione di competenza e dell'incompetenza in senso soggettivo.

Già si è visto come il superamento della *vindicatio* e l'approdo al conflitto da menomazione o interferenza costituisca un dato ormai indiscusso della dottrina e della giurisprudenza. Poiché il carattere di quest'ultimo è però strettamente connesso alla definizione del momento in cui il soggetto agente è 'fuoriuscito' dalle sue competenze, incidendo — vedremo poi come — su quelle altrui, ragionare sul concetto di competenza e incompetenza rilevante in sede di conflitto è prodromico ad ogni altro approfondimento.

A questo proposito si profilano due orientamenti dottrinali apparentemente contrapposti: secondo la teoria dell'incompetenza in senso soggettivo, l'agente esce dalla sua competenza quando pone in essere un'attività che non corrisponde a nessuna delle fattispecie che sono per esso previste in via normativa[51]; se portata alle estreme conseguenze questa ricostruzione può però condurre troppo oltre, ossia ad individuare nella sola illegittimità dell'atto i1 vizio di per se idoneo a produrre il conflitto[52]. In quanto impedisce la corrispondenza tra fattispecie astratta e concreta, l'accertata illegittimità segnalerebbe infatti lo sconfinamento dell'agente.

E' ovvio però che questo è possibile in quanto venga ripudiata ogni concezione relazionale di competenza[53], ossia si respinga l'idea che il

---

50. Su questo tema vedi diffusamente *infra* cap. II, sezione I.

Sottolineano questo aspetto, ritenendolo fondamentale per comprendere la decisione in oggetto, S. BELLOMIA, *Osservazione sull'ordinanza* n. 86 del 1978, in *Giur.* cost. 1978, I, 1179; C. MEZZANOTTE, *Op. ult. cit.*, 123 e A. PISANESCHI, *Op. ult.* cit., 1641.

51. Teorizza questa figura d'incompetenza, muovendo da situazioni agganciate al diritto amministrativo, ma accennando ai suoi effetti di ricaduta sull'istituto dei conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, G. GUARINO, *Op. ult. cit.*, 811 e 815.

52. Anche coloro che si pongono nella prospettiva teorica indicata nel testo hanno infatti sottolineato questo possibile rischio; al proposito cfr. A. PISANESCHI, I conflitti, cit., 340.

Dalla più radicale alla più tenue. Anche l'idea di sostituire al requisito dell'in-

conflitto presuppone un rapporto tra i suoi protagonisti, su cui precisamente incide il comportamento illegittimo[54]. Se tale conseguenza non costituisce un'imprescindibile corollario della teoria, è certo però che quest'ultima, in vario modo, ridimensiona il requisito del rapporto tra i poteri inteso come presupposto essenziale del conflitto. La sua definizione viene quindi a poggiare in via esclusiva — o prevalente — sulle norme che circoscrivono le attribuzioni dell'agente; a queste occorrerebbe in primo luogo guardare per stabilire se il ricorso è ammissibile, mentre nessun rilievo avrebbe che si fosse realizzata una vera «invasione» nelle competenze altrui[55].

A prevenire gli eccessi cui potrebbe condurre I'accoglimento acritico di tali posizioni, occorre pertanto sostenere la necessità che per ogni ricorso sia accertabile l'esistenza di un chiaro interesse ad agire[56]; tale requisito impedisce di trasformare la Corte in un semplice giudice della legittimità di comportamenti imputati ai singoli poteri, cui rivolgersi anche quando non vi sia alcun legame tra di essi e il soggetto leso[57]. Ove la Corte

---

vasione di competenza il mero interesse ad agire — sostenuta, com'è detto più oltre, proprio da chi parte dalle posizioni illustrate nel testo — in realtà introduce, sotto mentite spoglie, un sia pur debole concetto relazionale di competenza. Se non altro perché esso esclude il completo distacco tra ricorrente e convenuto, e presuppone che l'attività di quest'ultimo abbia avuto modo di intaccare le attribuzioni riservate al primo. In questo senso ci sembrano le affermazioni di A. PISANESCHI, Op. *ult.* cit., 336 e 340.

54. La concezione relazionale dei conflitti, la quale postula, oltre una vizio dell'atto, anche la sua idoneità a turbare gli interessi del ricorrente, è bene posta in luce da F. SORRENTINO, *Op. ult. cit.,* 725 s.

55. In questo senso ancora G. GUARINO, Op. *ult. cit.,* 814-815. Per l'autore infatti «dall'incompetenza in senso soggettivo l'invasione di competenza si distingue perché, pur essendo ricavata dalla nozione di competenza, si commisura in relazione della competenza non del soggetto che ha agito, ma del soggetto che avrebbe dovuto agire». In base a ciò egli rileva nei conflitti la tendenza «a riferire il termine 'attribuzioni' non alla competenza dell'organo leso, ma alla competenza dell'organo agente, ritenendo di conseguenza che il conflitto può sorgere ogni volta che l'atto sia compiuto dall'organo di un potere in violazione delle norme che regolano la sua competenza».

56. In questo senso vedi A. PISANESCHI, *Op. ult. cit.,* 339 s. Un accenno, sia pur più sfumato, all'esigenza che sussista un interesse ad agire del ricorrente, combinato all'illegittimita dei comportamenti della parte passiva, in G. GUARINO, Op. *ult. cit.,* 815.

57. Ritiene essenziale l'esistenza dell'interesse ad agire per aversi conflitto, ricavandolo dalla previsione dell'art. 37, comma 4, legge n. 87, che dispone la notifica del ricorso agli «organi interessati», M. MAZZIOTTI, I conflitti, cit., II, 110. L'autore peraltro lega il requisito a una concezione ancora relazionale delle competenze in gioco, precisando che la situazione denunciata dev'essere «pregiudizievole al ricorrente, in quanto implica lesione delle sue attribuzioni costituzionali, o menomazione nell'esercizio di esse, o almeno immediata minaccia alla loro integrità».

non individuasse un'effettiva connessione tra il comportamento impugnato e il pregiudizio posto come sua conseguenza, essa non potrebbe infatti che escludere I'ammissibilità del conflitto[58]. In pratica, basta che l'attività incriminata danneggi in modo generico le attribuzioni del ricorrente affinché questi si venga a trovare nelle condizioni necessarie e sufficienti a sollevare conflitto davanti alla Corte. Nessun rilievo avrebbe invece iscrivere l'illegittimità entro le più rigorose coordinate di un concetto «relazionale» di competenza tra soggetto agente e soggetto leso: non si richiede infatti una puntuale intromissione nelle attribuzioni di quest'ultimo per aversi un conflitto ammissibile. E' però chiaro che introdurre il requisito dell'interesse ad agire, se non provoca l'allineamento della teoria dell'incompetenza soggettiva sulle più estreme ricostruzioni relazionali, di certo almeno, come si vedrà, le avvicina a mezza strada.

1.7. *Segue. Una più precisa definizione della cosiddetta «invasione di competenza~e sua analogia con l'incompetenza in senso soggettivo.*

La teoria che si è appena descritta poggia su di un presupposto che non sembra del tutto corretto. Da essa si desume infatti che, respingendo l'idea dell'incompetenza «in senso soggettivo», non resta che accedere ad una ricostruzione dell'oggetto dei conflitti secondo cui l'illegittimità dei comportamenti impugnati deve accompagnarsi ad una precisa invasione delle competenze riservate alla parte attiva. Non sarebbe così più possibile concentrarsi soprattutto sulle norme che disciplinano gli ambiti d'azione del soggetto agente, bensì queste andrebbero integrate dalla precisa enucleazione del rapporto che le salda alle competenze dell'organo leso. Insomma, non un semplice pregiudizio — sommato all'illegittimità del comportamento — potrebbe fornire materia di un conflitto, ma soltanto un vero travalicamento nelle sfere di competenza attribuite a chi ricorre.

Questa interpretazione del conflitto da menomazione o interferenza è però riduttiva ed eccessivamente schematica. La dottrina più attenta ricostruisce infatti il contenuto di questa tipologia di contenziosi in senso decisamente più ampio. Il concetto d'invasione di competenza ad essa sotteso ha così assunto un significato che va oltre la letteralità dell'espressione, sino a designare un qualsiasi turbamento delle attribuzioni latamente costituzionali del ricorrente[59]. Permane cioè l'aggancio al concetto «relazio-

---

Circa il pericolo che la Corte si trasformi in un generico giudice della legittimità di comportamenti, si vedano i commenti critici di A. CERRI, *Brevi* note, cit., 905 s. e *G.* ZAGREBELSKY, *Op. ult. cit.,* 378.

58. Così *A.* PISANESCHI, *Op. ult. cit.,* 340.

59. Assai chiaro in questo senso era già F. SORRENTINO, *Op. ult. cit.,* 725 s. e 730-731. Per l'autore la Corte, pur partendo da una visione relazionale, aveva rea-

nale» dell'interferenza, ma questo via via trascolora fino a ricomprendere ogni ipotesi di pregiudizio degli interessi costituzionalmente propri al soggetto leso [60].

Non è così affatto difficile individuare un terreno d'incontro tra l'una e l'altra teoria; le differenze, piuttosto che marcare insolubili contrasti tra di esse, ne puntualizzano soltanto i diversi accenti, ma non pregiudicano la loro sostanziale analogia. Nell'incompetenza in senso soggettivo si avrà così immediato riguardo all'illegittimità dell'iniziativa assunta dal soggetto agente e quindi all'interesse ad agire di chi ricorre, per la teoria dell'invasione, l'azione e la sua incidenza nella sfera del ricorrente saranno poste sullo stesso piano. Gli effetti ultimi delle due ricostruzioni non appaiono però dissimili.

Lo si nota, in particolare, valutando il modo in cui la teoria dell'incompetenza in senso soggettivo supplisce all'assenza di ogni riferimento al concetto di invasione o relazione introducendo tra i requisiti essenziali del conflitto l'interesse ad agire [61]. Questo peraltro emergerà in primo luogo proprio nelle circostanze in cui si assista a una intromissione nelle competenze riservate alla parte attrice. Non solo però: accogliendo la nozione più ampia di conflitto da interferenza si avrà interesse ad agire in tutti i casi in cui vi sia stata menomazione e viceversa; il pregiudizio sofferto dal ricorrente diviene infatti il presupposto oggettivo fondamentale delle due ricostruzioni sui conflitti [62].

---

lizzato lo sviluppo del concetto di invasione di competenza fino a comprendere anche la mera turbativa di funzioni costituzionali. Tali assunti erano ribaditi anche in ID, Garanzie costituzionali, cit., 473-474; analizzando i dati complessivi della dottrina e della giurisprudenza, vi si affermava infatti che all'illegittimità dell'atto doveva accompagnarsi un pregiudizio del ricorrente che poteva andare da una vera intromissione nella sua sfera di competenza a un mero ostacolo o semplice turbamento di funzioni. In questa prospettiva si è collocato, più di recente, anche S. GRASSI, voce Conflitto, cit., 370-371, il quale efficacemente combina l'attenzione verso il soggetto agente — tipica della teoria dell'incompetenza in senso soggettivo — con la sottolineata necessità che questi leda una competenza altrui. Analoghe posizioni erano ribadite da A. PISANESCHI, In tema, cit., 1639, secondo cui all'incompetenza soggettiva occorreva affiancare d'elemento della menomazione del soggetto leso, secondo lo schema dell'invasione di competenza». L'autore si è invece discostato da questa concezione ne I conflitti, cit., 332 s., dove ha sottolineato piuttosto le componenti soggettive della tesi.

60. E' stato così possibile sostenere, ad esempio, che sono rilevanti non solo le ipotesi di interferenza positiva o negativa ma anche i casi di «perplessità insanabile», in cui «la semplice coesistenza di certi atti crea uno stato d'incertezza operativa tale da pregiudicare gravemente il buon andamento e la coerenza di una qualsiasi pubblica funzione» (C. LAVAGNA, *Perplessità* insanabili *e* conflitto fra poteri, in Giur. it. 1966, II, 103).

61. Vedi il paragrafo precedente e le note nn. 55, 56 e 57.

62. Su queste posizioni vedi già A, PENSOVECCHIO LI BASSI, Op. *ult. cit.*, 66, che associava l'esistenza di un effettivo interesse ad agire dell'ufficio che iniziava la li-

Le analogie si colgono inoltre sul piano quantitativo: l'interesse ad agire provoca una sensibile riduzione delle ipotesi di conflitto altrimenti possibile secondo le più estreme ricostruzioni dell'incompetenza in senso soggettivo; in modo inverso, ampliando il concetto di rnenomazione, aumentano i conflitti sottoponibili al giudizio della Corte. Nelle due eventualità la forbice dei numeri tende perciò a collocarsi in prossimità di un identico punto d'equilibrio.

E' stato peraltro osservato che l'idea relazionale dei conflitti meglio si attaglia ai contenziosi intersoggettivi che non a quelli interorganici; è per i primi, infatti, che l'art. 39, legge n. 87, espressamente prevede l'invasione di competenza[63]. A questo si può peraltro ribattere che l'affermazione, sempre più massiccia,.del conflitto da interferenza ha evidenziato anche in tali casi l'assottigliamento dell'idea di invasione, con il conseguente espandersi dell'area del conflitto a situazioni in cui è denunciato un impedimento o un ostacolo generico alle attribuzioni costituzionali del ricorrente[64]. Dunque, anche in questi casi, come per i contenziosi tra poteri, si è assistito a una progressiva e omogenea calibratura del concetto d'invasione, in modo da renderlo più duttile e rispondente alla concreta dinamica delle situazioni conflittuali.

1.8. Segue. La giurisprudenza della Corte.

Assumendo un punto di vista derivato dall'insieme delle considerazioni sul conflitto da menomazione appena illustrate, ne consegue una lettura assai più soddisfacente della giurisprudenza costituzionale.

Chi parte dal concetto d'incompetenza in senso soggettivo è infatti costretto ad osservare un'assai poco coerente oscillazione della Corte nelle sue decisioni sui conflitti[65]. Le pronunce in cui gli assunti che caratteriz-

---

te, con una sua — anche solo ritenuta — lesione, consistente nell'impossibilità di esercitare un potere, owero nel vedere frustrata o menomata una sua attività.

63. *A.* PISANESCHI, *Op. ult. cit.,* 334-335.

64. Nel senso che la Corte non ha ritenuto di sentirsi vincolata né dalla dizione letterale dell'art. 39, legge n. 87 del 1953, né dai consueti modelli di competenza e d'invasione, dilatando progressivamnete il concetto di competenza rilevante in sede di conflitto intersoggettivo, vedi F. DIMORA, *Op. ult. cit.,* 614 s. Nello stesso ordine di ragionamenti vedi S. GRASSI, *Op. ult. cit.,* 370 e G. ZAGREBELSKY, *Op. ult. cit.,* 339. *Contra* invece L. ELIA, *Op. ult. cit.,* 145-147, il quale sostiene la rigorosa concezione secondo cui nel conflitto intersoggettivo è indispensabile accertare l'invasione della sfera di competenza assegnata al ricorrente.

65. Non a caso, nella sua indagine giurisprudenziale, *A.* PISANESCHI, *Op. ult. cit.,* 340-341, afferma che «i canoni di giudizio della Corte risultano ... disorganici e condizionati eccessivamente sia dalle singole fattispecie, che dagli atti oggetto del giudizio, cosicché una rassegna completa avrebbe solamente la funzione di esemplificare la carenza di una ricostruzione unitaria».

zano la teoria vengono esemplificati sarebbero, in primo luogo, quelle che risolvono i contenziosi tra Ufficio centrale e promotori di referendum; in esse non vi sarebbe infatti alcuna «invasione di competenza, ma mero pregiudizio derivante da un comportamento, in senso lato, illegittimo posto in essere dall'Ufficio»[66]. Le attribuzioni riservate costituzionalmente al Comitato promotore — nella specificazione della legge n. 352 del 1970 — devono infatti ritenersi limitate alla raccolta delle firme, all'intervento di tre presentatori davanti all'Ufficio e nulla più. Dunque, stando ai rigorosi parametri dell'invasione, solo la lesione di queste specifiche competenze potrebbe fornire materia idonea a un conflitto.

L'esempio appena richiamato prova tuttavia la scarsa elasticità che consegue a un'accettazione troppo schematica delle due teorie. A parte il fatto che muovendo dalla più corretta nozione d'interferenza viene superata ogni obiezione del tipo di quelle enunciate, appare peraltro evidente che il pregiudizio sofferto dai promotori, nel caso deciso con la sentenza n. 69 del 1978[67], aveva una precisa ricaduta nell'ambito delle loro competenze. L'applicazione continuata — e perciò «vivente» — dell'art. 39, legge n. 352, vanificava infatti ogni corretto esercizio dei poteri del Comitato; in pratica ne annullava la stessa ragione d'esistenza. Dopotutto la vicenda non era tanto dissimile dall'ipotesi di scuola secondo cui il Parlamento può promuovere conflitto qualora il Presidente della Repubblica illegittimamente si ostini a non promulgare una legge[68]. Anche qui i poteri delle Camere devono soggiacere a una fase di controllo e ratifica successivi che, pur non agendo direttamente sul contenuto specifico delle attribuzioni legislative, possono vanificarle[69]; anche in questa circostanza non c'è insomma nessuna invasione di competenza bensì una menomazione ampiamente intesa. Del resto la Corte ha deciso un solo conflitto sollevato dai promotori avverso l'Ufficio della Cassazione[70]; se avesse ritenuto sufficiente un mero pregiudizio per legittimare le sue decisioni forse non avrebbe, nei casi successivi, seguito orientamenti così rigorosi.

---

66. A. PISANESCHI, Op. *ult. cit.*, 336.

67. Sulle implicazioni connesse alla sentenza n. 69, e per un approfondimento delle sue particolarità, si rinvia ai paragrafi 11.6 e seguenti.

68. E' questo un'ipotetico conflitto che la dottrina ha spesso citato; vedi ad esempio C. MORTATI, Istituzioni di diritto pubblico, vol. II, Padova 1976, 1453-1454 e, ancor prima, P. GASPARRI, Corte costituzionale e conflitto di attribuzione, in Giur. it. 1949, IV, 19.

69. A questo proposito P. GASPARRI, *Op.* e Zoc. *ult. cit.*, parla di competenza meccanica ed esteriore del Presidente verso il legislativo.

70. Si tratta appunto della vicenda definita con ordinanza n. 17 del 1978 e sentenza n, 69 dello stesso anno. Nei casi successivi la Corte ha invece dichiarato inammissibile il conflitto, pur dopo averlo ritenuto proponibile (ordinanze nn. 1 e 2 del 1979 e sentenze nn. 30 e 31 del 1980), ovvero ne ha sancito immediatamente l'improponibilita (vedi *supra* par. 1.5).

Analoghi rilievi suscitano altre pronunce dalle quali si sono tratte conferme della teoria citata: il discorso vale, in particolare, per la sentenza n. 1150 del 1988 [71], in cui la Corte ha specificato i termini del suo controllo di legittimità sugli atti impugnati in conflitto. La decisione è alquanto interessante anche perché il giudice costituzionale in questo caso ha corretto l'impostazione data al ricorso, trasformando un'inopportuna *vindicatio* in un classico conflitto da menomazione. A tal proposito esso ha affermato che «qualora il giudice di una causa civile di risarcimento dei danni, promossa da una persona lesa da dichiarazioni diffamatorie fatte da un deputato o senatore in sede extraparlamentare, reputi che la delibera della Camera di appartenenza, affermante l'irresponsabilità del proprio membro convenuto in giudizio, sia il risultato di un esercizio illegittimo... del potere di valutazione, può provocare il controllo della Corte costituzionale sollevando davanti a questa conflitto di attribuzione» [72]. La Corte si pone cioè dall'angolo visuale dei possibili ricorrenti — e non solo dell'agente —, precisa che occorre denunciare l'illegittimità dell'atto, e al contempo consente d'individuare il carattere che deve assumere il danno subito dai primi. Questo non è un mero pregiudizio bensì un 'pregiudizio qualificato'; di fronte a un'illegittima decisione d'irresponsabilità *ex* art. 68, comma 1, Cost. adottata dalle Camere, qualunque giudice è infatti privato della stessa possibilità di proseguire il giudizio in corso e dunque di 'fare giustizia'.

1.9. *Il superamento della distinzione tra* vindicatio *e conflitti da menomazione.*

La dottrina ha in vario modo tentato di circoscrivere e catalogare i casi di *vindicatio* e di conflitto da interferenza; in particolare, si è spesso detto che — stante il regime di competenze separate degli enti coinvolti — la *vindicatio* avrebbe buone possibilità di adattarsi ai conflitti intersoggettivi, ma non ai contenziosi tra poteri, posto che questi ultimi strutturano normalmente i loro rapporti secondo una rete di competenze concorrenti [73]. La prassi ha però dimostrato che la *vindicatio* è stata in primo luogo

---

71. Per un'analisi di questa decisione si rinvia più diffusamente al par. 11.27.

72. In *Giur. cost.* 1988, 5593.

73. Così *A.* PISANESCHI, *Op. ult. cit.,* cit., 329 s. Inizialmente, del resto, la Corte e la dottrina escludevano che potessero sorgere conflitti intersoggettivi non riconducibili alla *vindicatio;* ne conseguiva che — avendo la Regione solo potesta legislative ed amministrative, ed essendo le prime sindacabili nel giudizio in via d'azione — tale conflitto poteva basarsi solo su atti di esercizio di funzioni amministrative. Sul punto cfr., ad esempio, G. GROTTANELLI DE SANTI, Op. *ult. cit.,* 99 e *A.* PENSOVECCHIO LI BASSI, voce *Conflitti fra Regioni e Stato,* in *Enc. del dir.,* vol. VIII,

ridimensionata proprio nei conflitti tra Stato e Regioni, che l'idea di menomazione ha quindi avuto modo di svilupparsi in questo settore di pronunce prima di trasferirsi altrove, e che numerose sono appunto le liti intersoggettive in cui si denuncia una generica interferenza[74]; all'inverso, i contrasti tra i soggetti politici dell'ordinamento, i cui rapporti sono disegnati secondo lo schema dell'interrelazione, e dunque costituiscono un potenziale serbatoio di contenziosi riconducibili al modello della menomazione, sono stati normalmente risolti in via convenzionale[75], mentre le controversie che pur parrebbero insorgere tra organi dotati di competenze separate sono spesso leggibili secondo gli schemi dell'interferenza[76].

Il disorientamento prodotto dai due modelli è tuttavia destinato ad annullarsi prendendo in considerazione quelle dottrine che superano la distinzione concettuale tra *vindicatio* e menomazione, per concentrarsi piuttosto sulle dinamiche sottese ai conflitti globalmente considerati[77]. Si badi, ciò non significa accantonare un problema che continua ad esistere, bensì eliminarne la ragion d'essere riflettendo sulle modalità con cui si configurano concretamente i contenziosi.

Sia prendendo le mosse dalla teoria dell'incompetenza in senso soggettivo, sia da quella dell'invasione 'riveduta', è acquisito che la soluzione di un qualunque conflitto non può prescindere dalla valutazione del comportamento del soggetto agente. Questi deve aver posto in essere attività illegittime che fondano l'interesse ad agire del ricorrente, ovvero incidono

---

Milano 1961, 1019. Questa limitazione è stata poi superata e numerosi sono i conflitti sollevati dalla Regione awerso atti giurisdizionali (vedi, tra le tante, le sentenze nn. 110 del 1970 e 289 del 1974): al proposito cfr. V. MESSERINI, In tema di conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni, in Foro it. 1976, I, 2875 s. e G. ZAGREBELSKY, Op. *ult. cit.*, 341 s.

74. I rilievi sono di S. GRASSI, Op. *ult. cit.*, 369-370 e note 24 e seguenti. Riferendosi ai conflitti intersoggettivi, l'autore rimarca come la Corte abbia «quasi subito constatato «che l'ambito dei conflitti di attribuzione non poteva essere limitato alle sole ipotesi di vindicatio *potestatis*», anche se ritiene «questa la prospettazione più frequente dei conflitti intersoggettivi~Circa il percorso attraverso cui si è progressivamente dilatato lo schema che limitava il conflitto tra enti ai soli casi di vindicatio vedi F. DIMORA, *Op. ult. cit.*, 610 s e V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., II, 441 s.

75. Al proposito si vedano le osservazioni di V. CRISAFULLI, *Op. ult. cit.*, 411-412, che puntualizza come «i primi conflitti seri, decisi nel merito dalla Corte, a partire dagli anni 1974-1975, sono stati promossi da (o nei confronti di) organi giurisdizionali, senza coinvolgere (tranne che in un caso) organi supremi o di vertice del potere politico».

76. Vedi i casi analizzati al paragrafo successivo.

77. Ha giustamente giudicato la distinzione citata «ormai povera e non esaustiva, né comprensiya di tutti i casi di conflitto, e dei problemi ad essi sottesi», M. D'AMICO, Problemi *e* prospettive in tema di conflitti di attribuzione fra poteri, in Quad. cost. 1989, 561, citata adesivamente da L. CARLASSARE, Op. *ult. cit.*, 3323 nota 14.

sulle sue competenze. Così concepito il conflitto da menomazione rivela però molte somiglianze con la *vindicatio;* anche in essa la denunciata usurpazione dell'altrui competenza non può non presupporre la violazione delle norme che delimitano la competenza dell'agente. Esercitare potestà altrui significa infatti, da altro angolo di visuale, non osservare le norme che circoscrivono, in primo luogo, la propria competenza e di riflesso quella del ricorrente: anche la *vindicatio* trova dunque origine in una conclamata illegittimità dei comportamenti contestati[78]. Allo stesso modo l'invasione che induce a sollevare un conflitto da interferenza spesso implica che, fino ad un certo punto, il soggetto sia rimasto nell'alveo delle sue competenze, salvo poi esercitare almeno in parte quelle altrui ovvero illegittimamente impedire che queste siano poste in essere pur quando ne sussistono i presupposti.

Da ciò emerge un'altra analogia tra *vindicatio* e menomazione che tocca uno dei loro spesso menzionati — ora si può dire, a torto — caratteri distintivi. Si è infatti sempre affermato che, mentre la *vindicatio* sollecita una pronuncia sull'astratta attribuzione di competenze, l'interferenza richiede invece l'accertamento dei modi in cui queste ultime sono andate esercitandosi in concreto[79]. Muovendo invece dalla constatazione che in entrambe le ipotesi non si può trascurare la pratica attuazione delle funzioni assegnate all'agente, ogni caso di conflitto appare dunque sorgere dal modo in cui le competenze sono state effettivamente esercitate[80]; analogamente essi andranno poi risolti esaminando, sin da subito, queste stesse modalità.

Tutto questo induce quindi a spostare l'attenzione dalla presunta differenza delle due tipologie generali dei conflitti a ciò che appare accomunarle nella loro natura più profonda. Se il vero problema è giudicare i modi in cui sono stati esercitati i poteri controversi, valutandone la ricaduta nella sfera di competenza del ricorrente, ciò che occorre stabilire è dunque

---

78. Assai chiara, su questo tema, è la ricostruzione di A. PISANESCHI, *Op. ult.* cit., 331, il quale rileva come «in ogni caso di conflitto derivante dall'esercizio di una competenza ci si trovi sempre di fronte ad una fattispecie ricostruibile in termini di illegittimità e non di vindicatio, poiché l'eventuale usurpazione dell'altrui competenza implica necessariamente in primo luogo una violazione delle proprie competenze»; in tal modo l'autore sviluppa le teorie di G. GUARINO, *Op. ult. cit.*, 815, tese a sottolineare l'importanza che l'incompetenza dell'organo agente assume ai fini della definizione del conflitto interorganico.

79. Così M. MAZZIOTTI, *Op. ult. cit.*, II, 20 che distingue le ipotesi di vindicatio *e* menomazione, attribuendo alle prime la risoluzione delle controversie relative alla titolarità di un potere, e alla seconda quelle attinenti all'esercizio dello stesso. In senso analogo cfr., tra gli altri, F. SORRENTINO, Garanzie costituzionali, cit., 457; A. CERRI, Competenza, cit., 180 e A. PACE, Op. *ult. cit.*, 162, il quale rileva che in una società complessa com'è l'attuale «il conflitto sorge, e non può che sorgere, nell'*interferenza* dell'esercizio delle rispettive competenze».

80. In questo senso v. A. PISANESCHI, *Op.* e *loc. ult. cit.*

lo strumentario utilizzato dalla Corte a tal fine, ossia distinguere la mera illegittimità dal momento in cui l'emanazione di un atto illegittimo lede la sfera di attribuzioni di un altro potere[81]. La vera questione interpretativa dei conflitti è tutta racchiusa tra queste coordinate.

I.10. *Segue. Conferme desunte dalla giurisprudenza.*

La dottrina ha rintracciato il più facile verificarsi dello schema tipico della *vindicatio* nei conflitti promossi dall'esecutivo contro il giudiziario; in questi casi sono infatti coinvolti soggetti che di norma non possiedono funzioni collegate. E' stato tuttavia osservato che, a tutto il 1987, «su sette decisioni nelle quali la Corte ha potuto valutare il merito di conflitti tra poteri, solo due» fossero «in qualche modo riconducibili ad ipotesi di *vindicatio potestatis*»[82]. A parte la scarsa incidenza numerica, ciò che colpisce è lo stile alquanto 'sfumato' col quale viene accompagnata la constatazione. Parrebbe di doverne dedurre che i casi citati non sostanziavano vere *vindicatio* ma ipotesi solo in parte simili. L'impressione non è peregrina e verrà meglio illustrata; per ora è sufficiente trarre spunto da questi accenni per analizzare più in dettaglio la fisionomia della *vindicatio* nei conflitti contro atti giurisdizionali.

La sentenza che viene comunemente citata dalla dottrina, per contrassegnare il passaggio dalle più tradizionali ipotesi di conflitto alla menomazione, è la n. 110 del 1970[83]; in essa veniva deciso il conflitto intersoggettivo promosso contro il decreto con cui la Corte dei conti imponeva all'economo-consegnatario del Consiglio regionale sardo di presentare un rendiconto della sua gestione. Per ammettere contenziosi promossi dalle Regioni contro atti giurisdizionali, ossia di un potere che non ha addentellati nelle competenze delle prime, era inevitabile che la Corte riorganizzasse gli schemi del suo giudizio nel senso di una maggiore flessibilità. Nel caso, il potere usato dalla Corte dei conti non era certamente messo in discussione; si contestava però il suo esercizio rivolto a un soggetto da ritenersi ad esso sottratto in virtù del legame esistente tra la sua funzione e quelle del Consiglio regionale[84]. Alla ricorrente il potere appariva quindi

81. Sottolinea la rilevanza di questo problema interpretativo, ricavandolo dall'esame della sentenza n. 1150 del 1988, M. D'Amico, *Op. ult. cit.*, 561.

82. Così si è espresso S. Grassi, *Op. ult. cit.*, 383 a proposito delle sentenze n. 150 del 1981 e n. 283 del 1986.

83. In Giur. cost. 1970, 1203 s.

Circa la funzione di passaggio svolta dalla pronuncia cfr., ad esempio, F. Dimora, *Op. ult. cit.*, 634-635.

Sulla sentenza vedi comunque *infra* par. II.3.

84. Nella sentenza la Corte sostiene infatti che, «assumendo che l'economo-consegnatario del Consiglio regionale non è tenuto all'obbligo della resa del conto

mancante di un suo presupposto soggettivo[85]. Questo schema ricompare in altri conflitti di analogo tenore: così, ad esempio, nella sentenza n. 183 del 1981[86], la Corte stabilì che gli organi giurisdizionali potevano sospendere provvisoriamente dal loro ufficio gli assessori della Giunta regionale siciliana, ma non i deputati della Regione; conseguentemente annullò quella parte di sentenza impugnata che violava l'assunto, adducendo la salvaguardia di un'immunità costituzionalmente garantita. Anche in questa circostanza il conflitto poteva pertanto essere letto come il frutto dell'esercizio di un potere spettante ai giudici, ma non esercitabile nei confronti dei soggetti coinvolti a causa dell'incidenza che esso avrebbe avuto sull'autonomia costituzionalmente riconosciuta alla Regione[87].

Nei suoi giudizi la Corte può comunque prendere in considerazione anche il difetto dei presupposti oggettivi del potere contestato. È del resto, il generico riferimento ai presupposti di esercizio del potere, contenuto nella sentenza n. 1150 del 1988[88], comprende tutti quelli ricavabili dal dettato dell'art. 68 Cost., ossia i presupposti soggettivi (la qualità di parla-

---

giudiziale, la Regione afferma ... che il provvedimento emesso dalla Corte dei conti sarebbe illegittimo, perché lo Stato non avrebbe il potere di sottoporre a giudizio di conto la gestione dell'agente, ostandovi l'autonomia del Consiglio regionale» (in *Giur. cost.* 1970, 1206).

85. Lo stesso rilievo era mosso alla Corte dei conti, nel celebre conflitto sollevato dai Presidenti delle Camere e dal Capo dello Stato contro la richiesta di sottoporre a giudizio di conto i rispettivi tesorieri; questa circostanza mette in luce, ancora una volta, la similitudine esistente tra i conflitti intersoggettivi e interorganici sorti a seguito di un atto giurisdizionale. Il conflitto in oggetto venne deciso con la sentenza n. 129 del 1981 (in *Giur, cost.* 1981, I, 1281 s.) che accolse i ricorsi. Per un'opposta ricostruzione delle pretese allora avanzate dalla prima sezione giurisdizionale della Corte dei conti cfr. — a favore — N. Occhiocupo, *«Teologia dei corpi separati» e partecipazione di troppo ad un conflitto di attribuzione tra organi supremi*, in *Giur. cost.* 1980, I, 1428 s. e — in senso fortemente critico — G. M. Lombardi, *L'autonomia contabile degli organi costituzionali: garanzia o privilegio?*, in *Giur. cost.* 1981, *I*, 1283 s.

86. In *Giur. cost.* 1981, I, 1807 s.

Problemi simili a quelli di seguito analizzati ponevano le decisioni n. 81 del 1975 (in *Giur. cost.* 1975, I, 781 s.) e nn. 69 e 70 del 1985 (rispettivamente in *Giur. cost* 1985, I, 485 s. e 498 s.).

87. Sottolinea invece come nella pronuncia la Corte dimentichi di dichiarare a chi spetta l' attribuzione contestata, e si limiti a dire che essa non appartiene agli organi giurisdizionali dello Stato, G. Mor, *La sentenza annullata*, in *Le Reg.* 1982, 163-164.

Se questo è vero in relazione al dispositivo, ci sembra invece che nell'ampia motivazione la Corte ponga piuttosto l'accento sui limiti che incontra il potere di sospensione attribuito ai giudici (vedi, in particolare, *Giur. cost.* 1981, I, 1813 s.). In tale prospettiva sembra porsi D. Nocilla, *Osservazione sull'ordinanza n.* 94 *del* 1980, in *Giur. cost.* 1980, I, *736* s., privilegiando il corrispondente problema del contenuto dell'immunità consiliare.

88. In *Giur. cost.* 1988, I, 5588 s. Sulla pronuncia vedi *infra* par. 11.27.

mentare) e oggettivi (l'esercizio della funzione) che giustificano il diniego di autorizzazione a procedere opposto dalle Camere all'autorità giudiziaria[89].

Ora, se si prendono in considerazione i casi cui si è fatto cenno in apertura di paragrafo[90] — ossia le decisioni sui conflitti interorganici «in qualche modo» strutturate secondo lo schema della *vindicatio* — si potrà notare che la loro natura non appare sostanzialmente diversa da quelli appena citati, i quali sono invece indiscutibili esempi di menomazione.

Partiamo dalla sentenza n. 150 del 1981[91]; in essa si contestava al Pretore di Genova di aver vietato in generale la pesca e il commercio di alcune specie ittiche, e di aver disposto il sequestro del relativo prodotto, su tutto il territorio nazionale, usando in tal modo dei poteri riconosciuti al Governo. La Corte correttamente individua il vero problema costituzionale sollevato dal ricorso nel denunciato utilizzo dei poteri giurisdizionali ben oltre i confini del caso sottoposto a giudizio, ossia.al di là del loro ambito di applicazione naturale[92]. Già da questa ricostruzione si comprende quali

---

89. Nella pronuncia in questione la Corte puntualizza altresì l'importanza che l'osservanza delle procedure assume nei conflitti da menomazione, e poggia su di un errore ad esse relativo la soluzione del caso. Per un altra vicenda in cui il mancato rispetto delle procedure ha costituito la base di un giudizio sui conflitti, vedi la sentenza n. 13 del 1975 (in *Giur. cost.* 1975, 43 s.) e il commento — fortemente critico — di P. COSTANZO, *Prime osservazioni sul conflitto fra la Commissione inquirente ed autorità giudiziaria ordinaria,* in *Foro it.* 1975, *I,* 538, in cui si mette in luce il percorso (riduttivo) attraverso cui la Corte ha trasformato un conflitto circa la competenza a giudicare determinati soggetti in una questione del tutto formale.

90. Vedi *supra* nota 82.

91. In *Giur. cost.* 1981, *I,* 1425 s.

92. La Corte afferma infatti che se il caso coinvolgesse un semplice «sequestro decretato da un giudice penale carente di giurisdizione, il vizio del provvedimento... potrebbe non assumere altro che un rilievo interno alla giurisdizione stessa: senza cioè concretare la materia di un conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato, risolvibile da questa Corte. Senonché, a determinare una lesione delle attribuzioni costituzionalmente riservate al Governo, sta precisamente il fatto che il Pretore di Genova.,. ha proweduto in via generale e astratta nella materia della pesca marittima; ha espresso in questo modo la pretesa di precludere, in tutte le loro possibili manifestazioni, l'esercizio delle corrispondenti autorizzazioni previste dalla legge n. 963 del 1965, quanto alla pesca ed al commercio del novellame... Provvedimenti come quello impugnato collidono, quindi, con l'ultimo comma dell'art. 113 Cost. Vero è che tale norma, rinviando alla legge la determinazione degli organi giurisdizionali abilitati ad annullare gli atti della P.A., ammette implicitamente che il legislatore possa... attribuire siffatti poteri di annullamento anche al giudice ordinario...Ma, con ciò stesso, l'art. 113 esclude che spetti alle autorità giudiziarie ordinarie di annullare gli atti amministrativi, in mancanza di una previsione di legge; ed a più forte ragione comporta che tali autorità non possano contrapporsi o sovrapporsi alle autorità amministrative, arrogandosi poteri che per legge vadano esercitati dall'esecutivo... fino al punto dì perseguire — come si riscontra nel caso in esame — l'eliminazione dei poteri medesimi» (in *Giur. cost.*

tratti abbia assunto la presunta *vindicatio:* l'esercizio dei poteri dell'esecutivo da parte del giudice appare in realtà configurabile ancora secondo lo schema del superamento degli ambiti soggettivi e oggettivi delle potestà di quest'ultimo[93]. Egli sarebbe insomma partito da sue competenze per poi trasformarle in quelle di altri; è chiaro infatti che se si fosse limitato a disporre sul caso che doveva giudicare non si sarebbe potuto proporre nessun conflitto. Egli poteva cioè ordinare il sequestro del prodotto relativo alla causa in corso, ma non allargarne a dismisura la sfera di applicazione; poteva disapplicare il decreto ministeriale che illegittimamente autorizzava la pesca e il commercio di quelle particolari specie marine, ma non annullarlo[94].

Analoghi rilievi suggerisce la sentenza n. **283** del **1986**[95], in cui l'illegittimo esercizio dei poteri attribuiti ai giudici dall'art. **700** c.p.c. sfocia nella violazione di precise competenze amministrative. Anche in questo caso l'erronea — non importa se consapevole[96] — valutazione dei presupposti in base ai quali il Pretore assume di porre in essere la sua condotta, sembrerebbe adattarsi al modello della menomazione. Il giudice avrebbe insomma esercitato il suo potere in modo illegittimo, ossia non conforme alle previsioni normative che lo disciplinano; da questa circostanza discende poi l'abnormità dell'atto e dunque l'usurpazione delle competenze altrui[97].

Se la lettura che si propone è corretta ne deriva che appare dawero inutile distinguere *vindicatio* e menomazione, poiché le radici di entram-

---

1981, I, 1435-1436).

93. Non a caso F. SORRENTINO, *Osservazione sull'ordinanza n.* 123 *del* 1979, in *Giur. cost.* 1979, *I,* 846, riassume la vicenda utilizzando lo schema descrittivo della menomazione; l'autore sostiene infatti che, «secondo il ricorrente... il pretore avrebbe ecceduto dalla sfera di attribuzioni del potere giurisdizionale...».

94. Secondo F. CIPRIANI, *Sui conflitti di attribuzione contro il potere giudiziario,* in *Foro it.,* 1982, *I,* 371 s., la Corte avrebbe nel caso forzato la realtà delle cose pur di giudicare un conflitto che appariva soltanto interno al potere giudiziario e dunque concretizzante una questione di giurisdizione. Al contrario, come si evince dalla nota 93, il giudice costituzionale rileva come il contrasto celi una chiara interferenza nei poteri dell'esecutivo.

95. In *Giur. cost.* 1986, *I,* 2281 s.

96. L'irrilevanza che il comportamento o l'atto invasivo discendano da errore o siano invece intenzionali è sottolineata da V. CRISAFULLI, *Osservazione sull'ordinanza n.* 98 *del* 1981, in *Giur. cost.* 1981, *I,* 841.

97. Questo schema di lettura sembra applicabile anche ad altri conflitti scaturiti da atti abnormi del potere giurisdizionale; così per le vicende di cui all'ordinanza n. 132 del 1981 (in *Giur. cost.* 1981, *I,* 1303 s.), in cui si contestava ad un Pretore di aver usato dei provvedimenti d'urgenza in condizioni e per finalità non consentite dalla legge, e alla sentenza n. 175 del 1991 (in *Giur. cost.* 1991, 1449 s.), ove si annullava il provvedimento con cui il giudice, esorbitando dalla giurisdizione, era intervenuto nell'ambito delle competenze amministrative della Regione.

be le tipologie di conflitto affondano nel medesimo terreno e fruiscono dello stesso alimento: riconducibili *tout court* alla prima sarebbero solo ipotesi di scuola, ben difficilmente riscontrabili nella prassi se non in epoche di sconvolgimenti istituzionali o 'personali': come se il Presidente della Repubblica o i giudici pretendessero di legiferare.

La tendenziale fungibilità delle due tipologie di conflitto si evince *a fortiori* dal caso concluso con la sentenza n. 1150 del 1988[98], in cui un conflitto proposto secondo la più classica fisionomia della *vindicatio,* è convertito dalla Corte in una menomazione, senza che sia dichiarata l'inammissibilità del ricorso originariamente proposto. In questa prospettiva, come già si anticipava in chiusura del precedente paragrafo, diviene davvero essenziale comprendere come la Corte affronti il difficile problema del sindacato sul modo di esercizio del potere: poiché anche i contenziosi che dovrebbero sfuggire a questa necessità poi invece appaiono ad essa riferibili, è infatti fondamentale individuare le forme in cui tale controllo si traduce.

I.11. *Conclusioni.*

Dal complesso delle analisi appena svolte emerge un quadro alquanto indicativo del dibattito su alcuni fondamentali temi relativi ai conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato.

Innanzi tutto, l'illustrata tendenza evolutiva dei concetti che ne definiscono la portata e la fisionomia sottintende una loro inafferrabilità che va ben oltre ogni lungimirante previsione. Tanto per fare un esempio, negare validità alla distinzione tra *vindicatio* e interferenza[99] significa superare d'un colpo quella che ha — in pratica da sempre — costituito la forma di classificazione più comune dei conflitti. E non solo le argomentazioni che si sono proposte rivelano anche un'intrinseca paradossalità: ricostruire ogni ipotesi di conflitto interorganico accedendo ai modelli dell'interferenza induce, per implicito, ad ammettere che l'idea di menomazione esisteva già prima del suo consapevole utilizzo ad opera della Corte e della dottrina. Quando insomma si teorizzava di conflitti che avrebbero costituito esempio di usurpazione, in realtà si ragionava — pur senza avvedersene — dei controlli sul modo in cui l'esercizio dei poteri realizzava quelle particolari ragioni di contrasto. L'osservazione non è priva di rilievo; essa infatti induce a ritenere che l'ansia di collocare il giudizio costituzionale entro schemi d'analisi preordinati possa farne sfuggire pieghe assai rilevanti. Qualcosa di simile si riscontrerà nell'analisi della giurisprudenza

98. **Sulla quale vedi *infra* par. II.27.**
99. Vedi *supra* par. 1.9.

relativa ai casi che realizzano quello che si chiamerà un «sindacato di pertinenza dell'*iter* logico-giuridico del potere contestato»[100]; anche in queste ipotesi, partendo dal presupposto la Corte tende a rivedere l'intero percorso argornentativo svolto dai convenuti, è alquanto facile oscillare tra una sua eccessiva valutazione o un altrettanto esagerato ridimensionamento[101].

L'origine di tale inafferrabilità è probabilmente lontana e trova fondamento nei troppi interrogativi lasciati aperti dal Costituente e dalla successiva disciplina dei conflitti. I1 conseguente rinvio alla costruzione giurisprudenziale del processo ad essi relativo, ha prodotto una sua maggior flessibilità alle esigenze emergenti nella prassi, ma ha rovesciato in pratica sulla sola Corte l'onere di puntualizzarne, di volta in volta, singoli profili di grande rilevanza[102].

Uno di questi è appunto rinvenibile nel contenuto che deve darsi al sindacato sul modo di esercizio del potere. Posto che, una volta superata la distinzione che prima si illustrava, questo è divenuto in assoluto il problema più stringente, è ancora alla giurisprudenza che occorre guardare per fornire una prima risposta ai dubbi che esso pone; la Corte non ha infatti potuto evitarlo perché la questione investiva la sua stessa capacità di svolgere la funzione di giudice dei conflitti.

Del resto anche il dibattito sull'ampliamento dei soggetti abilitati a sollevare ricorso e resistere in giudizio, nonché quello sulla definizione delle norme costituzionali in esso rilevanti — ossia due tematiche che hanno relazioni molto strette con l'oggetto di questa indagine — ha dovuto essere affrontato e risolto nella concreta dinamica dei singoli episodi conflittuali. Non solo: la flessibilità di cui prima si parlava prepara la strada a progressive ricalibrature dei concetti utilizzati, e dunque a sempre possibili *revirements* della Corte, che vanno ovviamente registrati e classificati. Alcuni problemi sono poi solo sfiorati dalla Corte, spesso nel senso che di essi si è preso atto, sorvolando sullo spessore dei dubbi che ponevano: già si è accennato all'irrisolta questione della compatibilità tra giudizi comuni e sui

---

100. Vedi *infra* par. 11.23 e seguenti,

101. Nel cap. II si vedrà come la dottrina ha spesso proposto, in ordine alle medesime pronunce sui conflitti, antitetiche possibilità di lettura, inserendole nella più consolidata giurisprudenza costituzionale relativa al sindacato sui «limiti esterni» del potere, ovvero individuando in esse veri *revirements* della Corte.

102. Al proposito sono assai pertinenti le valutazioni di S. GRASSI, *Considerazioni sulle origini di una disciplina positiva incompleta,* in AA.VV, *Scritti in onore di E. Tosato,* Milano 1984, III, 541 s., che calca l'accento proprio sulla sostanziale irresolutezza della disciplina sui conflitti — specchio del disomogeneo dibattito svoltosi in Costituente, nonché nell'approvazione delle conseguenti norme di attuazione — e alla perciò inevitabile delega alle successive scelte giurisprudenziali della Corte.

conflitti aventi analogo oggetto[103], ma simile è il dibattito sull'eventualità che siano portate davanti alla Corte — complice ancora l'affermarsi della menomazione, l'ormai assodato carattere diffuso del potere giurisdizionale e i sempre più frequenti conflitti sollevati dall'esecutivo nei suoi confronti — questioni di giurisdizione fatte invece salve dall'art. 37, comma 2, legge n. 87[104].

Comunque, se la centralità della questione proposta discende dall'abbandono di ogni distinguo tra *vindicatio* e menomazione, era comunque intrinseco al progressivo ampliamento dei casi d'interferenza, e al frequente coinvolgimento di organi giurisdizionali dal lato passivo, che il problema assumesse un ruolo via via più rilevante. L'idea che l'invasione di competenza vada assunta in senso 'atecnico', ossia che comprenda un qualsiasi pregiudizio di attribuzioni costituzionali del ricorrente[105], rendeva sempre più pressante l'esigenza di approfondirne le modalità di accertamento. Ed infatti se il concetto d'invasione possiede un significato piuttosto ristretto, e quindi più facilmente verificabile, accertare un pregiudizio implica invece che venga stabilito, di caso in caso, la fisionomia tutta particolare del danno denunciato dalla parte attrice. Poiché però esso discende inevitabilmente dall'illegittimo esercizio di un potere altrui, la sua esatta definizione non può prescindere da questo riscontro. Pertanto, la specifica enucleazione dei limiti del controllo esercitabile dalla Corte, riassume in sè tutta la sua complessiva capacità d'intervento.

Ad analoga conclusione si giunge valutando quali conseguenze comporti la circostanza — tutt'altro che rara — che vede la Corte impegnata a giudicare conflitti promossi contro decisioni giurisdizionali. In questo caso circoscrivere i poteri del giudice costituzionale appare addirittura essenziale; è in gioco infatti la stessa possibilità di distinguere il giudizio ordinario da quello sui conflitti. Se la Corte si riservasse il potere di rivedere, in ogni loro aspetto, le decisioni impugnate, il suo intervento verrebbe necessariamente a confondersi con quello di un giudice d'appello *tout court*. Tra l'altro essa sarebbe coinvolta solo dietro ricorso di un potere dello Stato e nei casi di sua contrapposizione ad altro potere; tenuto conto che la maggior parte dei conflitti contro il potere giurisdizionale è promossa dal-

---

103. Vedi supra nota 10.

104. Sulla questione vedi A. PISANESCHI, *Op. ult. cit.*, 199 s. e spec. 208-209, per il quale vi sarebbe — ex art. 37, legge n. 87 — una «riserva in tema di questioni di giurisdizione ed una conseguente sottrazione di competenza alla Corte costituzionale~Più convincente però ci appare, anche per l'impostazione assunta in questo studio, la posizione di G. ZAGREBELSKY, La giustizia, cit., 371, per il quale — a prescindere dal fatto che vi sia materia per una questione di giurisdizione — si potrà comunque proporre un conflitto costituzionale quando ne sussistano le condizioni d'esistenza.

105. Vedi supra par. I.7.

l'esecutivo, ciò aprirebbe la strada a pericolose possibilità di «doppia» giustizia, cioè all'approntamento di un ulteriore grado d'appello, riservato a taluni soggetti dell'ordinamento, e idoneo a vanificare l'opera di un potere indipendente e autonomo qual'è il giudiziario. Si tratterebbe inoltre di decisioni comunemente ritenute inimpugnabili (art. 137, comma 3, Cost.) e dunque veramente definitive. Allo stesso tempo, negare a *priori* che un *er*ror in iudicando possa realizzare un'interferenza in attribuzioni di altri poteri, o meglio escludere che, in talune circostanze, sia necessario che la Corte affondi il proprio controllo in momenti che appartengono a sfere riservate alla discrezionalità dei soggetti coinvolti, è affermazione che abbisogna, in ogni caso, di essere verificata.

Insomma, da qualsiasi prospettiva lo si guardi, il problema rimane quello di specificare la tipologia del controllo della Corte sul «modo di esercizio del potere»: individuare i binari su cui, in concreto, essa si muove è dunque pregiudiziale a qualunque valutazione di merito. L'analisi della giurisprudenza diventa, a questo punto, davvero necessaria.

Capitolo II

IL SINDACATO SUL «MODO DI ESERCIZIO» DEL POTERE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

SEZIONE I. Il controllo sui «limiti esterni), del potere.

11.1. Premessa.

L'analisi della giurisprudenza costituzionale prova che la Corte, nel definire l'ampiezza del suo controllo sul «cattivo uso» del potere, ha adottato un atteggiamento in linea di tendenza costante: essa ha infatti puntualmente affermato l'impossibilità di superare i limiti del controllo di legittimità degli atti o comportamenti messi in campo dai poteri contestati, ma ha poi differenziato — in modo non formale — i percorsi e la strumentazione con cui esperire tale sindacato.

Nei paragrafi che seguono si intende tratteggiare proprio la diversa strategia decisoria seguita dalla Corte nella soluzione dei conflitti di volta in volta sottoposti al suo giudizio; può sin d'ora precisarsi che si sono individuati tre distinti blocchi di pronunce, ciascuno dei quali raggruppa decisioni in cui la Corte ha applicato un criterio di soluzione sostanzialmente analogo. In ogni gruppo si evidenzia insomma una specifica intenzionalità del giudice costituzionale, che si traduce nella particolare fisionomia dello strumento utilizzato per definire i giudizi.

Come si è gia anticipato, l'analisi giurisprudenziale è svolta prendendo

in esame — indistintamente — sia le decisioni sui conflitti tra poteri, sia sui contenziosi intersoggettivi aventi ad oggetto atti giurisdizionali. Emergerà così la loro naturale somiglianza, mentre nelle conclusioni si esamineranno, più in dettaglio, le ragioni di essa.

II.2. *L'emergere del concetto di «limite esterno»: la sent. n. 289 del 1974.*

Un primo blocco di decisioni costituzionali si assembla attorno ad una concezione davvero restrittiva del <<sindacato sul modo di esercizio del potere». La Corte riserva a se stessa il solo controllo sui «limiti esterni» dei poteri coinvolti, ed esclude ogni sia pur minima intromissione nella sfera riservata alla discrezionalità dei resistenti; in questi casi essa insomma presuppone di risolvere i contenziosi attraverso il semplice confronto tra l'atto o il comportamento denunciato e il quadro dei limiti tracciati per ogni potere da norme costituzionali.

La prima sentenza in cui questo emerge con chiarezza é la n. 289 del 1974[1]; nel caso la Corte giudica inammissibili i ricorsi presentati dalla Regione Friuli-Venezia Giulia awerso le ordinanze del T.A.R., in quanto non «rivolti a contestare, nella materia in oggetto, né — in generale — la giurisdizione del T.A.R. nei riguardi di atti dell'amministrazione regionale né — in particolare — la sussistenza, in capo al medesimo del potere si sospenderne l'esecuzione». In modo estremamente sintetico il giudice costituzionale fornisce qui un primo campionario dei vizi deducibili in sede di conflitto su atti giurisdizionali: soltanto il difetto assoluto di giurisdizione o l'esercizio di una competenza non spettante in radice al potere coinvolto possono dar luogo a ricorsi ammissibili. E' tuttavia questo un punto che la Corte si affretta a chiarire — e in positivo — poco oltre. I1 problema fondamentale risiede nella specificazione, in astratto, dei casi in cui possa riscontrarsi un difetto di potere rilevante: per la Corte conflitti da atto giurisdizionale sono quelli che «ridondino in una invasione o menomazione della sfera di competenza costituzionalmente garantita alla Regione ricorrente», derivando da un esercizio della giurisdizione «nei confronti di atti o di soggetti che si affermino ad essa sottratti da norme costituzionali>>; non è invece consentito «censurare il modo come la giurisdizione si è concretamente esplicata, denunciando eventuali errori *in iudicando* nei quali il giudice amministrativo sarebbe incorso»[2].

Con ciò la Corte stabilisce il punto limite cui può spingersi nel controllo sul «cattivo uso» del potere giurisdizionale; ad essa è precluso divenire

1. In *Giur. cost.* 1974, 2981 s.
2. I passi citati sono in *Giur. cost.* 1974, 2983.

ulteriore giudice d'appello delle decisioni impugnate — ossia ripetere precisamente il giudizio che si assume errato — mentre le compete contrastare la violazione dei limiti esterni del potere, che ledano competenze costituzionalmente riconosciute ad altri soggetti[3].

Svolgendo tale ragionamento la Corte incorre però in un'evidente imprecisione terminologica: non si può infatti sostenere l'ammissibilità dei conflitti provocati da atti giurisdizionali che ledono sfere di competenze altrui e poi equiparare il «sindacato sul modo di esercizio del potere. con quello sul «merito» dei provvedimenti; se così fosse risulterebbe per definizione improponibile ogni forma di conflitto da interferenza[4]. Occorre dunque, più correttamente, ammettere quel controllo sulle modalità di esercizio del potere che non si traduca in un giudizio di merito, perché fin quando si rimane al di qua di detta soglia il sindacato è invece sempre praticabile.

L'imprecisione è però soltanto terminologica; dal contesto in cui si trova inserita è infatti deducibile che il giudice costituzionale intendesse soltanto esprimere, in altro modo, il concetto di «sindacato di merito». Ciò si ricava più precisamente, nell'invito rivolto alla Regione di impugnare i provvedimenti dedotti in giudizio facendo uso dei consueti mezzi di gravame, nonché nella critica mossa al tentativo dell'Ente di usare in conflitto «le ragioni di pubblico interesse poste — a ragione od a torto — a fondamento delle decisioni del T.A.R.; anche qui la Corte sottolinea come esista una sfera di esercizio discrezionale del potere entro cui essa non può avventurarsi.

L'errore è però non privo di rilievo in quanto si realizza mediante un uso elastico di concetti che, contrassegnando il discrimine tra forme di controllo ammissibile e inammissibile, dovrebbero possedere una stabilità inossidabile. Ed è anche estremamente significativo che la Corte riproponga queste imprecisioni in numerose pronunce successive, quasi che, per eccesso di prudenza, essa tenda a disegnare in modo ampio l'area dei contenziosi in astratto inammissibili, o almeno si riservi la possibilità di questo sbocco[5].

---

3. Questa conclusione è ribadita, senza eccezioni, dalla dottrina che ha commentato la sentenza n. 289 del 1974: al proposito si vedano G. GROTTANELLI DE SANTI, Nota a sentenza n. 289 *del* 1974, in Le *Reg*. 1975,438; V. MESSERINI, In tema, cit., 2876; V. CRISAFULLI, Cattivo uso, cit., 226-227 e S. GRASSI, Il giudizio costituzionale, cit., 229-230.

4. Così giustamente argomenta A. PISANESCHI, In tema, cit., 1642.

5. Oltre che nella sentenza in commento questo si riscontra nella sentenza n. 75 del 1977; sentenze nn. 30 e 31 del 1980; ordinanza n. 77 del 1981; ordinanza n. 98 del 1981; sentenza n. 183 del 1981; ordinanza n. 42 del 1983; sentenza n. 70 del 1985; ordinanze nn. 244 e 246 del 1988; ordinanza 30 maggio 1990; sentenza n. 99 del 1991 e sentenza n. 113 del 1993.

11.3. *Le tappe di avvicinamento alla sentenza n. 289 del 1974: i precedenti.*

Piuttosto che innovativa la sentenza n. 289 del 1974 sembra ricapitolare posizioni e *obiter dicta* espressi in precedenti decisioni; la sua importanza discende perciò solo dall'aver coronato un orientamento giurisprudenziale già in corso con l'esplicitazione riassuntiva dei criteri applicabili dalla Corte in ogni contenzioso sollevato contro pronunce giurisdizionali. Non a caso l'occasione di ciò è offerta da un conflitto che, essendo rivolto a denunciare *errores in iudicando,* presenta un'evidente novità d'impostazione rispetto ai precedenti e completa il mosaico delle possibili contestazioni deducibili nei conflitti contro atti del potere giurisdizionale.

Già prima della sentenza n. 289 la Corte aveva però applicato i criteri che in questa sono ribaditi in via generale.

Si veda, ad esempio, la sentenza n. 66 del 1964[6]: la Corte vi affermava che il nodo del conflitto in essa deciso stava nel sapere se gli atti dell'Assemblea regionale siciliana in materia di impiego dei propri dipendenti fossero o meno sottratti ad ogni forma di giurisdizione. La Regione sosteneva il difetto assoluto di giurisdizione, che avrebbe reso illegittimi sia la delibera del Consiglio di giustizia amministrativa, sia il riconoscimento della sua competenza operato dalla Cassazione[7]. Sin da questa pronuncia — la prima in cui si decide di un conflitto sollevato dalla Regione contro un atto giurisdizionale[8] — la Corte imposta dunque il giudizio avendo ben

---

6. In Giur. cost. 1964, 687 s.

Nel giudizio vennero riunite, per la loro analogia, due vicende conflittuali: la Regione Sicilia aveva infatti ritenuto che, sia l'ordinanza con cui il Consiglio di giustizia amministrativa sospendeva l'esecuzione di un provvedimento dell'Assemblea regionale relativo a un proprio impiegato, sia la sentenza della Cassazione che, in altra vicenda, aveva riconosciuto la giurisdizione del Consiglio di giustizia in materia, ledessero le attribuzioni ad essa riservate. L'ente — ritenendo che il Consiglio di giustizia non avesse, nel caso, alcun potere giurisdizionale — chiedeva alla Corte di annullare gli atti impugnati: quest'ultima respingeva però tali pretese. Su questo fondamentale aspetto della vicenda si vedano i commenti di G. GROTTANELLI DÈ SANTI, Differenziazione tra Assemblea regionale e Camere di indirizzo politico regionale, in Giur. cost. 1964, 692 s. e S. TRAVERSA, Il potere regolamentare dei Consigli regionali in relazione alla tutela giurisdizionale dei loro dipendenti, in Giur. cost. 1964, 700 s.

7. Cita la sentenza n. 66 del 1964, desumendo da essa che la Corte può sindacare il «cattivo uso» del potere, derivante dal suo esercizio in ordine ad oggetti che vi sarebbero sottratti, ovvero dal difetto delle condizioni e dei presupposti per esso previsti, V. CRISAFULLI, Op. *ult. cit.,* 223-225. In senso analogo vedi V. MESSERINI, Op. *ult.* cit., 2876 e M. R. MORELLI, Ancora sui limiti, cit., 257 s.

8. Sull'importanza che, in tale prospettiva, assume la sentenza n. 66 del 1964 si veda F. SORRENTINO, La giurisprudenza, cit., 965-966. Essa ha infatti stabilito, in maniera inequivocabile, la possibilità che i conflitti scaturiscano anche dall'esercizio di funzioni — come le giurisdizionali — aventi natura diversa da quelle ricono-

chiari i termini che intende osservare. Conferme di ciò si traggono da successive pronunce, anch'esse adottate prima della sentenza n. 289 del 1974.

Emblematica in tal senso la sentenza n. 110 del 1970[9], in cui la Corte — pur pronunciando I'inammisibilità del conflitto — rileva la correttezza dell'impostazione data al ricorso dalla Regione Sardegna, che contestava in radice il preteso potere della Corte dei conti di sottoporre a giudizio l'economo-consegnatario del Consiglio regionale. Ribattendo alle istanze dell'Avvocatura dello Stato, la Corte infatti afferma che «nulla vieta che un conflitto di attribuzioni tragga origine da un atto giurisdizionale, se e in quanto si deduca derivarne una invasione della competenza costituzionalmente garantita alla Regione ...: la figura dei conflitti di attribuzione non si restringe alla sola ipotesi di contestazione circa l'appartenenza del medesimo potere, che ciascuno dei soggetti contendenti rivendichi per sè, ma si estende a comprendere ogni ipotesi in cui dall'illegittimo esercizio di un potere altui consegua la menomazionc di una sfera di attribuzioni costituzionalmente assegnate all'altro soggetto. E nella specie, assumendo che l'economo-consegnatario del Consiglio regionale non è tenuto all'obbligo della resa del conto giudiziale, la Regione afferma, appunto, che il provvedimento emesso dalla Corte dei conti sarebbe illegittimo, perché lo Stato non avrebbe il potere di sottoporre a giudizio di conto la gestione dell'agente, ostandovi l'autonomia del Consiglio regionale»[10]. L'illegittimità dell'atto, accompagnata dalla menomazione delle attribuzioni costituzionali altrui, sono dunque, ancora una volta, i requisiti del conflitto posti dalla Corte.

L'assunto è ribadito nelle successive sentenze nn. 68 del 1971, 211 del 1972 e 63 del 1973[11], riguardanti conflitti promossi dalla Regione Friuli-

---

sciute alle Regioni: sul tema cfr. S. GRASSI, Op. *ult. cit.*, 104 e M. MAZZIOTTI, I conflitti, cit., vol. II, 85-86. In precedenza avevano escluso tale eventualità, tra gli altri, G. GROTTANELLI DÈ SANTI, I conflitti, cit., 16 nota 30 e 99 nota 2, e R. LUCIFREDI, voce Attribuzioni (conflitto di), in Enc. del dir., vol. IV, Milano 1959, 300; la stessa Corte pareva implicitamente accettare questo assunto nella sentenza n. 20 del 1957, in cui affermava che, perché sussistesse un'invasione di competenza, i confliggenti dovevano essere dotati delle stesse funzioni. Su tale aspetto della pronuncia si veda M. S. GIANNINI, Osservazione sulla sentenza n. 20 del 1957, in Giur. cost. 1957, 346 s.; F. DIMORA, *Op. ult. cit.*, 614-615 nota 11 e S. GRASSI, Op. *ult. cit.*, 74-76.

Sin dalla sentenza n. 66, inoltre, si è puntualizzata la stretta somiglianza tra i conflitti promossi dalla Regione contro atti giurisdizionali e conflitti tra poteri: così, ad esempio, G. GROTTANELLI DÈ SANTI, Differenziazione tra Assemblea, cit., 693-694.

9. In Giur. cost 1970, 1203 s.

10. Il passo è riportato in *Giur.* cost. 1970, 1206.

11. Reperibili rispettivamente in Giur. cost. 1971, 627 s.; Giur. cost. 1972, 2271 s. e *Giur.* cost. 1973, 784 s.

Venezia Giulia avverso la Procura generale della Corte dei conti e la sua prima sezione giurisdizionale. Anche in questi casi — che si sono conclusi con l'immancabile riconoscimento della giurisdizione dello Stato — la ricorrente partiva dal presupposto che si fossero travalicati i limiti di competenza attribuiti all'organo di controllo, e la Corte si poneva nella stessa prospettiva verificandone l'erroneità[12]. Non solo: nella sentenza n. 211 la Corte riflette sulla sua incompetenza a giudicare il merito dei prowedimenti giurisdizionali impugnati in sede di conflitto, affermando che la decisione sulla fondatezza dell'azione proposta dal Procuratore generale spetta in via esclusiva alla Corte dei conti. Essa cioè esclude che la contestazione della fondatezza possa in astratto costituire un argomento deducibile in conflitto, e con ciò indirettamente sottrae dall'ambito dei suoi giudizi ogni denuncia avente simile tenore. Questo si ricava altresì dal passo in cui la Corte, pur valutando corretto il comportamento della Giunta regionale, sostiene di non poterne comunque accogliere il ricorso in quanto il Procuratore — che segue un diverso awiso — ha legittimamente agito entro l'ambito dei poteri a lui assegnati dalle leggi[13].

Dal complesso di questi rilievi emerge dunque che la più spesso citata sentenza n. 289 del 1974 non ha in realtà introdotto nulla di nuovo nel panorama complessivo della giurisprudenza costituzionale[14].

---

12. Nel primo conflitto la Regione contestava la competenza della Procura generale della Corte dei conti di promuovere l'azione di responsabilità nei confronti dei dipendenti regionali per gli illeciti compiuti nell'esercizio delle loro funzioni; nel secondo il potere della stessa Procura di convenire in giudizio — per responsabilità amministrativa — i dipendenti regionali e i componenti della Giunta. Nel terzo era invece in discussione l'ordinanza della Corte dei conti-sezione giurisdizionale, recante l'ordine di depositare i conti consuntivi della Giunta provinciale per gli esercizi 1970 e precedenti.

Altri analoghi conflitti, promossi dagli enti regionali contro la stessa sezione della Corte dei conti o la sua Procura generale, sono stati decisi con le sentenze nn. 68 del 1971, 63 del 1973, 421 e 422 del 1988, 619 del 1988, 771 del 1988, 995 del 1988 e le ordinanze nn. 1004, 1005 e 1126 del 1988.

13. I passi cui si fa cenno sono consultabili in *Giur. cost.* 1972, 2277.

14. Tra le sentenze n. 66 del 1964 e n. 289 del 1974. la Corte pronuncia altre decisioni in materia di conflitto: l'ordinanza n. 91 del 1965, che dichiara l'inammissibilità di un ricorso per conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato promosso dal Consorzio dell'area di sviluppo industriale della Sicilia nord orientale contro la Camera dei deputati; l'ordinanza n. 10 del 1967, che esclude dal novero dei poteri dello Stato la Giunta e il Consiglio regionale della Valle d'Aosta; l'ordinanza n. 39 del 1968, relativa all'ammissibilità di un conflitto sollevato in via incidentale dal Pretore di Empoli, nonché le ordinanze nn. 110 del 1970 e 118 del 1971. Per buona parte, con questi ricorsi siamo ancora in una fase 'arcaica' dell'esperienza giurisprudenziale sui conflitti: non a caso M. BRANCA, *Osservazione sulla sentenza n. 69 del 1978*, in *Giur. cost.* 1978, *I*, 589 s., definì giustamente «fantasiose»alcune ipotesi di conflitto di cui alle citate ordinanze. Su alcune di queste pronunce torneremo comunque più avanti.

11.4. *L'individuazione dei limiti esterni: la sentenza n. 81 del 1975.*

Anche successivamente alla sentenza n. 289 del 1974 sono rintracciabili pronunce che hanno fatto rigorosa applicazione del percorso decisorio in essa tratteggiato; assai significativa in tal senso è la sentenza n. 81 del 1975 [15]. In quel caso la Regione Abruzzo contestava all'autorità giudiziaria di aver avviato procedimenti penali a carico dei consiglieri e dei membri della Giunta regionale, violando l'ampia formulazione dell'art. 122, comma 4, Cost.; da questa norma la ricorrente ricavava infatti che fosse assolutamente sottratta alla giurisdizione la competenza a sindacare i provvedimenti amministrativi adottati dai soggetti citati. Alla Corte si chiedeva insomma di decidere se nella circostanza vi fosse, o meno, il difetto assoluto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria [16], e quindi se il comportamento di quest'ultima avesse travalicato i limiti del suo potere, intaccando sfere di autonomia costituzionalmente garantite [17]: il proble-

---

15. In Giur. cost. 1975, 781 s.

16. Come essa stessa riassume affermando che si «deve decidere se sussista o meno difetto assoluto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria che procede a vagliare l'eventuale responsabilità penale dei consiglieri della Regione Abruzzo e dei componenti della relativa Giunta in ordine alle delibere... (concernenti il pagamento del conto di un ristorante e il concorso finanziario della Regione nell'onere assunto dai consiglieri per la stipula dell'assicurazione contro gli infortuni), in relazione all'art. 122, comma 4, Cost.» (in Giur. cost. 1975, 785).

Per un caso simile vedi, più di recente, la sentenza n. 350 del 1989, in cui venne risolto il conflitto sollevato dalla Regione Toscana, avverso la richiesta del Procuratore della Repubblica di Firenze di citare per direttissima un consigliere regionale. L'inammissibilità del ricorso venne poi dichiarata in quanto il Tribunale era già pervenuto all'assoluzione dell'imputato, ma l'Avvocatura generale intendeva comunque affermare il difetto assoluto di giurisdizione del Procuratore.

17. Cita espressamente la sentenza n. 81-del 1975 come esempio di una tipologia di conflitto da interferenza destinata — in ipotesi — a scomparire qualora si affermino e stabilizzino nuove e rigide interpretazioni dello stesso, A. PISANESCHI, Verso una interpretazione *restrittiva del* conflitto da «interferenza», in Giur. cost. 1988, I, 3338 e nota 10. Commentando la sentenza n. 731 del 1988 — non concernente l'oggetto di questa indagine — l'autore evidenziava come fosse da questa ricavabile un'originale definizione dei conflitti nascenti dall'illegittimo esercizio di un potere altrui, la quale richiede l'indispensabile connessione tra le sfere di competenza coinvolte. Entrambe dovrebbero cioè avere «un oggetto comune sul quale sono destinate ad intervenire a dati livelli o sotto dati aspetti, cioè essere entrambe destinate ad essere esercitate nel medesimo procedimento, o comunque l'una sul presupposto o in vista dell'esercizio dell'altra per il conseguimento di un certo risultato» (p. 3335). Per l'autore solo con grande sforzo questi requisiti potrebbero adattarsi ai conflitti generati da atto giurisdizionale, anche se poi non ritiene credibile che la Corte possa ripudiare forme di controllo ormai così diffuse e radicate nell'esperienza giurisprudenziale, La peculiarità dei conflitti intersoggettivi contro atto giurisdizionale, rispetto alle altre ipotesi di contenzioso tra enti, è confermata da A. ANZON, Invasione di competenza e conflitti «da *interferenza*», in Giur. cost. 1992, 4325. Sulla fisionomia dei conflitti da menomazione intersoggettivi scaturiti

ma, dunque, risiedeva ancora nel valutare se si fossero superati i limiti esterni del potere giurisdizionale, definiti direttamente dall'art. 122 Cost.[18].

La Corte risolve il conflitto accettando l'impostazione proposta dalla Regione, ma accogliendone solo in parte le pretese. Il principio che regge la decisione è infatti ricavato dall'art. 122 Cost.; interpretando questa disposizione la Corte individua il parametro che le consente di classificare gli atti impugnati. Per il giudice costituzionale, dall'art. 122, comma 4, Cost. è desumibile il principio dell'irresponsabilita dei consiglieri per i voti dati e le opinioni espresse nell'esercizio di qualsiasi funzione ad essi attribuita, anche se di natura amministrativa[19], ma non l'applicabilità dello stesso criterio alle attività dell'esecutivo regionale[20]. Pertanto essa conclu-

---

da regolamenti statali e da atti d'indirizzo e coordinamento vedi ancora A. ANZON, «*Cattivo esercizio*» delle attribuzioni: effettiva invasività o *mera* illegittimità dell'atto?, in Giur. cost. 1991, 1860 s.

18. La dottrina è pressoché unanime nell'accogliere la ricostruzione del conflitto riportata nel testo. Si veda, ad esempio, S. GRASSI, Op. *ult. cit.*, 227-228, per il quale, con la sentenza n. 81, la Corte dà prova di ritenere assorbita nella propria competenza di giudice dei conflitti anche la definizione dei limiti che il potere giurisdizionale deve rispettare quando va a toccare le autonomie costituzionalmente garantite. In senso analogo, almeno in prima battuta, M. D'AMICO, Alcune riflessioni in tema di conflitti di attribuzione fra Stato e Regioni su atti giuvisdizionali, in Giur. cost. 1990, I, 1791-1792, nota 14. Sulla stessa linea anche M. R. MORELLI, *Op.* ult. cit., 258-259, che colloca la pronuncia tra quelle che non hanno potuto affrontare (e risolvere) il problema dell'ammissibilità del sindacato sui vizi in iudicando, in quanto più radicalmente orientate a stabilire se nei casi impugnati vi fosse addirittura spazio per l'esame giurisdizionale di comportamenti coperti dalla guarentigia dell'immunità.

Ascrive invece la sentenza n. 81 del 1975 tra le pronunce in cui la Corte ha agito come un vero giudice dell'impugnazione A. PIZZORUSSO, La magistratura come parte dei conflitti di attribuzione, in AA.VV, Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia, Bologna 1982, 213 nota 26 e 201 nota 8. Non si comprende però se l'autore intenda con questo sottolineare l'intromissione del giudice costituzionale in questioni relative al merito della causa, oppure il fatto che si è data soluzione a una controversia che avrebbe potuto definirsi con i consueti mezzi di gravame. Accenna a quest'ultima possibilità anche S. GRASSI, *Op.* e *loc. ult. cit.*, ma non ricava da ciò argomenti per sostenere l'astratta inammissibilità del conflitto che, in modo assai ortodosso, sorge proprio dalla concreta violazione di garanzie costituzionali.

19. «Ritiene... questa Corte che la forma amministrativa che connota le deliberazioni consiliari... non valga ad escludere l'irresponsabilità di coloro che le adottarono nell'esercizio di competenze spettanti al Consiglio» (in Giur. cost. 1975, 786).

20. «Diversa soluzione si impone in ordine alle pretese immunità dei membri della Giunta regionale. La norma invocata riferisce e limita l'irresponsabilità dei consiglieri regionali alle opinioni espresse e ai voti dati nell'esercizio delle loro funzioni. L'immunità copre quindi esclusivamente quelle attività che costituiscono applicazione di una funzione consiliare, per garantire... l'autonomia del Consi-

de dichiarando il difetto di giurisdizione solo per i reati che si volevano posti in essere con la votazione del Consiglio, ma non per quelli realizzati dalla delibera di Giunta. Il procedimento attraverso cui la Corte perviene alla sua decisione è assai limpido: dalla Costituzione ricava il principio applicabile nella circostanza e dunque sussume ad esso la fattispecie concreta del conflitto. Il criterio selettivo viene peraltro individuato attraverso l'interpretazione della norma costituzionale dedotta in giudizio, cioè mediante un'attività interpretativa che rientra tra le competenze primarie della Corte e che questa necessariamente deve svolgere nell'espletamento dei suoi compiti [21]. Il tutto si svolge quindi senza neppure sfiorare la sostanza delle accuse promosse dal giudice istruttore — che rimangono isolate sullo sfondo — e neppure la definizione normativa dei reati contestati, che nell'economia del conflitto appare in assoluto ininfluente [22].

11.5. Prime *difficoltà:* l'ordinanza n. 86 *del* 1978.

La Corte ribadisce la regola che ammette soltanto i conflitti rivolti a contestare il superamento dei limiti esterni, previsti per i vari poteri da norme costituzionali, anche nell'ordinanza n. 86 del 1978 [23]. In quel caso la controversia muoveva dal ricorso con cui il Pretore di Roma denunciava la mancata assistenza della forza pubblica alle udienze da lui dirette in alcuni giorni della settimana. Il Questore e il Governo riaffermavano invece l'ob-

---

glio» (in *Giur. cost.* 1975, 787).

21. L'interpretazione dell'art. 122, comma 4, Cost., accolta dalla Corte nella sentenza n. 81, è stata valutata positivamente dagli interpreti. In tal senso vedi G. LONG, *Sulla irresponsabilità penale dei consiglieri regionali per i voti dati nell'esercizio delle funzioni amministrative consiliari,* in *Giur. cost.* 1975, 1077 e R. TOSI, *Commento alla sentenza n.* 81 *del* 1975, in *Le Reg.* 1975, 762 s. Con estrema preveggenza questa autrice, pur ritenendo inevitabile la strada seguita dalla Corte (essendo «arduo dare al quarto comma dell'art. 122 Cost. una interpretazione» diversa), rinviene però nel tessuto della sentenza tracce «il cui tenore può far dubitare... che la questione sia definitivamente chiusa» (p. 763); indica pertanto, in alternativa, la possibilità di ({distinguere tra le funzioni che non possono non essere del Consiglio, perché così impone la Costituzione, e quelle che alle assemblee regionali gli Statuti e le leggi hanno facoltà di attribuire)), ma riconosce la difficoltà «di restringere in questo senso la dizione onnicomprensiva dell'art. 122, IV comma, Cost.» (p. 764). Quanta profondità vi fosse in queste osservazioni sarà awertibile nell'esame della sentenza n. 69 del 1985 (vedi *infra* par. 11.18).

22. Non sembra accettare questa ricostruzione M. D'AMICO, *Op. ult. cit.,* 1795, allorché contraddicendo — o almeno correggendo — quanto affermato poco prima nello stesso articolo (vedi *supra* nota 18), rileva come fosse da ritenersi incidente sul merito il ragionamento svolto dalla Corte per definire il conflitto di cui alla sentenza n. 81 del 1975.

23. In *Giur. cost.* 1978, I, 1178 s.

Su alcune implicazioni teoriche della pronuncia vedi anche par. 1.5.

biettiva impossibilità di svolgere costantemente il servizio, a causa della scarsa consistenza delle forze disponibili e della concomitanza di altri impegni. La Corte non rilevava in questo una vera contestazione delle reciproche sfere di attribuzioni, e concludeva che, non essendo «controverso se il pretore avesse o meno il potere di richiedere l'assistenza della forza pubblica né l'obbligo dei destinatari della richiesta di ottemperarvi, avendo gli organi della competente amministrazione prospettato soltanto difficoltà di esecuzione)»[24], il conflitto doveva ritenersi inammissibile.

Con ciò la Corte confermava insomma che la materia di un conflitto emerge solo quando si realizzano invadenze prodotte da un illegittimo esercizio del potere, e non dalla semplice difformità di vedute sulle scelte connesse alla sua esecuzione; come nelle sentenze nn. 30 e 31 del 1980[25] essa perciò respingeva la possibilità di sindacare le scelte discrezionali operate nell'esercizio di poteri sicuramente radicati negli organi coinvolti. Questa scelta sembra però offrire il fianco a gravi inconvenienti: la questione sollevata dal Pretore potrà infatti apparire di basso rango ma travolge, se portata agli estremi, le stesse condizioni entro cui può svolgersi la funzione giurisdizionale. A fronte del sistematico rifiuto dell'assistenza della forza pubblica in processi che necessitano di particolari cautele, ne potrebbe infatti uscire compromessa la stessa praticabilità del procedimento, costringendosi il giudice alla continua sospensione delle udienze[26]. Anche in queste clamorose circostanze, ove la controversia si muo-

---

24. L'affermazione della Corte è in Giur. cost. 1978, I, 1180.

25. Vedi più oltre in questa sezione.

L'accostamento tra i conflitti di cui alle ordinanze nn. 1 e 2 del 1979, sentenze nn. 30 e 31 del 1980 e all'ordinanza n. 86 del 1978 è svolto da C. MEZZANOTTE, Le nozioni, cit., 122-123. L'autore rileva che con la decisione in commento la Corte ha «escluso che sia sottoponibile a sindacato il modo come un determinato organo abbia concretamente esercitato i poteri che gli spettano (nella specie, il potere dell'esecutivo di determinare le priorità d'impiego della forza pubblica)», mentre non ha utilizzato lo stesso criterio nei conflitti ammessi con le ordinanze nn. 1 e 2 del 1979, nonostante fosse evidente l'identica natura delle richieste avanzate dai Comitati promotori. Da ciò egli deduceva l'allora carattere «in *fieri*» della tipologia del conflitto da menomazione, ancora ben lontana dall'aver assunto precisione e stabilità di contorni.

Concorda nel ricostruire l'ordinanza n. 86 come una pronuncia in cui la Corte ha ritenuto inconfigurabile il conflitto perché concernente i motivi dell'ottemperanza richiesta al Ministero, e quindi una scelta discrezionale, A. PISANESCHI, In tema, cit., 1641.

26. E' stato A. PACE, *Strumenti*, cit., 173 ad ipotizzare queste conseguenze. Ammette che, in tali circostanze, al giudice non rimanga altro che sospendere le udienze, S. BELLOMIA, Osservazione, cit., 1179.

Problemi analoghi A. PACE, *Op.* e *loc. ult. cit.*, riteneva sottesi all'ordinanza n. 84 del 1978 (in Giur. cost. 1978, I, 1173 s.), in cui la Corte giudicava inammissibile un conflitto proposto dal Pretore di Prato nei confronti della P.A., relativamente all'obbligo di procedere alla verificazione dei registri dello stato civile: ciò

vesse entro i binari già indicati nell'ordinanza n. 86, ed esclusi repentini mutamenti di rotta giurisprudenziale, la Corte si vedrebbe infatti costretta a respingere il ricorso lasciando impregiudicato il comportamento dell'amministrazione[27].

11.6. *La trasferibilità del concetto di «limite esterno» anche ai conflitti contro poteri non giurisdizionali: il problema della natura dell'Ufficio centrale.*

Nei casi finora studiati la Corte giudicava di conflitti aventi ad oggetto provvedimenti di natura giurisdizionale; le posizioni da essa assunte potevano perciò ritenersi specificamente riferite alla peculiare natura degli organi e delle funzioni coinvolte. Non era cioè da escludere che il sindacato sul modo di esercizio del potere venisse variamente inteso, per consentire alla Corte di graduare la portata del suo intervento alla diversa tipologia dei poteri in conflitto[28].

L'orientamento che però si trae dal complesso delle decisioni costituzionali è ben diverso.

Le pronunce che, sotto questo profilo, fungono da *trait d'union* sono le sentenze nn. 30 e 31 del 1980[29]. In esse la Corte afferma l'inammissibilità

---

perché egli reputava che l'attribuzione ai giudici di funzioni estranee alla giurisdizione potesse ostacolare lo svolgimento delle loro attività costituzionalmente garantite (in dottrina ha sostenuto la proponibilità di conflitti di tal specie A. PIZZORUSSO, Op. *ult.* cit., 204). Su questo problema si veda diffusamente S. BARTOLE, *Attribuzione* ai giudici di funzioni non giurisdizionali e tutela della *loro* indipendenza, in Giur. cost. 1978, I, 1204-1205.

27. Il conflitto è assai interessante anche per i profili soggettivi passivi che presentava: esso infatti riguardava un'ipotesi di contenzioso generata da un comportamento omissivo imputabile — in ultima istanza — al Ministro dell'interno. Nonostante ciò il ricorso veniva indirizzato al Governo nel suo complesso, né la Corte chiariva nella pronuncia quale fosse la posizione del Ministro dell'interno: anzi, invece di seguire il percorso di soluzione più corretto (affrontando nell'ordine i profili soggettivi e quindi quelli oggettivi) la Corte imbocca la scorciatoia, meno problematica, della dichiarazione d'inammissibilità per carenza di conflitto. In questo senso si veda S. BELLOMIA, Op. *ult. cit.*, 1178-1179 e C. MEZZANOTTE, *Op. ult.* cit., 115.

28. A detta di alcuni, qualcosa di simile sarebbe avvenuto nei conflitti intersoggettivi: la Corte avrebbe qui rigorosamente delimitato il suo controllo su atti giurisdizionali mentre avrebbe manifestato un'opposta tendenza con riguardo ad altre materie. Sul punto si vedano le osservazioni di V. CRISAFULLI, Op. *ult. cit.*, 226-227 e M. R. MORELLI, La Corte costituzionale sui limiti, cit., 127-128. Riconosce la peculiarità della nozione di interferenza rilevante in sede di conflitto intersoggettivo su atto giurisdizionale, rispetto agli altri contenziosi tra enti, A. ANZON, Invasione di competenza, cit., 4325.

29. Rispettivamente in Giur. cost. 1980, I, 218 s. e 232 s.

Il conflitto di cui all'ordinanza n. 1 del 1979, e successiva sentenza n. 30 del

dei conflitti sollevati dai Comitati promotori dei referendum, in quanto nei ricorsi si contesta «il modo come l'Ufficio centrale avrebbe deciso», mentre a quest'ultimo è {{garantitauna funzione le cui modalità di esercizio non spetta alla Corte sindacare». Infatti, «una volta che, come nella specie, si radichi il potere , riconosciuto all'Ufficio centrale, di decidere *ex* art. 39, la decisione del merito, che a detto organo è riservata in via esclusiva e definitiva», non può essere censurata[30]. Tale radicamento awiene quando l'ufficio abbia svolto le «indagini, dalle quali ogni sua decisione *ex* art. 39 deve essere preceduta»; abbia «motivato in conseguenza l'ordinanza impugnata con il ricorso» e, prima di decidere, abbia sentito i promotori. Poiché nel caso questo si era puntualmente verificato, La Corte concludeva che sussistevano i presupposti in presenza dei quali il potere si concretava in capo all'Ufficio. Nelle pronunce la Corte insomma ribadiva di non poter svolgere alcun sindacato sul contenuto discrezionale dei provvedimenti impugnati mentre specificava, al contempo, quali fossero i limiti esterni delle attribuzioni dell'Ufficio; solo in assenza di taluno dei «presupposti. indicati — che inglobano, sotto la stessa dicitura, momenti di attività sostanziale e procedurale — un eventuale conflitto tra i medesimi soggetti poteva ritenersi ammissibile.

La Corte dunque ripropone nei conflitti in esame la stessa distinzione tra sindacato di merito e sui limiti esterni del potere già sviluppati in ordine a precedenti contenziosi contro atti giurisdizionali[31]. E non si ferma qui: dopo aver diffusamente illustrato i motivi di inammissibilità del ricorso, essa afferma che da conclusione raggiunta vale a maggior ragione — anche alla luce di precedenti pronunzie (sentenza n. 289 del 1974) — se si voglia ritenere che il presente giudizio sia stato promosso attribuendo all'Ufficio centrale la natura di organo giurisdizionale in senso stretto)),con le conseguenze che scaturirebbero da una simile prospettazione del conflitto[32]. La Corte cioè evita di prendere posizione circa la discussa natura

---

1980, era proposto dal Comitato promotore del referendum abrogativo degli articoli 546, 547, 548, 549 comma 2, 550, 551, 554, 555 c.p., nei confronti dell'Ufficio centrale, che aveva ritenuto di non dar corso alle operazioni referendarie a causa del sopravvenuto articolo 22 della legge 25/5/1978, n. 194; quello deciso con ordinanza n. 2 del 1979 e sentenza 31 del 1980 analogamente sorgeva dal ricorso presentato dal Comitato promotore del referendum su 13 articoli della legge 25/1/1962 n. 20 — recante la disciplina sui procedimenti e i giudizi d'accusa — contro l'ufficio, che aveva valutato innovative le disposizioni della legge 10/5/1978, n. 170, intervenuta in corso di procedura.

30. I passi citati sono in Giur. cost. 1980, I, 230-231 e 240-241. Si noti come la Corte continui ad utilizzare indifferentemente le espressioni «sindacato di merito» e «sindacato sulle modalità di esercizio».

31. Condivide questa ricostruzione R. TARCHI, *Il* conflitto di attribuzioni, cit., 293.

32. Cfr. Giur. cost. 1980, I, 231 e 241.

giuridica dell'Ufficio e trae, dal solo ipotizzato riconoscimento del suo carattere giurisdizionale, un ulteriore motivo di sostegno delle tesi proposte[33]; e così, in precedenza, valutando il profilo soggettivo del conflitto, essa non lo aveva legittimato a stare in giudizio a tale titolo, bensì considerando le competenze e le funzioni ad esso attribuite in via definitiva ed esclusiva[34].

L'aggiunta, *ad abundantiam,* di un simile argomento serve solo a rafforzare le giustificazioni alla pronuncia d'inammissibilità e sottintende che, anche dal suo rigetto, non ne sarebbero scaturite conseguenze di rilievo. La Corte cioè ammette che i limiti destinati a segnalare il suo «controllo sul modo di esercizio del potere. valgono, indipendentemente dalla natura giurisdizionale degli organi ad esso sottoposti, per ogni soggetto legittimato al conflitto *ex* art. 134 Cost.

11.7 *La Corte costituzionale ammette e poi respinge il sindacato di merito: le ordinanze nn. 1 e 2 del 1979 e le sentenze nn. 30 e 31 del 1980.*

Le ordinanze nn. 1 e 2 del 1979 e le sentenze nn. **30** e **3**1 del 1980 rivestono una notevole importanza anche perché contrassegnano gli estremi di un paradosso giurisprudenziale che va approfondito e interpretato. Mentre infatti le prime costituiscono le uniche pronunce in cui la Corte ha adombrato l'ammissibilità di un suo sindacato sul merito di valutazioni discrezionali rimesse all'Ufficio centrale, le seconde rinnegano questa possibilità ed anzi cristallizzano in senso restrittivo i termini dei contenziosi sul modo di esercizio del potere. Occorre dunque rintracciare il motivo che ha indotto il giudice costituzionale ad una simile oscillazione nonostante la manifesta volontà dei ricorrenti e la costanza delle sue decisioni.

Tutte le spiegazioni che a questo proposito si possono avanzare affondano le radici proprio nel problema del significato da attribuire al controllo sul modo di esercizio del potere. Le ipotesi proponibili sono sostanzialmente due: per la prima il giudice costituzionale avrebbe davvero ritenuto inizialmente ammissibili i conflitti che, sottoposti a un più ponderato esame, hanno poi rivelato la loro vera sostanza, o hanno reso opportuna la

---

Si chiedono — polemicamente — quali sarebbero queste paventate conseguenze V. CRISAFULLI, Op. *ult. cit.,* 230 e *P.* FRANCESCHI-G. ZAGREBELSKY, *Il colegislatore e il Parlamento,* in *Quad. cost.* 198*1,* 165-166. In particolare quest'ultimo saggio pone l'accento sull'incongruenza del richiamo a fantomatici «giudici in senso stretto» e alla pretesa diversità di trattamento di questi rispetto agli altri poteri dello Stato. Come però si commenta nel testo, la formula sembra rivolta semplicemente a rafforzare la tesi dell'inammissibilità e non a porla.

33. Sul punto vedi par. 1.5.

34. La giusta osservazione è di S. NICCOLAI, *Il conflitto di attribuzioni* cit., 250.

successiva, contraria decisione[35]. Il contrasto tra le ordinanze e le sentenze evidenzierebbe perciò l'esistenza di due diverse ricostruzioni circa l'ampiezza del sindacato praticabile in sede di conflitto, poi risoltasi con il prevalere degli orientamenti più moderati; ci sarebbe però stato un momento dell'*iter* decisorio in cui la Corte ha ritenuto esperibile il controllo anche nell'ambito della sfera discrezionale dell'Ufficio.

Altrettanto convincente appare la seconda ipotesi, che presuppone una Corte che ha piena coscienza del'inammissibilità del conflitto nel momento stesso in cui proclama il contrario. Lo stratagemma sarebbe in sostanza servito per collocare in una sede più idonea il chiarimento dei problemi sollevati dai ricorsi: la sentenza garantiva la possibilità di svolgere ragionamenti di maggior respiro, di specificare in dettaglio l'orientamento prescelto, di evitare le accuse di troppa corrività che avrebbero quasi inevitabilmente accompagnato una semplice ordinanza di inammissibilità[36]. Le decisioni nn. **30** e **31** sarebbero dunque pronunce di assestamento e di esplicazione; prova ne sia che dopo di esse la giurisprudenza costituzionale sul punto si consolida in via definitiva[37].

Non è invece sostenibile la tesi che collega le opposte decisioni della Corte alle due antitetiche concezioni del conflitto di attribuzioni: le ordinanze nn. **1** e 2 risponderebbero ai requisiti del conflitto da menomazione, mentre le sentenze nn. **30** e **31** costituirebbero un inopportuno ritorno all'idea originaria della vindicatio[38]; di modo che «nessuna delle due deci-

---

35. Secondo quanto auspicava, in sede di commento alle ordinanze di ammissibilità, F. GABRIELE, *L'«abrogazione* sufficiente» fra Corte costituzionale e Ufficio centrale per il referendum in un conflitto di attribuzioni molto simile a un giudizio d'appello, in Giur. cost. 1979, I, 30 s.

36. Come poi, ad esempio, awenne a proposito dell'ordinanza n. 77 del 1981, in cui la Corte — pur affermando l'inammissibilità del conflitto — ammise se stessa tra i soggetti competenti ad agire nei contenziosi tra poteri, senza ulteriormente specificare le proprie affermazioni. In quella circostanza taluno si chiese se non fosse stato più opportuno dichiarare l'ammissibilità del ricorso per poi respingerlo, con maggior dovizia di argomenti, precisando altresì le condizioni e i casi in cui la Corte poteva divenire parte in conflitto. Così S. BARTOLE, La Corte, la sua storia e le tentazioni della justice retenue, in Giur. cost. 1981, I, 1671.

37. Infatti nelle successive ordinanze n. 42 del 1983 e 30 maggio 1990, la Corte blocca i giudizi nella stessa fase di ammissibilità, benché il tenore dei ricorsi fosse identico a quello dei conflitti decisi con le sentenze nn. 30 e 31 del 1980. «La Corte... pare considerare così univoca la propria giurisprudenza in tema di incensurabilità dei vizi di merito delle decisioni dell'Ufficio centrale da poter semplicemente ritenere inammissibile il conflitto in fase di prima delibazione»: A. PISANESCHI, *Op. ult. cit.,* 1636.

38. In questo senso vedi V. CRISAFULLI, *Op. ult. cit.,* cit., 223-224; S. BARTOLE, Op. e *loc. ult.* cit, e F. SORRENTINO, Garanzie costituzionali, cit., 463-464. L'autore da ultimo citato rinviene peraltro una significativa particolarità nei conflitti di cui alle sentenze nn. 30 e 31 del 1980: mentre nell'ipotesi tradizionale di vindicatio il ricorrente rivendica per sè il potere esercitato dall'altra parte, nelle pronunce so-

sioni può dirsi errata: l'una e l'altra si iscrivono rispettivamente in due divergenti filoni della giurisprudenza della Corte»[39]. L'inaccettabilità di una simile prospettiva discende dal fatto che l'ammissione della tipologia del conflitto da menomazione non si accompagna inevitabilmente all'esperimento del sindacato di merito, bensì esclude solo che conflitti nascano in via esclusiva dalla reciproca contestazione di una stessa competenza; l'approdo al sindacato di merito è dunque un possibile ma non necessario sviluppo dell'idea di menomazione[40].

A rendere indispensabile una compiuta analisi del caso sottoposto a giudizio concorreva però un'altra circostanza — di non secondario rilievo — che traeva origine dal precedente conflitto sollevato dal Comitato promotore contro l'ufficio centrale, dalla particolare dinamica della sua soluzione e dai problemi che questa poneva.

11.8. *Il primo conflitto tra Comitato promotore e Ufficio centrale per il referendum (ord. n. 17 del 1978 e sent. n. 69 del 1978): l'occasione per una sentenza additiva (sent. n. 68 del 1978).*

Il contrasto tra Comitato e Ufficio della Cassazione sorgeva a seguito dell'intervento legislativo che, per evitare il referendum su alcune previsioni della legge 22 maggio 1975, n. 152, aveva introdotto la normativa di cui alla legge 8 agosto 1977, n. 533[41]. L'Ufficio centrale dichiarava perciò legittima la richiesta referendaria, ma modificava il quesito da sottoporre agli elettori, disponendo che venisse escluso il riferimento all'art. 5, legge n. 152, in quanto sostituito dall'art. 2 della nuova disciplina. Il Comitato promotore sollevava quindi conflitto, chiedendo alla Corte di sancire che «all'Ufficio centrale per il referendum non è attribuito dall'art. 39 legge 25 maggio 1970, n. 352, il potere di disporre la cessazione delle operazioni del referendum relative alle norme comuni contenute prima nelle disposi-

---

pracitate la Corte riterrebbe sufficiente la contestazione dell'astratta appartenenza del potere.

39. Così si esprimeva V. CRISAFULLI, *Op. ult. cit.*, 223.

40. Tanto che la Corte ha ormai decisamente imboccato la strada del conflitto da menomazione ma, in modo altrettanto sicuro, ha respinto i ricorsi che chiedevano un suo giudizio sullo stretto merito di atti e provvedimenti. A proposito della considerazione che un conflitto caratterizzato dalla richiesta di un sindacato di merito supera anche le concezioni più estensive di conflitto da menomazione ammissibile, vedi F. GABRIELE, *Op. ult. cit.*, 34.

41. Si trattava di discipline incidenti sulla tutela dell'ordine pubblico. Gli articoli incriminati, in particolare, vietavano di prendere parte a pubbliche manifestazioni facendo uso di caschi protettivi o di altri strumenti che ostacolassero il riconoscimento delle persone. Le modifiche introdotte dal soprawenuto articolo 2, legge n. 533 del 1977, erano peraltro chiaramente formali.

zioni di cui all'art. 5 legge n. 152 del 1975, ed ora formalmente inserite nella disposizione di cui all'art. 2 legge n. 533 del 1977». La Corte decideva per l'ammissibilità del ricorso con l'ordinanza n. 17 del 1978; quindi sollevava d'Ufficio la questione di legittimità dell'art. 39, poi definita nella sentenza n. 68 del 1978. In essa affermava l'illegittimità costituzionale dell'articolo in oggetto «limitatamente alla parte in cui, non prevedendo che se I'abrogazione degli atti o delle singole disposizioni cui si riferisce il referendum venga accompagnata da altra disciplina della stessa materia, senza modificare né i principi ispiratori della complessiva disciplina preesistente, né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti, il referendum si effettui sulle nuove disposizioni legislative»[42]. Applicando tali criteri la Corte risolveva il conflitto già ritenuto ammissibile e, nella sentenza n. 69 del 1978, annullava l'ordinanza dell'Ufficio, nella parte in cui manipolava il quesito senza che vi fosse stato un esame diretto a verificare se il referendum si dovesse effettuare sulla nuova disciplina legislativa[43].

Si è ritenuto opportuno percorrere, sia pur sommariamente, le tappe di questa vicenda, proprio perché nel suo svolgersi essa suggerisce una serie di interrogativi rilevanti per la nostra indagine.

Come si è visto, il punto cruciale del percorso che conduce alla sentenza n. 69 del 1978 è rawisabile nella precedente pronuncia di illegittimità costituzionale. In essa la Corte esplicita i criteri aggiuntivi che l'ufficio centrale dovrà osservare per una corretta interpretazione della normativa sopravvenuta nelle more dei referendum: se la consultazione ha ad oggetto un'intera legge o un atto equiparato, l'esame dell'ufficio non può limitarsi ad un confronto puntuale delle singole disposizioni, bensì deve estendersi «ai raffronti fra i principi cui si informino nel loro complesso l'una o l'altra disciplina»; il mutamento dei principi può bloccare le operazioni referendarie anche se rimangono identici i «contenuti normativi già presenti nell'ordinamento precedente,,. Se invece si propone l'abrogazione di spe-

---

42. In Giur. cost. 1978, I, 588. Sulla sentenza in oggetto si veda A. PIZZORUSSO, Nota alla sentenza n. 68 del 1978, in Foro it. 1978, I, 1340-1341. L'autore sottolinea che la pronuncia, nel suo ben calibrato *self* restraint, ha enucleato un principio che permetteva la soluzione del problema pratico sollevato ma non di tutte le questioni in astratto ipotizzabili. Così è per la mancata specificazione se una nuova disciplina peggiorativa possa, o meno, vanificare il referendum. Sul punto si veda anche C. MEZZANOTTE, *Procedimento* di referendum e innovazioni legislative sopravvenute, in Giur. cost. 1978, I, 738 s e ID, Comitato dei promotori, cit., 89-90.

43. Aveva pari pari previsto l'eventualità di un conflitto promosso contro l'Ufficio centrale, che offrisse alla Corte l'occasione di sollevare d'ufficio la questione di legittimità costituzionale dell'art. 39, C. CHIOLA, I «*presentatori*» *della* richiesta di referendum, in Dir. e *soc.* 1973, 603 s. Sulla sentenza n. 69 del 1978 si veda M. BRANCA, Osservazione, cit., 589 s., il quale la colloca tra i pochi episodi conflittuali che, a quella data, avevano consentito di applicare l'istituto di cui all'art. 134 Cost., ponendolo finalmente «sul terreno dell'esperienza giuridica vivente».

cifici precetti è sufficiente «il confronto fra i contenuti normativi essenziali» degli stessi. E' proprio il contenuto additivo di questa pronuncia a costituire il presupposto della decisione in cui la Corte annulla l'ordinanza impugnata dai promotori e chiama l'ufficio a compiere quella comparazione tra discipline prevista nella precedente pronuncia.

In tale contesto il dubbio, cui i promotori immediatamente si aggrappano per fondare i loro successivi ricorsi, concerne proprio la natura da attribuirsi ai criteri posti dalla Corte. Nelle sentenze nn. 30 e 31 del 1980, e poi nelle ordinanze n. 42 del 1983 e 30 maggio 1990, i Comitati contestano infatti non solo il contenuto delle valutazioni dell'ufficio centrale, bensì anche la scelta di applicare l'uno o l'altro dei canoni di comparazione descritti. Essi mostrano cioè di ritenere quei criteri dei veri presupposti di esercizio del potere, atti a segnare i limiti esterni delle competenze dell'ufficio.

L'opportunità di fugare tali dubbi, sollecitati dal tenore della sentenza n. 68, ha probabilmente indotto la Corte ad affrontare in modo più articolato il successivo conflitto che li sottolineava. Nelle sentenze nn. 30 e 31 del 1980 essa ha quindi affermato che i criteri usati dall'Ufficio vengono assorbiti nella stessa indagine volta a stabilire l'effettiva innovatività della disciplina; il suo svolgimento sarebbe infatti sufficiente a realizzare il presupposto in base al quale l'Ufficio decide, in quanto «evidentemente» serve a stabilire se tra le discipline vi sia corrispondenza di principi ispiratori o di puntuale disciplina[44]. Nelle ordinanze n. 42 del 1983 e 30 maggio 1990 tali accenni addirittura scompaiono e, in modo ancor più esplicito, la Corte impone all'Ufficio solo di raffrontare le discipline e di concludere circa l'efficacia abrogativa o meno delle disposizioni contenute in quella più re-

---

44. L'avverbio è in *Giur. cost* 1980, *I,* 230.

Per N. ZANON, *Procedimento di referendum, rilevanza della volontà dei promotori e oggetto del conflitto di attribuzioni in una vicenda probiematica,* in *Quad. cost.* 1990, 518, affermando che il potere dell'ufficio centrale era stato esplicato «in base ai criteri appositamente stabiliti dalla Corte costituzionale per tutelare la sfera dei promotori)),la stessa Corte avrebbe dato prova di svolgere un sindacato sul modo di esercizio del potere, In realtà il giudice costituzionale si dimostra ancora più accorto: esso non svolge un controllo diretto, ma trae dalle affermazioni dei ricorrenti — e solo da quelle — la conferma che i criteri suggeriti nelle precedenti pronunce erano stati applicati. Da queste esso ricava che «non si contesta — anzi si presuppone — che l'ufficio centrale abbia adempiuto alle indagini, dalle quali ogni sua decisione *ex* art. 39 deve essere preceduta», nonché il fatto che l'attribuzione del potere in considerazione si concreta in capo all'Ufficio proprio in virtù di «quel che risulta dalle stesse deduzioni dei ricorrenti)). Del resto, dal tenore di questa e di altre pronunce relative ai referendum, non sembra comunque da escludere un sindacato sul modo di esercizio del potere, che però si arresti prima di ripetere il ragionamento decisorio dell'ufficio, accertando il rispetto delle procedure e dei presupposti di esercizio delle competenze di quest'ultimo.

cente[45]. Essa quindi si preclude ogni possibilità d'incidere sui canoni di raffronto usati dall'organo della Cassazione, ritenendoli inclusi nella sfera discrezionale ad esso riservata. Pertanto, dopo aver risolto, nelle sentenze nn. 30 e 31, un dubbio che legittimamente sorgeva da precedenti decisioni, il giudice costituzionale conferma il suo punto di vista in successive, analoghe vicende, bloccando il conflitto già nella fase di ammissibilità[46]. Ci si può peraltro chiedere che senso avesse enunciare in dettaglio i criteri in base ai quali si intendeva presumibilmente vincolare le valutazioni dell'Ufficio, se poi la stessa Corte afferma la sua inidoneità a controllarne il puntuale rispetto.

11.9. *Segue. La natura additiva della sentenza n. 68 del 1978 nell'interpretazione di Vezio Crisafulli.*

Tale circostanza può diversamente spiegarsi a seconda di come si ricostruisca la natura additiva della sentenza n. 68 del 1978. Un primo approccio è suggerito da Vezio Crisafulli per il quale la pronuncia costituisce un «caso estremo» di sentenza additiva che suscita una serie di significative perplessità[47]. In primo luogo l'omissione contestata non era tale da potersi colmare rifacendosi a norme e istituti già previsti nell'ordinamento per regolare situazioni analoghe: di conseguenza la Corte ha dovuto «inventare» una disciplina che si allontana dai principi normalmente previsti per i casi di raffronto tra testi legislativi[48], forzando i termini entro cui può porre la cosiddetta «legislazione a rime obbligate»[49]. Rimanendo in

---

45. Nell'ordinanza n. 42 del 1983 la Corte genericamente impone all'Ufficio di esaminare «se ricorrono gli estremi perché il quesito refendario sia trasferito dalle disposizioni che ne formavano l'oggetto iniziale alle» sopravvenute; in modo analogo, nell'ordinanza 30 maggio 1990, essa rileva che l'«Ufficio centrale ha compiuto l'accertamento ad esso spettante; ha preso in esame le disposizioni della legge soprawenuta raffrontandole con quella oggetto del quesito referendario». Con riguardo a quest'ultima pronuncia non mancano però seri dubbi circa l'inammissibilità oggettiva del ricorso: l'ufficio centrale ha infatti raffrontato l'oggetto originario del referendum con una «nuova» legge che non era ancora entrata in vigore. Poteva quindi sostenersi che l'ufficio aveva deciso in violazione dell'art. 39, legge n. 352 del 1970, che subordina la sua pronuncia all'effettiva abrogazione delle norme cui il referendum si riferisce, e perciò presuppone che la decisione dell'Ufficio segua, e non preceda, l'awenuta abrogazione. Così N. ZANON, *Op. ult. cit.*, 511-512.

46. Così nelle già citate ordinanze nn. 42 del 1983 e 30 maggio 1990.

47. V. CRISAFULLI, Osservazione sulla sentenza n. 68 del 1978, in Giur. cost. 1978, I, 580.

48. V. CRISAFULLI, *Op.* e *loc. ult.* cit.

49. Circa il significato da attribuirsi a tale teoria si veda V. CRISAFULLI, *La* Corte costituzionale ha vent'anni, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), La Corte costituzionale tra *norma* giuridica e realtà sociale, Padova 1984, 80-86, nonché ID, Lezioni, cit., II,

questa cornice dottrinale la Corte avrebbe perciò superato l'ambito delle competenze ad essa spettanti nei casi di pronunce additive, sostituendosi — in definitiva — al legislatore[50].

I dubbi circa l'opportunità della decisione si aggravano, secondo l'autore, analizzando le ragioni che lo inducono a respingere la pretesa illegittimità costituzionale dell'art. 39, legge n. 352: non esisterebbe nessun effettivo contrasto tra quest'ultimo e l'art. 75 Cost.; viziate, in quanto poste in frode alla norma costituzionale, dovrebbero invece ritenersi le singole leggi abrogatrici che introducono semplici innovazioni di facciata al fine di evitare il referendum. Ciò perché gli eventuali abusi, perpetrati dal legislatore nell'applicazione del citato art. 39, non sono sufficienti a giustificare una pronuncia di incostituzionalità. Infatti «il modo di attuazione di una norma o di un gruppo di norme non è di per sè indice di un contrasto con la Costituzione»[51].

Per l'autore la Corte avrebbe dunque derogato ai presupposti delle sue competenze, da un lato pronunciando una sentenza additiva al di fuori dei casi in cui le sarebbe consentito e, dall'altro, sollevando d'ufficio una questione di illegittimità inesistente; avrebbe cioè colpito un'omissione legislativa incolmabile secondo le «rime obbligate», e deciso per l'incostituzionalità di una norma che semplicemente ribadiva quanto per implicito si desume nell'art. 75 Cost., ossia che «il referendum abrogativo non può avere ad oggetto leggi già abrogate»[52].

Adottando questa prospettiva ne deriva che il conflitto proposto dal Comitato non poteva davvero dirsi ammissibile: l'Ufficio centrale aveva cioè posto in essere un atto legittimo e rispettoso dell'art. 39, che non interferiva con la sfera di competenza riservata all'altra parte. Contestabili erano invece le singole leggi abrogatrici delle disposizioni oggetto di referendum che, a fini evidentemente strumentali, ne modificavano solo la veste esteriore. Disponendo il blocco parziale dell'iter referendario a seguito di un'abrogazione formale, l'ufficio centrale non era dunque uscito dall'alveo delle sue attribuzioni, bensì aveva legittimamente esercitato un potere che la legge gli riconosceva. Perciò, applicando i criteri mediante i

---

403 s. (e spec. 408).

50, Critiche di tale tenore sono state spesso avanzate dagli organi parlamentari. Significativo in tal senso il dibattito che la Commissione affari costituzionali della Camera tenne in occasione della sentenza n. 219 del 1975, relativa al trattamento economico dei professori universitari. Allora si contestò la tendenza giurisprudenziale «che vede non di rado la Corte costituzionale esorbitare dai limiti delle proprie attribuzioni, per invadere... quelle del legislatore». In queste affermazioni è evidente il convincimento della Commissione circa l'esistenza degli estremi di un ipotetico conflitto di attribuzione contro la sentenza costituzionale. Analizza il dissidio V. CRISAFULLI, La Corte costituzionale, cit., 81-82.

51. V. CRISAFULLI, Osservazione, cit., 583.

52. V. CRISAFULLI, *Op.* e loc. *ult.* cit.

quali la Corte delimita il sindacato sul modo di esercizio del potere, il conflitto doveva dichiararsi inammissibile.

Insomma, in un incalzante crescendo di arbitri il giudice costituzionale avrebbe rinnegato la più coerente applicazione della sua giurisprudenza, ammesso un ricorso che avrebbe dovuto respingere, sollevato d'ufficio — e poi deciso — una questione di legittimità costituzionale inesistente, risolto il conflitto inammissibile a favore del Comitato promotore. Quest'ultimo avrebbe dovuto invece più correttamente agire contro il Parlamento, e la Corte suggerire un tale sviluppo contestualmente al giudizio di ammissibilità del conflitto originariamente sollevato[53].

L'andamento contorto e insistentemente 'eversivo' della Corte non potrebbe che celare un intento strumentale; a ciascuna delle tappe prima citate corrisponde infatti — in astratto — un preciso obiettivo: grazie all'ammissibilità del conflitto, affermata trasgredendo ai limiti deducibili dalla sua stessa giurisprudenza, la Corte non solo ha potuto colpire un disposto politicamente troppo permissivo, benché non incostituzionale, ma ha con questo creato dal nulla i presupposti che le avrebbero consentito di decidere il conflitto rientrando negli ambiti della sua giurisprudenza sul «modo di esercizio del potere». Con la sentenza n. 68 del 1978 la Corte avrebbe infatti artatamente 'spostato' i confini esterni del potere riconosciuto all'Ufficio centrale, proponendone una definizione sulla base della quale essa ha potuto successivamente risolvere il conflitto. Gli effetti di ricaduta di un simile comportamento hanno dunque prodotto non solo una molteplicità di risultati utili ma anche, in ultima analisi, la stessa riconferma degli indirizzi giurisprudenziali che parevano accantonati.

11.10. *Segue. La sentenza n. 68 del 1978 alla luce della teoria del «diritto vivente».*

Modificando angolo di visuale muta però il giudizio circa il comportamento della Corte; accedendo infatti a una diversa teoria delle pronunce additive, formulata in considerazione della problematica del diritto viven-

---

53. La Corte avrebbe inoltre potuto correggere il ricorso se solo avesse messo in pratica le teorie che le attribuiscono il compito di specificare gli organi cui va notificato l'atto introduttivo del giudizio, e quindi i soggetti passivi del conflitto. Essa ha peraltro disatteso questa ricostruzione — ricavabile dall'art. 37 della legge n. 87 del 1953 — nell'ordinanza n. 38 del 1986.

Contra V. CRISAFULLI, nega carattere fraudolento a un'abrogazione formale dettata anche solo dalla volontà di evitare il referendum, A. CERRI, Promotori, corpo elettorale, potere legislativo, Ufficio centrale, Corte costituzionale, in Giur. cost. 1978, I, 632. Per l'autore, tale legge non punterebbe a conseguire risultati vietati dalle norme vigenti, in quanto non sono riscontrabili né la previsione di limiti negativi per il legislatore, né alcuna funzionalizzazione dell'attività legislativa.

te, sia la sentenza di illegittimità costituzionale, sia la soluzione del conflitto, appaiono del tutto giustificate.

Secondo la prospettiva del diritto vivente la sentenza additiva ha ad oggetto un'omissione legislativa solo apparente; in realtà con essa si colpisce l'applicazione concreta che della disposizione ha dato la prevalente giurisprudenza [54]. Nel caso in esame, ad esempio, il vuoto che la Corte avrebbe inteso saturare non era affatto esistente. La prassi aveva infatti più volte dimostrato che l'art. 39 della legge n. 352 del 1970 funzionava nell'ordinamento come se, per bloccare l'iter referendario, non prevedesse la necessità di una abrogazione sostanziale della normativa soggetta a consultazione popolare. Con la sentenza n. 68 il giudice costituzionale ha perciò potuto sindacare proprio l'applicazione della disposizione legislativa così come si era consolidata nell'attività dell'Ufficio centrale, stabilendone l'illegittimità. Il profilo ablatorio di tale pronuncia genera perciò immediatamente un effetto di eliminazione; nel senso che esclude dal sistema, a causa della sua incostituzionalità, la norma vivente in cui ormai si traduceva la disposizione dell'art. 39. Il problema che ancora residua riguarda invece l'effetto da riconoscersi alla parte additiva della decisione costituzionale. Questa ha il solo significato di una proposta di diritto vivente, destinata a colmare il vuoto provocato dall'effetto caducatorio soltanto se accolta dalle successive scelte interpretative e applicative [55]. «*L'integrazione* normativa indicata dalla Corte nel dispositivo additivo ha quindi un valore solo persuasivo: esso si imporrà se verrà fatta propria dalla giurisprudenza prevalente e consolidata. Se, in altri termini, da proposta di interpretazione costituzionalmente conforme — giustificata dall'annullamento della precedente interpretazione consolidata — sarà in grado di trasformarsi in nuovo diritto vivente»[56].

---

54. Ha illustrato, con dovizia di esempi e argomenti, questa ipotesi ricostruttiva delle sentenze additive, A. PUGIOTTO, Dottrina del diritto vivente e *ridefinizione* delle sentenze additive, in Giur. cost. 1992, 3672 s. Uno dei casi in cui più chiaramente è emerso il percorso indicato nel testo si è avuto con la sentenza n. 190 del 1970, che dichiarava illegittimo l'art. 304 bis del c.p.p. nella parte in cui non prevedeva come obbligatoria la presenza del difensore nell'interrogatorio dell'imputato: sia l'allora Presidente della Corte (vedi G. BRANCA, Corte costituzionale: un anno di attività, in Giur. cost. 1970, 2496), sia la dottrina (cfr., ad esempio, E. AMODIO, La presenza del difensore nell'interrogatorio istruttorio *dell'imputato:* epilogo di un conflitto e prospettive per l'effettività della difesa tecnica, in Riv. it. di dir. e proc. pen. 1970, 740) puntualizzarono come la sentenza in oggetto non colpisse un'omissione legislativa bensì una norma esistente nell'ordinamento e dotata di un contenuto opposto a quello suggerito dalla Corte.

55. Pone in evidenza come la sentenza n. 68 stimoli un'intensa attività interpretativa degli operatori, tesa a produrre una particolare normativa vivente, L. PALADIN, Tavola rotonda dei Presidenti delle Corti supreme, in AA.VV, La sentenza in Europa. Metodo tecnica e stile, Padova 1988, 323-324.

56. Così A. PUGIOTTO, *Op. ult. cit.,* 3681.

Adottando questa ricostruzione si ribaltano i giudizi che prima si traevano come estrema conseguenza dell'applicazione delle analisi crisafulliane. Non solo nel caso sussistevano i requisiti per una pronuncia di illegittimità costituzionale a carattere additivo, ma erano altresì presenti tutti i requisiti di un conflitto ammissibile. L'Ufficio centrale, infatti, adottando un'interpretazione incostituzionale dell'art. 39, legge n. 352, poneva conseguentemente in essere atti illegittimi che interferivano con le competenze del Comitato. Il comportamento seguito dalla Corte nella circostanza non fa quindi registrare fratture di sorta rispetto al passato e neppure, a ragion veduta, rispetto al futuro.

II.11 *Segue. Le pronunce sui conflitti contro l'Ufficio centrale secondo le due teorie.*

Il quesito che prima si poneva[57] riceve diversa soluzione a seconda dell'accoglimento dell'una o dell'altra teoria sulle pronunce additive. Nella prospettiva crisafulliana il successivo rifiuto della Corte di sindacare l'applicazione dei criteri da essa stessa enunciati nella sentenza n. 68, costituisce un'ennesima incongruenza. Le «rime obbligate» impongono infatti che gli interessati si adeguino al contenuto additivo delle pronunce costituzionali e, se davvero l'ufficio centrale non lo avesse rispettato, la Corte avrebbe dovuto colpire l'inosservanza nei conflitti poi sollevati.

Per la seconda ricostruzione, la presunta «ribellione» dell'Ufficio centrale ai canoni interpretativi suggeriti nella sentenza n. 68 del 1978 — ammesso e non concesso che vi sia stata — possiede una sua *ratio*[58]. L'organo della Cassazione, pur avendo accolto le linee portanti della pronuncia costituzionale, aveva tutto il diritto di introdurre e seguire criteri più o meno simili a quelli proposti, sino a formare un nuovo diritto vivente sul punto. Questo, peraltro, sarebbe avvenuto nel quadro di un comportamento complessivo dell'Ufficio subito reso conforme alla sentenza n. 68; da quella pronuncia in avanti il raffronto tra le discipline si è infatti sempre svolto sul piano sostanziale. L'obiettivo finale delle valutazioni dell'Ufficio non si è dunque discostato da quello prefissato dalla Corte, che, dunque, non aveva ragione di colpire un tale atteggiamento.

Questa conclusione — la quale peraltro parte dal presupposto, tutto da dimostrare, che l'ufficio abbia effettivamente seguito criteri di comparazione diversi da quelli formulati in sentenza, ovvero li abbia usati in maniera non conforme — trova altri argomenti in due ordini di spiegazioni.

Innanzi tutto essa si innesta perfettamente sugli indirizzi seguiti dalla

---

57. Vedi *supra* par. 11.8 in fine.

58. Quanto segue costituisce applicazione al caso delle tesi sviluppate da A. PUGIOTTO, *Op. ult. cit.*, *3681* s.

Corte nel determinare il sindacato sul modo di esercizio del potere da ritenersi ammissibile. In entrambi i casi si individua cioè una sfera di competenze sottratta al giudizio della Corte, che assume una identica fisionomia: ciò che attiene a valutazioni assolutamente discrezionali, svolte nel quadro di comportamenti legittimi, non può venir sindacato in sede di conflitto, e, in senso analogo, ciò che inerisce all'attività interpretativa dei giudici non può subire imposizioni dalle sentenze additive del giudice costituzionale[59].

In secondo luogo affiora dalla stessa terminologia utilizzata nella sentenza n. 68 del 1978, una volontà non troppo restrittiva delle possibili interpretazioni dell'Ufficio. La Corte introduce infatti la sua decisione sotto forma di suggerimento: dopo aver distinto l'ipotesi in cui la richiesta referendaria «riguardasse nella loro interezza una legge od un atto equiparato ... da quella in cui fosse stata proposta soltanto l'abrogazione di disposizioni specifiche»,essa precisa che «nel primo caso *questa Corte ritiene che* l'indagine non possa limitarsi alle affinità o alle divergenze riscontrabili fra le singole previsioni» mentre «nel secondo caso, ... decisivo è il confronto fra i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti»[60]. L'espressione evidenziata è assai poco perentoria e il suo carattere, oltre ad annullare l'apparente durezza dei termini usati per la seconda ipotesi, pare alludere a un semplice consiglio rivolto all'Ufficio, ovvero a un convincimento non necessariamente estensibile *erga omnes*. Il rilievo è certamente troppo formalistico — e potrebbe obiettarsi che l'espressione è spesso usata nelle pronunce costituzionali col tono di una clausola di stile — ma trova conferma nella differenza tra l'articolata motivazione e il più succinto dispositivo, in cui scompare ogni riferimento a possibili casistiche e si pongono sullo stesso piano i criteri in precedenza proposti[61].

11.12. *La sentenza n. 99 del 1991: ancora dubbi e certezze sul tema dei «limiti esterni».*

La sentenza n. 99 del 1991 chiude idealmente il gruppo di pronunce finora analizzate in quanto, a suo modo, riepiloga le questioni relative all'ammissibilità di conflitti promossi contro atti del potere giurisdizionale[62].

---

59. Sul punto — oltre al già citato saggio di A. PUGIOTTO — si veda anche G. ZAGREBELSKY, La giustizia, cit., 301 s.

60. Il corsivo è nostro. I passi citati sono in Giur. cost. 1978, I, 586-587.

61. Vedilo in Giur. cost. 1978, I, 588.

62. La sentenza è pubblicata in Giur. cost. 1991, 1090 s.

Il conflitto era sollevato dalla Regione Lombardia a seguito del provvedimento d'urgenza (ex art. 700 c.p.c.) con cui il Pretore di Cantù aveva impedito l'inizio dei lavori di costruzione di una discarica nel territorio del Comune di Carimate, fin-

Il suo impianto decisorio si fonda — ancora una volta — sul basilare concetto di «limite esterno» del potere: il giudice costituzionale afferma infatti che in sede di conflitto possono denunciarsi «le sole esorbitanze degli organi del potere giurisdizionale che siano obbiettivamente e sostanzialmente non riconducibili all'esercizio delle attribuzioni di esso»[63]; e che non è invece possibile «far valere gli errori di giudizio commessi dal giudice, né le invasioni da parte del giudice stesso delle competenze o della giurisdizione di altro giudice»[64]. La Corte sottolinea insomma che, per aversi conflitto, non è sufficiente che si imputi al giudice di aver esercitato attribuzioni di altro giudice (poiché in tal caso ci si muoverebbe ancora nel quadro del «potere giurisdizionale unitariamente considerato»), mentre occorre che il comportamento denunciato si traduca nel compimento di atti non consentiti a nessun giudice; poiché nel caso il ricorrente contestava al Pretore di aver esercitato attribuzioni spettanti al giudice arnrninistrativo, il conflitto era da ritenersi in radice inammissibile. Seguendo il ragionamento della Corte dovrebbe dunque concludersi che si è esclusa la sindacabilità del decreto pretorile perché il suo vizio era tale da costituire oggetto di una semplice questione di giurisdizione[65].

Per rafforzare le sue conclusioni, tuttavia, la Corte aggiunge un ulteriore argomento non del tutto convincente: l'errore pretorile, di cui si chiede la censura, sarebbe infatti un «mero errore di giudizio» che, per costante giurisprudenza, essa si rifiuta di sindacare. Il giudice avrebbe cioè «ritenuto configurabile un autonomo diritto alla tutela cautelare interinale non ritenuto come tale dalla legge»[66], ed avrebbe perciò adottato provvedimenti che rientravano nell'esclusiva disponibilità della magistratura amministrativa. Come è stato acutamente osservato è però assai arduo ritenere che una questione di giurisdizione si risolva in un errore di giudizio ed inoltre che, nel caso, vi fossero veri *errores in iudicando* commessi dal Pretore[67]. Il pre-

---

ché il T.A.R. non si fosse pronunciato sull'istanza di sospensiva avanzata contro le deliberazioni autorizzative della Giunta.

63. In Giur. cost. 1991, 1094.

64. Cfr. Giur. cost. 1991, 1094.

65. Questa è la conclusione di A. Pisaneschi, Conflitti di attribuzione e questioni di giurisdizione, in Giur. cost. 1991, 1101-1102. La pronuncia d'inammissibilità del ricorso avrebbe dunque trovato la sua principale giustificazione nell'art. 37, comma 2, della legge n. 87 del 1953. L'autore è però assolutamente certo del valore della norma nei conflitti interorganici, ma mostra alcune perplessità a ritenere del tutto improponibili conflitti intersoggettivi in cui la lesione delle competenze regionali derivi dal difetto relativo di giurisdizione; supera però il dubbio rilevando che, nel caso, la ricorrente era parte del processo da cui scaturiva il contenzioso e dunque avrebbe potuto risolvere i dissidi con gli strumenti contemplati dal C.P.C.

66. cfr. Giur. cost. 1991, 1095.

67. Il riferimento è ancora ad A. Pisaneschi, *Op. ult. cit.*, 1103.

teso errore del giudice non era infatti intervenuto propriamente sul merito della questione, bensì di un suo presupposto processuale; esso si era cioè concretizzato secondo schemi che in altri contesti il giudice costituzionale non aveva esitato a censurare [68], in quanto attraverso l'analisi di questi profili è possibile stabilire se i provvedimenti adottati hanno carattere abnorme e quindi non riconducibile alla funzione giurisdizionale.

La sentenza n. 99 del 1991 si pone insomma all'incrocio tra la sempre ribadita esclusione di conflitti contro atti del potere giurisdizionale comunque rientranti nella disponibilità di quest'ultimo, e le pronunce in cui la carenza dei presupposti di esercizio della stessa funzione costituiva il punto di partenza per un penetrante esame del modo in cui il potere era stato esercitato. Combinando i due piani la Corte dà insomma prova dell'estrema cautela con cui opera nei conflitti che coinvolgono il potere giurisdizionale dal lato passivo.

Non è quindi casuale che proprio questa decisione abbia stimolato una serie di dubbi circa il ruolo della Corte costituzionale in conflitti così caratterizzati sul piano soggettivo e oggettivo. In essa appare infatti chiaro che, pur di evitare di trasformarsi in giudice d'appello, la Corte sottrae a se stessa la tutela di svariate ipotesi di menomazione costituzionale provocate dall'illegittimo esercizio di un potere; inoltre «la considerazione del potere di cui l'atto contestato è manifestazione finisce per prevalere sull'attenzione alla lesione di cui il soggetto ricorrente è rimasto vittima»[69]. Insomma, se sussistono tutti i requisiti di un conflitto costituzionale, non è possibile contestarne l'ammissibilità ragionando sulla natura giurisdizionale o meno del potere che ha provocato il ricorso. Tanto più quando — come nel caso — il Pretore invade la sfera di competenze costituzionalmente riservate alla Regione, esercitando poteri sottratti certo all'autorità giudiziaria ordinaria, ma, a ben guardare, anche agli organi della stessa giustizia amministrativa: i loro poteri di sospensione degli atti della P.A. sono infatti esercitati solo nell'ipotesi in cui siano chiamati a giudicare anche il merito della causa. Sicché «proprio nell'assenza di ogni connessione con un giudizio di merito l'illegittimità del provvedimento pretorile trovava speciale coloritura ... Inimpugnabile di per sè, e solo a fatica suscettibile di recuperare la propria natura anticipatoria attraverso il collegamento con un giudizio di compe-

---

68. Le pronunce cui si fa rinvio, e in relazione alle quali verrà illustrato il concetto di «sindacato di pertinenza», saranno commentate *infra* nella sezione III.

69. Tali questioni sono state sollevate da S. BARTOLE, *Conflitti di attribuzioni fra Stato e regioni a proposito di atti di autorità giurisdizionali*, in *Le Reg*. 1992,416. L'autore non è in disaccordo con la tesi generale di A. PISANESCHI, secondo cui l'art. 37, comma 3, legge n. 87, sembra meglio applicarsi ai conflitti tra poteri che a quelli intersoggettivi, tuttavia non ritiene — al contrario — concretamente risolvibile la controversia in oggetto con la semplice applicazione del regolamento di giurisdizione. La sua posizione è illustrata più oltre nel testo.

tenza di un giudice di altro ordine, il contestato decreto pretorile offriva, dunque, alla Corte l'occasione per qualcosa di più di una sentenza di inammissibilità del ricorso»[70].

L'abnormità del comportamento assunto dal Pretore poteva invero ricavarsi solo da un esame profondo e puntuale che accertasse per quali linee interne esso si fosse dipanato, al fine di verificarne l'estraneità alla funzione giurisdizionale correttamente intesa. Occorreva cioè che la Corte riproponesse, in questo delicato contesto, orientamenti già emersi in altre pronunce che si andranno ad analizzare[71].

SEZIONE II. La «creazione» dei presupposti di esercizio dei poteri.

II.13. *Premessa.*

Un secondo gruppo di pronunce si organizza attorno ai casi in cui la Corte fa uso di una maggiore attività creatrice. *L'iter* di soluzione adottato implica infatti un suo diretto intervento nel disegnare i presupposti in base ai quali il conflitto viene deciso; è infatti lo stesso giudice costituzionale a costruire il parametro che gli consentirà di classificare il comportamento o l'atto impugnato. Ciò avviene attraverso l'illustrazione, talvolta anche artificiosa, dei presupposti di esercizio delle competenze in oggetto, o di tappe procedurali poste come rilevanti. Verificandone il rispetto, la Corte può quindi definire le controversie, mantenendo un'apparente continuità con i canoni di giudizio descritti nei paragrafi precedenti. Insomma, lo schema di giudizio si conserva inalterato nella forma, mentre può mutarne radicalmente la sostanza: è infatti chiaro che, ponendo di volta in volta i «limiti esterni» — o addirittura creandoli —, si pongono le premesse per travestire con gli abiti di sempre giudizi che affondano in una valutazione di opportunità, o che mirano a indirizzare il giudizio verso approdi predeterminati.

Si tratta peraltro di casi assai poco numerosi, segno che attesta una particolare oculatezza della Corte nell'adottare simile strategia decisoria.

11.14. *La creazione del concetto di «segreto funzionale. in un conflitto contro la Commissione antimafia (sentenza n. 231 del 1975).*

In tale prospettiva si colloca la vicenda di cui alle ordinanze nn. 228 e

---

70. S. Bartole, Op. *ult. cit.*, 418.
71. Vedi *infra* la sezione III.

229 del 1975 e alla sentenza n. 231 dello stesso anno[72]; si tratta, più di preciso, del noto giudizio che ha visto i Tribunali di Milano e Torino contrapporsi alla Commissione antimafia[73].

Una delle più rilevanti peculiarità della sentenza n. 231 risiede nella cura con cui la Corte enuclea la figura del cosiddetto «segreto funzionale», creandola praticamente dal nulla[74]: tale concetto costituirà poi il parametro con cui essa giudica il proposto conflitto.

Per la Corte le Commissioni d'inchiesta «sono libere di organizzare i propri lavori, anche stabilendo... il segreto delle attività... direttamente svolte e della documentazione risultante dalle indagini esperite: e ciò in funzione del conseguimento dei fini istituzionalmente ad esse propri»[75].

---

72. Vedile rispettivamente in Giur. cost. 1975, 1688 s., 1692 s. e 2197 s.

73. Il conflitto era stato sollevato, in termini pressoché identici, dai due Tribunali a seguito del rifiuto opposto dalla Commissione antimafia alla loro richiesta di documenti. Per una dettagliata ricostruzione della vicenda cfr. M. RODRIQUEZ, Il conflitto tra Commissione antimafia e Magistratura, in Dir. e *soc*. 1975,478-492 e A. PACE, Commissione parlamentare antimafia e giudice penale (una cronaca costituzionale), in Dir. e *soc*. 1975, 109 s. Un'ampia illustrazione dei problemi relativi ai poteri e ai lavori delle Commissioni d'inchiesta, con particolare riguardo al tema dei segreti opponibili, in M. PISANI, Appunti sul segreto delle Commissioni parlamentari d'inchiesta, in Giur. cost. 1976, I, 251 s. e, di recente, L. MANNELLI, Segreto funzionale e Commissioni parlamentari di inchiesta, in Giur. cost. 1992, 4536 s.

Le pronunce in esame sono spesso citate dalla dottrina per le loro implicazioni sul generale dibattito relativo ai profili soggettivi dei conflitti interorganici: in tale prospettiva si vedano i rilievi di A. PISANESCHI, I conflitti, cit., 100 s. e nota 20, 191 s. e 277; M. RODRIQUEZ, Op. ult. cit., 500 s.; A. PACE, Strumenti, cit., 180; P. COSTANZO-F. SORRENTINO, Inchiesta parlamentare e conflitto tra poteri, in Studi *parl.* e di pol. cost. 1977, 17 s.; F. CUOCOLO, Corte costituzionale e magistratura, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La* Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale, Padova 1984, 354-357 e V. CRISAFULLI, Lezioni, cit., 428-430. I profili trattati dai diversi autori ineriscono specialmente al ribadito carattere diffuso del potere giudiziario, alla riconosciuta legittimazione della Commissione d'inchiesta a stare in conflitto e alle modalità con cui la Corte corregge il ricorso che male individuava il soggetto passivo.

74. La circostanza è stata sempre affermata dai commentatori. In tal senso vedi per tutti M. DOGLIANI, Commissione antimafia e segreto «funzionale»:i documenti li leggeranno solo *gli* storici, in Giur. cost. 1975, 3218 s.; A. PACE, La formazione delle leggi. Art. 82 Cost., in *Commentario alla* Costituzione, cit., 373, il quale sottolinea altresì la «sfasatura» che la nuova tipologia di segreto provoca nel «parallelismo» tra Commissione e autorità giudiziaria stabilito dall'art. 82 Cost., e P. COSTANZO-F. SORRENTINO, *Op. ult. cit.,* 31 s., che dall'introdotta asimmetria traggono spunto per non escludere il possibile riconoscimento alla Commissione di poteri superiori a quelli spettanti all'autorità giudiziaria. Anche i più recenti contributi, su questo specifico aspetto della sentenza, concordano con le opinioni più risalenti: vedi in particolare L. MANNELLI, *Op. ult. cit.,* 4541-4542, che pur esprime apprezzamento per le scelte della Corte.

75. In Giur. cost. 1975, I, 2205.

Relativamente agli atti e documenti direttamente formati o disposti, nonché per «gli scritti e gli anonimi ad essa originariamente rivolti», spetta quindi alle sole Commissioni valutare l'opportunità di divulgarne o meno il contenuto[76].

Diverso regime viene invece tratteggiato per gli «atti precostituiti da altre autorità o da enti pubblici, nell'esplicazione dei loro compiti istituzionali». Questi documenti, che possono dirsi semplicemente detenuti dalla Commissione, non sono coperti da «segreto funzionale» e dunque vanno trasmessi all'autorità giudiziaria richiedente, salva l'applicazione ad essi di altra forma di segreto[77].

Il percorso logico della decisione segue le normali tappe dei giudizi che implicano un sindacato sul modo di esercizio del potere. Ciò che alla Corte preme è infatti definire il discrimine tra azioni dell'organo che possono sottoporsi al suo giudizio e sfere di valutazione ad essa sottratte. Anche in questa vicenda il vero problema consiste insomma nell'individuare i limiti esterni del potere, disegnando contemporaneamente gli spazi d'insindacabilità che gli consentono di conseguire i suoi fini in posizione di assoluta autonomia. Non pare invece corretto leggere la decisione come diretta a sindacare pretesi «vizi logici» del processo di formazione della volontà della Commissione[78]: i criteri che l'organo utilizza, per stabilire, nella sfera delle sue competenze riservate, su quali documenti mantenere il segreto, non sono affatto sfiorati; si delimita però quella stessa sfera e la si distingue da ciò che ad essa è estraneo. L'area che viene in tal modo definita è alquanto estesa; essa infatti comprende tutto ciò che non è già a disposizione dell'autorità giudiziaria, e che la Commissione ha ottenuto per altra via.

In una più lata prospettiva dalla pronuncia sorgono tuttavia una serie di dubbi assai significativi: innanzi tutto essa evidenzia le potenzialità creative insite nelle decisioni sui conflitti che fanno perno sul modo di esercizio del potere. Gli interpreti hanno infatti sottolineato come il concetto di «segreto funzionale» sia stato elaborato dalla Corte praticamente *ex novo*[79]. Benché infatti esistessero già tracce del suo utilizzo, mancava ogni disciplina normativa nonché un vero dibattito sulle sue giustificazioni giuridiche[80]. E non è difficile individuare i motivi che hanno spinto la

---

76. In *Giur.* cost. 1975, I, 2208.

77. In Giur. cost. 1975, I, 2209.

78. Questa è la ricostruzione proposta da V. CRISAFULLI, Cattivo uso, cit., 223-227. Alla sua tesi si sono poi richiamati F. MONACHESI, Riflessioni sui conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato, in *Cons.* di Stato 1983, II, 1289 e, con più cautela, A. PISANESCHI, In tema, cit., 1641.

79. Vedi *supra* gli autori citati alla nota 74.

80. Cfr. M. DOGLIANI, Op. *ult. cit.*, 3218 s. ed ivi ulteriore bibliografia. Sostanzialmente concorde è L. MANNELLI, Op. *ult. cit.*, 4548 s., che riconosce alla senten-

Corte a ragionare in questi termini. Essa avrebbe potuto più semplicemente utilizzare l'art. 82, comma 2, Cost. per riconoscere anche alla Commissione la capacità di opporre il solo segreto istruttorio. Se non l'ha fatto è perché si «sarebbe affermato... il principio della totale pubblicizzazione (seppure differita alla chiusura dell'attività della Commissione) di tutta la documentazione relativa alle indagini da questa svolte»[81]; tale conseguenza invece si evita adottando l'ordine di ragionamento proposto dalla Corte.

Da queste circostanze affiora un sospetto: se è stata dawero la Corte a coniare la nozione parametro che poi ha utilizzato per definire il conflitto, ciò suggerisce il possibile esperimento di prassi in cui la ragionata ricostruzione dei presupposti del potere impugnato serve solo a far rientrare nei consueti binari di giudizio pronunce che invece perseguono soluzioni diverse da quelle che sarebbero possibili utilizzando i limiti esterni già esistenti. Nel caso in esame, ad esempio, è stato assai proficuo respingere più radicate nozioni di segreto a favore di una sua idea «funzionale»:per ottenere questo la Corte ha però subordinato le sue scelte ad una valutazione di opportunità, per cui, 'spostando' i limiti esterni, ha potuto modificare il percorso e l'approdo della sua decisione. I1 formale rispetto delle più tipiche e sedimentate fasi di controllo sul modo di esercizio del potere è quindi strumentalizzato nel suo stesso cuore: la delimitazione del parametro cui rapportare i comportamenti contestati.

II.15. *Segue. La definizione del «concerto» tra Guardasigilli e Consiglio Superiore della Magistratura.*

Un altro significativo episodio in cui la Corte è intervenuta a delineare i confini esterni dei poteri in conflitto, si è avuto con la sentenza n. 379 del 1992[82]. Ed anche in questo caso è possibile individuare una specifica *ratio*

---

za n. 231 di avere per la prima volta indicato il fine (permettere I'assolvimento dei compiti di conoscenza politica della Commissione) e l'oggetto (gli atti e i documenti indicati nel testo) del segreto funzionale, mai, prima d'allora, specificati dalle leggi istitutive delle Commissioni d'inchiesta.

81. M. DOGLIANI, *Op. ult. cit.*, 3217. Nello stesso senso cfr. anche L. MANNELLI, *Op.* ult. cit., 4554: alla luce della più recente prassi parlamentare, quest'ultimo autore individua l'unica forma di caducazione del segreto funzionale nell'esplicita previsione della sua soccombenza nella legge o delibera istitutiva di nuove Commissioni d'inchiesta. Ritengono invece che, terminate le inchieste, il cosiddetto «segreto funzionale» non possa più essere opposto alle autorità richiedenti, P. COSTANZO-F. SORRENTINO, *Op. ult. cit.*, 44 e A. PACE, *Op. ult. cit.*, 374.

82. In Giur. cost. 1992, 2996 s. Per una dettagliata ricostruzione della vicenda da cui è scaturito il conflitto vedi E. ROSSI, Brevi considerazioni in ordine al *profilo* soggettivo *del* conflitto di *attribuzioni* insorto *tra* CSM e Ministro di *Grazia* e Giustizia per la nomina del Presidente della Corte d'Appello di Palermo, in AA.VV, La Corte

sottesa al tenore della decisione; dal modo in cui la Corte affronta il profilo oggettivo della controversia affiorano infatti le tracce di un chiaro intervento teso a indirizzare la soluzione finale del conflitto[83].

---

costituzionalee gli altri poteri dello Stato, cit., 217-220. Ha collocato con precisione la sentenza n. 379 nel dibattito storico e attuale sui rapporti tra CSM, Guardasigilli e Capo dello Stato, M. C. GRISOLIA, Consiglio superiore *della* magistratura e Ministro di Grazia e Giustizia: il punto sulla questione, in Giur. cost. 1993, 3159 s.

83. Estremamente significativi sono peraltro anche i risvolti soggettivi del conflitto; si tratta infatti della prima decisione in cui la Corte stabilisce con chiarezza la capacità del Guardasigilli di partecipare ai conflitti inerenti alle competenze costituzionali riconosciutegli dall'art. 110 Cost., senza la previa delibera del Consiglio dei Ministri, Hanno commentato favorevolmente la decisione della Corte sul punto A. CERRI, Brevi note sul conflitto fra C.S.M. e Ministro di Grazia e Giustizia, in Giur. cost. 1992, 3326 s., F. CUOCOLO, Sulla legittimazione del Ministro di Grazia e Giustizia a esser parte in conflitti di attribuzione, in Giur. cost. 1992, 3329 s. e R. TARCHI, Il conflitto di attribuzioni, cit., 277 s., il quale sottolinea il carattere del tutto eccezionale della legittimazione al conflitto assegnata al Guardasigilli. Sui numerosi dubbi che la questione suscita (non ultimi quelli relativi a conflitti che coinvolgono il Guardasigilli e il Governo di cui fa parte, alla stregua di quanto si è verificato in occasione dell'ordinanza n. 379 del 1991, su cui vedi E. SELVAGGI, Una storia infinita: la grazia a Curcio, in Cass. pen. 1991, 785 s.) cfr. L. CARLASSARE, *Op. ult. cit.*, 3320 s. e, con specifico riferimento ai suoi profili soggettivi, E. ROSSI, Op. ult. cit., 220 s.

Di recente, la legittimazione del Guardasigilli ai conflitti sulle competenze di cui all'art. 110 Cost., è stato ribadito dalla Corte nelle ordinanze nn. 183 e 383 del 1993. Nell'ordinanza n. 390 dello stesso anno, il giudice costituzionale non ha invece affrontato il problema in quel caso riferito anche alle del tutto — indimostrate attribuzioni costituzionali del Ministro dell'agricoltura — avendo riscontrato l'assenza della materia di un conflitto. In questo senso si veda A. PISANESCHI, Inammissibile il conflitto tra commissario liquidatore degli usi civici e Ministero *dell'agri*coltura, in Giur. cost. 1993, 3309 s., che critica peraltro il modo in cui la Corte ha condotto il suo giudizio sul profilo oggettivo del conflitto.

Nel dibattito sull'ammissibilità di contenziosi promossi contro Ministri, è altresì significativa la recente ordinanza n. 242 del 1993: nell'ambito di un conflitto sollevato dalla Corte dei conti (in sede di controllo) nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri, del Ministro del tesoro, del Ministro del bilancio e della programmazione economica, del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato e del Ministro delle partecipazioni statali, la Corte afferma che il ricorso «può essere proposto nei confronti del Governo e non dei singoli Ministri, in quanto attinente ad atti e comportamenti.., imputabili alla responsabilità collegiale del Governo~Nella sentenza che ha posto termine al giudizio (n. 466 del 1993, in Giur. cost. 1993, 3829 s) essa ha poi dato per scontato l'assunto. Sugli scottanti problemi affrontati da questa pronuncia — in primo luogo attinenti alla riconosciuta competenza della Corte dei conti di svolgere, nei confronti delle S.p.A. costituite a seguito della privatizzazione dell'IRI, dell'ENI, dell'INA e dell'ENEL, il potere di controllo di cui all'art. 12 della legge n. 259 del 1958 — si vedano i commenti di A. CERRI, La «*mano* pubblica» e la gestione in forma privata di attività economica: problemi processuali e sostanziali in un interessante conflitto, in Giur. cost. 1993, 3870 s. e di C. PINELLI, Prudenza e giurisprudenza in un'interpretazione adeguatrice, in Giur. cost. 1993, 3872 s.

La vicenda prendeva le mosse dal rifiuto del Ministro di dare esecuzione alla delibera con cui il C.S.M. nominava il Presidente della Corte d'appello di Palermo, motivandolo con il mancato svolgimento di una fase essenziale delle procedure d'investitura dei capi degli uffici; il Guardasigilli imputava infatti alla Commissione incaricata di sottoporre al *plenum* la proposta di nomina, di non aver conseguito il suo preventivo concerto sulla stessa[84]. Pertanto egli rifiutava di proporre al Capo dello Stato il decreto che doveva recepirne la sostanza.

Era la stessa Corte a segnalare che il conflitto promosso dal Consiglio[85], doveva, in larga misura, imputarsi al diverso significato che le parti assegnavano alla nozione di concerto[86]; del resto appariva chiaro che, accogliendo un'interpretazione anziché un'altra, si sarebbero contemporaneamente ampliati i poteri dell'uno o dell'altro confliggente. Il compito del giudice costituzionale risultava quindi estremamente delicato: esso non poteva infatti che optare per una definizione convincente e soprattutto consona ai rispettivi ruoli costituzionali delle parti; le sue scelte hanno invece messo in luce alcune rilevanti incongruenze.

Innanzi tutto è indicativo che la Corte respinga le nozioni di concerto avanzate da entrambi i confliggenti: essa non accetta infatti che esso si riduca a un «parere obbligatorio non vincolante»[87] — come evince dal com-

---

84. Il concerto del Ministro, sulla proposta di conferimento degli uffici direttivi, è prescritto dall'art. 11, comma 3, legge n. 195 del 1958.

85. Fino alla sentenza n. 379, la possibilità che il C.S.M. partecipasse a un conflitto tra poteri era un'ipotesi largamente ammessa in dottrina, ma priva di riscontri giurisprudenziali: in tal senso si vedano, tra gli altri, M. MAZZIOTTI, I conflitti, cit., vol. I, 190 s.; S. BARTOLE, Autonomia e indipendenza *dell'ordine* giudiziario, Padova 1964, 351-353; L. DAGA, Il Consiglio superiore della magistratura, Napoli 1979, 351-353; R. TERESI, Il Consiglio superiore della magistratura, Napoli 1984, 164; A. PENSOVECCHIO LI BASSI, voce Conflitti, cit., 1008-1009; C. MORTATI, Op. ult. cit., vol. II, 1456, nonché, proprio agli esordi del dibattito sui conflitti, E. REDENTI, Il conflitto di attribuzioni nella Costituzione e nel codice di procedura, in Riv. *trim.* di dir. e proc. civ. 1948, 247 s. e P. GASPARRI, Corte costituzionale, cit., 19-21.

Negli ultimi anni non erano mancate occasioni per conflitti aventi per parte il Consiglio: così, ad esempio, quando, nel novembre 1991, il Capo dello Stato contestò e impedì la discussione su di un ordine del giorno. Tra gli interventi dell'epoca si veda V. ONIDA, Lo sbocco del conflitto è la Corte costituzionale, ne Il Sole 24 Ore del 16111/1991; M. CHIAVARIO, Dopo i duellanti e i padrini tocca *all'arbitro*, ne Il Sole 24 Ore del 17/11/1991; G. BOGNETTI, Parli la Corte costituzionale e faccia luce, ne Il Sole 24 Ore del 19/11/1991; L. CARLASSARE, Certezze e dubbi giuridici sulla controversia al C.S.M., ne L'indipendente del 21/11/1991 e, in posizione isolata, I. MEREU, Quel conflitto non è per la Corte, ne Il Sole 24 Ore del 23/1111991.

86. In Giur. cost. 1992, 3013.

87. In questo senso era orientata la prevalente dottrina: S. BARTOLE, *Op. ult.* cit., 144-145 e, più di recente, G. VIGLIETTA, Come i politici vogliono mettere sotto controllo i giudici, in Italia oggi del 17/12/1991; G. BERTI, Il ricorso coinvolge tutto

portamento del Consiglio —, né che per addivenire alla nomina si giunga a un positivo accordo sul prescelto (il Ministro mostrava infatti di rifarsi alle dottrine amministrativistiche che assumono il carattere codeliberante delle procedure concertate)[88].

Per il giudice costituzionale il concerto non è un «parere obbligatorio non vincolante», perché «gli è in ogni caso estranea la connotazione del parere», ma neppure ha da intendersi nel senso di un accordo tra Ministro e C.S.M.; esso piuttosto consiste in «un'attività di concertazione finalizzata alla formulazione di una proposta comune». Per realizzarla le parti devono svolgere momenti di «discussione» e «confronto» ispirati alla correttezza reciproca, al «rispetto dell'altrui autonomia. e alla «leale cooperazione», per giungere alla scelta più idonea solo dopo «un esame effettivo ed obbiettivo, dialetticamente svolto, di tutti gli elementi» in gioco. La Corte individua anche le tappe di tale confronto: la Commissione e il Ministro dovranno motivare appropriatamente le rispettive scelte, rendendosi disponibili a integrarle e precisarle. Se vi fosse disaccordo sull'indicazione del candidato si porrà in essere, «in tempi ragionevolmente brevi, un serio tentativo di superare le divergenze attraverso le necessarie fasi dialogiche». Tutta la concertazione dovrà «svolgersi secondo comportamenti coerenti e non contraddittori», e le parti non potranno assumere «atteg-

---

il Governo, in Italia oggi del 30/1/1992; L. CARLASSARE, C.S.M., Martelli e Corte costituzionale, in Italia oggi del 24/3/1992 e V. ONIDA, Posizione costituzionale del C.S.M. e rapporti con altri poteri, relazione al convegno Magistratura, C.S.M. e rapporti con altri poteri, tenutosi a Perugia il 13 e 14 marzo 1992. A favore di un intervento legislativo che finalmente definisse il concerto nel senso di un parere obbligatorio non vincolante, si era espressa la Commissione istituita dal Presidente della Repubblica, allo scopo di studiare i problemi relativi alla normativa e alle funzioni del C.S.M., presieduta dal prof. L. PALADIN.

88. Sottolinea il significato codeliberante da attribuirsi all'usuale nozione di concerto F. SORRENTINO, Un conflitto deciso ma non risolto, in Giur. cost. 1992, 3346 s. Già in precedenza autorevoli interpreti avevano puntualizzato che l'art. 11, legge n. 195, imponeva un accordo o quanto meno un'intesa tra Commissione e Ministro, segnalando il carattere incostituzionale della previsione; così E. GALLO, Il Consiglio superiore *della* magistratura nei vizi d'origine e nelle prospettive di *riforma,* in Indice pen. 1986, 13-14; M. MAZZIOTTI, Questioni di costituzionalità della legge sul *Csm,* in Giur. cost. 1963, 1672 e, ancor prima, S. PAPA, La legge sul Consiglio superiore della magistratura. Legge istitutiva — prime impressioni, in Foro it. 1959, IV, 287. In questo senso vedi anche, implicitamente, P. BARILE, *Un'opera* da compiere, in Scritti di diritto costituzionale, Padova 1967, 561.

Contra ha invece acutamente sottolineato come la dottrina e le prassi che hanno sancito il carattere codeliberante del concerto in ambito amministrativo non siano qui trasferibili, perché calibrate su rapporti che si svolgono tra organi facenti parte dello stesso potere, o dello stesso settore di attività, e non — come vuole il caso — tra diversi poteri-organo i cui rispettivi ambiti di competenza sono tratteggiati già in Costituzione, P. G. GRASSO, Significato letterale della legge e prassi in un conflitto tra Consiglio superiore della magistratura e Ministro di grazia e giustizia, in Giur. cost. 1992, 3343.

giamenti dilatori, pretestuosi, ambigui, incongrui o insufficientemente motivati»[89].

Il puntuale elenco dei momenti attraverso cui la Corte definisce il concerto traduce la sua normale cura nel precisare i confini dei poteri in conflitto, e dunque lo schema che occorre applicare ai fini della soluzione della controversia in corso. Il concerto corrisponde insomma al segreto funzionale riconosciuto alla Commissione d'inchiesta; precisato l'uno o l'altro ne discende meccanicamente la decisione. Come però in precedenza è stato possibile individuare lo scopo 'politico' della pronuncia, è solo prendendo in considerazione obiettivi di simile tenore che può giustificarsi una decisione così evidentemente lacunosa.

In primo luogo la Corte non dà una vera definizione del concerto, bensì rimette alla buona volontà delle parti — almeno in prima battuta — la soluzione degli eventuali dissidi. Richiamandosi ai «tempi ragionevolmente brevi», al «serio tentativo))di superare le divergenze owero stigmatizzando eventuali «atteggiamenti dilatori etc.», il giudice costituzionale afferma tutto e nulla; sostenere inoltre che il dialogo tra le parti dovrà caratterizzarsi dalle fasi di «proposta-risposta, replica-controreplica» non serve a stabilire il momento in cui la navetta può interrompersi[90].

In secondo luogo la Corte utilizza una lettura estensiva del combinato disposto degli artt. 105 e 110 Cost., stabilendo che i servizi relativi alla giustizia, di competenza del Ministro, non si riducono ai soli «mezzi (locali, arredi, personale ausiliario, etc.) necessari per l'esercizio delle funzioni giudiziarie», bensì comprendono anche l'organizzazione degli uffici nella loro efficienza numerica, l'assegnazione dei magistrati in base alle piante organiche, le loro attività e comportamenti. Con questo la Corte non solo riconosce al concerto la natura di «elemento essenziale del procedimento» di nomina, ma incardina su di esso il «rapporto di collaborazione» tra C.S.M. e Ministro[91].

Una simile lettura non appare però condivisibile, benché confermi precedenti giurisprudenziali, peraltro criticati sin dal loro apparire[92]. I servi-

---

89. In Giur. cost. 1992, 3013 s.

La nozione di concerto usata dalla Corte sembra ispirarsi alla teoria di A. MONACO, Considerazioni sul Consiglio superiore della magistratura e *sulla* cosiddetta «proposta*formulata* di concerto»,in *Dem.* e dir. 1960, 47-48 e 58. Per l'autore infatti il concerto esiste sempre che vi sia una discussione che conduca o meno alla composizione degli interessi coinvolti (in tal senso vedi anche ID, voce Concerto (atti di), in Enc. del dir., vol. VIII, Milano 1961, 361 s. e spec, 365 s.); dal canto suo la Corte considera la fase in oggetto «un vincolo di metodo, non già di risultato», oltre che un'«attività di concertazione» di cui stabilisce i caratteri.

90. Tali espressioni si leggono in *Giur.* cost. 1992, 3014.

91. In Giur. cost. 1992, 3012-3013.

92. Vedi la sentenza n. 168 del 1963 in Giur. cost. 1968, 1644 s. Estremamente critico sull'interpretazione dell'art. 110 proposta in questa decisione, e ora ribadi-

zi menzionati in Costituzione sono infatti assegnati al Ministro facendo salve le competenze del C.S.M. [93]; essi hanno pertanto carattere residuale, alternativo e non interferente con le attribuzioni che l'art. 105 garantisce in via esclusiva al Consiglio. Da ciò si evince l'incongruenza di assegnare al Guardasigilli anche solo limitate possibilità d'incidere in sfere che vanno ascritte alla sola disponibilità del C.S.M.

Il disegno della Corte appare così in tutte le sue sfaccettature; essa riduce di un poco e le pretese del Consiglio e quelle del Ministro. Al primo poi riconosce la competenza a decidere definitivamente qualora non si raggiunga l'intesa [94], ma al secondo attribuisce il potere di rifiutare la proposta del decreto di nomina al Capo dello Stato se vi riscontri un difetto procedimentale [95]. I1 tutto è retto da una ferrea logica compromissoria; il giudice costituzionale accoglie infatti una nozione di concerto che avvalla in parte sia la posizione del Ministro sia quella del Consiglio. Alla Corte compete la funzione di garante, aprendosi gli spazi per la decisione di futuri conflitti. Se, ad esempio, registrando un dissidio incomponibile, la Commissione passasse comunque a proporre un candidato al *plenum,* sarebbe semplice per il Ministro sollevare conflitto adducendo che il tentati-

---

ta nella sentenza n. 379, fu M. MAZZIOTTI, *Op. ult. cit.,* 1648 s. Per analoghi rilievi sulla pronuncia più recente vedi F. SORRENTINO, *Op. ult. cit.,* 3344-3345 e A. CARIOLA, *A* proposito della sentenza sul conflitto di attribuzione tra C.S.M. e Ministro Guardasigilli: questione giurìdicizzata ma non spoliticizzata, in Giur. cost. 1992, 3063.

93. L'art. 110 Cost. attribuisce infatti i servizi giudiziari al Ministro «ferme le competenze del Consiglio superiore della magistratura». Sottolinea questo dato testuale L. CARLASSARE, La giustizia, cit., 3320.

94. In Giur. cost. 1992, 3013 s.

Il *plenum* dovrà comunque «motivare adeguatamente la propria scelta anche in riferimento alle valutazioni e alle argomentazioni formulate in sede di proposta». A sua volta «il rifiuto del concerto da parte del Ministro dev'essere motivato, non già da semplici divergenze, ma da gravi e insuperabili contrasti sulla proposta da formulare».

95. La Corte afferma infatti «che spetta al Ministro della giustizia non dar corso alle deliberazioni del Consiglio superiore della magistratura di conferimento degli uffici direttivi quando, da parte della Commissione competente, sia mancata un'adeguata attività di concertazione, ispirata al principio della leale cooperazione» (in Giur. cost. 1992, 3018). Ha sottolineato la dubbia costituzionalità di queste asserzioni F. SORRENTINO, Op. *ult. cit.,* 3350. Contrari a un controllo di legittimità operato dal Ministro ex art. 17, legge n. 195, erano già S. BARTOLE, *Op. ult. cit.,* 289 s.; R. BERTONI, *Il* ministero di grazia e giustizia, in AA.VV, Costituzione e struttura del Governo, Padova 1984, 483 s.; U. DE SIERVO, *A* proposito della ricorribilità in Consiglio di Stato delle deliberazioni *del* C.S.M., in Giur. cost. 1968, 690 s.; F. CUOCOLO, Deliberazioni del C.S.M. e sindacato giurisdizionale del Consiglio di Stato, in Giur. it. 1962, III, 253 e R. TERESI, *Op. ult. cit.,* 163. A favore invece E. CAPACCIOLI, *Forma* e sostanza dei provvedimenti relativi ai magistrati ordinari, in Riv. it. di dir. proc. pen. 1964, 284 s. e *G.* VERDE, L'amministrazione della giustizia fra Ministro e Consiglio superiore, Padova 1990, 119.

vo di conciliazione non è stato «serio»[96]. Lo stesso potrà accadere se il C.S.M. venga accusato di essersi espresso senza tenere «ragionevolmente conto degli interessi relativi all'organizzazione e al funzionamento dei servizi» attribuiti al Ministro della giustizia[97]. Si è insomma creata la possibilità di scaricare nuovamente sulla Corte la soluzione da offrire ai singoli casi non volontariamente composti dalle parti; essa assume dunque un ruolo di grande rilievo[98].

Il parametro che la Corte ha così individuato le consente di risolvere il conflitto in atto in senso favorevole al Ministro, ma da esso consegue un nuovo assetto dei rapporti tra C.S.M. e Guardasigilli ben diverso da quello deducibile dalla Costituzione e dalla stessa prassi. Come nella vicenda descritta al paragrafo precedente, l'individuazione del presupposto in base al quale si giudica appare piuttosto una creazione finalizzata a scopi di vario contenuto; ancora una volta la Corte rispetta insomma le consuete forme di giudizio, ma i dubbi che suscita sono notevoli.

11.16. *La negata oppure confermata rilevanza della consuetudine.*

Il modo strumentale con cui, nel caso appena trattato, la Corte ha provveduto a distinguere le competenze del C.S.M. e del Ministro, emerge in particolare valutando come essa abbia escluso ogni rilievo alla consuetudine in atto tra le parti. Questo profilo consente inoltre di raffrontare la decisione alle altre in cui, richiamando ovvero trascurando tale fonte, il giudice costituzionale ha impresso alle sentenze una direzione consona agli obiettivi 'politici' che affioravano dal contesto delle pronunce. Da ciò scaturisce un'ipotesi: qualora la consuetudine intervenga in qualche modo a definire le sfere di competenza riservate ai poteri in conflitto — e dunque i reciproci «limiti esterni» —, la Corte pare utilizzarne i dettami a seconda della loro funzionalità a sue precise scelte di percorso. Ancora una volta, dunque, la ricostruzione dei presupposti in base ai quali si decidono i conflitti sembra, in certo grado, dipendere dalla discrezionalità della Corte; la pronuncia definitiva, pur configurandosi come l'ennesima, apparente applicazione del concetto di «limite esterno», ne risulta perciò fortemente condizionata. Nel profondo, infatti, l'elemento creativo prevale e caratterizza il momento meramente applicativo del presupposto così disegnato.

Da tempo la dottrina ha sottolineato la rilevanza della consuetudine nel

---

96. Considerazioni analoghe in *G.* Neppi Modona, *Tra Martelli e Galloni,* ne *La Repubblica* del 25/7/1992.

97. In *Giur. cost.* 1992, 3015.

98. Così anche *G.* Azzariti, *Gli incerti confini di un dialogo che si ferma prima dell'accordo,* ne *Il Sole* 24 *Ore del* 281711992.

configurare il parametro attraverso cui la Corte giudica i conflitti [99]. Tale fonte assume infatti un ruolo fondamentale nel disciplinare le attività e il regolare svolgimento dei rapporti tra i soggetti che costituiscono i potenziali protagonisti di vicende conflittuali [100]. Del resto, l'ampio riferimento alle «norme costituzionali» che delimitano le sfere di attribuzione dei singoli poteri — contenuto all'art. 37 della legge n. 87 del 1953, nonché all'art. 26 delle Norme integrative — acquista senso in quanto lo si intenda rivolto a comprendere anche quella congerie di fatti normativi che concretizzano, precisandolo, il significato della disciplina costituzionale [101]. Nel complesso, la scarsa incidenza della consuetudine nella soluzione delle controversie è perciò da riferire non ad una sua intrinseca irrilevanza, bensì soprattutto al fatto che gli organi tra cui essa si consolida di norma preferiscono comporre i loro dissidi in via stragiudiziale [102].

La Corte ha adottato uno schema di giudizio conforme ai rilievi finora svolti, nell'ordinanza n. 150 del 1980 e nella successiva sentenza n. 129 del 1981 [103]. Essa ha infatti qui individuato il parametro con cui decidere il conflitto promosso dal Presidente della Repubblica e dalle Camere nei confronti della Corte dei conti, rifacendosi alla consuetudine che disciplinava la materia del contrasto [104]. Dai «principi non scritti, manifestatisi e consolidatisi attraverso la ripetizione costante di comportamenti uniformi... vale a dire, nella forma di vere e proprie consuetudini costituzionali>[105], la Corte deriva infatti che la Corte dei conti non può controllare l'o-

---

99. Tra i tanti autori che hanno affrontato la questione si vedano M. MAZZIOTTI, I conflitti, cit., vol. II, 23 s.; F. SORRENTINO, I conflitti, cit., 757-758; G. ZAGREBELSKY, La giustizia, cit., 375 e A. PACE, Op. *ult. cit.*, 168.

100. Cfr. V. CRISAFULLI, Lezioni, cit., 436.

101. Così ancora V. CRISAFULLI, *Op.* e *loc. ult. cit.* — che peraltro avverte dell'eccessivo formalismo dell'interpretazione e sottolinea come il problema dell'applicabilità di norme consuetudinarie venga a porsi in termini analoghi nei conflitti intersoggettivi — ripreso da A. PISANESCHI, I conflitti, cit., 304-305. Sull'argomento vedi anche *supra* par. 1.2.

102. Altre cause saranno individuate nel prosieguo del paragrafo. Quella indicata nel testo ci pare però la prima obiezione da contrapporre ai riscontri desunti dalla giurisprudenza. Sul punto vedi A. PISANESCHI, *Op. ult.* cit., 312.

103. Rispettivamente in Giur. cost. 1980, I, 1418 s. e Giur. cost. 1981, I, 1281 s.

104. Secondo G. M. LOMBARDI, L'autonomia contabile, cit., 1297, la sentenza n. 129, sotto questo profilo, costituisce una leading decision che precisa con chiarezza e coerenza il ruolo e la portata pratica della consuetudine costituzionale quale parametro del giudizio di costituzionalità. Sottolineano il ricorso alla consuetudine, operato nel caso dalla Corte, anche N. OCCHIOCUPO, Teologia, cit., 1429 e A. PISANESCHI, Op. *ult. cit.*, 312.

105. In Giur. cost. 1981, I, 1296.

Di seguito la Corte traccia anche un breve *excursus* storico della formazione di queste consuetudini.

perato degli agenti contabili dei ricorrenti e decide di conseguenza.

La prospettiva muta però di colpo in un altro contenzioso che coinvolge lo stesso organo di controllo. Nella sentenza n. 406 del 1989[106] la Corte omette infatti ogni riferimento alla quarantennale consuetudine per cui il Governo sottoponeva al controllo preventivo della Corte dei conti anche gli atti aventi forza di legge[107]. E analogo atteggiamento esprimerà nella sentenza n. 379 del 1992, in cui non è dato alcun rilievo alla prassi che aveva progressivamente ridotto il concerto sulla nomina dei capi degli uffici a un formalismo di cui si era spesso sottolineata l'inutilità[108].

La *ratio* sottesa a questa oscillazione giurisprudenziale appare peraltro unitaria. In tutte le vicende citate appoggiare, o respingere, i riscontri provenienti dalle fonti fatto serve ad accogliere interpretazioni del dettato costituzionale che talvolta sembrano contrastare con il suo significato più chiaramente legittimo. In tal modo la Corte può discrezionalmente identificare il parametro che la condurrà a decisioni ben diverse da quelle che sarebbero apparse prevedibili. Nella sentenza n. 129 del 1981 — che peraltro verteva su di un problema vivacemente discusso — la consuetudine le consente di affossare la pretesa, avanzata dalla Corte dei conti, di sottoporre a controllo la gestione contabile degli organi costituzionali. La Corte non era del resto indifferente alla richiesta: se avesse infatti accolto gli argomenti della Corte dei conti avrebbe poi dovuto ammettere il controllo di quest'ultima anche sui propri atti di gestione.

Nella sentenza n. 406 del 1989 la mancata menzione della consuetudine consente invece di accogliere un'interpretazione dell'art. 100, comma 2, Cost., che esclude dal controllo preventivo di legittimità sugli atti governativi quelli aventi forza di legge[109]. La Corte può così ritenere ma-

---

106. In *Giur. cost.* 1989, I, 1831 s.

107. La circostanza è sottolineata da *A.* PACE, *I ridotti limiti della potestà normativa del Governo nella legge n.* 400 *del* 1988, in *Giur. cost.* 1988, II, 1485 e *A.* PUGIOTTO, *La Corte dei conti in conflitto con gli organi di indirizzo politico: profilo soggettivo, profilo oggettivo e soluzione di merito,* in *Giur. cost.* 1989, II, 2207. Che si fosse ormai consolidata una consuetudine, nel senso indicato nel testo, era confermato anche da chi sosteneva apertamente le modifiche introdotte dall'art. 16, legge n. 400; così S. LABRIOLA, *Il Governo della Repubblica: organi e poteri,* Rimini 1989, 188.

108. Vedi *infra* nota 114.

109. Questa è la condivisibile opinione di *A.* PUGIOTTO, *Op. e loc. ult. cit.*

In dottrina si sono invece espressi contro un così esteso controllo preventivo della Corte dei conti, P. CIRIELLO, *Corte dei conti e controllo sugli atti di normazione primaria del Governo,* in *Giur. cost.* 1989, *I,* 1877 s.; R. IANNOITA, *Il problema del controllo preventivo di legittimità delle fonti primarie governative,* Milano 1972, spec. 60 s.; *A.* DE TARANTO, *La legge delega ed il controllo preventivo della Corte dei conti,* in *Amm. it.* 1973, 604 s. nonché, in un accenno, L. PALADIN, *La formazione delle leggi. Art.* 76 *Cost.,* in *G.* BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione,* cit., *24.*

nifestamente infondata la questione di legittimità sollevata nei confronti dell'art. 16, comma 1, legge n. 400 del 1988, dal cui accoglimento si sarebbero ottenuti esiti assai simili a quelli che gli stessi ricorrenti intendevano conseguire dal conflitto diretto contro il medesimo disposto normativo e dichiarato inammissibile [110]. Qui l'omissione è indubbiamente servita ad evitare che il conflitto si orientasse verso approdi ben diversi da quelli poi raggiunti [111]. E' però sconcertante che per conseguire tale risultato la Corte rinneghi quanto dal testo costituzionale emerge con tutta chiarezza; benché possa apparire lacunosa è infatti evidente che la prima parte dell'art. 100, comma 2, Cost., diversamente dalla seconda, non fa rinvio ad alcuna disciplina legislativa che determini i casi in cui il controllo si esercita. Il che ha sempre lasciato supporre che il Costituente abbia compreso in quella dizione la totalità delle ipotesi di controllo concepibili. Non a caso la stessa Corte costituzionale aveva già autorevolmente affermato l'estensibilità del controllo preventivo della Corte dei conti ad ogni atto proveniente dal Governo [112].

---

110. Nella sentenza n. 406, la Corte, ribaltando una consolidata dottrina, respinge, «in linea di principio)),che il conflitto tra poteri possa sollevarsi nei confronti di una legge o di un atto equiparato; ciò assume notevole rilievo anche perché si era previsto, sin dall'inserimento dell'istituto nel nostro ordinamento, che questa fosse una tra le più accreditate ipotesi di contenzioso. Prove ne siano i rilievi di F. SORRENTINO, *I* conflitti, cit., 754-755; R. LUCIFREDI, voce Attribuzione (conflitto di), cit., 297; V. CRISAFULLI, Lezioni, cit., II, 147; F. MONACHESI, *Op. ult. cit.*, 1301-1302; S. GRASSI, voce Conflitti, cit., 379 e, da ultimo, G. ZAGREBELSKY, *Op.* ult. cit., 380.

Circa il significato che potrà assumere l'ambiguo inciso prima citato, e le conseguenze che l'esclusione potrà provocare, nonché per una puntuale critica agli argomenti addotti dalla Corte, vedi A. PISANESCHI, Conflitto di attribuzioni tra Corte dei conti, Parlamento e *Governo*, in Riv. Corte dei conti 1990, 285, che collega l'inciso al probabile emergere di una dissenting opinion in seno alla Corte, e l'ampia disamina di A. PUGIOTTO, *Op.* ult. cit., 2192 s. Ci sia consentito rinviare altresì a P. VERONESI, La sentenza n. 40611989 della Corte costituzionale: problemi generali e implicazioni sulla forma di governo, in AA.VV, Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n. 2, Milano 1992, 280 s.

111. E' stato infatti osservato che il tenore delle motivazioni adottate dalla Corte, nonché le sue volontarie omissioni, lasciano supporre che l'argomentare giuridico sia stato preceduto da una decisione latamente politica che l'ha suggerito; così A. PUGIOTTO, *Op.* ult. cit, 2210. Al proposito si vedano anche A, PISANESCHI, *Op. ult. cit.*, 276 e S. BOCHICCHIO, La Corte costituzionale tra riduzioni delle garanzie dell'ordinamento e strane resipiscenze, in Riv. Corte dei conti 1989, fasc. 4, I, 172. Ha sottolineato come, nella sentenza, la Corte abbia spesso fondato i suoi ragionamenti su valutazioni di opportunità, che costituiscono il normale strumento d'azione degli organi caratterizzati politicamente, S. M. CICCONETTI, L'esclusione della legge dal giudizio sui conflitti tra poteri dello Stato in una discutibile sentenza della Corte costituzionale, in Giur. cost. 1989, I, 1870.

112. La circostanza è menzionata, senza ulteriore commento, nella stessa sentenza n. 406. Le pronunce in cui la Corte aveva sostenuto le risultanze della prassi,

Allo stesso modo, con riguardo alla sentenza n. 379 del 1992, esisteva un percorso che avrebbe consentito di risolvere il conflitto senza coniare astruse definizioni del concerto: si poteva cioè stabilire se nella pluridecennale pratica dei rapporti tra Guardasigilli e C.S.M. si fosse instaurata una consuetudine che ne avesse accolto una particolare nozione [113]. Applicando la consuetudine, o il diritto vivente così formato, la Corte avrebbe potuto usare come parametro per la soluzione del conflitto non il frutto di una propria scelta discrezionale, bensì un dato già esistente nell'ordinamento. Tutto lasciava supporre che questa possibilità esistesse: al riguardo si avevano esplicite prese di posizione di precedenti Guardasigilli [114], nonché puntuali ricostruzioni della prassi, dalle quali emergeva come il concerto si fosse ormai ridotto a contrassegnare un semplice ruolo di moderazione assegnato al Ministro. Quest'ultimo cioè, negando il suo apporto, produceva il solo effetto di indurre il Consiglio ad una nuova deliberazione cui abitualmente si adeguava [115]. Accogliere questa prospettiva avrebbe però inevitabilmente indotto una soluzione obbligata del conflitto, perciò la Corte ha preferito — ancora una volta — abbandonare terreni che la vincolavano, e agire con più ampia discrezionalità. Come già per la sentenza n. 406, questo modo di operare le consente poi di avvallare interpretazioni costituzionali alquanto discutibili; in tal caso si è trattato di attribuire un significato per lo meno dubbio al combinato disposto degli artt. 105 e 110 Cost.

In ognuno di questi episodi è pertanto la fisionomia dei singoli conflitti a orientare le scelte della Corte. La conclusione appare tanto più grave quando si consideri la facilità con cui essa non esita a pervenire a risultati poco condivisibili. Il tutto però nel rispetto più pieno dello schema di giudizio già illustrato: la Corte cioè disegna, sia pur con grande discrezionali-

---

qui rinnegate, sono la sentenza n. 143 del 1968 nonché la sentenza n. 226 del 1976,

113. Vari commentatori hanno posto in luce che questo non solo era possibile ma addirittura auspicabile; così L. CARLASSARE, Op. *ult. cit.*, 3325, che puntualizza come la consuetudine in atto fosse «in perfetta coincidenza con la lettera e lo spirito della Costituzione»; A. CARIOLA, Op. *ult. cit.*, 3059 e P. G. GRASSO, *Op. ult. cit.*, 3342. Quest'ultimo autore evidenzia non solo la contraddittorietà del comportamento della Corte «con le concezioni realistiche secondo cui il diritto costituzionale è considerato soprattutto come risultato di fatti normativi ed istituzionali, anziché un insieme di disposizioni scritte», bensì anche con la mozione di diritto vivente tanto seguita nella giurisprudenza della Corte costituzionale».

114. Estremamente esplicito fu l'ex Ministro Martinazzoli, che aveva descritto la prassi del concerto come un ormai vuoto formalismo del quale auspicava la cancellazione. Ricordano la circostanza G. VERDE, *Op. cit.*, 65 s. e V. ZAGREBELSKY, Incarichi direttivi: definire i criteri selettivi prima di pensare al soggetto selezionante, in Cass. pen. 1991, 679 e nota 3.

115. Cfr. G. VERDE, *Op. ult. cit.*, 78, 83, 88 e 93. Concorda con questa ricostruzione della prassi, V. ZAGREBELSKY, *Op. ult. cit.*, 679 s.

tà, i confini dei poteri in conflitto, e quindi lascia che la soluzione dei contrasti ne discenda in modo automatico.

II.17. *La correzione dei precedenti e l'uso della dottrina.*

La sinossi delle sentenze nn. 129 del 1981 e 406 del 1989, mette in luce un'altra caratteristica della tecnica argomentativa con la quale la Corte definisce i presupposti da cui scaturiscono le sue decisioni. Questa consiste nella selezionata rivisitazione dei propri precedenti e nell'accorta citazione della dottrina prodotta sul punto controverso. La Corte, in altre parole, non esita ad aggiustare, o addirittura nega, gli approdi di sue precedenti decisioni, così come talvolta cita, ovvero neppure menziona, le dottrine che reggono, o meno, la sostanza dei ragionamenti che propugna. Occorre preliminarmente intendersi su un punto: la Corte ha tutto il diritto di rivedere i propri precedenti e d'ignorare le voci della dottrina; ci si sorprende però quando ciò si accompagna a disinvolte interpretazioni costituzionali o alla negazioni di consuetudini consolidate e in sintonia con le fonti scritte di grado più elevato. In tali circostanze è forte l'impressione che sia il tenore dei singoli episodi a dettare l'atteggiamento più funzionale agli obiettivi che la Corte si prefigge; tanto più quando, in analoghi contesti, essa esalta la sua coerenza ai precedenti e alle interpretazioni dottrinali.

Quest'ultimo contegno è particolarmente evidente nella sentenza n. 129 del 1981 [116]; i confini esterni delle competenze della Corte dei conti, e degli organi costituzionali coinvolti nella vicenda, sono infatti qui individuati in considerazione di altre precedenti pronunce nonché di consolidate opinioni dottrinali. Sembra anzi che la Corte non solo si appoggi a tali conferme, ma tragga da esse la principale motivazione delle sue scelte. Così, contro la pretesa di ricavare dall'art. 103, comma 2, Cost., la competenza della Corte dei conti di sottoporre a giurisdizione contabile anche i supremi organi dello Stato, il giudice costituzionale preliminarmente osserva che «la giurisprudenza finora elaborata da questa Corte, quanto alla giurisdizione della Corte dei conti nelle materie di contabilità pubblica non conforta la tesi della Sezione I giurisdizionale. [117]. All'affermazione segue poi un puntuale *excursus* dei precedenti e una ragionata lettura delle affermazioni in essi contenute [118]. Analogamente, per giustificare l'esen-

116. Vedi il par. precedente.

117. In *Giur. cost.* 1981, *I*, 1294.

118. A questo proposito la Corte richiama le sentenze nn. 110 del 1970 e 102 del 1977, nelle quali avrebbe «escluso che il precetto stabilito dal comma 2 dell'art. 103 Cost. sia caratterizzato da una assoluta (e non tendenziale generalità) e sia dunque dotato d'immediata operatività in tutti i casi» (in *Giur. cost.* 1981, *I*,

zione della Presidenza della Repubblica da ogni controllo contabile che ne potrebbe minare l'indipendenza, la Corte rileva essere «infatti indiscusso in dottrina che anche quest'organo abbisogni di un proprio apparato... per consentire un efficiente esercizio delle funzioni presidenziali, garantendo in tal modo la non-dipendenza del Presidente rispetto ad altri poteri dello Stato»[119]. La soluzione di due passaggi di grande rilievo della pronuncia appare pertanto discendere dagli assunti derivati dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

L'atteggiamento della Corte invece muta quando la puntuale riconferma degli elementi prima citati produrrebbe risultati diversi da quelli che poi scaturiscono dalla decisione. In questi casi la Corte evita ogni loro menzione, oppure semplicemente li cita senza affrontare di petto il suo pur evidente *revirement.* In tal modo essa ha operato almeno nel conflitto deciso con la sentenza n. 406 più volte citata; qui si è infatti omesso ogni riferimento alla dottrina pressoché consolidata a sostegno di posizioni ben diverse da quelle accolte. La Corte ha così respinto l'inclusione della legge tra gli atti suscettibili di provocare un conflitto, nonché la pur radicata interpretazione dell'art. 100, comma 2, Cost., che pretendeva lo svolgimento del controllo preventivo della Corte dei conti anche sugli atti legislativi provenienti dal Governo. Quest'ultima, peraltro, non costituiva una semplice astrazione; la Corte aveva infatti affrontato il problema in una serie di pronunce che ribadivano la correttezza dell'impostazione dottrinale. In esse, come già accennato, si confermava che ogni atto dell'esecutivo — a prescindere dalla sua natura e per il solo fatto di tale provenienza — doveva essere sottoposto al controllo previsto dall'art. 100 Cost.[120]. Nella sentenza n. 406 la Corte ricorda questi suoi precedenti, ma non aggiunge nulla alla loro menzione; semplicemente li ribalta. Se pertanto si somma la sua già analizzata indifferenza ad una pluridecennale consuetudine al diniego della dottrina e della sua conforme giurisprudenza, meglio si comprendono le osservazioni di coloro che hanno ritenuto di criticare il ragionamento della Corte[121]. In breve essa dà l'impressione di aver volutamente piegato le sue argomentazioni ad una precostituita conclusione del giudizio; configurando con avvedutezza i presupposti di esercizio del potere che si contestava. E' stato così possibile giudicare il conflitto in modo ben diverso da quello che si poteva prevedere.

11.18. *Segue. Altri casi.*

1295).

119. In *Giur.* cost. 1981, I, 1297.

120. Il riferimento è alle note sentenze n. 143 del 1968 e n. 226 del 1976.

121. Vedi, in particolare, A. PUGIOTTO, *La* Corte, cit., 2210 s.

In altre circostanze la Corte, seguendo strategie decisorie del tutto compatibili con quelle appena descritte, ha non già respinto bensì attentamente corretto i suoi precedenti. Così, nella sentenza n. 69 del 1985 [122], l'i*ter* che il giudice costituzionale attiva al fine di risolvere il conflitto sollevato dalla Regione Abruzzo riproduce, con maggior raffinatezza, percorsi già individuati nel paragrafo precedente. Qui però non si ribaltano né si confermano *tout court* gli esiti di precedenti giudizi; questi vengono invece attentamente manipolati in modo da consentirne l'assorbimento entro la nuova versione del presupposto di esercizio del potere.

Ma partiamo dai fatti: la controversia sorgeva a seguito dell'apertura di un procedimento penale nei confronti di alcuni membri del Consiglio regionale; costoro, votando a favore di un parere espresso in sede di Commissione, nonché della successiva delibera definitiva del provvedimento amministrativo ad esso collegato, avevano — secondo la Procura — posto in essere gli estremi di un interesse privato in atti d'ufficio [123]. La Regione opponeva a tali rilievi il disposto dell'art. 122, comma 4 della Costituzione, secondo cui «i consiglieri regionali non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni)) [124]. A sostegno della posizione regionale stava inoltre il limpidissimo precedente della sentenza n. 81 del 1975 [125]; nel decidere a favore della Regione Abruzzo un conflitto da essa sollevato contro i prowedimenti del giudice istruttore presso il Tribunale dell'Aquila, la Corte aveva infatti allora stabilito che l'eventuale forma amministrativa delle deliberazioni consiliari non valeva «ad escludere l'irresponsabilità di coloro che le adottarono nell'esercizio di competenze spettanti al Consiglio)) [126]; e ad un'analoga concezione estensiva dell'art. 122, comma 4, si era poi rifatta la

---

122. In Giur. cost. 1985, I, 485 s.

123. Il parere della Commissione e il voto definitivo dell'Assemblea avevano ad oggetto una richiesta di convenzionamento avanzata da un locale laboratorio di analisi, che risultava di proprietà dei congiunti di un consigliere regionale intervenuto alle votazioni. A quest'ultimo veniva poi contestato di avere, in precedenza, solo fittiziamente ceduto ai familiari la sua quota di capitale sociale.

124. La dottrina, precedente e anche successiva alla sentenza n. 69 del 1985, ha generalmente sostenuto un'interpretazione estensiva dell'art. 122, comma 4, Cost. Si vedano infatti L, PALADIN, Diritto regionale, Padova 1979, 290; S. BARTOLE, Le Regioni, in AA.VV, Le autonomie territoriali, Bologna 1984, 71; M CARLI, Le Regioni, le Province, i Comuni. Art. 122 Cost., in G. BRANCA (a cura di), *Commentario* della Costituzione, cit., 37 e 40-41; F. CUOCOLO, Diritto regionale italiano, Torino 1991, 54-55; P. BARILE, Istituzioni di *diritto* pubblico, Padova 1991, 526.

Qualche perplessità aveva invece manifestato G. VASSALLI, Punti interrogativi sulla estensione della *irresponsabilità* dei membri del Parlamento, in AA.VV, Studi in onore di G. Chiarelli, Milano 1974, 4306.

125. Vedi supra par. 11.3

126. Il passo citato è in Giur. cost. 1975, 786.

sentenza n. 183 del 1981[127]. Poteva insomma darsi praticamente per certo il quadro delle *rationes decidendi* rilevanti al fine della soluzione del nuovo contenzioso proposto dalla Regione: l'iniziativa penale volta a colpire opinioni e voti espressi dai singoli consiglieri doveva ritenersi improponibile a prescindere dall'oggetto su cui vertevano[128].

Nella sentenza n. 69 del 1985 questo bagaglio di certezze viene però rimesso in discussione. La Corte scinde infatti le funzioni consiliari in due gruppi distinti; nel primo vengono raccolte quelle direttamente previste dalla Costituzione o da leggi costituzionali, nel secondo le funzioni amministrative conferite da altre fonti statali o regionali: per queste ultime l'immunità vale soltanto quando siano conferite all'ente da leggi dello Stato mentre per le prime è assoluta[129].

Tale operazione si svolge comunque senza ribaltare alla radice i precedenti approdi giurisprudenziali, che in qualche modo si riassestano nel quadro delle nuove coordinate[130]. Insomma «alla chiarezza dei precedenti

---

127. In Giur. cost. 1981, I, 1807 s.

Anche nella sentenza n. 183 del 1981 la Corte ribadiva l'interpretazione estensiva dell'art. 122, comma 4, Cost., richiamando, in più luoghi, le affermazioni contenute nella sentenza n. 81 del 1975. Vedi, ad esempio, il rilievo secondo cui le «deroghe all'attuazione della funzione giurisdizionale — ispirate come sono allo scopo di rendere pienamente libere le discussioni che abbiano luogo in sede consiliare — abbracciano qualsiasi tipo di deliberazione, non soltanto legislativa e di indirizzo politico, ma anche adottata in forma amministrativa» (in Giur. cost. 1981, I, 1814).

128. In questo senso si sono espressi i commentatori della sentenza n. 69 del 1985: R. MORETTI, Annotazione, in Foro it. 1985, I, 1274-1275; G. MOR, Le funzioni non *normative* del Consiglio regionale e l'iwesponsabilità dei consiglieri: un *mutamento* di giurisprudenza della Corte che non convince, in Giur. cost. 1985, I, 1756-1758; G. VOLPE, Le attività *immuni* e insindacabili dei *supremi* organi regionali: alla ricerca dei criteri di *delimitazione,* in Le *Reg.* 1985, 827 s.; P. COSTANZO, *L'insindacabilità* dei consiglieri regionali nel quadro dei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale in tema di *immunità* elettive, in Quad. *reg.* 1985, 1036 e F. CUOCOLO, *Insindacabilità* dei consiglieri regionale e natura delle funzioni esercitate, in Giur. cost. 1981, I, 1742-1746.

129. Cfr. i passi della sentenza in Giur. cost. 1985, I, 493 s. e spec. 496-497. Come si è visto supra aveva anticipato una decisione siffatta, pur awertendo circa la difficoltà di giustificarla, R. TOSI, *Commento,* cit. 374. A favore della soluzione accolta dalla Corte è V. CARBONE, *Commento* alla sentenza n. 70 del 1985, in Cow. giur. 1985, 606-607.

130. La Corte precisa infatti che «la ratio decidendi della pronuncia del 1975, rapportata al caso deciso, non implicava una affermazione generale di insindacabilità in riferimento a qualsiasi atto consiliare in forma amministrativa, bensì, più specificamente, l'insufficienza della forma amministrativa dell'atto ai fini di escludere la guarentigia per atti attinenti allo stato giuridico dei consiglieri, e in definitiva all'autoorganizzazione del Consiglio stesso)) (in Giur. cost. 1985, I, 493).

Rilevano l'intento indicato nel testo R. MORETTI, Op. *ult. cit.,* 1274 e A. CERRI, Dubbi sugli attuali indirizzi in *materia* di *immunità* per voti dati ed opinioni espresse. Spunti *ricostruttivi,* in Giur. cost. 1985, I, 492 s.

la Corte contrappone una scelta surretizia, ma decisa e fondamentale: superarne il contenuto senza rinnegarne le affermazioni, ma semplicemente manipolandole»[131]. La Corte sarebbe dunque partita dalla scelta pregiudiziale di restringere l'area delle immunità consiliari, adottando perciò una nuova e 'strumentale' lettura dell'art. 122, comma 4 della Costituzione[132]. Per fare questo è dunque costretta a proporre un'interpretazione autentica della pronuncia che aveva apparentemente cristallizzato la portata dell'art. 122, anche se essa mira evidentemente a salvarne il nucleo, facendolo apparire consono all'indirizzo restrittivo inaugurato con la sentenza n. 69. La nuova formulazione del presupposto in base al quale è possibile discernere quanto è consentito, rispettivamente, alla Regione e ai giudici, permette pertanto di decidere il conflitto seguendo una traiettoria alternativa e raggiungendo risultati ben diversi da quelli che si sarebbero conseguiti con la più precisa riconferma dei precedenti. Spostando il confine delle reciproche sfere di competenza muta infatti l'area del consentito ad entrambi i soggetti intervenuti nel conflitto.

II.19. *Una digressione: la creazione del «presupposto della pronuncia» può awenire anche interpretando le nome sulla procedura (l'ordinanza n. 49 e la successiva sentenza n. 87 del 1977).*

E' stata la stessa Corte a segnalare come il sindacato sul modo di esercizio del potere non possa, in linea di principio, spingersi oltre la verifica dei suoi presupposti nonché degli eventuali vizi di procedura [133]; i due profili sono pertanto collocati sullo stesso piano e consentono di valutare se, nei singoli casi, vi è stato il superamento dei limiti esterni riconosciuti al potere contestato. Ciò comporta che le stesse strategie che la Corte pone in essere per identificare, creare o manipolare i presupposti, hanno buone probabilità di riscontrarsi anche sul versante delle regole procedurali. Si possono ipotizzare due eventuali percorsi: in primo luogo la Corte può ricostruire il dipanarsi delle procedure attraverso cui si esplica il potere controverso in modo da preparare il terreno alla sua futura pronuncia.

---

131. G. VOLPE, Op. *ult.* cit., 830.

132. Le osservazioni sono ancora di G. VOLPE, Op. *ult. cit.*, 830 e 835, che — in modo ancor più diretto — parla di «decisione squisitamente politica» della Corte costituzionale.

Il carattere politico delle sentenze nn. 81 del 1975 e 69 del 1985 è sottolineato anche da G. MOR, Op. *ult. cit.*, 1759, che riscontra in esse due opposti indirizzi giurisprudenziali miranti, nel primo caso, a favorire le esigenze delle Regioni e, nel secondo, ad assicurare il controllo della classe politica da parte dei giudici.

133. Su questo punto vedi la sezione I. Una sentenza in cui la Corte ha sintetizzato tali affermazioni è la n. 1150 del 1988 sulla quale vedi *infra* par. 11.27. Significativa è altresì la già analizzata sentenza n. 69 del 1978.

Così operando essa semplicemente trasferisce la tattica decisoria, già espressa per i presupposti, sul versante delle procedure. Non è però esclusa la praticabilità di un secondo accorgimento: il giudice costituzionale potrebbe infatti sfruttare le lacune della disciplina positiva sui conflitti per sostenere quelle interpretazioni delle norme di procedura che gli consentano di affossare taluni ricorsi. Non esiste una parentela diretta tra le due ipotesi, nella prima siamo infatti ancora nella prospettiva dei «presupposti» di esercizio del potere, nella seconda rilevano invece i «presupposti» del giudizio; esse però confermano un tendenziale atteggiamento a ricreare, più o meno artificiosamente, le condizioni che giustificano una particolare — e gradita — soluzione dei conflitti. E del resto anche quando la Corte ricostruisce i presupposti di esercizio dei poteri in qualche modo pone le fondamenta delle sue future sentenze.

In alcune circostanze questa nuova strategia sembra aver già trovato applicazione. Così è stato almeno per il contrasto che, nel 1977, scaturiva dal rifiuto del Presidente del Consiglio di trasmettere al giudice istruttore di Torino taluni documenti relativi a un'indagine [134]. La Corte ammetteva il conflitto in via di prima delibazione, ma lo dichiarava poi inammissibile, contestando al magistrato di non aver depositato il ricorso presso la cancelleria dopo la prescritta notifica alla controparte. Le modalità e i ragionamenti che la Corte ha posto a base di tale pronuncia hanno peraltro suscitato una serie di dubbi che inducono a ritenere in larga parte criticabile la sua ricostruzione delle procedure; in pratica si è imputato alla Corte di aver offerto una lettura della disciplina processuale viziata dalla volontà di sfruttare ogni pretesto che consentisse di non affrontare il merito del conflitto.

In questa direzione andrebbe l'aver ritenuto motivo di inammissibilità il mancato deposito della copia del ricorso, e della relazione della sua già eseguita notifica, deducendolo dal richiamo — contenuto nell'art. 22, legge n. 87 del 1953 — al regolamento di procedura del Consiglio di Stato, il quale «in connessione con l'art. 36 del t.u. delle leggi sul Consiglio stes-

---

134. Si tratta del conflitto deciso con ordinanza n. 49 del 1977 (in Giur. cost. 1977, I, 581 s.) e successiva sentenza n. 87 dello stesso anno (in Giur. cost. 1977, I, 706 s.). Sotto il profilo soggettivo le pronunce sono assai significative poiché la Corte vi sancisce, «in termini... persino troppo decisi» (C. MEZZANOTTE, Le nozioni, cit., 115) la legittimazione — parrebbe autonoma — del Presidente del Consiglio dei ministri a rappresentare l'intero esecutivo nei conflitti che traggono origine da1 segreto politico militare. In tal senso cfr. A. RUGGERI, Un conflitto di *attribuzioni* «*deciso*» ma non ancora *definitivamente* «*risolto*», in Giur. cost. 1986, I, 275 e nota 5. Per un altro obiter *dictum* di tale tenore si veda l'ordinanza n. 123 del 1979, e la successiva sentenza n. 150 del 1981, con i rilievi di S. NICCOLAI, *Fluidità* delle relazioni intragovernative e legittimazione del Ministro a l conflitto, in Giur. cost. 1987, I, 1877 s.

so... prevede la decadenza del ricorso per l'omesso deposito»[135]. Da ciò sembrerebbe pertanto ricavabile l'intenzione della Corte di fondare sul rinvio appena citato l'applicazione nei giudizi costituzionali addirittura di tutte le norme sul processo amministrativo[136]. E questo risulta essere un punto di grande delicatezza: infatti, anche accettando l'impostazione accolta dalla Corte, occorre rilevare che la norma attraverso cui essa decide non è contenuta nel regolamento ma nel t.u., e sembra davvero eccessivo collegare al sintetico rinvio dell'art. 22 una così ampia portata [137]. La Corte non sembra invece aver tenuto in nessun conto che l'osservanza delle norme del regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale è subordinata dalla legge alla loro effettiva applicabilità ai diversi giudizi costituzionali. Se dunque si fosse in grado di stabilire che i combinati disposti della legge n. 87 del 1953 e delle Norme integrative del procedimento — previste nello stesso art. 22 — da soli prevedono una disciplina incompatibile con le norme regolamentari del Consiglio di Stato, il comportamento del giudice costituzionale apparirebbe affrettato. Lo stesso articolo che rinvia al regolamento, consente infatti alla Corte l'autonoma adozione di norme integrative della procedura, che sono da ritenersi direttamente ancorate alla legge e dunque prevalenti sulla disciplina di cui è previsto I'utilizzo solo in quanto applicabile[138].

Ebbene, sarebbero le stesse peculiarità del processo costituzionale, disegnate dalle norme indicate, a non consentire — come invece sembra supporre la Corte — I'utilizzo dell'intera disciplina del processo amministrativo, e in particolare delle norme che puniscono il mancato deposito del ricorso con I'inammissibilità. Ciò emerge con chiarezza facendo attenzione all'atto introduttivo del giudizio: mentre il processo amministrativo si instaura con un ricorso notificato immediatamente alla controparte, il conflitto tra poteri prevede la notifica solo dopo che la Corte ha dichiarato ammissibile il ricorso; tutta la prima fase del processo si svolge pertanto inaudita altera parte, e solo con il secondo deposito del ricorso in cancelleria si ha la prova che sussistono le condizioni affinché sia garantito il contraddittorio e la costituzione della parte passiva, mentre il giudice costituzionale è investito della causa già con il primo deposito. Sotto questo profilo il processo amministrativo appare pertanto assai simile al conflitto tra Stato e Regioni — il quale si instaura allo stesso modo e possiede la stessa cadenzata sequenza di atti processuali — ma assolutamente incomparabi-

---

135. In *Giur. cost.* 1977, *I,* 709.

136. Questo è il condivisibile commento di *A.* Pizzorusso, *Conflitti tra poteri dello Stato e irregolarità processuali,* in *Riv. di dir. proc.* 1977, 700.

137. Ancora *A.* Pizzorusso, *Op.* e *loc. ult. cit.*

138. La tesi è ancora di *A.* Pizzorusso, *Op. ult. cit.,* 699, che chiama a suo sostegno la prevalente dottrina nonché orientamenti ricavabili dalla stessa giurisprudenza costituzionale.

le alla dinamica dei contenziosi interorganici. Se tuttavia lo scopo del secondo deposito è quello appena descritto, esso appare pertanto superfluo quando il resistente, come avvenne nella circostanza, «si sia costituito senza nulla eccepire circa la regolarità della sua *vocatio in iudicium* ed abbia quindi fornito lui stesso la prova della valida costituzione del contraddittorio»[139]. Quanto affermato dalla Corte rende invece possibile che l'attore, attraverso il mancato deposito dopo la notifica, receda unilateralmente dal ricorso, con ciò consentendogli di derogare all'art. 26, ultimo comma, delle Norme integrative, che richiede per la rinuncia l'esplicita accettazione della controparte[140]. Queste eventualità non appaiono del resto paragonabili a quelle in cui il ricorrente si astenga dalla notifica, ovvero le parti addivengano a un compromesso contestualmente ad essa, cosicché nessuna provveda a costituirsi, e neppure a quella in cui l'attore rinunci al ricorso prima ancora che la Corte si sia pronunciata sulla sua ammissibilità[141]. In tali casi abbiamo infatti o la reciproca disponibilità dei confliggenti a ritenere chiusa la partita, o la mancata conoscenza formale del giudizio promosso, o addirittura — nell'ultima ipotesi — la non ancora effettuata individuazione del soggetto passivo del conflitto[142]. Nella vicenda in discussione, invece, il contenzioso è stato dichiarato ammissibile, l'attore —

139. Cfr. A Pizzorusso, *Op. ult. cit.*, 700-701.

140. Critica la decisione della Corte anche D. Nocilla, *Brevi note in margine a un conflitto fra poteri*, in *Giur. cost.* 1978, I, 745 s., secondo cui essa qui contraddice quanto comunemente sostenuto dalla dottrina e implicitamente confermato dalla sua stessa giurisprudenza: cioè che l'intero procedimento prende awio dal primo deposito del ricorso; il termine di venti giorni entro cui esso deve essere depositato in cancelleria con la prova delle notificazioni eseguite è stato quindi ritenuto normalmente ordinatorio. In questo senso cfr. anche M. Mazziotti, *Il procedimento e la decisione sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in AA.VV, *Studi in memoria di C. Esposito*, vol. III, Padova 1973, 1820. *Contra* invece *A.* Pisaneschi, I *conflitti*, cit., 381 s., per il quale si ha la costituzione in giudizio del ricorrente solo con la seconda notifica in cancelleria. Ci sembra tuttavia di poter obiettare che se vi è stata notificazione successiva a una dichiarazione di ammissibilità del conflitto e la controparte si è costituita, non si vede il motivo per cui questa — ove esplicitamente non vi rinunci — non debba ottenere una pronuncia sull'oggetto del dissidio. L'interesse al ricorso dell'agente sarebbe infatti implicito alla pronuncia d'ammissibilità e al suo successivo comportamento; oltre a ciò esso è l'unico soggetto processuale che risulta costituito sin dall'inizio delle fasi giudiziali. Con il suo comportamento il ricorrente sembra avere qui sostanziato una rinuncia *de facto* che necessita comunque l'accettazione della controparte per divenire efficace ex art. 26 n.i.

141. Cita questi esempi, per trarne ulteriori conferme alla possibilità del ricorrente di rinunciare al ricorso senza rispettare la procedura prevista all'art. 26 N.i., A Pisaneschi, *Op ult. cit.*, 383.

142. Questa si ritiene avvenga con il giudizio di ammissibilità, che enuclea gli organi cui notificare il ricorso, e con ciò le parti passive del conflitto (art. 37, comma 4, legge n. 87 e art. 26, N.i.).

che necessariamente si è costituito nel giudizio di ammissibilità — ha quindi notificato il ricorso alla controparte la quale, a sua volta, ha ritenuto opportuno costituirsi per risolvere giudizialmente il dissidio.

Tutto sembra tenersi: la svalutazione dei principi ricavabili dalla legge n. 87 e dalle Norme integrative, nonché l'applicazione di istituti previsti per altri contesti processuali ben al di là delle intenzioni di legge, configurano i presupposti di una pronuncia che intende evitare una precisa presa di posizione su di un argomento per definizione scomodo. E questo a prescindere dall'incompatibilità tra le asserzioni in essa contenute e altri significativi profili della disciplina processuale sui conflitti[143]. Le analogie con la sentenza n. 406 del 1989[144] appaiono evidenti: in entrambi i casi si persegue il raggiungimento di un obiettivo prefissato, a prescindere dalle conseguenze che ne scaturiscono e dal rigore delle argomentazioni addotte. Nella sentenza n. 406 questo si realizza mediante la funzionale ricostruzione dei presupposti di esercizio del potere contestato; qui si plasmano addirittura i presupposti processuali della decisione della Corte. E' peraltro significativa una considerazione: l'interpretazione accolta, nel caso, dalla Corte possiede un grande pregio; essa consente che il ricorrente blocchi la pronuncia definitiva praticamente fino all'ultimo istante disponibile, e pertanto si inserisce in quella tradizione che ha sempre preferito sollecitare soluzioni non processuali dei contrasti o, comunque, ostacolarne la vicenda giudiziale.

La riprova dell'intento strumentale che può celarsi dietro una pronuncia d'inammissibilità per motivi processuali si può del resto ricavare *a contrario* dall'ordinanza n. 123 del 1979[145]: qui infatti la Corte non esita ad offrire un'interpretazione delle norme procedurali che tien conto delle peculiarità assolute del giudizio sui conflitti. Nella prima occasione in cui precisa il comportamento cui sono tenuti i soggetti che compongono il Governo laddove sia loro intenzione partecipare a questo tipo di contenziosi, essa consente infatti di sanare la mancanza di un elemento essenziale della procedura, argomentando proprio sull'assenza di termini di proponibilità dei conflitti tra poteri. Poiché non vi era stata la delibera collegiale del Consiglio dei Ministri sulla decisione di proporre ricorso, la Cor-

---

143. La Corte aveva assunto una posizione assai diversa da quella adottata nella decisione che si commenta, nella sentenza n. 13 del 1960 (*Giur. cost.* 1960, I, 123 s.). Una pronuncia in cui è invece stabilito il carattere perentorio del termine di deposito della notifica del ricorso, ancora in riferimento al regolamento di procedura del Consiglio di Stato, è l'ordinanza n. 386 del 1985 (in *Giur. cost.* 1985, I, 2613 s.).

144. Vedi *supra* par. 11.16 e par. 11.17.

145. Sulla quale vedi più di preciso *infra* par. 11.24. Si trattava del noto conflitto — poi deciso con sentenza n. 150 del 1981 — sollevato dal Governo contro il Pretore di Genova, a seguito dei provvedimenti da questi adottati, al di là delle competenze riconosciute all'autorità giudiziaria.

te — tenuto conto che questa non sottostà a termini pregiudiziali e tassativi — ritenne sanabile il vizio, purché la notifica alla parte passiva fosse preceduta da una conforme delibera del Consiglio stesso. In questa circostanza la Corte ha dunque mostrato una sensibilità e un'accondiscendenza che nel caso prima commentato non si è affatto palesata[146].

II.20. *Segue.* La *rilettura delle procedure di esercizio del potere.*

L'ipotizzata trasferibilità sul versante processuale di strategie già indicate come perseguibili attraverso un'accorta individuazione dei presupposti d'esercizio dei poteri contestati, trova conferma nel conflitto deciso con la sentenza n. 13 del 1975[147]. Già si è detto della possibilità che, mediante la ricostruzione dei presupposti, si riesca a incidere su questioni relative al merito delle controversie o almeno si possa orientarne la soluzione; nella sentenza citata, attraverso la puntuale verifica del procedimento, la Corte riscontra ancora un abuso di potere e trasforma «il conflitto circa la competenza a giudicare determinati soggetti in una questione del tutto formale, facendone un problema di osservanza della procedura»[148]. Può dirsi insomma che essa abbia preferito tradurre nei termini di un vizio così caratterizzato un problema che appariva, *prima facie,* di sostanza. La sentenza è perciò utile a provare come siano praticabili itinerari di decisione tesi a tradurre le domande degli attori in questioni di procedura, che meglio occultano e giustificano intenti strumentali. E questa volta il procedimento messo sotto accusa non è quello relativo al giudizio costituzionale, bensì quello contenuto nella legge ordinaria che disciplina la corretta esplicazione del potere contestato.

Il conflitto tra la Commissione inquirente — all'epoca prevista nel nostro ordinamento[149] — e il giudice istruttore presso il Tribunale di Roma, sorgeva a seguito dell'avocazione dell'inchiesta sui cosiddetti «fondi neri»

146. Ha sottolineato questo significativo aspetto dell'ordinanza n. 123 del 1979, F. SORRENTINO, Osservazione *sull'ordinanza* n. 123 del 1979, cit., 846 s. L'autore confronta l'atteggiamento estremamente liberale manifestato dalla Corte in questa vicenda proprio con la rigidità manifestata nella sentenza n. 87 del 1977.

147. In *Giur.* cost. 1975, 43 s.

148. Questa la conclusione di P. COSTANZO, *Prime* osservazioni, cit., 538, che definisce riduttivo e fuorviante un siffatto approccio alla questione sollevata.

149. Le norme sulla Commissione inquirente, contenute nella legge n. 20 del 1962, furono in buona parte abrogate dalla legge n. 170 del 1978 che, fatta oggetto di referendum abrogativo nel 1987, fu a sua volta espunta dall'ordinamento. Attualmente la messa in stato di accusa dei Ministri è disciplinata dalla legge costituzionale n. 1 del 1989 e dalla conseguente legge n. 219 del 1989.

Montedison da parte dell'organo parlamentare [150]. Ritenendo che nel caso specifico non vi fossero gli estremi perché il giudizio venisse svolto dalla Commissione, il giudice istruttore sollevava un «conflitto di giurisdizione-competenza» davanti alla Corte costituzionale, ai sensi dell'art. **13,** legge n. 20 del 1962 [151]. Il ricorrente chiedeva insomma che la Corte stabilisse chi aveva il potere di indagare, tenuto conto delle sfere di competenza rispettivamente riservate alle parti in conflitto [152].

A questa domanda la Corte oppone il riscontro di una grave omissione procedurale compiuta dalla Commissione, la quale avrebbe leso le competenze dell'autorità giudiziaria svolgendo le proprie in modo illegittimo. All'organo del Parlamento non doveva infatti attribuirsi il «potere di avo-

---

150. Per una puntuale illustrazione della complessa vicenda si vedano P. COSTANZO, *Op. ult. cit.*, 528-535 e P. GROSSI, I «fondi neri» della Montedison alla Corte costituzionale (cronaca di un conflitto), in Giur. cost. 1975, 566 s.

Descrive precisamente le tappe iniziali dell'inchiesta, poi sfociata nel conflitto, G. BORRÈ, *Com'è* nato *l'«affare petrolio»*, in *Studi parl.* e di pol. cost. 1974, 23 s., mentre un'efficace sintesi dei vari problemi giuridici, politici e di opportunità dell'avocazione operata dall'organo parlamentare è in C. GALANTE GARRONE, Fondi neri Montedison. Avoca oggi, avoca domani, in Il Ponte 1974, 946 s.

151. Il conflitto in esame sollevava problemi di notevole peso, quali l'implicito riconoscimento della qualifica di potere dello Stato alla Commissione inquirente e la mancata previsione per esso del giudizio di amrnissibilità disciplinato all'art. 37, comma 3, legge n. 87, il quale caratterizza la procedura di soluzione dei conflitti interorganici. Sottolinea e supera le difficoltà connesse a questi aspetti della decisione M. MAZZIOTTI, *Autorità* giudiziaria e organi dei giudizi di accusa davanti *alla* Corte castituzionale, in Giur. cost. 1975, 1111-1112, 1114 e 1118-1121.

152. La particolarità dei soggetti, e la specificità delle fonti che disciplinavano questo conflitto, hanno anche fatto dubitare che il contrasto possedesse i requisiti tipici di un conflitto di attribuzioni. In questo senso vedi G. LONG, Sulla competenza della Corte costituzionale a decidere in tema di conflitti tra magistratura e commissione parlamentare inquirente, in Riv. it. di dir. e proc. pen. 1975, 295 s., che riconduce i conflitti in esame a una tipologia di controversie sui *generis*. Così anche M. MAZZIOTTI, I conflitti, cit., vol. I, 248 e C. MORTATI, Istituzioni, cit., 1468. Riteneva invece che i conflitti individuati dalla legge n. 20 potessero configurarsi come questioni di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice speciale in materia penale (ossia la Corte), P. A. CAPOTOSTI, Corte costituzionale e conflitti fra Commissione parlamentare inquirente e autorità giudiziaria, in Giur. cost. 1974, 3325-3326.

Al contrario, ha configurato il contrasto come un vero e proprio conflitto di attribuzione, A. M. SANDULLI, Un conflitto di attribuzione travestito, in Dir. e *soc.* 1974, 589 s. Di questa opinione, in modo più o meno esplicito, numerosi altri interpreti: M. DEVOTO, Reati *ministeriali* e rapporti tra magistratura e potere politico (una cronaca), in Dir. e *soc.* 1974, 601 — articolo peraltro relativo a una vicenda precedente e analoga a quella in esame —; C. MEZZANOTTE, I conflitti tra Commissione inquirente e autorità giudiziaria, in Giur. cost. 1974, 3335; A. PACE, Commissione parlamentare *antimafia*, cit., 116; F. CUOCOLO, Corte costituzionale e magistratura, in Giur. cost. 1976, 1715-1716 ed E. CHELI, Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia, Bologna 1978, 138.

care procedimenti, precludendo all'autorità giudiziaria dinanzi alla quale essi pendono di proseguire nell'assolvimento dei suoi suoi doveri istituzionali, senza prima avere affermato in concreto la propria competenza, dichiarando formalmente, aperta l'inchiesta»[153]. Ciò che alla Corte preme — analogamente a quanto di norma avviene nell'individuazione dei presupposti di esercizio del potere — è rintracciare i confini di una procedura che garantisca la libertà di valutazione rimessa ad entrambe le parti coinvolte. Ci si muove pertanto ancora entro le coordinate di un giudizio che mira a giudicare dei soli limiti esterni del potere[154].

Sotto questa veste la pronuncia presenta una forte analogia con gli esiti ultimi dei conflitti promossi contro l'ufficio centrale per il referendum[155]. Anche in tali casi la Corte riserva a se stessa la sola verifica delle procedure e dei presupposti d'esercizio del potere dell'organo; l'osservanza delle une e degli altri impedisce ogni ulteriore controllo costituzionale, proprio come si deduce implicitamente dalla sentenza n. 13. Ma ancor più significative assonanze tale pronuncia evidenzia con la sentenza n. 1150 del 1988[156]; qui la Corte addirittura corregge un ricorso, e successivamente risolve il conflitto trascurando il merito e soffermandosi invece sugli errori di procedura commessi dal Senato nel negare l'autorizzazione a procedere contro un proprio componente. Ancora una volta una questione sostanziale, relativa al richiesto riconoscimento di un potere, è stata giudicata dopo la sua trasformazione in un problema di procedura. E' questa l'ennesima conferma del sempre possibile esperimento di una strategia di decisione che può trovar luogo in una serie di situazioni conflittuali che ne offrano spunto.

II.21. *Le parti attive dei conflitti tentano di valersi dell'atteggiamento della Corte.*

La bontà delle ipotesi avanzate commentando il comportamento della Corte, che traduce nei termini di un ammissibile controllo sui presupposti un potenziale sindacato di merito, trova conferma in una serie di conflitti in cui sono gli stessi ricorrenti a ribadirle. Il problema che questi si pongono consiste infatti nel far apparire rispettati i criteri di controllo tracciati dalla Corte per i contenziosi contro atti giurisdizionali, manipolandoli invece per travolgere la sostanza decisoria di questi ultimi. L'apparente ri-

153. In *Giur.* cost. 1975, 54.

154. Ascrive invece la sentenza n. 13 agli esempi in cui la Corte avrebbe posto in essere un sindacato volto a censurare una precisa scelta di merito adottata dal potere convenuto, A. PACE, Strumenti, cit., 176.

155. Vedi *supra* par. II.6 e seguenti.

156. Su cui diffusamente *infra* par. II.27.

chiesta di una verifica sulla violazione dei limiti esterni cela insomma l'intento di condurre la Corte ad affossare una precisa scelta discrezionale dei giudici. Mentre nei casi commentati in precedenza era stata la stessa Corte a suscitare questa impressione, ora sono i ricorrenti che la stimolano; non è perciò casuale che l'esito dei giudizi, nei due casi, sia esattamente opposto. Ciò che comunque caratterizza questi ricorsi, al di là del loro esito finale, è la riprova che i ricorrenti hanno ormai fatto propria una strategia che la Corte stessa ha inconsapevolmente suggerito: sia pur con evidenti ingenuità d'impostazione, il loro intento è infatti quello di indurre a valutare il merito delle decisioni degli organi giurisdizionali, creando gli agganci affinché questo appaia un semplice esame dei presupposti di esercizio del potere. Il primo conflitto in cui l'atteggiamento affiora è deciso nell'ordinanza n. 98 del 1981[157]; esso prendeva awio dal ricorso col quale il Presidente del Consiglio contestava al Pretore di Genova una serie di iniziative che avrebbero oltrepassato d'ambito delle sue attribuzioni istituzionali per invadere la sfera delle competenze costituzionalmente garantite al potere esecutivo»[158]. Ciò perché, secondo il ricorrente, tutte queste attività muovevano dall'«erroneo presupposto» che le funzioni amministrative in oggetto risultassero già trasferite agli organi regionali. Il conflitto perciò traeva apparentemente alimento da una violazione dei presupposti di esercizio del potere giurisdizionale e non pretendeva un controllo sul modo in cui questo era stato, in concreto, esplicato[159].

Il giudice costituzionale rigetta però una simile impostazione e interpreta il ricorso come rivolto a impugnare il merito delle scelte interpretative adottate dal Pretore. Significativa in tal senso è la terminologia utilizzata dalla Corte, poiché questa appare espressamente indirizzata a smascherare l'inespressa intenzione dei ricorrenti, o comunque l'errore da essi commesso. «Perché si realizzino gli estremi di un conflitto (come nella specie prospettato) per invasione da parte di organi giurisdizionali» — afferma la Corte — «occorre in primo luogo che la menomazione lamentata sia riferibile ad un atto o un comportamento che si assuma inficiato da un vizio che si concreti nell'esplicazione della giurisdizione *fuori dei presupposti* che per legge ne condizionano l'esercizio»[160]. Essa cioè usa lo stesso termine apparso nel ricorso collocandolo però nella giusta prospettiva, e

---

157. In Giur. cost. 1981, I, 838 s.

Si tratta del conflitto sollevato dall'esecutivo a seguito dell'istruttoria penale promossa dal Pretore di Genova nei confronti del Comandante di porto della stessa città, nonché per i successivi e collegati comportamenti assunti dallo stesso giudice (intimazioni, invio di telegrammi alle forze dell'ordine etc.).

158. In Giur. cost. 1981, I, 840.

159. Questo era anche l'avviso di V. CRISAFULLI, Osservazione *sull'ordinanza* n. 98 *del* 1981, cit., 840, il quale perciò aderiva alle pretese dei ricorrenti.

160. In Giur. cost. 1981, I, 841. Il corsivo è nostro.

con ciò rimane sottintesa un'evidente critica alla disinvoltura con cui il Governo ha impiegato l'espressione. L'interpretazione che della fattispecie ha offerto la Corte sembra più consona alla sua effettiva sostanza, ed appare coerente con i successivi sviluppi della sua giurisprudenza [161]. Che il caso ruotasse attorno a una questione di interpretazione non appare peraltro dubbio: ciò che si contestava era infatti principalmente la decisione del Pretore di sottoporre a procedimento penale il Comandante di porto, in base a una supposta erronea valutazione della portata del D.P.R. n. 616 e del reato di usurpazione ex art. 347 c.p. Il giudice non era invece uscito dal quadro delle sue competenze e gli errori eventualmente commessi avrebbero dovuto colpirsi — secondo il già descritto orientamento della Corte — con i consueti mezzi di gravame.

Il tentativo di configurare artificiosamente una carenza dei presupposti d'esercizio del potere giurisdizionale, mentre si pretende un controllo sul percorso argomentativo adottato dai giudici, affiora in altri significativi contesti. Nel ricorso deciso con l'ordinanza n, 244 del 1988, ad esempio, la Regione Trentino Alto Adige impugnava la decisione con cui il Consiglio di Stato, anziché «correggere» il risultato elettorale amministrativo, viziato dalla partecipazione irregolare di una lista, aveva annullato *in toto* l'elezione regionale per il collegio di Trento, esercitando un potere che doveva considerarsi ad esso «sottratto in radice» in quanto non previsto dalle norme in vigore [162]. L'intento perseguito dai-ricorrenti appariva evidente: se la loro ricostruzione fosse stata accolta, ne sarebbe conseguito che il potere esercitato dal Consiglio di Stato era del tutto abnorme, e perciò censurabile in sede di conflitto. Il D.P.R. n. 570 del 1960, che attribuiva le competenze su cui si discuteva, non impediva però l'interpretazione che ne aveva dato il Consiglio. Questa rappresentava perciò il frutto di una valutazione di merito che la Corte rifiutava di sindacare in conformità ai suoi più tipici precedenti. Interessante è comunque la cura con cui la ricorrente disegna il supposto esercizio del potere non spettante al convenuto, nonché la reciproca reazione della Corte. Ripetendo il tipo di ragionamento già illustrato a proposito dell'ordinanza n. 98 del 1981, essa infatti usa nella motivazione la stessa terminologia dei ricorrenti, dando segno di

---

161. Se si esclude l'isolata, è già richiamata, critica di V. CRISAFULLI, la dottrina ha unanimemente accettato l'impostazione che la Corte ha offerto del conflitto, al di là del tenore del ricorso. In questo senso si vedano le argomentazioni e i riferimenti di S. NICCOLAI, Il conflitto, cit., 254; M. D'AMICO, Problemi e prospettive, cit., 563; S. GRASSI, voce Conflitti, cit., 383; F. MONACHESI, *Op. ult. cit.*, 1289; M. R. MORELLI, La Corte costituzionale sui limiti, cit., 126 s.; ID, Ancora sui limiti, cit., 260; A. PACE, Op. *ult. cit.*, 165; A. PISANESCHI, In tema di cattivo esercizio, cit., 1641-1642; A. PIZZORUSSO, La magistratura come parte, cit., 212-213 e nota 25 e F. SORRENTINO, La giurisprudenza, cit., 973.

162. Cfr. Giur. cost. 1988, I, 1048.

considerarne inesatto l'impiego nell'atto introduttivo[163].

Ancora più trasparente è il caso in cui la Provincia autonoma di Trento contestò al Consiglio di Stato l'erronea individuazione della norma applicabile alla fattispecie che si era dedotta in giudizio[164]. Il conflitto verteva quindi, in modo esplicito, su profili che affondavano nel più tipico ambito dei poteri riservati alle autorità giurisdizionali: le opposte valutazioni non riguardavano infatti la sussistenza del potere di decidere, ma la scelta delle norme poste a base dell'iter logico della decisione. La ricorrente tuttavia costruisce la domanda negando di voler impugnare pretesi errores in iudicando, ma sottolineando che la sua contestazione è diretta ad owiare al «disconoscimento di una competenza ad essa costituzionalmente riconosciuta». Nella memoria depositata in vista della trattazione della causa la Provincia però svela i suoi intendimenti e ammette il vero obiettivo della sua azione: essa infatti apertamente contesta la tesi secondo cui l'atto giurisdizionale viziato da *error* in iudicando debba ritenersi per definizione inidoneo a provocare il conflitto, e lamenta che nel caso di specie l'errore, «traducendosi nella negazione della spettanza di una competenza demandata alla Provincia... da norme costituzionali» determina «un'effettiva menomazione della sua sfera di attribuzioni»[165].

Con questo ricorso i piani dell'argomentare però si sdoppiano: accanto al consueto tentativo di riprodurre il comportamento a volte adottato dalla Corte con l'accorta rilettura dei presupposti di esercizio del potere denunciato, qui affiorano argomentazioni che si approfondiranno nella sezione successiva. La Provincia chiede infatti che, qualora vi sia un'effettiva violazione delle competenze costituzionali, la Corte non esiti a rivedere il ragionamento che ha condotto il giudice a produrre quel risultato. E benché quest'ultima faccia qui mostra di un'estrema rigidità, dall'esame di altre decisioni emergerà invece come tale modo di argomentare faccia, per certi versi, parte del suo bagaglio di strumenti decisori. Se questo è vero ne esce perciò ulteriormente giustificato l'atteggiamento dei ricorrenti, teso a riprodurre il *modus* procedendi desunto da precedenti decisioni costituzionali. E con ciò viene altresì ribadita la riluttanza della Corte ad accettare che siano gli attori a scegliere strategie che evidentemente reputa solo proprie.

---

163. La Corte ribadisce infatti di aver «ripetutamente dichiarata l'inamissibilità di conflitti tra Stato e Regione — in relazione ad atti giurisdizionali — nei quali quest'ultima non contesti **in** *radice* la spettanza del potere all'organo giurisdizionale» (p. 1049, il corsivo è nostro).

164. E' il conflitto deciso con ordinanza n. 246 del 1988 (in *Giur. cost.* 1988, *I*, 1052 s.).

165. Cfr. *Giur. cost.* 1988, *I*, 1053-1054.

11.22. *Segue. La negazione dei presupposti del conflitto individuati dalla parte ricorrente: alcuni dubbi a proposito dell'ordinanza n. 245 del 1988.*

Stretta parentela con i casi appena esaminati ha l'ordinanza n. 245 del 1988 [166]; anche in questo caso la Corte contesta ai ricorrenti di aver preteso un inammissibile sindacato di merito della decisione del T.A.R. dell'Umbria. Essa pertanto ritiene che il 'presupposto di esercizio' del potere, di cui i ricorrenti lamentano l'inosservanza, non sia effettivamente tale, e riscontra nella richiesta gli estremi di un ricorso inammissibile. La Corte può così rigettare il conflitto con cui la Regione imputava al T.A.R. di aver agito conferendo forza di legge a un atto che ancora non l'aveva, affermando che non le è consentito criticare il modo in cui la giurisdizione si è esplicata. Essa sostiene infatti che «la censura si risolve, nella sostanza, in una critica dell'iter decisorio del T.A.R., assumendosi che esso avrebbe scorrettamente applicato una norma non ancora dotata di efficacia legislativa»[167].

A parte ogni valutazione sul merito della decisione del T.A.R. — ossia sulla fondatezza dei rilievi addotti dalla Regione — ciò che in primo luogo colpisce è l'immediato assorbimento del vizio denunciato entro i consueti parametri d'inammissibilità dei conflitti contro atto giurisdizionale. Occorre invece chiedersi se il preteso errore non possedesse uno spessore tale da giustificare una maggiore cautela. La ricorrente in pratica contestava al giudice di aver applicato norme ricavate da leggi inesistenti; essa non impugnava la scelta di norme (esistenti) con cui il giudice aveva deciso. Ora, se è assolutamente incontestabile l'esclusiva dipendenza del giudice alle leggi, nonché l'insindacabilità — se non per mezzo dei consueti mezzi di gravame — delle sue decisioni circa le norme da applicare nei singoli casi, è altrettanto chiaro che le fonti da cui le regole sono tratte devono sussistere nel momento in cui vengono interpretate. Escludendo pertanto la sindacabilità del vizio denunciato dalla ricorrente, la Corte sottrae a se stessa ogni opportunità di controllare che tale condizione sussista. Quest'ultima, del resto, sembra potersi configurare come uno dei presupposti di esercizio naturali della funzione giurisdizionale complessivamente intesa: a nessun giudice può infatti essere consentito di evocare leggi che non esistono o che non sono ancora venute ad esistenza. Adottando la prospettiva dei ricor-

---

166. In *Giur. cost.* 1988, *I*, 1050 s.

167. In *Giur. cost.* 1988, *I*, 1052.

Nella pronuncia la Corte richiama inoltre le decisioni in cui « ha ripetutamente ritenuta I'inammissibilità di conflitti tra Stato e Regione — in relazione ad atti giurisdizionali — sui quali quest'ultima non contesti in radice la spettanza del potere all'organo giurisdizionale ma si limiti a censurare il modo come la giurisdizione si è concretamente esplicata, denunziando eventuali errori *in iudicando* nei quali il giudice... sarebbe incorso)) (p. 1051).

renti appare perciò chiaro come l'azione del **T.A.R.** fosse carente rispetto a questi presupposti; la decisione della Corte sembra pertanto sbrigativa e poco consapevole delle conseguenze che ne potevano derivare. Ragionando per assurdo deve infatti concludersi che, anche a fronte dell'applicazione di una legge del tutto inesistente, la Corte dovrebbe respingere eventuali conflitti contro l'autorità giudicante che ne avesse applicato le fantomatiche norme. Benché si tratti di un provocatorio eccesso argomentativo, sembra infatti che questo sia il necessario corollario della posizione assunta dalla Corte. Se competenti a giudicare l'esistenza — e si sottolinea l'esistenza — delle leggi da applicare nelle diverse circostanze sono soltanto i giudici, la Corte non avrebbe alcuna possibilità di sanzionare gli abusi perpetrati in tale ordine di valutazioni. Nel caso dell'ordinanza n. 245 ha forse prevalso il convincimento che l'errore poteva ripararsi con un semplice appello, tuttavia non può escludersi a priori che simili contestazioni affiorino quando questo non è più esperibile e siano comunque in atto menomazioni costituzionalmente rilevanti.

Il ragionamento svolto dalla Corte sembra invece optare per una diversa ricostruzione della dinamica del conflitto. Evidentemente essa è partita dal ritenere incontestabile il potere del T.A.R. di annullare gli atti sottoposti a giudizio[168], e pertanto non ha considerato ammissibile un suo controllo sul percorso logico seguito dal magistrato, a prescindere dal tenore dei vizi denunciati. Essa si è insomma accontentata di ribadire i suoi più consueti assunti in una circostanza che metteva però in risalto alcune sfumature che quelli non consentivano di porre nel giusto rilievo. L''errore' del giudice pareva infatti colorarsi di assai intense implicazioni, non facilmente inquadrabili entro i consueti schemi della sempre rifiutata analisi di merito. La Corte probabilmente avrebbe riscontrato la manifesta inammissibilità del conflitto anche dopo un'indagine sull'esistenza del vizio denunciato, ma — appunto — dopo il suo effettivo svolgimento e non attraverso una scorciatoia che può anche apparire inadeguata alla specificità del caso[169]. Essa avrebbe potuto anche riscontrare — come sosteneva il Governo — che il **T.A.R.** non fondava la sua pronuncia sulla violazione, da parte della Giunta, di una legge non ancora approvata, ed invece si manteneva nella sfera di valutazioni discrezionali non sindacabili in sede di con-

168. Nel caso si trattava di un decreto del Presidente della Giunta regionale, che apponeva una variante al piano regolatore di un Comune.

169. Il riferimento è al richiamo puro e semplice dell'incapacità di giudicare il «modo di esercizio» del potere. Del resto è comune la classificazione della pronuncia (nonché delle coeve ordinanze nn. 244 e 246) entro i tradizionali orientamenti restrittivi della Corte in tema di sindacato sugli atti giurisdizionali. In tal senso cfr. M. D'Amico, Op. *ult. cit.*, cit., 563; F. Donati, *Interrogativi* vecchi e nuovi sulle immunità parlamentari, in Giur. cost. 1988, II, 2390, nota 34 e M. R. Morelli, Op. *ult.* cit., 262.

flitto; ma anche questo solo successivamente a un esame della pronuncia teso a verificare la sua compatibilità con i limiti della funzione giurisdizionale complessivamente intesa. Non si vede inoltre la differenza tra un'eventuale indagine così condotta e quelle poste in essere in altri significativi luoghi della giurisprudenza costituzionale sui conflitti[170].

Concludere questa sezione rifacendosi ad una pronuncia di tale tenore sembra peraltro il giusto contrappunto al suo esordio; si è iniziato riflettendo sulle possibilità che la Corte crei, a suo piacimento, i presupposti di esercizio dei poteri controversi e si termina analizzando un caso in cui essa autorevolmente rifiuta di verificare la sussistenza di un presupposto la cui assenza è denunciata dalla parte attrice. Benché così apparentemente contrapposte le due eventualità rivelano invece un profondo punto di contatto: entrambe sottolineano infatti i poteri della Corte in ordine alla scelta dei percorsi più idonei ad affossare, owero a risolvere, i conflitti.

SEZIONE III. Il «sindacato sulla pertinenza» dell'iter logico giuridico del potere contestato.

II.23. Premessa.

Le pronunce sui conflitti raggruppabili nel terzo blocco di decisioni evidenziano caratteri che non si pongono in insanabile antagonismo con i tratti delle sentenze e ordinanze fin qui esaminate, bensì ne configurano uno sviluppo. Ciò che le caratterizza è però la sottolineatura di un elemento che altrove appare ben più implicito e nascosto.

Anche in questi casi la Corte non viene meno alla necessità, sempre ribadita, che il conflitto di attribuzioni sia indirizzato a definire i soli «limiti esterni» del potere — e il suo esame risulta appunto finalizzato a verificare che quei confini non siano stati oltrepassati —; ma ciò avviene benché si assista, prima facie, al suo sovrapporsi alla ricostruzione di fatti, normative e scelte in precedenza adottate dal potere contestato (soprattutto giudici). L'impressione complessiva può trarre in inganno e indurre a credere che la Corte compia un sindacato di merito *tout* court; in realtà l'esame, pur se approfondito e altrove respinto, si indirizza ancora una volta a verificare soltanto la sussistenza dei presupposti di esercizio dei poteri convenuti. Per accertarla la Corte è costretta a ripetere passo per passo i ragionamenti svolti dal resistente, a criticarne le scelte e gli eccessi. Il controllo che essa svolge è perciò giustificato dalla necessità di stabilire il momento

170. Si allude qui ai percorsi decisori sottesi a quelle pronunce collocate nella sezione dedicata al 'sindacato di pertinenza'. Cfr. la sezione III di questo capitolo.

in cui si realizza un'invasione di competenza costituzionalmente rilevante. Esso insomma 'serve' ed è 'utile per' verificare che sussistano effettivamente i requisiti di un conflitto, ma non intende occupare lo spazio spettante in con ciò ai poteri chiamati in giudizio, inducendo una nuova deliberazione da sostituire a quella denunciata.

Lo iato esistente tra queste pronunce e quelle analizzate nella prima sezione è, comunque, molto significativo. Qui la Corte non esita infatti ad esaminare il «modo di esercizio» del potere giurisdizionale — quando è coinvolto — pur senza perdere di vista la necessità di valutare violazioni di «limiti esterni»; là invece escludeva, almeno a parole, questa possibilità. Svolgendo un «sindacato di pertinenza» dell'iter logico, la Corte insomma prova che, per stabilire se vi sia stata un'effettiva menomazione dei poteri ricorrenti, è spesso inevitabile ripetere e analizzare i ragionamenti dei giudici contro cui si ricorre.

II.24. Tracce di un «*sindacato* sulla pertinenza. dell'iter logico-giuridico: la sentenza n. 150 del *1981*.

E' con riguardo ai contenziosi rivolti contro prowedimenti dell'autorità giudiziaria solo in apparenza rientranti tra quelli ad essa espressamente riservati, ma in realtà del tutto anomali o atipici, che emerge con chiarezza la particolare fisionomia dei controlli di pertinenza esperiti dalla Corte. In questi contesti, infatti, il superamento del «limite esterno» viene definito soprattutto attraverso la puntuale disamina dell'atto impugnato, la sua comparazione al modello legislativamente previsto, il riferimento alla sfera d'azione riservata ai poteri coinvolti e la successiva sanzione della sua abnormità. Il responso finale presuppone quindi un complesso di valutazioni che affondano nella sostanza delle scelte dei magistrati e ne svelano gli errori: ad essi viene infatti imputata l'adozione di atti che, seppur nominalmente di loro competenza, risultano posti in essere in situazioni assolutamente sottratte al potere d'intervento di un qualsiasi giudice, ovvero la pretesa di collegare effetti abnormi a prowedimenti solo in apparenza tipici. In queste condizioni il riesame svolto dalla Corte è dunque qualificato dalla specificità del suo obiettivo; essa intende accertare un esercizio di poteri in assoluto non spettanti ai giudici, e non valutare la mera opportunità di provvedimenti che comunque a loro competono.

Lo schema tipico di questo procedimento affiora sin dalla prima decisione relativa a un conflitto proposto dall'esecutivo contro il potere giudiziario[171]. Il rilievo da sempre attribuito alla sentenza n. 150 del 1981 si ar-

171. Si tratta del conflitto di cui all'ordinanza n. 123 del 1979 e sentenza n. 150 del 1981, pubblicate rispettivamente in ***Giur.*** *cost.* 1979, I, 844 s. e 1981, I, 1425 s.

ricchisce pertanto della circostanza che in essa si profila un sindacato ben più incisivo di quello normalmente utilizzato dalla Corte, che viene esperito nell'assai delicato contesto di un conflitto rivolto ad un atto giurisdizionale[172]. La fisionomia dello specifico controllo esercitato dalla Corte appare in questa sentenza sentenza già compiutamente delineata, ed identica a quelle che saranno le sue successive manifestazioni.

Due sono, in sostanza, gli accertamenti che la Corte attiva a seguito del ricorso governativo contro il prowedimento del Pretore di Genova. In primo luogo viene precisata la natura realmente abnorme dell'atto impugnato: affinché sorga un conflitto interorganico essa non ritiene infatti sufficiente che questo sia posto da un soggetto carente di giurisdizione — in tal caso il «vizio del provvedimento (comunque si volesse qualificarlo) potrebbe non assumere altro che un rilievo interno alla giurisdizione stessa»[173] — bensì che nessun organo dello stesso potere lo possa comunque disporre[174]. La seconda verifica mira invece a sottolineare la base giuridica del provvedimento, e la sua effettiva invasività nelle attribuzioni costituzionalmente riservate al potere ricorrente[175].

Il contenzioso scaturiva dal ricorso proposto dal Governo contro il Pretore di Genova, reo di aver disapplicato un decreto ministeriale che consentiva la pesca e il commercio del novellame di sarda (bianchetto) in alcuni compartimenti marittimi, stabilendo, per di più, il sequestro del prodotto pescato nonché il divieto di pesca e di commercializzazione del novellame di qualunque specie marina su tutto il territorio nazionale. Una puntuale illustrazione della vicenda, nonché della normativa ad essa inerente, è in F. CIPRIANI, *Sui* conflitti di attribuzione contro il potere giudiziario, cit., 369 s.

172. La sentenza n. 150 è invece più spesso citata, come già si è visto, in considerazione dei suoi profili soggettivi. Ciò perché in essa si precisano finalmente le modalità con cui il Governo partecipa ai conflitti. Sottolineano questo aspetto della pronuncia A. RUGGERI, *Op. ult. cit.*, 275-278 e S. NICCOLAI, *Op. ult. cit.*, 1877 s. Sullo stesso problema, in riferimento però al dibattito emerso già prima della sentenza n. 150, vedi C. MEZZANOTTE, Le nozioni, *cit.*, 113 e M. MAZZIOTTI, I conflitti, cit., vol. I, 269 s.

173. In Giur. cost. 1981, I, 1435.

174. La Corte costituzionale, infatti, citando la stessa giurisprudenza della Cassazione, afferma che «nessun organo giurisdizionale può disporre un sequestro su tutto il territorio nazionale, indipendentemente da un collegamento con reati commessi nella sua circoscrizione» (in Giur. cost. 1981, I, 1435). Dalla circostanza M. R. MORELLI, La Corte costituzionale, cit., 129 e ID, Ancora sui limiti, cit., 260, ricava che nel caso non veniva in discussione il merito di atti tipici della giurisdizione bensì l'adozione, da parte dei giudici, di prowedimenti anomali che realizzavano un'usurpazione di competenza a danno dell'esecutivo.

175. A tale proposito si valuti l'asserzione secondo cui «a determinare una lesione delle attribuzioni costituzionalmente riservate al Governo, sta precisamente il fatto che il Pretore di Genova... ha proweduto in via generale e astratta nella materia della pesca marittima)),precludendo d'esercizio delle corrispondenti autorizzazioni previste dalla 1. n. 963 del 1963, quanto alla pesca e al commercio del novellame». Richiamando l'art. 113 Cost. la Corte ne accerta quindi la violazione,

Per svolgere tali riscontri la Corte analizza in primo luogo «i contenuti del provvedimento impugnato, per metterli in rapporto con le attribuzioni... spettanti al potere esecutivo in materia di pesca marittima»[176]. Non solo: essa verifica inoltre che il sequestro operato dal Pretore corrisponda alla tipologia astrattamente prevista per simili atti, produca gli effetti ad esso collegati dall'ordinamento, e riesamina infine la situazione di fatto in cui si è collocato[177]. Tale indagine presuppone necessariamente un puntuale *excursus* sul procedimento logico seguito dal giudice; solo in questo modo è infatti possibile scoprire l'errore che l'ha indotto ad applicare l'istituto non solo al di fuori dei suoi presupposti d'esercizio, ma addirittura dei presupposti della stessa funzione giurisdizionale. Si tratta cioè di definire la compatibilità dell'istituto con la fattispecie concreta e, soprattutto, con la disciplina normativa che ne fissa i termini di riferibilità alla funzione giurisdizionale. Quest'ultimo accertamento, del resto, non può svolgersi senza il preventivo riscontro del primo requisito: la fuoriuscita dai confini esterni del potere complessivamente inteso comprende infatti la mancata osservanza dei «limiti interni» assegnati al soggetto agente.

Non pare quindi del tutto corretto inserire la pronuncia né tra i presunti casi in cui la Corte ha agito come un vero giudice dell'impugnazione[178], né tra gli episodi in cui la stessa, pur avendo valutato il merito, avrebbe poi ricostruito il conflitto come un «travalicamento del... giudiziario nella sfera di altri poteri attraverso un uso attivo di poteri giurisdizionali»[179]. Non si tratta certo di un'impugnazione nel senso usuale del termine, poiché l'obiettivo del giudice costituzionale è ben distinto e più particolare di un riesame avente i caratteri di un secondo grado; e neppure può sostenersi la natura fittizia della violazione di competenza poiché questa si è effettivamente concretizzata. Il giudizio svolto dalla Corte sembra invece realizzare parte dell'una e dell'altra tesi: parrebbe cioè avere i con-

---

stabilendo che questo esclude il potere dell'autorità giudiziaria ordinaria di «contrapporsi o sovrapporsi alle autorità amministrative, arrogandosi poteri che per legge vadano esercitati dall'esecutivo,... fino al punto di perseguire — come si riscontra nel caso in esame — l'eliminazione dei poteri medesimi» (vedi Giur. cost. 1981, I, 1436-1437).

Critica questa ricostruzione, e sostiene che nel caso vi era solo il coinvolgimento di norme di legge ordinaria, A. PACE, Strumenti, cit., 167.

176. Il passo è riportato in Giur. cost. 1981, I, 1433.

177. Questo è il senso ultimo degli accertamenti svolti dalla Corte. Per averne un saggio vedi i relativi passaggi della motivazione in Giur. cost. 1981, I, 1433 s.

178. Tale è l'opinione di A. PIZZORUSSO, Op. ult. cit., 213, nota 26. L'autore ribadiva implicitamente la sua tesi in ID, L'organizzazione della giustizia in Italia, Torino 1982, 78-79.

179. Cosi M. D'AMICO, *Alcune* riflessioni, cit., 1791-1792, la quale però ammette, in nota n. 15, che nel caso il giudice aveva usato i suoi poteri in modo da svolgere effettivamente competenze ad esso sottratte.

tenuti di una speciale impugnazione, diretta ad accertare un'invasione costituzionale di competenza attraverso un puntuale controllo del provvedimento in discussione, mai peraltro indirizzato a ripetere semplici valutazioni di opportunità del giudice.

II.25. *Segue. Altri casi di conflitto su atti atipici.*

La Corte ripropone i meccanismi di decisione appena descritti anche in altri conflitti promossi contro atti atipici del potere giurisdizionale.

Ciò appare evidente, ad esempio, nella sentenza n. 283 del 1986 [180]: la controversia sorgeva a seguito dei provvedimenti con cui il Pretore di Pistoia, ex art. 700 c.p.c., autorizzava l'abbattimento di alberi di alto fusto in una zona soggetta a particolari vincoli. I lavori — di cui il giudice definiva modalità e tempi di esecuzione — miravano a realizzare un raccordo sciabile che garantisse l'incolumità di coloro che si trasferivano da una pista all'altra. L'esecutivo sosteneva però che non spettava al potere giudiziario, bensì ad autorità amministrative, l'adozione di misure urgenti a sostegno della pubblica incolumità, e rimarcava pertanto come i menzionati provvedimenti incidessero in sfere di competenza del tutto sottratte ai giudici [181].

Il modo in cui la Corte accerta l'invasione profila ancora quel particolare uso del sindacato sulle decisioni giurisdizionali che, rispettando i parametri e il *modus procedendi* già richiamati, appare compatibile con la sua costante giurisprudenza sui conflitti.

E' lo stesso giudice costituzionale a sottolineare l'opportunità di svolgere un'analisi circa «il contenuto dei provvedimenti impugnati, al fine di stabilirne l'esatta natura, e soprattutto le finalità cui sono ispirati. Soltanto attraverso questo esame, infatti, sarà possibile conoscere se la doglianza del ricorrente sia fondata, visto che il conflitto è sollevato in relazione alla denunziata invasività sostanziale dei provvedimenti, al di là del loro aspetto formale. [182]. E tuttavia ammettere una siffatta analisi significa ritenere possibile un riesame delle scelte operate dal magistrato; l'accertamento

---

180. In *Giur. cost,* 1986, I, 2281 s. L'ordinanza di ammissibilità del conflitto è la n. 51 del 1986 (in *Giur, cost.* 1986, I, 367 s.).

181. Un conflitto «gemello»a quello appena analizzato era stato dichiarato ammissibile con ordinanza n. 132 del 1981 (in *Giur. cost.* 1981, I, 1303 s.). Anche in esso il Governo denunciava come sotto le vesti di un provvedimento d'urgenza si celasse in realtà l'esercizio di un potere spettante, in via esclusiva, all'esecutivo. Il conflitto non fu poi definito a causa della mancata osservanza, da parte del ricorrente, del termine processuale di decadenza prescritto dal Regolamento di disciplina per i giudizi del Consiglio di Stato (ordinanza n. 386 del 1985, in *Giur. cost.* 1985, I, 2613). Sul tema, assai discusso, vedi *supra* par. 11.19.

182. In *Giur. cost.* 1986, *I,* 2285.

della reale natura di provvedimenti che l'autorità emanante inscrive tra le previsioni di uno specifico articolo di legge, e che ritiene rispondenti alla situazione di fatto, implica infatti l'eventualità di ridefinire l'uno e l'altro corno della questione. In breve si potrà contestare al giudice sia l'interpretazione della disposizione usata — nonché i poteri da essa ricavati —, sia la particolare qualificazione delle circostanze che hanno suggerito le contromisure, ripercorrendo così l'iter logico che l'ha condotto alla pronuncia. Lo scopo ultimo della Corte — far rispettare gli ambiti costituzionalmente riservati ai poteri giudiziario ed esecutivo — corrisponde perfettamente alla sua tradizionale concezione dei conflitti, ma il conseguimento del risultato ha come presupposto un puntuale esame degli atti contestati e della *ratio* ad essi sottesa. Ed è la stessa Corte a sottolineare la strumentalità della sua analisi, precisando che essa è svolta «ai soli fini di» stabilire la vera natura e gli scopi dei provvedimenti impugnati[183]. Nella sentenza n. 283 del 1986 la Corte quindi offre un'interpretazione dell'art. 700 c.p.c. confliggente con quella del Pretore, e al contempo — analizzati i profili sostanziali della vicenda, e considerandoli sottratti a qualsiasi intervento giurisdizionale — ribadisce l'incompetenza di qualsiasi giudice ad intervenire nel merito del dissidio[184].

Analoghi rilievi suggerisce la sentenza n. 70 del 1985[185], in cui la Cor-

---

183. L'espressione è ancora in *Giur. cost.* 1986, I, 2285.

184. Questi due momenti del ragionamento della Corte sono intrinsecamente collegati. In conformità ai suoi precedenti essa infatti non avrebbe potuto contestare un'interpretazione del giudice se questa non si fosse tradotta nell'uso di uno strumento giuridico per fini, non solo ad esso estranei, ma addirittura non rientranti nell'alveo delle attribuzioni del potere giudiziario complessivamente inteso. In tale prospettiva essa ha pertanto rilevato che — contro la previsione dell'art. 700 c.p.c. — nel caso non è stato posto un «provvedimento.. che... risulti il più idoneo, in relazione alle circostanze, ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito quando, durante il tempo per far valere un diritto in via ordinaria, sussista fondato motivo per temere che questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile», bensì un atto che non può ricondursi a questo scopo e neppure alle attribuzioni dell'autorità giudiziaria in generale. I relativi passi della sentenza sono in *Giur. cost.* 1986, I, 2285.

La Corte ha esperito i meccanismi di decisione appena descritti anche nelle sentenze nn. 104 del 1989 (in *Giur. cost.* 1989, I, 556 s.) e 175 del 1991 (in *Giur. cost.* 1991, 1449 s.). Nel primo caso essa ha svolto l'indagine, diretta a verificare l'esercizio del potere del Procuratore generale della Corte dei conti al di fuori dei limiti per esso previsti, analizzando in profondità i comportamenti da questo adottati; nel secondo la natura abnorme del prowedimento d'urgenza emanato dal Pretore di Pistoia si è accertata con un analogo esame.

185. In *Giur. cost.* 1985, I, 498 s.

Per alcuni problemi procedurali sollevati dalla sentenza n. 70 vedi R. Romboli, *Gli aspetti processuaii del conflitto di attribuzioni fra Stato e Regioni negli ultimi svolgimenti della giurisprudenza della Corte costituzionale,* in *Le Reg.* 1988, 415, il quale evidenzia l'assurdo, e spesso rilevato, paradosso giurisprudenziale che nei conflitti intersoggettivi contro l'autorità giudiziaria esige che quest'ultima sia rap-

te verifica se è da ritenersi «negato in radice il potere di organi giudiziari di emettere provvedimenti quali quelli impugnati»[186]. Per riscontrare il vizio, che attiene sicuramente ai limiti esterni della funzione giurisdizionale, la Corte deve — ancora una volta — riqualificare i prowedimenti, inserendoli nel contesto sostanziale e processuale in cui sono stati adottati, e quindi accertarne l'atipicità[187]. E nello stesso ordine di ragionamenti si colloca la vicenda conclusa con la sentenza n. 2 del 1988[188]. Nel caso, la Regione Friuli-Venezia Giulia contestava al Pretore di Monfalcone di aver avviato un procedimento penale — poi terminato con un'atipica intimazione rivolta agli amministratori competenti — dopo aver saggiato l'impossibilità di ottenere per altra via l'apertura al pubblico degli stabilimenti balneari sulla spiaggia di Grado[189]. Si imputava cioè al giudice di aver

---

presentata in giudizio dal suo «nemico naturale», ossia il Governo. In sentenza è invece contenuto un obiter *dictum* a favore di una nuova disciplina sul punto (vedilo in *Giur.* cost. 1985, I, 517). Su questo problema — analizzato ancora a partire dalla sentenza n. 70 — cfr. anche G. G. FLORIDIA, «*Corto* circuito»: conflitto tra Regione e giudice e cessazione della materia del contendere, in Le *Reg*. 1989, 1126-1127 nonché G. MOR, Conflitto Stato-Regione o conflitto tra giudici e politici?, in Giur. *co*st. 1985, I, 1387 s.

186. In particolare, nel ricorso si denunciava l'adozione, da parte di quattro Pretori toscani, di una serie di inviti, ordini e diffide aventi lo scopo di obbligare la Giunta ad adottare i prowedimenti previsti dalla legislazione sull'inquinamento.

187. E' quanto emerge da precise dichiarazioni del giudice costituzionale: con riguardo agli atti impugnati esso infatti sostiene che «si tratta all'evidenza, di provvedimenti atipici o anomali, che pur se emessi, come risulta dai richiami testuali in essi contenuti, nel corso di procedimenti penali, fuoriescono da quello schema processuale,,. Al contrario, come è fatto palese con assoluta chiarezza nel contesto dei provvedimenti de *quibus,* gli inviti, le diffide, in buona sostanza gli ordini rivolti dai Pretori al Presidente della Giunta regionale, da un lato vogliono imporre un facere determinato coincidente con l'ottemperanza all'invito o all'ordine e dall'altro intendono prefigurare l'illiceità penale delle eventuali condotte elusive degli inviti o degli ordini medesimi» (in Giur. cost. 1985, I, 516).

La Corte ha insomma valutato in profondità i provvedimenti che le venivano sottoposti e nella dichiarazione di atipicità traduce il suo giudizio circa il loro sconfinamento in ambiti sottratti alla disponibilità del potere giudiziario; di seguito infatti afferma che ((sufficiente,per la soluzione dei conflitti in esame, è il rilievo che non spetta ad organi giudiziari alcun potere di intervento nell'esercizio delle funzioni costituzionalmente riservate alla Regione».

Proprio commentando la sentenza n. 70 del 1985, G. GALASSO, In tema di oggetto del giudizio sui conflitti di attribuzione tra Stato e Regione, in Giur. cost. 1985, I, 2650, ha sostenuto l'estrema flebilità della distinzione tra *errores* in iudicando ed errores in procedendo, avanzando il timore che «in futuro la Corte arrivi a sindacare il provvedimento di un organo giurisdizionale sul merito, adducendo che il giudizio verte sul modus procedendi dell'organo che l'ha emesso».

188. In Giur. cost. 1988, I, 6 s.

189. Al Pretore si contestava infatti un'azione insistente rivolta ad ottenere l'apertura del tratto di spiaggia gestito dall'Azienda di soggiorno. In particolare egli aveva fatto più volte pressioni sulla Capitaneria di porto e sul Comune affinché

piegato taluni istituti a fini estranei alla funzione giurisdizionale, invadendo ambiti riservati all'azione amministrativa.

Il tenore del ricorso era del tutto corretto e la Regione mostrava di aver assorbito la sostanza dei ragionamenti più volte esposti dalla Corte. Essa non contestava infatti la decisione del Pretore di sottoporre a processo il Sindaco e il Presidente dell'Azienda di soggiorno per addebiti comunque ritenuti strumentali, bensì quella parte dell'atto conclusivo del procedimento la cui natura sostanziale riteneva estranea alla giurisdizione[190]: la prima strada era da ritenersi assolutamente impraticabile secondo i canoni usati di norma dalla Corte[191]; la seconda, invece, puntava diritta all'accertamento della presunta violazione dei limiti esterni del potere giurisdizionale, realizzata attraverso l'uso anomalo di strumenti comunque disponibili dai giudici[192]. Ma la verifica di questa irregolarità richiedeva, ancora una volta, il riesame dell'intero percorso logico messo in campo dal Pretore; tanto più che la contestata intimazione del giudice non assumeva una dignità autonoma, bensì era racchiusa nel complesso di un atto di sua sicura pertinenza. La Corte ha perciò dovuto scinderla dal contesto in cui era stata inserita per individuarne la natura abnorme.

11.26. Segue. Le sentenze n. 285 del 1990 e n. 175 del 1991 come tipici esempi di «sindacato di pertinenza».

Sono comunque alcune recentissime pronunce a chiarire il rapporto tra l'atipicità del provvedimento impugnato e la fisionomia del sindacato

---

questi stimolassero l'intervento del Ministero. Dopo la determinazione con cui quest'ultimo affermava invece la regolarità della gestione, il Pretore avrebbe nuovamente costretto la Capitaneria ad ingiungere di consentire il gratuito accesso del pubblico al mare; il provvedimento era poi revocato dal T.A.R. di Trieste. A questo punto il giudice attivava il procedimento penale poi concluso nel modo indicato nel testo.

190. Nella motivazione della sentenza il giudice rimarcava infatti come fosse da attendersi per il futuro un diverso comportamento degli imputati, pena la loro incriminazione. Ed è proprio su questo passaggio della decisione che si appuntano le censure della ricorrente; da esso emergerebbe infatti la reale natura del provvedimento: una «vera e propria intimazione a rendere libera la spiaggia» che realizza un'interferenza «sulle scelte della pianificazione regionale e sui comportamenti di enti che operano in tale quadro sotto il controllo della Regione stessa».

191. Si sarebbe infatti richiesto un sindacato sull'uso di poteri che sono nell'esclusiva disponibilità dei giudici.

192. Ha rilevato la difficoltà di distinguere, nel caso in esame e negli altri analogamente strutturati, il confine tra cattivo uso del potere e carenza dello stesso, stante la sicura competenza iniziale dell'autorità giudiziaria, V. Cocozza, *Le intimazioni del giudice come oggetto del conflitto di attribuzioni tra Stato e Regione: una questione non risolta,* in *Le Reg.* 1988, *600-602.*

svolto dalla Corte ai fini della sua censura. Tra queste emerge per importanza la sentenza n. 285 del 1990[193]: il conflitto che essa risolve presenta infatti connotati di tale «delicatezza» da spingere la Corte a giustificare ogni passaggio del suo ragionamento, con ciò definendone la *ratio*[194].

La controversia prendeva le mosse dalla disapplicazione, ad opera della Corte di cassazione, di una legge regionale che si assumeva illegittima: anziché sollevare la relativa questione davanti al giudice di costituzionalità, la Suprema Corte estendeva infatti anche alle leggi il regime previsto per i provvedimenti amministrativi, agendo di conseguenza[195]. La Regione Emilia-Romagna sollevava perciò conflitto, sottolineando come la sua sfera di autonomia risultasse menomata dall'esercizio del potere giurisdizionale al di fuori degli ambiti consentiti dalla normativa costituzionale vigente[196].

Il punto cruciale, su cui le parti confliggenti e gli stessi interpreti si dividono, riguarda la natura del sindacato che la Corte deve praticare per pronunciarsi sulla questione sottopostale: ci si chiede insomma se le venga domandato un inammissibile giudizio d'appello, oppure un controllo sull'esercizio del potere giurisdizionale al di fuori dei suoi presupposti. Accogliendo i rilievi della Regione la Corte opta per questa seconda prospetti-

---

193. In Giur. cost. 1990, 1780 s.

Non ritiene possibile collocare la sentenza n. 285 nella casistica dell'esercizio atipico di funzioni giurisdizionali, M. R. MORELLI, *Op. ult. cit.*, 262. Ciò perché la controversia sarebbe sorta attorno a un atto tipico di esercizio della giurisdizione penale, nei confronti di un soggetto ad essa sottoposto, per un oggetto penalmente rilevante e per comportamenti penalmente sanzionati. La nozione di atipicità sembra però assumere, nelle stesse parole della Corte, un significato di più ampio respiro, estendendosi anche a casi in cui pur utilizzando o partendo da atti tipici si sfoci poi in usi ed esiti ad essi assolutamente non riconducibili.

194. E' la stessa Corte a sottolineare che «non sfugge al Collegio la particolare delicatezza del caso in esame, che investe una sentenza della Corte di cassazione... Ma una volta ammesso il conflitto su di un atto giurisdizionale, nulla rileva quale sia il giudice che l'ha emanato» (in Giur. cost. 1990, 1785).

195. Tale regime si ricava dall'articolo 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, che prevede l'applicazione degli atti amministrativi e dei regolamenti generali e locali da parte dell'autorità giudiziaria solo in quanto siano conformi alle leggi.

196. Sono infatti la Costituzione (articolo 134) e la legge costituzionale n, 1 del 1948 a riservare alla Corte il giudizio di legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi valore di legge dello Stato e delle Regioni, con l'esclusione di ogni ulteriore competenza.

Per una più diffusa illustrazione della vicenda da cui è scaturito il conflitto vedi L. ANTONINI, Disapplicazione davvero illegittima?, in Le *Reg.* 1991, 1069-1071 nonché F. GIAMPIETRO, Legge Merli, leggi regionali e impresa agricola: il supremo collegio e la Corte costituzionale di fronte al «groviglio» legislativo, in Cass. pen. 1991, I, 988 s. Sulla pronuncia vedi anche M. ANNUNZIATA, La Cassazione giudice sottordinato?, in Giust. civ. 1990, I, 2502 s.

va[197]. Il ricorso pretendeva infatti che si accertasse se davvero la Cassazione aveva applicato modelli di sindacato costituzionale diffuso assolutamente incompatibili con il nostro ordinamento[198]; si trattava cioè di precisare se e quando la Suprema Corte aveva oltrepassato il limite delle competenze riservate al potere giudiziario, causando illegittime interferenze con la potestà legislativa regionale[199].

Accanto alla controversia «principale», denunciata dalla Regione, si profilava peraltro un'ulteriore ragione di conflitto, riguardante la stessa Corte costituzionale, che questa affronta e risolve in modo defilato. La Cassazione si era infatti appropriata di attribuzioni non solo incidenti su competenze della Regione, bensì al contempo riconosciute in via esclusiva al giudice costituzionale. Il punto è messo in risalto sia nel ricorso sia nella sentenza: la Corte afferma infatti che la Cassazione, anziché sollevare — com'era opportuno — la questione di legittimità delle leggi regionali impugnate, le ha disapplicate «in violazione, oltre che degli artt. 101 e 117, anche dell'art. 134 Cost,, che attribuisce esclusivamente alla Corte costituzionale il sindacato di legittimità... sulle leggi e sugli atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni»[200]. Dunque un conflitto da menomazione intersoggettivo ne ricomprendeva un'altro di natura interorganica[201]

---

197. L'Avvocatura dello Stato, al contrario, sosteneva che l'errore della Suprema Corte integrava gli estremi di un comune errore di diritto che, se non fosse stato commesso dal giudice di vertice, avrebbe potuto formare oggetto di un'ordinaria impugnazione ma non di un conflitto di attribuzioni. Sostanzialmente concorde con la ricostruzione dell'Avvocatura sembra M. D'Amico, *Op. ult. cit.*, cit., 1794. Per l'autrice, infatti, la sentenza n. 285 del 1990 innova rispetto ai precedenti, in quanto con essa viene a cadere «il dogma dell'incensurabilità del potere giudiziario da parte di poteri esterni ad esso». Nello stesso senso vedi anche N. Zanon, Procedimento di referendum, cit., 518, per il quale, nella sentenza n. 285, la Corte ha annullato una sentenza della Cassazione, dopo averne dettagliatamente esaminato il merito e così valutato un tipico *error* in iudicando.

198. In generale, sul concetto di sindacato costituzionale diffuso, nonché per i raffronti tra i principi su cui esso si fonda e quelli sottesi alla forma di sindacato vigente in Italia, vedi G. Zagrebelsky, La giustizia, cit., 167 s. e A. Pizzorusso, Garanzie costituzionali. Articolo 134, in G. Branca (a cura di), *Commentario* della Costituzione, cit., 43 s.

199. Vedi l'attenta ricostruzione del conflitto operata da F. Felicetti, Commento alla sentenza n. 285 del 1990, in *Corr.* giur. 1990, 1016-1017.

200. In Giur. cost. 1990, 1787.

Per altri conflitti in cui la Corte avrebbe potuto assumere il ruolo di parte vedi la sentenza n. 58 del 1959 (in Giur. cost. 1959, 1091 s.) con il puntuale commento di C. Lavagna, L'art. 6 della Legge comunale e provinciale *all'esame* della Corte costituzionale, in Giur. cost. 1959, 1123 s., nonché — sia pur nella particolare prospettiva, respinta dai giudici costituzionali, di un conflitto sollevato in via incidentale — l'ordinanza n. 39 del 1968 (in Giur. cost. 1968, 180 s.) e la relativa nota di G. U. Rescigno, *Sull'inammissibilità* del *conflitto* incidentale tra i poteri dello Stato e su altre regole in tema di *conflitti* secondo l'ordinanza n. 39 del 1968 della Corte costituzionale, in Giur. cost. 1968, 517 s.

L'iter attraverso cui la Corte pone le premesse della decisione finale segue precisi binari logici, che rivelano la reale natura del controllo esperito: prima espressamente afferma di dover procedere all'esame della sentenza che ha dato origine al conflitto[202], e quindi ripercorre il ragionamento svolto dalla Cassazione per giustificare la disapplicazione dell'atto regionale. Il nodo del problema sta infatti nello stabilire se davvero l'art. 5, legge n. 2248 del 1865, all. E, possa — come vorrebbe la Cassazione — applicarsi in via interpretativa anche alle leggi regionali, oltre che agli atti amministrativi in esso testualmente previsti.

Dopo aver respinto l'interpretazione accolta dal giudice, la Corte rileva come invece appaia chiaramente per tabulas che i giudici della Cassazione hanno ritenuto di poter disapplicare la normativa regionale» trattandola «alla stregua di un atto amministrativo illegittimo. Essi hanno dunque esercitato un potere del tutto abnorme, non previsto nel nostro ordinamento costituzionale, con palese violazione degli artt. 101, 2° comma, e 117, 1° comma, Cost.»[203].

Il puntuale controllo sul processo ermeneutico della Cassazione interessa profili che certamente involgono errori interpretativi dell'organo, ma ciò solo in funzione di appurare gli effetti ultimi da questi provocati: il loro smascheramento è infatti necessario ad inquadrare il momento e il modo in cui il giudice è uscito dai confini del potere giurisdizionale. Questo sindacato è dunque ammesso perché funzionale all'accertamento della violazione del «limite esterno» del potere convenuto[204]. Non pare invece

---

201. Ha sottolineato come, dal quadro della controversia individuata dalla Regione, affiorasse un conflitto tra poteri inerente alla delimitazione delle competenze spettanti — reciprocamente — alla Corte nonché ai giudici ordinari e speciali, C. Consolo, *Annullamento, in sede di conflitto di attribuzioni, di decisione della Cassazione penale... perché frutto della disappiicazione di legge regionale ritenuta incostituzionale*, in *Le Reg*. 1991, 1508-1509.

202. «Accertata l'ammissibilità del conflitto», essa afferma, «il Collegio deve ora procedere all'esame della sentenza che vi ha dato origine» (in *Giur. cost.* 1990, 1786).

203. In *Giur. cost.* 1990, 1787.

204. Sul punto cfr. la puntuale analisi di S. Bartole, *Conflitti di attribuzioni*, cit., 413 s. e spec. 421 s. Per l'autore, infatti, «non ci si deve far fuorviare dal fatto che sempre dietro una pronuncia giurisdizionale... vi è un'attività interpretativa del giudice. Se ciò è vero è anche vero che la stessa preoccupazione della Corte di non ingerirsi nel processo ermeneutico delle autorità giudicanti rischia di essere fin troppo enfatizzata di fronte all'esigenza di assicurare tutela alle attribuzioni regionali nei confronti di atti lesivi delle stesse. Specie quando è in gioco il potere giurisdizionale (ma non solo esso) la violazione della norma costituzionale devolutiva di potere alle Regioni si aggiunge spesso alla violazione di una norma di grado inferiore che, seppure la qualifica, non può con essa essere confusa. Il che significa che il rimedio del conflitto ha una sua autonomia rispetto ad eventuali rimedi endogiudiziari» (p. 422-423).

doversi dedurre dalla sentenza un mutamento di rotta giurisprudenziale[205]: se davvero — come qui si sostiene — il suddetto controllo è riconducibile allo schema del «sindacato di pertinenza», esso aveva già fatto ingresso nella strumentazione usata dalla Corte[206].

Il percorso argomentativo del giudice costituzionale emerge con chiarezza anche nella sentenza n. 175 del 1991[207]. A fronte di un ennesimo provvedimento d'urgenza, emanato dal Pretore di Pistoia, la Corte mette in luce come «la Regione... pur sottolineando errori del giudice quanto alla qualificazione della situazione giuridica fatta valere dall'istante (e quindi quanto ai limiti interni della giurisdizione) e quanto all'interpretazione della legge regolatrice del procedimento di cui agli artt. 6 e 7, del d.P.R. n. 289 del 1987, lamenta *soprattutto*[208] l'invasione della sua sfera di autonomia amministrativa perpetrata dal giudice con assoluta esorbitanza dalla giurisdizione». La Corte evidenzia quindi il comportamento con cui esso «ha esorbitato dai limiti della giurisdizione rispetto alla pubblica amministrazione~,mediante l'adozione di «atti non consentiti ad alcun giudice>[209]; tuttavia tale dimostrazione può svolgersi solo riesaminando quegli 'errori' di fatto e di diritto commessi dal Pretore e non a caso menzionati dalla ricorrente. L'annullamento dell'ordinanza pretorile consegue perciò ad una rilettura dell'art. 700 c.p.c., dei presupposti in base ai quali essa

---

205. Sostiene questa tesi, come si è visto, M. D'AMICO, Op. e loc. ult. cit.

206. A parte il saggio di S. BARTOLE, varie interpretazioni si sono avvicinate alla ricostruzione proposta nel testo. E' questo, ad esempio, il caso di L. ANTONINI, Op. ult. cit., 1072 s.: l'autore infatti ritiene che la sentenza intacchi i «limiti interni» del potere giudiziario, ma è costretto a riconoscere che la disapplicazione delle leggi regionali è avvenuta in modo palesemente illegittimo. In altro senso si veda C. CONSOLO, Op. *ult. cit.*, 1055 s., per il quale i giudici avrebbero commesso un semplice *error* in procedendo che violava competenze altrui. La tipologia dell'errore avrebbe dunque consentito il successivo intervento censorio della Corte. Non pare tuttavia che nel caso fosse intervenuta una semplice irregolarità procedurale, bensì una violazione di ben più ampio respiro: l'autore cioè sembra semplificare la natura del conflitto, per ricondurlo nell'ambito di contenziosi certamente ammissibili. E' comunque evidente, in entrambe le prospettive, la difficoltà con cui si inquadra una vicenda che comprende in sè più livelli d'intervento della Corte.

E' da segnalare che la sentenza n. 285 ha avuto un seguito ideale nella sentenza n. 271 del 1991, in cui, come ha osservato V. ANGIOLINI, Iniziativa del giudizio costituzionale incidentale e diritto vivente: in margine ad uno «scontro»(o «*scambio* di battute)) tra le Corti, in Le *Reg.* 1992, 763-764, «la Corte di cassazione tenta evidentemente ancora, e sia pure per una via diversa, di rimettere in discussione il problema della disapplicazione delle leggi regionali» eccependo l'incostituzionalità della legge Lombardia n. 62 del 1985, nell'interpretazione adottata dalla Giunta. Il «fine scoperto» è di «riportare all'attenzione» la possibilità che, in base a tal presupposto, alla stessa Cassazione sia dato di disapplicare la legge regionale.

207. In Giur. cost. 1991, 1449 s.

208. Il corsivo è nostro.

209. I passi appena richiamati sono in Giur. cost. 1991, 1454.

può venire adottata, del contenuto e degli effetti di cui può essere — ed è stata — fornita. Queste considerazioni sono infatti prodromiche all'accertamento dell'incidenza che l'atto ha avuto sulle sfere riservate alla discrezionale determinazione dell'amministrazione[210].

11.27. *La tipologia del sindacato della Corte nei conflitti contro i dinieghi di autorizzazione a procedere.*

Un settore di pronunce in cui si profila un uso massiccio degli schemi di giudizio appena descritti, è costituito dai conflitti sollevati dai giudici contro le decisioni parlamentari che negano l'autorizzazione a procedere ovvero sanciscono l'insindacabilità di comportamenti tenuti da singoli membri delle Camere. Significativa, in tal senso, è la sentenza n. 1150 del 1988[211].

La vicenda che ha dato origine alla pronuncia sorgeva a seguito della condanna in sede civile del senatore Marchio, reo di aver rilasciato alla stampa, commentando un'interrogazione presentata in aula, dichiarazioni lesive della reputazione di alcuni magistrati. I1 Senato aveva negato l'autorizzazione a procedere nei confronti del parlamentare ex articolo 68, comma 2, Cost, ma la condanna era intervenuta perche il diniego vincola solo il giudice penale e lascia impregiudicato il potere di quello civile. Senonché, di fronte a una nuova richiesta di autorizzazione a procedere per uno soltanto degli articoli impugnati nella prima vicenda, il Senato sosteneva l'irresponsabilità assoluta — dunque anche civile — del proprio membro, ritenendo questa volta che i fatti dedotti andassero ricompresi nella generale prerogativa dell'insindacabilità di cui all'articolo 68, comma 1, Cost. L'atteggiamento del Senato era evidentemente dettato dall'intenzione di impe-

---

210. Questa sembra anche l'opinione di S. BARTOLE, Op. *ult. cit.,* 421, che sottolinea come la soluzione di casi a questo simili non possa prescindere dall'«interpretazione che, caso per caso, il giudice autore del provvedimento si sia trovato a dare alle norme di diritto rilevanti nella specie».

Un conflitto che sembra comportare un analogo intervento censorio della Corte è stato deciso con sentenza n. 104 del 1989 (in *Giur.* cost. 1989, I, 556 s). A fronte della richiesta della Procura generale della Corte dei conti di ottenere l'elenco completo di tutti gli incarichi professionali conferiti da organi regionali in un arco di sei anni, la Regione Lombardia opponeva che in tal modo la Procura non avrebbe perseguito illeciti in relazione ad ipotesi specifiche e concrete, ma avrebbe inteso procedere ad un'indebita revisione dell'attività amministrativa regionale. Tenuto conto che il Procuratore generale può awiare autonomamente l'azione di responsabilità, e che la domanda era collegata ad una specifica inchiesta già in corso, la poi dichiarata esorbitanza del potere giurisdizionale non pare potesse accertarsi se non tentando di capire in profondità quali intenti perseguisse in concreto il Procuratore.

211. In *Giur.* cost. 1988, I, 5588 s.

dire il sistematico uso dell'azione civile nei casi in cui si fosse negata l'autorizzazione a procedere[212]; contro la decisione reagiva però la Corte d'appello presso cui pendeva il processo, sollevando conflitto[213].

La cura con cui la Corte reimposta il ricorso originariamente presentato dal giudice, costituisce il segnale concreto dell'interesse che essa riscontra nella vicenda. Un conflitto palesemente inammissibile si trasforma così in un tipico esempio di menomazione[214]. La Corte è così in grado di affermare che l'art. 68, comma 1, attribuisce alla Camera di appartenenza il potere di valutare la condotta addebitata a un proprio membro, con l'effetto di inibire in ordine ad essa una qualunque pronuncia giudiziale di responsabilità, ma — e qui sta il punto — tale «potere valutativo delle Camere non è arbitrario o soggetto soltanto a una regola interna di *self restraint*. Nella nostra Costituzione... detto potere è soggetto a un controllo di legittimità, operante con lo strumento del conflitto di attribuzione... e perciò circoscritto ai vizi che incidono, comprimendola, sulla sfera di attribuzioni dell'autorità giudiziaria»[215]. Il giudice di una causa civile di risarcimento potrà pertanto sollevare conflitto quando ritenga che la delibera parlamentare che sancisce l'irresponsabilità sia frutto di un cattivo uso del potere, generato da vizi del procedimento ovvero dall'omessa o erronea valutazione dei presupposti richiesti per il valido esercizio di esso[216].

Il caso in discussione è poi concluso mediante la valorizzazione di un errore procedurale commesso dal Senato[217], ma la portata delle afferma-

---

212. In questo senso vedi N. ZANON, La Corte e la «*giurisprudenza*» parlamentare in tema di immunità: *affermazioni* di principio o regola del caso concreto?, in Giur. cost. 1988, I, 5598.

213. A commento delle generali caratteristiche soggettive dei conflitti sulle negate autorizzazioni a procedere — a partire da quella di cui si tratta — si veda A. D'ANDREA, Prerogative dei parlamentari, poteri dell'autorità giudiziaria, conflitti di attribuzione, in Dir. *dell'informaz.* e *dell'informatica* 1989, 435 s.

214. L'impostazione che la ricorrente dava al ricorso rientrava nei più tradizionali ambiti della vindicatio; in pratica si imputava al Senato di aver esercitato un potere che ad esso non spettava, in quanto di esclusiva disponibilità dei giudici: solo questi avrebbero potuto stabilire l'eventuale imperseguibilità del senatore, posto che l'art. 68, comma 1, non richiede, a differenza della previsione del comma 2, alcuna pronuncia del Parlamento. Nella sua rettifica la Corte sottolinea invece che il conflitto si configura come contestazione di un 'cattivo uso' del potere del Senato. In questo senso vedi ancora N. ZANON, *op. ult. cit,* 5601.

215. In Giur. cost. 1988, 1, 5593.

216. I relativi passi della sentenza sono ancora in Giur. cost. 1988, I, 5593.

217. La Corte afferma infatti non essere «necessario procedere al controllo della valutazione, da parte del Senato, dei presupposti di esercizio del proprio potere richiesti dall'art. 68, primo comma, essendo in *limine* riscontrabile nella deliberazione del 5 marzo 1986 un vizio in procedendo, determinato dal divario tra i fatti esaminati dalla Giunta per le elezioni e le autorizzazioni a procedere e i fatti in relazione ai quali la Giunta ha formulato la proposta, approvata dall'Assemblea, di affermazione dell'insindacabilità ex art. 68, primo comma, e della conseguente

zioni della Corte trascende lo spessore della vicenda. Essa ribadisce che il giudizio sui conflitti si àncora a precisi limiti, ma esclude che non sia esperibile alcun controllo sul loro rispetto. Ancora una volta i parametri di quest'ultimo sono dati dai vizi di procedura o dall'errore sui presupposti: si tratta cioè dei consueti vizi di legittimità che contrassegnano il superamento dei confini esterni del potere esercitato. L'obiettivo rimane insomma quello di isolare i vizi che incidono sul rapporto tra i poteri confliggenti, e non l'insieme delle possibili valutazioni di opportunità che l'una o l'altra parte sostiene. E' però assai difficile ricostruire i percorsi logici attraverso cui la Corte accerta il mancato rispetto di questi limiti, senza rilevare che essi presuppongono alcune tappe di controllo assai approfondito. Nella vicenda in esame, ad esempio, la Corte ha contestato il divario esistente tra i fatti esaminati dalla Giunta per le autorizzazioni e quelli in relazione ai quali la stessa Giunta ha proposto l'insindacabilità all'Assemblea. Come non rilevare però che sia la Giunta, sia la stessa ricorrente, avevano sottolineato l'inscindibilità dei fatti contestati al senatore [218]? In questa prospettiva l'individuato errore di procedura acquista una coloritura tutta particolare: esso altro non traduce che le opposte valutazioni dell'Assemblea e della Corte sulla reale fattispecie da sottoporre a giudizio. Il solido legame che per l'una impedisce di scindere i singoli episodi incriminati, per l'altra diviene invece inesistente. E' quindi difficile non scorgere, in queste contrastanti valutazioni, una palese incompatibilità di vedute sulla fisionomia dell'oggetto del giudizio; ne risulta perciò che la Corte ha sovrapposto i propri orientamenti a quelli accolti dalla Giunta e confermati dall'Assemblea [219].

La pronuncia tuttavia sembra suggerire anche l'ipotesi che la Corte si spinga a sindacare addirittura il merito della decisione parlamentare sul-

---

improseguibilità del giudizio pendente davanti alla Corte d'appello» (in Giur. cost. 1988, I, 5594).

218. La circostanza è bene messa in luce da R. MORETTI, Note sull'azione civile promossa contro un parlamentare, in Foro it. 1989, I, 326 s.

219. Questo profilo della pronuncia mi sembra emergere, in modo più o meno esplicito, in numerosi commenti ad essa dedicati: così in N. ZANON, *Op. ult. cit.*, 5603-5604, laddove si sostiene, tra l'altro, la dubbia possibilità che siano distinguibili i vizi della deliberazione parlamentare in tema di immunità che interferiscono nella sfera di attribuzioni dell'autorità giudiziaria, da quelli che invece non incidono direttamente in questa sfera. Ma conclusioni analoghe sembrano dedursi da F. DONATI, *Interrogativi,* cit., 2388-2389, il quale ipotizza che si ritengano idonei a provocare l'annullamento delle delibere assembleari di insindacabilità i vizi che, in generale, rivestono una gravità tale da rendere «arbitrario» l'esercizio del potere; qualifica che la Corte dovrebbe riscontrare caso per caso, attraverso l'individuazione di specifici criteri. Ancor più esplicito è il commento di M. D'AMICO, *Op. ult.* cit., 1798, che giudica la sentenza uno dei casi in cui la Corte ha sindacato nel merito la decisione del Senato poiché il relativo potere, pur spettando in astratto alle Camere, era stato male interpretato in concreto.

l'esistenza dei presupposti di esercizio del potere di autorizzazione. A questo proposito il giudice costituzionale afferma che il conflitto può avere ad oggetto l'«omessa o erronea valutazione dei presupposti di volta in volta richiesti per il valido esercizio di esso»[220]. La portata di una simile asserzione emerge confrontando le sue possibili applicazioni a quanto sostenuto dalla Corte in ordine ai conflitti promossi contro l'ufficio centrale per il referendum. Qui essa si era ben guardata dall'ammettere l'eventualità di un suo controllo sull'«erronea» determinazione dei presupposti in base ai quali l'ufficio avrebbe svolto le sue competenze; nel respingere i ricorsi che avanzavano pretese in tal senso, la Corte ritenne infatti assorbiti nell'indagine svolta dall'Ufficio i criteri in base ai quali esso avrebbe operato. La comparazione tra la vecchia disciplina legislativa e quella intervenuta nelle more del referendum avrebbe insomma realizzato da sola il presupposto a base del potere dell'Ufficio, senza che la Corte potesse sottoporre a giudizio le «modalità di esercizio. della funzione ad esso assegnata[221]. Trasferendo quest'ordine di ragionamenti al caso di specie se ne dovrebbe ricavare l'impossibilità per la Corte di ripetere il giudizio delle Camere circa l'esistenza del fumus persecutionis; l'affermazione che sussiste il fumus sarebbe da sola sufficiente a radicare il potere di respingere le richieste dei giudici, così come per l'ufficio centrale basta affermare di aver svolto il raffronto di normative per escludere automaticamente l'ammissibilità di ogni conflitto ad esso relativo: la Corte potrà dunque intervenire quando sarà «omessa» ogni considerazione di questo tipo, ma allora non si comprende il chiaro riferimento in sentenza all' eventualità di contenziosi fondati sull'erronea valutazione dei presupposti che giustificano il diniego di autorizzazione. Che significa infatti ammettere una siffatta censura se non riconsiderare l'iter logico che ha condotto il Parlamento a ritenere esistente il fumus anche laddove non appariva? Solo in tal modo acquistano senso le parole usate in motivazione, e non sembra casuale che l'espressione compaia in questa sede mentre non ha mai fatto capolino nelle pur cospicue vicende conflittuali tra promotori e Ufficio centrale; la circostanza parrebbe infatti rivelare l'intento, neppure troppo mascherato, di condurre su binari diversi le due tipologie di conflitto[222].

---

220. In *Giur. cost.* 1988, *I,* 5593.

221. A questo proposito vedi *supra* par. 11.8.

222. Sulla difficoltà di distinguere — in casi del tipo di quelli in esame — il settore dei limiti esterni del potere dalle ragioni pratico-politiche (di merito dunque) che hanno dettato le pronunce, vedi anche R. PINARDI, *L'insindacabilità parlamentare tra controlli della Corte e (presunta) potestà «inibente»: una decisione non priva di contraddizioni,* in *Giur. cost.* 1988, II, 23.

A commento della sentenza n. 1150 si veda inoltre *A.* D'ANDREA, *Prerogative dei parlamentari,* cit., 435 s., che si concentra soprattutto sulle caratteristiche soggettive dei conflitti sulle negate (o concesse) autorizzazione a procedere.

La Corte, in questa pronuncia, ha pertanto riprodotto un atteggiamento che ormai può dirsi tipico di tutta una serie di decisioni; da un lato ha ribadito la necessità di indirizzare i conflitti verso la sola definizione dei limiti esterni dei poteri, ma dall'altro sembra aver ammesso, ben più chiaramente che in altri luoghi, che tale obiettivo può comportare momenti di forte incidenza in sfere, di norma, ritenute riservate[223].

II.28. *Esempi di sindacato di merito in senso stretto.*

Nel complesso della giurisprudenza costituzionale sono comunque presenti almeno un paio di casi in cui la Corte parrebbe aver sopravanzato gli schemi di sindacato appena descritti, a favore di una maggiore incidenza in ambiti riservati alla discrezionalità dei poteri coinvolti. Si tratta

---

223. Problemi simili a quelli sollevati dalla sentenza n. 1150 emergono da una serie di recentissime vicende conflittuali. Si tratta di contenziosi tra autorità giudiziaria e Camere in ordine al parziale rifiuto di concedere l'autorizzazione a procedere nei confronti di deputati e senatori. Questi ricorsi sono del resto significativi anche sotto lo stretto profilo soggettivo: la Corte è stata infatti chiamata, per la prima volta, a riconoscere la natura di potere dello Stato al P.M. nell'esercizio dell'azione penale. La Corte ha dichiarato ammissibili i ricorsi — a tal proposito si vedano i primi commenti al loro annuncio: E. BALBONI, *Quel precedente alla Consulta nell'88*, in *Il Sole* 24 *Ore* del 1'11511993 e V. ONIDA, *Le buone ragioni di Mani pulite*, in *Il Sole* 24 *Ore* del l'1/5/1993 — con le ordinanze nn. 263, 264 e 265 del 1993, rinviando poi le cause a nuovo ruolo (con le ordinanze nn. 386, 387 e 388 del 1993) a causa della promulgazione della legge costituzionale n.3 del 1993, recante modifiche all'art. 68 della Costituzione. Essa ha infatti espressamente affermato che, potendo avere questa legge rilevanza nei giudizi, «appare opportuno che, al riguardo, la parte ricorrente e il Senato della Repubblica siano nuovamente sentiti». Con una formula del tutto nuova la Corte ha quindi dichiarato (sentenze nn. 462, 463 e 464 del 1993, rispettivamente in *Giur. cost.* 1993, 3749 s., 3792 s. e 3806 s.) l'«improcedibilità» di tali conflitti. Sul punto si veda *A.* PISANESCHI, *La improcedibilità dei conflitti tra Procura di Milano e Camera e Senato*, in *Giur. cost.* 1993, 3788 e 3791-3792.

Di recente ha trovato soluzione (ordinanza n. 68 e sentenza n. 443 del 1993) anche il conflitto con cui il Tribunale di Roma contestava al Senato di aver affermato l'insindacabilità delle dichiarazioni del Vicepresidente della Commissione d'inchiesta sulla loggia massonica P2, circa il preteso coinvolgimento dell'attore in risarcimento danni presso lo stesso Tribunale nel progetto eversivo facente capo all'organizzazione segreta. Qui la Corte ha nuovamente richiamato i principi enunciati nella sentenza n. 1150 del 1988, conducendo però un rigoroso esame dei profili esterni del potere riconosciuto alle Camere dall'articolo 68, comma 1, Cost.

Ha ipotizzato che la Corte possa svolgere forme di sindacato assai simili a quelle descritte nei conflitti *ex* art. 68 Cost. anche nei contenziosi traenti origine dal diniego dell'autorizzazione a procedere per reati ministeriali, R. PINARDI, *Sul carattere di «insindacabilità» della delibera parlamentare in tema di autorizzazione a procedere per reati ministeriali*, in *Giur. cost.* 1993, 3181 s.

peraltro di episodi alquanto particolari, in cui l'aggancio a tali profili o serve a giustificare una prowidenziale pronuncia d'inammissibilità, ovvero si configura come un'ipotesi astratta, deducibile quale possibile conseguenza di una pronuncia, ma non ancora realizzata nella prassi.

Rientra nel primo caso la vicenda risolta dalla Corte con l'ordinanza n. 259 del 1986; in quella circostanza il giudice costituzionale ritenne infatti inammissibile il conflitto proposto dal giudice istruttore di Firenze nei confronti del Presidente del Consiglio, poiché nel relativo ricorso non era <<indicato neppure il minimo collegamento che il nome degli informatori» richiesti al S.I.S.M.I. avrebbero avuto «sullo svolgimento delle ulteriori indagini istruttorie»[224]. Non si vede peraltro la ragione per cui il giudice avrebbe dovuto esprimere questo genere di valutazioni; i «limiti esterni» dei poteri in conflitto si potevano cioè disegnare indipendentemente dai motivi che caratterizzavano la richiesta del Tribunale. Senza tener poi conto che l'effettiva importanza delle fonti d'informazioni, nell'economia complessiva delle indagini, si sarebbe potuta valutare solo dopo la loro rivelazione e non *ex ante*[225]. Ma anche ammesso che questo fosse possibile, la Corte non avrebbe comunque potuto misurarsi con i motivi addotti senza ripercorrere, sindacare e censurare le ragioni avanzate dal ricorrente. La censura della Corte presagisce un simile sviluppo, poiché è scontato che qualsiasi giudice ha sempre interesse a conoscere le fonti delle notizie che hanno anche un debole rilievo nelle indagini in corso[226]; chiedendo che questo venisse specificato, la Corte sembrava perciò preparare un suo puntuale intervento in ambiti che dovevano ritenersi riservati alle valutazioni di merito dei giudici; significava cioè ritenere possibile la sostituzione di un diverso punto di vista al giudizio di opportunità svolto dai magistrati[227].

---

224. In *Giur. cost.* 1986, I, 2165. Il giudice istruttore aveva chiesto di conoscere le fonti di alcune notizie che riteneva utili alle indagini che stava conducendo, ma gli era stato opposto il segreto di Stato, successivamente confermato dal Presidente del Consiglio dei ministri.

225. Il giusto rilievo è di S. GRASSI, voce *Conflitti*, cit., 384.

226. La Corte ricava infatti l'inammissibilità del ricorso anche dalla circostanza che il Tribunale era comunque venuto a conoscenza dei fatti rilevanti per le indagini, nonché dal fatto che «lo stesso ufficio del P.M., nel sostenere la legittimità dell'opposizione del segreto di Stato sull'identità delle fonti delle informazioni fornite dai servizi... ha invitato il giudice istruttore ad ulteriormente procedere» (in *Giur. cost.* 1986, *I*, 2165). Appare comunque evidente che conoscere fatti non è la stessa cosa che sapere anche chi ha riferito su di essi; inoltre è del tutto gratuito il riferimento alle opinioni del P.M., e non si comprende perché la decisione della Corte dovrebbe ricevere sostegno dalla sua concordanza con esse.

227. Sottolinea come solo i giudici siano effettivamente in grado di valutare l'importanza delle informazioni richieste ai fini del proseguimento delle indagini, e come non si possa ad essi imporre altra condizione, per instaurare il conflitto, se non che le richieste avanzate attengano a fatti sui quali stanno indagando, E. PALICI DI SUNI, *Conflitto tra poteri e segreto di Stato: una decisione di inarnrnissibiiità che*

Desta inoltre parecchie perplessità che un siffatto contenzioso sia stato bloccato già nella fase di arnmissibilità; era infatti ben difficile sostenere prima *facie* l'assenza dei profili soggettivi e oggettivi del contrasto. Questo significa insomma che, nella fase in discussione, la Corte ha svolto un esame ben più approfondito di quanto sia richiesto e appaia opportuno, data l'assenza di contraddittorio e la quindi possibile mancanza di elementi di valutazione[228].

L'impressione è che la Corte avesse stabilito di non decidere la controversia; questa l'avrebbe infatti portata a penetrare le scelte discrezionali dell'esecutivo in una materia assai delicata qual'è il segreto[229]. In ciò sta probabilmente la ragione che l'ha indotta ad avanzare richieste, e a svolgere considerazioni, che appaiono piuttosto lontane da quelle normalmente ricavabili dalle posizioni da essa assunte. Ed appare pertanto paradossale che la Corte ipotizzi un controllo di merito per sorreggere la pronuncia di inammissibilità di un conflitto il cui maggior rischio sembrava essere appunto quello d'imporre al giudice costituzionale la revisione di una scelta discrezionale dell'esecutivo. Scelta che peraltro sarebbe stata presa in considerazione non in sè e per sè, bensì per la sua capacità d'interferenza con le attribuzioni specificamente riservate ai giudici. Si trattava perciò di una controversia che avrebbe potuto risolversi accedendo agli schemi del «sindacato di pertinenza».

Rilievi in parte analoghi valgono per la già esaminata sentenza n. 379 del 1992[230]. Dal suo tessuto affiorano infatti numerosi suggerimenti di futuri contenziosi tra Ministro della giustizia e Consiglio superiore della magistratura[231], è però alquanto strano che tra essi ve ne sia almeno uno che prospetta una pesante ingerenza in ambiti di scelta all'apparenza riservati al C.S.M.

La Corte afferma infatti che se le parti, dopo la fase dialogica del concerto, non raggiungono un'intesa sul nome del candidato alla carica di ca-

---

solleva nuovi interrogativi, in *Legisl. pen.* 1987, 333-334.

228. Cfr. ancora E. PALICI DI SUNI, *Op. ult. cit.,* 333.

229. Circa la preoccupazione della Corte che il conflitto la conducesse a scandagliare il merito di scelte dell'esecutivo, vedi i rilievi di S. GRASSI, *Op. e loc. ult. cit.* Sostanzialmente concorde anche E. PALICI DI SUNI, *Op. ult. cit.,* 335: entrambi rinvengono nell'atteggiamento della Corte una volontà — non conclamata ma palese — di astenersi dall'esame di questioni che inevitabilmente si avvicinano alle *politica1 questions.* Aveva comunque già segnalato come la soluzione di conflitti in tema di segreto, nonostante rasentino il merito, siano di spettanza della Corte e debbano decidersi «con prudenza estrema, dato il livello e l'importanza degli interessi e degli organi implicati», A. M. SANDULLI, *Note minime in tema di segreto di Stato,* in *Giur. cost.* 1977, I, 1202. Sulla previsione di sempre possibili conflitti di attribuzione tra Governo e autorità giudiziaria, in seguito ad abusi in tema di segreto, cfr. anche *A.* ANZON, *Interrogativi sui riflessi sostanziali della nozione di segreto di Stato individuata dalla Corte,* in *Giur. cost.* 1977, I, 866.

230. Vedi *supra* par. 11.15. Si tratta del conflitto, sollevato dal C.S.M. contro il Guardasigilli, circa la competenza a nominare i capi degli uffici giudiziari.

231. Vedi *supra* par. 11.15.

po dell'ufficio, il Consiglio dovrà procedere alla nomina tenendo *«ragionevolmente*[232] conto degli interessi relativi all'organizzazione e al funzionamento dei servizi giudiziari imputati al Ministro della giustizia» dall'art. 110 della Costituzione. Il Consiglio dovrà perciò «motivare adeguatamente la propria scelta» in riferimento anche alle diverse valutazioni formulate dal Ministro in sede di proposta. Con questo la Corte sembra avallare la futura ipotesi di un Guardasigilli che, non approvando la decisione del Consiglio, solleva conflitto adducendo presunti errori di valutazione in sede di nomina oppure — più realisticamente — la mancata considerazione dei rilievi da esso esposti. E delle due l'una: o la Corte si arresta, come avviene nei conflitti contro l'ufficio centrale, di fronte alla constatazione che il Consiglio ha preso in esame, nella parte motiva del prowedimento, i rilievi del Ministro, oppure sarà costretta a sindacare le radici più profonde del responso. E, in questo caso, non è ipotizzabile che la Corte accerti la «ragionevole» presa in considerazione delle opinioni del Guardasigilli, senza sostituire il proprio giudizio di «ragionevolezza» a quello svolto dal C.S.M. nell'esercizio delle competenze di nomina ad esso riservate. I1 tenore della pronuncia parrebbe — ma è solo un'impressione non suffragata, per ora, da alcuna prassi — più vicino a questa seconda eventualità.

Capitolo III

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE E RAFFRONTO TRA TECNICHE DECISORIE NEI GIUDIZI SUI CONFLITTI E SULLA COSTITUZIONALITÀ DELLE LEGGI

111.1. *Conflitti tra poteri e intersoggettivi su atto giurisdizionale.*

Gli esiti dell'esame giurisprudenziale consentono di confermare alcune delle ipotesi formulate in precedenza. In particolare, l'analisi congiunta delle decisioni sui conflitti interorganici e tra Stato e Regioni in ordine ad atti giurisdizionali mette in luce che il problema del sindacato sul modo di esercizio del potere è affrontato dalla Corte con gli stessi strumenti concettuali in entrambe le tipologie di giudizio. Ciò che ad essa soprattutto preme è di non divenire il sistematico giudice d'appello di decisioni impugnate dalla Regione, dal Governo o da altri soggetti. In ambedue le ipotesi la Corte è chiamata infatti a sindacare attività giurisdizionali che si pretendono lesive di attribuzioni altrui; risulta quindi owio il motivo che la induce ad offrire una risposta unitaria. A titolo di conferma è dunque assai significativa la costante presenza di conflitti intersoggettivi in ciascuno dei blocchi in cui si è suddivisa la giurisprudenza costituzionale; ciò è

232. I1 corsivo è nostro.

un segnale concreto del fatto che la Corte affronta i due tipi di contenzioso accedendo alle medesime strategie decisorie e senza preclusioni discendenti dalla natura dei soggetti coinvolti.

Le similitudini sono state del resto ravvisate sin dal primo conflitto promosso da una Regione contro un atto giurisdizionale [1]. Di recente poi, proprio partendo dalla constatazione delle analogie tra questi contenziosi, si è avanzata addirittura l'idea di inserire gli enti regionali tra i poteri esterni allo Stato apparato [2]. Esiste insomma un orientamento che va consolidandosi nel senso di porre l'accento sulle analogie, piuttosto che sulle differenze, tra le due categorie di giudizio. Del resto, a parte il riconoscimento dell'ammissibilità di conflitti promossi dalla Regione contro atti giurisdizionali — inizialmente esclusi perché incompatibili al modello, allora dominante, della *vindicatio potestatis* [3] —, è stata la stessa giurisprudenza costituzionale ad awicinare progressivamente le ipotesi di conflitto intersoggettivo e interorganico. Basti pensare alla spesso praticata interscambiabilità di schemi concettuali inizialmente forgiati per le une o le al-

---

1. Vedi, ad esempio, G. GROTTANELLI DÈ SANTI, Differenziazione,cit., 692 s. e il richiamo fattone da M. D'AMICO, Op. ult. cit., 1790. Da ultimo cfr. inoltre R. ROMBOLI, Storia di un conflitto «partito»tra enti ed «*arrivato*» tra poteri. (Il conflitto tra lo Stato e la Regione avente ad oggetto un atto giurisdizionale), in AA.VV, La *Corte* costituzionale e gli altri poteri dello Stato, cit., spec. 208 s.

2. Cfr. G. SILVESTRI, *Conflitto* tra poteri, cit., 334-335.

L'autore sottolinea, in particolare, come le Regioni si presentino con soggettività distinte e spesso contrapposte allo Stato. In questa prospettiva è assai interessante l'ordinanza 24 maggio 1990, senza numero, in cui la Corte ha peraltro sancito l'inammissibilità del conflitto tra poteri, sollevato dalla Regione Sicilia avverso il Presidente del Consiglio dei Ministri, in merito a una decisione della Corte dei conti per la stessa Regione. Commentando tale pronuncia ha rilevato come, dalle affermazioni della Corte «secondo cui la Regione non è un potere dello Stato quando esercita funzioni rientranti nella propria sfera di autonomia, potremmo desumere, con un ragionamento a contrario, che la Corte non ha escluso di poter riconoscere alla Regione siffatta qualificazione soggettiva nelle ipotesi in cui esercita proprie attribuzioni a diverso titolo», R. TARCHI, Il conflitto di attribuzioni, cit., 274. L'autore cita, ad esempio, la competenza a promuovere una richiesta referendaria ai sensi degli articoli 75 e 138 Cost.

L'idea che la Regione costituisca un potere esterno è alquanto interessante poiché consentirebbe di risolvere l'ambiguità processuale per cui, nei conflitti intersoggettivi contro atto giurisdizionale, a difesa del potere giudiziario interviene il Governo, ossia il suo naturale «nemico». Accedendo a questa nuova impostazione il contenzioso investirebbe direttamente la Regione e l'organo giurisdizionale interessato.

3. Avendo la Regione solo competenze di tipo amministrativo e legislativo, ed essendo queste ultime rilevanti in sede di giudizio di legittimità, si riteneva che un eventuale conflitto di attribuzioni avrebbe necessariamente avuto a base atti di esercizio di funzioni amministrative. Su quest'iniziale tendenza restrittiva vedi G. ZAGREBELSKY, La giustizia, cit., 341.

tre[4]: così è avvenuto per l'idea di menomazione, sorta nei conflitti intersoggettivi e utilizzata poi nei dissidi tra poteri. Lo stesso vale per l'orientamento che esclude la necessità che i conflitti tra enti, a differenza di quelli interorganici, sorgano solo a seguito dell'emanazione di un atto; nonché per l'identico rilievo dato nei due casi alle «norme costituzionali» che distinguono le sfere di competenza dei confliggenti[5].

Sotto questo profilo le conclusioni raggiunte nella ricerca sono confermate da altre ricostruzioni giurisprudenziali proposte dalla dottrina. Dopo aver ammesso i conflitti intersoggettivi anche contro atti giurisdizionali, è insomma assodato che la Corte si è sforzata di approntare un sistema unitario di criteri da applicare in qualunque caso di contenzioso su provvedimenti di tale natura[6]. Resta tuttavia problematica l'opportunità di un simile atteggiamento; occorre cioè chiedersi se la soluzione accolta sia effettivamente idonea ad offrire risposta alle diverse esigenze emergenti dai conflitti intersoggettivi e interorganici. Qui le strade della dottrina divergono: accanto a chi ritiene utile proporre il concetto di «limite esterno» nei conflitti tra Stato e Regioni al fine di distinguerli dai giudizi amministrativi[7], stanno infatti coloro che lo reputano meglio corrispondente alla peculiarità del conflitto interorganico[8]. Per i primi la Corte dovrebbe svolgere un sindacato più penetrante nei conflitti tra poteri, in quanto non esiste-

4. Su questa tendenza, peraltro criticata in certi suoi eccessi, si veda A. PISANESCHI, I conflitti, cit., 5 s.

5. Questi problemi sono stati trattati al cap. I.

6. In questo senso stanno le ricostruzioni giurisprudenziali proposte da diversi autori; si veda M. R. MORELLI, La Corte costituzionale sui limiti, cit., 126 s.; ID, Ancora sui limiti, cit., 257 s.; M. D'AMICO, *Op. ult. cit.*, 1791 s. e A. PISANESCHI, In tema, cit., 1645.

7. Così *A.* PISANESCHI, *Op.* e loc. ult. cit.

8. Vedi le osservazioni di S. BARTOLE, Conflitti di *attribuzioni* fra Stato e Regioni, cit., 416-417, che ritiene non applicabile ai conflitti intersoggettivi i ragionamenti circa il «previo esperimento di ricorsi o impugnazioni alternative nei confronti dell'atto contestato»,essendo «ancora aperta la questione del coordinamento fra i giudizi medesimi per conflitto *e* i paralleli giudizi di fronte al giudice amministrativo».

rebbero, in tal caso, rimedi giurisdizionali di diritto comune praticabili in alternativa; per gli altri esso avrebbe maggior ragione d'essere usato nei conflitti tra enti.

Si tratta di una divergenza difficile a risolversi e probabilmente da impostare in maniera più fluida. Gia si è messo in luce [9] come, dall'incrocio tra l'orientamento che ha stabilito il carattere diffuso del potere giudiziario e la definitiva affermazione del conflitto da rnenomazione, sia sorta la possibilità che il conflitto venisse a sovrapporsi ai giudizi comuni e amministrativi. Questa eventualità non è però circoscritta alla sola sfera dei conflitti intersoggettivi, ma vale indistintamente per ogni ipotesi di contenzioso sorgente da atto giurisdizionale. Non è perciò irragionevole affrontare il problema in modo unitario, proprio come ha fatto la Corte, e adottare criteri di soluzione identici nelle due circostanze.

La vera questione attiene piuttosto alla validità in generale dell'idea di «limite esterno»; la sua utilizzazione trascende infatti i conflitti che coinvolgono i giudici dal lato passivo e permea anche le residue, per la verità scarse, vicende conflittuali [10]. Benché abbia talora manifestato una maggior libertà d'azione [11], la Corte si è infatti mantenuta nel complesso fedele ai principi stabiliti per i conflitti su atto giurisdizionale. Alcuni di questi ultimi hanno poi messo in luce come essa non abbia sempre escluso d'inserirsi nel processo ermeneutico dei giudici [12]; se a ciò si associa l'obiettiva esiguità di conflitti che non hanno per parte il giudiziario, ne discende che, in larga misura, i problemi definitori di tali contenziosi sono racchiusi proprio nell'estensione da attribuire al concetto di «limite esterno» e, reciprocamente, al controllo sul modo di esercizio del potere.

L'assenza di ogni disciplina sul punto impone perciò di prendere atto degli orientamenti giurisprudenziali che affrontano la questione, ma non impedisce le critiche.

---

9. Vedi *supra* par. 1.1 e, in particolare, nota 10.

10. Basti pensare ai conflitti promossi dal Comitato promotore di referendum, alle sentenze n. 231 del 1975 e n. 129 del 1981.

Anche in tali casi la Corte è infatti partita dal presupposto che esistessero spazi d'azione riservati ai poteri di volta in volta interessati — e sottratti al suo potere d'intervento — owero fossero da distinguere le specifiche aree di competenza degli stessi. Così è stato per il potere di valutare l'effettiva innovatività della disciplina legislativa introdotta nel corso della procedura referendaria (sentenza n. 69 del 1978 e successive), per la determinazione degli atti della Commissione d'inchiesta coperti da segreto (sentenza n. 23l), per l'individuazione dei soggetti esclusi dal controllo della Corte dei conti (sentenza n. 129).

11. Come si è desunto, per esempio, dalle implicazioni connesse alla sentenza n. 1150 del 1988.

12. Valgano, per tutti, gli esempi tratti dalle sentenze n. 150 del 1981, n. 285 del 1990 e n. 175 del 1991, analizzate nella sezione III del capitolo II.

111.2. *La sostanza del sindacato sul «cattivo esercizio» del potere.*

Nelle decisioni concernenti il sindacato sul «cattivo uso» del potere, la Corte ha dunque mantenuto un atteggiamento, in linea di tendenza, costante. Il presupposto dal quale si è mossa può riassumersi nel fatto che esiste, per ciascuno dei possibili soggetti di conflitto, una sfera di discrezionalità assoluta, sottratta ad ogni suo intervento censorio. Sia che si tratti del potere giudiziario, sia di altri organi costituzionali, la Corte insomma individua, per ogni potere, una zona d'azione non sindacabile in sede di conflitto. Come è stato giustamente rimarcato, il giudice costituzionale pare pertanto racchiudere il merito delle decisioni sottoposte al suo giudizio nell'ambito di un «potere discrezionale assoluto, in quella sfera di valutazione priva cioè di un parametro normativo di riferimento, che pur con ampiezza e caratteri diversi è però propria degli organi costituzionali come degli organi giurisdizionali» [13]. Il sindacato sul «cattivo uso» del potere quindi si arresterebbe davanti alle indagini che richiedono lo sconfinamento in questo ambito riservato. La Corte parrebbe cioè consapevole che nei conflitti, alla stessa stregua di quanto ha già espressamente affermato nei giudizi di legittimità, «le censure di merito non comportano valutazioni strutturalmente diverse, sotto il profilo logico, dal procedimento argomentativo proprio dei giudizi valutativi implicati dal sindacato di legittimità, differenziandosene, piuttosto, per il fatto che in quest'ultimo le regole o gli interessi che devono essere assunti come parametro sono formalmente sanciti in norme di legge o della Costituzione» [14].

Questo approdo, pur teoricamente corretto, cozza però contro una duplice obiezione. In primo luogo, anche chi propone la ricostruzione appena accennata, è costretto ad ammettere la potenziale censura della discrezionalità nei casi in cui questa sfociasse in arbitrio [15]. La stessa sentenza

---

13. Cfr. A. PISANESCHI, In tema, cit., 1643-1644.

14. Così nella sentenza n. 1130 del 1988, in Giur. cost. 1988, I, 5480. Le affermazioni riportate nel testo sono state analizzate da A. ANZON, Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza, in R. ROMBOLI (a cura di), La giustizia costituzionale a una svolta, Torino 1990, 34, la quale ha posto in luce come, imparentandosi strettamente i giudizi di legittimità e di merito, si esclude a priori l'idea che il ragionamento giuridico possa, anche solo parzialmente, svolgersi su piani di astratta logica formale. Assai significativi sono poi i rilievi di R. TOSI, Spunti per una riflessione sui criteri di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, in Giur. cost. 1993, 545 s., che trae da esse non solo la conferma che «l'attività decisionale di ogni giudice — e quindi anche del giudice delle leggi — sia intessuta di scelte di valore», bensì la necessità di interrogarsi circa i limiti che l'opera dei giudici deve incontrare, al fine di evitare pericolose «esuberanze creative». L'autrice applica poi questo schema d'indagine al giudizio di ragionevolezza delle leggi, ma il problema non sembra tanto dissimile da quello posto dalla giurisprudenza sui conflitti.

15. Vedi ancora A. PISANESCHI, Op. e *loc. ult. cit.*, nota 45.

n. 1150 del 1988 può appunto essere letta come la reazione ad un evidente abuso operato dal Senato [16]; analogamente sembra frutto di arbitrio il comportamento della Cassazione, giudicato nella sentenza n. 285 del 1990. Sorprende però che in entrambi i casi la Corte non abbia reso esplicito questo aspetto della sua pronuncia, bensì abbia apertamente riproposto i consueti schemi di giudizio. Ciò è forse spiegabile col fatto che essi mettevano in luce la sua possibilità di debordare, sia pur in modo impercettibile, verso il sindacato di merito. La Corte avrebbe perciò preferito mascherare quei profili delle pronunce che potevano apparire in contrasto con le più consolidate linee di sviluppo della sua giurisprudenza, anche se non sembravano effettivamente incompatibili con esse. In secondo luogo — ed è questa l'altra obiezione — poiché l'eventualità di un arbitrio sussiste anche quando vengono denunciati supposti *errores* in iudicando, non è spiegabile il motivo per cui la Corte spesso arresti i conflitti a fronte di semplici domande di tale tenore avanzate dai ricorrenti. Essa dovrebbe invece, caso per caso, verificare se le denunce sottendano, o meno, un comportamento arbitrario del potere convenuto. Sotto questo punto di vista le decisioni sui conflitti promossi contro l'ufficio centrale possiedono un valore esemplare [17]: in esse la Corte rinuncia alla verifica del modo in cui sono in concreto applicati i criteri di giudizio che ha contribuito ad elaborare, e li consegna all'assoluta discrezionalità della Cassazione. Con questo è però evidente che si azzerano le possibilità di vedere accolti ricorsi proposti da Comitati promotori di referendum, anche quando l'ufficio abbia compiuto evidenti arbitri nella valutazione. Se infatti la semplice osservanza delle procedure consente di negare a *priori* l'ammissibilità dei conflitti, si apre la via ad ogni forma di abuso perpetrato dall'Ufficio; una volta rilevato che quest'ultimo ha compiuto la prescritta comparazione tra vecchia e nuova disciplina, ed abbia motivato in conseguenza la sua decisione, non vi è alcun modo per contestare la pronuncia, pur se palesemente errata [18]. Dunque, delle due l'una: o si ritiene ammissibile che la Corte

16. Ha ricostruito la sentenza n. 1150 come una reazione ad un arbitrario esercizio del potere, F. DONATI, *Op. ult. cit.,* 2392.

17. Vedi supra par. 11.6 e seguenti.

18. In pratica l'unica possibilità d'intervento sulla decisione dell'Ufficio centrale — oltre ai casi del tutto owii in cui non vi sia stato alcun confronto tra le normative — è rintracciabile nella lontana ipotesi di motivazione rozza, assente, sommaria e/o contraddittoria; così almeno ritengono P. FRANCESCHI-G. ZAGREBELSKY, *Op.* ult. cit., 165-167 nonché C. MEZZANOTTE, Le nozioni, cit., 131, nota 45. Occorrerebbe cioè un segnale forte circa una carenza posta in essere dall'Ufficio in un ambito di operazioni e valutazioni che gli sono riservate. Rimane comunque assai semplice travestire una decisione strumentale con una motivazione articolata e completa.

Circa la possibilità di sollevare conflitto contro atti giurisdizionali, in conseguenza di un'omessa o insufficiente motivazione, vedi A. CERRI, Brevi note, cit.,

sindachi, in via sistematica, le valutazioni discrezionali dei poteri contestati, per accertare gli arbitri eventualmente commessi, oppure non lo si consente. In caso contrario si lascia alla Corte una possibilità di scelta eccessivamente ampia, con la possibile conseguenza di un uso strumentale di tali criteri di giudizio.

Lo schema dedotto dai ragionamenti della Corte non convince però anche in riferimento a un diverso ordine di ragioni. Il giudizio costituzionale sui conflitti comprende una valutazione di fatto e una di diritto [19]; come si è visto, anche quando esamina una pronuncia giurisdizionale, la Corte spesso ripercorre il ragionamento che ha condotto il giudice a ricostruire gli eventi in un certo ordine, a ritenere applicabile un certo istituto, finanche a disegnare i profili rilevanti degli uni e dell'altro [20]. Rivedere questo percorso significa però affondare, in qualche modo, in un ambito discrezionale: tracciare diversi contorni di uno stesso fatto comporta infatti sostituire la propria percezione a quella del giudice che è chiamato a esaminarlo; proporre una nuova lettura di istituti ritenuti applicabili al caso significa rivedere l'interpretazione normativa dei giudici o di altri organi costituzionali. Se a ciò si associa la spesso riscontrata tendenza della Corte a trascurare il significato vivente di norme che dovrebbero vincolarne l'operato [21], ne discende la chiara impressione di un frequente sconfinamento in ambiti teoricamente riservati alla determinazione discrezionale dei poteri coinvolti nei vari conflitti. Tra l'altro, neppure può dirsi che queste valutazioni possiedano sempre un riferimento normativo: quale parametro consente infatti di ricostruire una situazione di fatto se non la soggettiva valutazione degli elementi ritenuti significativi dello stesso?

Il modello teorico ricavabile dalla giurisprudenza rivela perciò non pochi momenti di dubbia tenuta. Ciò che lo caratterizza negli scopi non può comunque venir meno, neppure se appare giusto sottoporlo a critica: il fine cui la Corte sempre si rifà è l'accertamento di una menomazione delle competenze costituzionali del potere ricorrente. Anche quando ripete momenti della valutazione discrezionale rimessa agli organi chiamati in giu-

---

909, il quale peraltro ritiene che tale vizio non sia suscettibile, di per sè, a fondare un ricorso, e pensa che accanto ad esso dovrebbe riscontrarsi la presenza dì un qualche «elemento sintomatico ulteriore)), non facilmente prevedibile in via teorica.

19. Circa il giudizio sul fatto, che contribuisce a comporre la sostanza delle pronunce sui conflitti, vedi A. PIZZORUSSO, Stare decisis *e Corte costituzionale,* in AA.VV, *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale,* Torino 1971, 31 e A. CERRI, *Op. ult. cit.,* 911.

20. Vedi *supra* le decisioni incluse nella sezione III, in cui la Corte ha posto in essere quello che si è chiamato un «sindacato sulla pertinenza))delle scelte dei poteri chiamati in conflitto.

21. Assai chiari in tal senso i conflitti decisi con le sentenze n. 406 del 1989 e n. 379 del 1992.

dizio essa insomma non persegue altro obiettivo che definire una violazione di competenza. Anzi: è questo aspetto a giustificare il suo comportamento e a distinguere il giudizio della Corte da ogni altro giudizio[22]. Anche quando sembrerebbe porsi come un comune appello, la specifica natura dei soggetti coinvolti, e la *ratio* ultima del procedimento che si svolge davanti alla Corte, lo dota di uno spessore incommensurabile con qualsiasi altro procedimento[23].

La sempre affermata coerenza al modello teorico sembra perciò possedere una ragione ben precisa: la Corte avverte che un suo atteggiamento eccessivamente svincolato la potrebbe condurre troppo in là, fino a intaccare il principio di indipendenza dell'ordine giudiziario — e dunque a pericolosi contrasti con coloro che (anche nei conflitti) costituiscono il canale d'accesso privilegiato alle sue funzioni — ovvero a diventare il sistematico giudice d'appello di decisioni che hanno visto soccombere l'esecutivo o altri poteri. Per evitare questi rischi — pur senza rinunciare alla sua funzione — e per legittimare il proprio intervento, essa non può che derogare solo in casi di palese abuso, o comunque con oculatezza, alla rigidità di uno schema di giudizio che più profondamente differenzia il suo operato da quello degli altri giudici.

III.3. *Il «cattivo esercizio» del potere nei tre blocchi di pronunce costituzionali sui conflitti.*

In quest'ottica si comprendono le ragioni che hanno suggerito di distinguere e accorpare i tre blocchi di pronunce. Ciascuno di essi mette in risalto un elemento particolare della disciplina dei conflitti, senza negare quelli posti a base degli altri. La Corte rimane insomma sempre coerente a se stessa, ma, in relazione alle circostanze, dà rilievo a quei profili che la possono più agevolmente condurre ad una soluzione del dissidio in atto. In questo processo non mancano forti incidenze discrezionali; la scelta di un percorso decisorio infatti non è neutra, bensì può produrre, e talvolta produce, effetti assai diversi.

Ad esempio, la nozione di «sindacato sul modo di esercizio del potere» che la Corte ha applicato nei casi raggruppati nel primo gruppo di decisio-

---

22. Su questo punto ci pare concordi anche A. PISANESCHI, *Op. ult. cit.*, 1648.

23. Vedi S. GRASSI, Il giudizio costituzionale, cit., 338 s., che, pur se in riferimento ai conflitti intersoggettivi, svolge considerazioni valide per ogni tipologia di contenzioso. L'autore, tra l'altro, afferma l'impossibilità di negare a *priori* la sussistenza della materia di un conflitto di attribuzione, per il solo fatto che le parti in conflitto abbiano la possibilità di trovare una diversa forma di tutela in sede di giudizio comune. La Corte dovrà infatti sempre accertare se vi sia interferenza nella competenza costituzionale del soggetto leso, e quindi definire il confine tra le due sfere di competenza.

ni risulta estremamente rigorosa e presuppone che, per ciascun potere, siano immediatamente identificabili i «limiti esterni», fissati da norme costituzionali, che ne delimitano le sfere di competenza esclusiva. Alla Corte non rimarrebbe altro che accertare sillogisticamente, nelle diverse circostanze, che quelle previsioni chiare ed esplicite siano state rispettate.

A tale rigore si contrappone l'alto tasso di creatività che la Corte introduce nel secondo blocco di pronunce, in cui addirittura 'inventa' i parametri sui quali fondare la decisione finale[24], ribalta precedenti e scontate interpretazioni della normativa costituzionale[25], nega consuetudini consolidate[26], offre letture quantorneno discutibili delle procedure da applicare[27] al fine, spesso sin troppo evidente, di non decidere conflitti 'scomodi', o d'indirizzarne la soluzione verso approdi 'politicamente' tranquilli. Tre percorsi argomentativi costituiscono l'asse portante di questo gruppo di decisioni. La Corte, innanzi tutto, ha dimostrato di potersi spingere fino a scolpire dal nulla il presupposto di esercizio del potere, in riferimento al quale il conflitto verrà poi deciso[28]. E' una pratica densa di conseguenze, benché la Corte vi abbia fatto riferimento in una sola occasione certa; attraverso di essa è infatti possibile raggiungere due fondamentali obiettivi: il formale rispetto dei precedenti sull'impenetrabilità dei limiti esterni dei poteri coinvolti nel giudizio, e la possibilità di convogliare la pronuncia verso le soluzioni volute. In via astratta è addirittura ipotizzabile che la Corte, senza derogare formalmente alla struttura tipica delle sue decisioni, si riservi spazi d'azione in zone che normalmente ritiene sottratte al suo intervento. Così, a fronte di un ricorso che censura errori di merito, si potrebbe assistere alla forgiatura di parametri funzionali a convertire entro i soliti schemi di giudizio una decisione che si prefigge di censurare momenti di forte scelta discrezionale.

Strettamente consequenziali alla strategia appena illustrata sono i casi in cui si assiste al ribaltamento di principi e concetti che, assunti nel loro usuale significato, avrebbero condotto a decisioni assai diverse da quelle poi adottate[29]. La Corte non è certo vincolata a sue precedenti pronunce o alle interpretazioni già offerte, ma quando il loro abbandono si accompagna al rifiuto di consuetudini consolidate e alla negazione di autorevoli dottrine, quando la novità viene temperata da saggi ritocchi teminologici che ne evidenziano il carattere precario, l'idea di un esplicito intento stru-

---

24. Vedi il caso della sentenza n. 231 del 1975.
25. Così nella sentenza n. 69 del 1985.
26. Cfr. sentenza n. 406 del 1989 e sentenza n. 379 del 1992.
27. Vedi quanto si è detto a proposito dell'ordinanza n. 49 del 1977.
28. Il richiamo è alla sentenza n. 231 del 1975 e alle riflessioni, tra gli altri, di M. DOGLIANI, *Commissione antimafia,* cit., 3218 s.
29. Vedi *supra* par. 11.16 e 11.17.

mentale si affaccia con forza[30]. Tanto più se gli stessi elementi che si respingono, erano già stati utilizzati in altri analoghi contesti per limitare con rigore i confini delle competenze coinvolte[31]. Esemplificativo in tal senso è l'uso diversificato della consuetudine costituzionale: talvolta essa è infatti correttamente assunta quale dato normativo vincolante per la definizione dei rapporti tra gli organi in conflitto, altre volte è invece del tutto trascurata, favorendosi invece una libera ricostruzione del parametro da applicare. Ed è assai significativo che questo *revirement* produca una decisione sempre diversa da quella che sarebbe altrimenti intervenuta[32].

Una terza strategia decisoria, imparentata con quella messa in campo nel secondo blocco di pronunce, trova le sue radici in una non del tutto condivisibile interpretazione delle procedure applicabili nel giudizio costituzionale sui conflitti[33]; le lacune normative sono, in questo caso, la chiave che consente di piegare il loro significato alle esigenze della circostanza. Il percorso logico seguito dal giudice costituzionale non è dunque sostanzialmente diverso da quello illustrato in precedenza, ma muta l'oggetto su cui agisce: non si cerca più di ricostruire il presupposto di esercizio del potere contestato, bensì si manovrano le norme processuali per orientare la soluzione in un senso o nell'altro.

Ciascuna di queste ricostruzioni tuttavia non nega in radice l'indirizzo emerso nel primo blocco di pronunce. L'idea di «limite esterno» viene mantenuta, soltanto si cerca di agire sugli elementi che offrono una sua particolare lettura alla luce delle esigenze emergenti dai casi in questione. E lo stesso può dirsi per le decisioni del terzo blocco, in cui è più evidente l'influsso che la rivisitazione del ragionamento svolto dai resistenti assume nel percorso decisorio della Corte[34]. Il sindacato sulla pertinenza del-

---

30. In particolare, queste circostanze si sono congiuntamente riscontrate nelle sentenze n. 406 del 1989 e n. 379 del 1992.

Nella prima, ad esempio, la Corte accompagna i suoi *revirements* all'affermazione che la legge «in linea di principio)— e dunque non sempre — non può costituire oggetto di conflitto costituzionale. Il problema è però stabilire quando questa premessa di principio potrà cadere; giudizio, ancora una volta, riservato alla Corte. Così N. ZANON, *A proposito di un'ipotesi particolare di conflitto fra giudici e legislatore,* in AA.VV, *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato,* cit., 303 s., partendo proprio dall'inciso sopa citato, non esclude la proponibilità «di un conflitto sollevato in via incidentale da un giudice contro il Parlamento, in quanto una disposizione di legge, che incide sullo *status* o sulla costituzione del giudice stesso, leda le garanzie d'indipendenza costituzionalemente previste per la Magistratura».

31. In questa prospettiva, ad esempio, la sentenza n. 129 del 1981 si contrappone alla sentenza n. 406 del 1989; la sentenza n. 81 del 1975 alla sentenza n. 69 del 1985.

32. Circa il ruolo, piuttosto contraddittorio, assunto dalla consuetudine nella definizione dei conflitti vedi *supra* par. II.16.

33. Vedi la sentenza n. 87 del 1977.

34. Si tratta delle pronunce analizzate nella sezione III del capitolo II.

l'iter logico-giuridico seguito dai poteri contestati permette infatti un compiuto esame degli atti invasivi, senza peraltro sostituire l'apprezzamento discrezionale sviluppato dall'organo volta per volta competente. La Corte, cioè, sembra usare questa forma di controllo solo nella dose utile ad acquisire gli elementi che le consentano — ancora — di verificare se sono stati superati i confini esterni del potere denunciato.

111.4. I *conflitti come «forma speciale di appello» delle decisioni dei giudici e della Corte.*

La fisionomia dei conflitti su atto giurisdizionale che affiora dall'analisi della giurisprudenza, suscita l'impressione di recare, per certi versi, i caratteri di una circoscritta e speciale forma di appello.

Numerosi sono gli elementi che suffragano questa conclusione. Innanzi tutto i conflitti possiedono uno specifico ambito soggettivo, che si risolve nell'individuazione delle parti abilitate, in via esclusiva, a sollevare o resistere in essi. A ciò si accompagna un'altrettanto peculiare sfera oggettiva d'intervento, oltre la quale il giudice costituzionale non può procedere: per accertare l'usurpazione o la menomazione, esso infatti dispone (e ha forgiato) una serie di strumenti — culminanti nel «sindacato di pertinenza» — che escludono, con diversa intensità, un controllo per linee interne del potere contestato. Anche quando si sindacano momenti di scelta discrezionale del giudiziario, tutto viene infatti, in ultima analisi, ricondotto all'incidenza che lo scorretto esercizio della discrezionalità provoca sui «limiti esterni))dei soggetti in conflitto. In questa prospettiva le somiglianze strutturali con il giudizio della Cassazione appaiono cospicue [35]: le pronunce sui conflitti risultano infatti vincolate all'accertamento di vizi specifici (carenza dei presupposti di esercizio della funzione giurisdizionale, «invasione» di competenza da essa prodotta), possono sfociare nell'annullamento dell'atto e hanno realizzato, nel corso del tempo, una sufficiente stabilità dei precedenti, Senza contare che entrambi i giudizi sono contemplati in Costituzione — secondo diverse prospettive e finalità — come forme di chiusura dei meccanismi di tutela.

Se pertanto si ritiene che il conflitto di attribuzioni possiede la natura di un giudizio destinato ad accertare anche la sussistenza di precise violazioni compiute da comportamenti, e soprattutto atti, del potere giudiziario,

---

35. In questo senso vedi anche G. Gemma, La *Corte quale giudice dei giudici,* cit., 93-94, il quale definisce tale «sindacato della Corte come un controllo di legittimità, assimilabile a quello spettante alla Cassazione, allorché quest'ultima verifichi la correttezza o meno delle valutazioni giuridiche dei giudici di grado inferiore. Quindi il giudizio della Corte costituzionale va assimilato a quello della Cassazione, si, ma a quel giudizio pieno che verta su *errores in procedendo* o *in iudicando*».

può anche dirsi che, con tutte le cautele del caso, nei conflitti contro provvedimenti giurisdizionali il ricorso alla Corte realizzi una sorta di 'appello speciale costituzionale', teso a definire la titolarità della funzione, l'invasione o la menomazione da essa provocata, ad annullare l'atto eventualmente adottato e nessun'altra *quaestio*[36]. La Corte si porrebbe perciò come il solo giudice competente a pronunciarsi sulla contestazione (per conflitto) degli atti provenienti dal giudiziario.

Problemi simili si pongono pensando all'ipotetica impugnazione, per conflitto, di una decisione della Corte; nell'accertarne l'ammissibilità quest'ultima dovrebbe appunto verificare la sussistenza dei requisiti di quel particolare 'appello' disciplinato all'art. 134 della Costituzione[37]; solo a

---

36. Su questa linea ci sembrano — almeno in parte — anche le osservazioni di A. PISANESCHI, I conflitti, cit., 223-224, allorché, nel difendere la possibilità di proporre ricorso contro le decisioni della Corte, contesta come riduttivo ((confinareil conflitto in un mero giudizio di impugnazione nei confronti di un atto», essendo ad esso peculiare l'accertamento della competenza costituzionale. Significativa anche la posizione di M. MANETTI, *Abuso* del potere *interpretativo* da parte del giudice e del legislatore: *un'occasione* mancata per un conflitto di attribuzione, in Giur. cost. 1984, I, 2342-2344, che ritiene scorretto assimilare i giudizi sulle sentenze in sede di conflitto e i giudizi d'appello tout court. Ciò perché giudicare una sentenza, e le sue potenzialità invasive, non equivale «a ripetere il giudizio in essa contenuto». L'autrice peraltro limita questa possibilità d'intervento della Corte ai soli conflitti sollevati dal legislatore che si ritenesse leso nei suoi poteri: per il Governo soccombente in giudizio non si avrebbe invece vera lesione ma solo una «concretizzazione della eventualità, espressamente prevista dall'ordinamento, che la sentenza interferisca nell'attività di quel potere; eventualità per la quale i rimedi sono predeterminati nell'ambito del normale sistema di impugnazioni». Sia pur nel rispetto della sua particolarità e della sua apparente contraddizione con quanto sopra affermato, sembra di riscontrare tra le maglie di questa tesi qualche analogia con gli argomenti illustrati nel testo.

Esclude di poter qualificare come appello il giudizio svolto dalla Corte nei conflitti contro atti giurisdizionali — in quanto la nozione di appello proveniente dal diritto processuale comune apparirebbe ben diversa — G. GEMMA, Op. e *loc. ult.* cit. A ciò pare doversi obiettare che la somiglianza con le decisioni della Cassazione — sostenuta dall'autore — dovrebbe indurre a una diversa conclusione: anche il giudizio della Suprema Corte è infatti comunemente ritenuto d'impugnazione; non solo, non pare da escludersi la teorica possibilità di classificare tra forme «specializzate» di appello, i giudizi in cui — proprio come nel procedimento di Cassazione o nei conflitti — si accertano particolari vizi degli atti o comportamenti impugnati.

37. A completamento di quanto si dirà di seguito, va detto che la Corte ha sempre evitato di formalizzare davanti a se stessa i contrasti che la vedevano contrapposta ad altri poteri dello Stato; ed analogo atteggiamento hanno seguito questi ultimi nei loro dissidi con il giudice costituzionale. Secondo S. BARTOLE, La Corte, cit, 590, la Corte avrebbe, ad esempio, esplicitato la sua riluttanza al conflitto quando risolse il problema di stabilire l'ordine di precedenza nelle pubbliche cerimonie non ritenendosi la sede idonea alla definizione della controversia (vedi Documentazione e cronaca costituzionale, in Giur. cost. 1959, 955 s.); per l'autore, ugualmente compromissorio fu l'atteggiamento adottato al fine di superare il contrasto insorto con la Presidenza della Camera dei deputati, allorché quest'ultima

queste condizioni il conflitto contro un atto proveniente dalla Corte potrebbe infatti ritenersi ammissibile. Le peculiarità di questo contenzioso — rispetto a quelli contro il giudiziario — consiste però nel fatto che i promotori del ricorso sarebbero sempre e comunque soggetti diversi da quelli che sono stati parti del giudizio [38], e il conflitto portato innanzi alla Corte sarebbe quindi rivolto a contestare una decisione costituzionale generatrice di menomazioni o interferenze nelle altrui sfere di competenza riservata. Il principale problema all'accoglimento di una simile conseguenza sorge però dall'articolo 137 della stessa Costituzione: in esso si esclude infatti la proponibilità di qualunque impugnazione delle decisioni della Corte; poiché i conflitti in cui la stessa fosse chiamata ad assumere le vesti di resistente non costituirebbero altro che una forma dissimulata di appello, sarebbe logico concludere per l'inammissibilità di tali episodi [39]. Al superamento di questo ostacolo sembrano però soccorrere una serie di argomenti.

In primo luogo è possibile rinvenire una giustificazione di tipo 'forma-

---

rifiutò l'invio dei verbali di una seduta. In quell'occasione, praticando altre vie, la Corte entrò comunque in possesso degli atti e il Presidente dell'Assemblea ne confermò la fedeltà al concreto svolgimento della discussione parlamentare. E similmente, la Corte ha poi evitato di esasperare i contrasti insorgenti con la magistratura in ordine all'efficacia delle sentenze paralegislative.

Sull'altro versante, quando, con sentenza n. 226 del 1976, la Corte ammise le questioni di legittimità provenienti dalla Sezione di controllo della Corte dei conti, il Parlamento, pur decisamente preoccupato dalle potenziali conseguenze della pronuncia — in particolare si sostenne che le modifiche introdotte avrebbero potuto realizzarsi solo con una legge costituzionale che, in effetti, fu proposta ma non elaborata — neppure minacciò alcuna instaurazione di conflitto. E lo stesso accadde quando venne esteso (sentenza n. 219 del 1975) ai professori universitari, il trattamento economico riservato agli alti dirigenti statali, indicando, nel contempo, alle Camere, precise direttive di legislazione. Per una dettagliata analisi delle vicende vedi F. MODUGNO, Corte costituzionale e potere legislativo, in AA.VV, Corte costituzionale e sviluppo della *forma* di governo in Italia, cit., 66 s. e 72 s.

In tale contesto assume valore decisamente anomalo la reazione adottata dal legislatore quando la Corte precisò, con il proprio regolamento generale del 1966, talune lacune della normativa concernente il suo funzionamento. Il Parlamento concepì allora la legge costituzionale n. 2 del 1967, con la quale reagì all'intraprendenza della Corte. Da ciò si dedusse che «solo il legislatore costituzionale ha poteri realmente e definitivamente dirimenti nel caso di conflitti che coinvolgono direttamente la Corte costituzionale». Così S. BARTOLE, *Op. ult. cit.*, 1680.

38. Vedi ancora A. PISANESCHI, *Op.* e *loc. ult. cit.*

39. In questo senso cfr. G. PITRUZZELLA, *La* Corte costituzionale giudice e parte nei conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato, in AA.VV, Strumenti e tecniche, cit., 598-599, secondo cui l'impugnazione menzionata nell'art. 137 va assunta nell'ampio significato attribuitole, nel campo processualcivilistico, da S. SATTA, voce *Impugnazione* (dir. proc. civ.), in Enc. *del* dir., vol. XX, Milano 1970, 697, ossia come qualificazione generica dei molteplici rimedi predisposti dall'ordinamento per annullare gli atti giuridici affetti da determinati vizi. Analogamente si veda anche A. RUGGERI, La Corte costituzionale: un «*potere* dello *Stato*»... solo a *metà*, in AA.VV, Strumenti e tecniche, cit., 664-670.

listico', che affonda le proprie radici nella stessa disciplina contenuta in Costituzione. Il punto di partenza è costituito dalla circostanza che gli articoli 134 e 137 Cost. sono stati contestualmente concepiti ed inclusi nella stessa fonte; essi si collocano dunque sul medesimo piano. Ne consegue che, in assenza di una precisa definizione dei rapporti tra i due disposti, pare da favorire un'interpretazione che affidi ad ognuno di essi un preciso ambito di applicazione. L'impresa non sembra vana: appare infatti sostenibile che, ai sensi dell'art. **137,** sia da escludersi ogni forma di impugnazione delle decisioni della Corte non avente i caratteri specifici di un conflitto costituzionale di attribuzioni. In pratica risulterebbe possibile contestare i comportamenti con cui la Corte supera i confini delle sue competenze, incidendo su quelle altrui, ma non la semplice opportunità o l'esattezza delle sue scelte[40].

Un'interpretazione che relativizza il disposto dell'art. **137** è stata proposta di recente, nel dibattito sull'applicabilità dell'istituto della revocazione ai giudizi della Corte[41]. Seguendone i profili si ricavano utili argomenti 'sostanziali' a favore della tesi proposta. Si fa qui riferimento non alle teorie che giustificano la revocazione attraverso intricati e assai indiretti rinvii normativi[42], bensì alle ricostruzioni che propongono di collo-

---

40. Critica la possibilità di distinguere le impugnazioni vere e proprie dai ricorsi per conflitti di attribuzione, *A.* RUGGERI, *Op. ult. cit.,* 670, secondo cui questi ultimi, quando diretti contro decisioni della Corte, produrrebbero gli stessi effetti delle prime. Non sarebbe perciò ragionevole affermare la liceità dell'utilizzo di mezzi processuali che hanno lo scopo di raggiungere risultati altrimenti vietati.

41. Dibattito tuttora aperto, stante la delicatezza del problema (già segnalata da R. CHIEPPA, *Leggi provvedimento e giudicato ipotetico della Corte costituzionale,* in *Giur. cost.* 1961, 1371 e S. GRASSI, *Correzione o interpretazione autentica delle sentenze della Corte costituzionale,* in *Giur. cost.* 1973, 1778) e la cura con cui la Corte, con espressioni ambigue, ha lasciato impregiudicata la questione (nella famosa ordinanza n. 17 del 1959, in *Giur. cost.* 1959, 299 s.). Tra le ipotesi di revocazione disciplinate all'art. 395 c.p.c., l'unica che pare applicabile ai giudizi della Corte è la n. 4 che attiene agli errori di fatto. Per una completa ricognizione di tutte le tesi dottrinali relative all'applicabilità della revocazione nel processo costituzionale, si veda C. CONSOLO, *La revocazione delle decisioni della Cassazione: profili storico-comparativi,* in *Giur. it.* 1988, *IV,* 173-177, nota 29. Non ha ritenuto applicabile l'istituto E. CHELI, *Sulla correzione degli errori materiali e sull'ammissibilità della revocazione per le sentenze della Corte costituzionale,* in *Giur. cost.* 1959, 303, in quanto relativo alla valutazione di un fatto, mentre il processo costituzionale verterebbe solo su norme. *Contra* però si veda G. ZAGREBELSKY, *Errore di fatto e sentenze della Corte costituzionale,* in *Giur. cost.* 1967, 1521, per il quale si danno, e si sono dati, errori di fatto della Corte, suscettibili di dar materia all'applicazione del mezzo di gravame, Di recente, contro l'applicazione si è schierata E CATELANI, *Sull'ammissibilità della riproposizione di questioni già decise con sentenza di accoglimento (sent. n.* 17/1992), in AA.VV, *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato,* Torino 1993, 30 s.

42. Si tratterebbe del rinvio, contenuto nell'art. 22 della legge n. 87 del 1953, alle norme del Regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede

care l'art. 137 in una scala di principi costituzionali, all'interno dei quali viene subordinato a quelli che appaiono ((assai più irrinunciabili» di esso[43]. Si è portato l'esempio dell'art. 24 Cost.[44], ma nello stesso ordine di ragionamento potrebbe citarsi l'art. 134, cui è sotteso il principio della tutela delle sfere di competenza assegnate in via esclusiva ai diversi poteri dello Stato. Poiché questa è un'ineliminabile esigenza dello Stato di diritto, potrebbe concludersi che la sua affermazione esige il sostegno di tutti quegli strumenti che ne consentono il pieno sviluppo.

Combinando le due linee argomentative si riconosce perciò che, qualora si riscontri l'esistenza di peculiari vizi, sarebbe possibile riportare alla Corte — ma non ad altri giudici — le decisioni da questa assunte. Se ciò è vero per la revocazione, a maggior ragione deve valere per i conflitti, espressamente previsti in Costituzione e destinati ad essere comunque definiti dalla Corte. Sembra dunque possibile rivedere le teorie che hanno categoricamente escluso che la Corte possa assumere il ruolo di parte passiva in conflitto[45]. Essa potrebbe invece rivestire tale posizione, benché poi spetti sempre e solo alla Corte decidere nel merito il contenzioso che la

---

giurisdizionale. Critiche a questo modo di procedere sono state formulate da G. ZAGREBELSKY, *Op. ult. cit.*, 1522-1524, per il quale le norme sulla revocazione contenute nel Regolamento dovrebbero considerarsi abrogate. *Contra* vedi però R. ROMBOLI, *Decisioni di inamrnissibilità o fondate su errore di fatto e limiti alla riproposizione da parte del giudice* a quo *della stessa questione nel corso del medesimo giudizio*, in AA.VV, *Giudizio* a quo *e promovimento del processo costituzionale*, Milano 1990, 176-177.

43. Così C. CONSOLO, *Le decisioni della Corte debbono essere suscettibili di revocazione?*, in *Corr. giur.* 1989, 654. Per l'autore la previsione dell'art. 137 sarebbe superabile attraverso un «articolato ed impegnativo ragionamento caso per caso, per linee interne alla Carta costituzionale, valorizzando la scalarità, od almeno la differente impegnatività dei valori protetti».

44. Vedi ancora C. CONSOLO, *Op. e loc. ult. cit.*

45. In questo senso si erano invece espressi i già citati A. RUGGERI, *Op. e loc. ult. cit.* e G. PITRUZZELLA, *Op. e loc. ult. cit.*

A favore della proponibilità di conflitti contro la Corte si vedano invece P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. di dir. proc.* 1956, 45-46, secondo il quale la circostanza non deve stupire, essendo essa l'organo istituito per la risoluzione dei conflitti, e dunque competente a decidere sulla propia competenza; C. MORTATI, *Istituzioni*, cit. 1456-1457; A. PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale e il principio di indipendenza del giudice*, cit., 686 e, di recente, A. PISANESCHI, *Op. ult. cit.*, 218 s.

Un sostegno alle tesi di coloro che ritengono la Corte possa assumere l'esclusivo ruolo di parte attiva in conflitto, è stato visto nell'ordinanza n. 77 del 1981 (in *Giur. cost.* 1981, *I*, 729 s.), in cui essa ha affermato di rientrare «fra gli organi legittimati ad essere parti in conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato» — possibilità che aveva già implicitamente sancito nell'ordinanza n. 39 del 1968 (in *Giur. cost.* 1968, 516 s.) — ma ha dichiarato inammissibile il contenzioso promosso contro una sua decisione. Sulla pronuncia si veda l'ampio commento di S. BARTOLE, *La Corte, la sua storia e le tentazioni della* justice retenue, cit., 1665 s.

vede protagonista[46]. Questa circostanza non può peraltro far concludere che, qualora la Corte venisse investita di un conflitto in cui è coinvolta, essa pronuncerebbe, inevitabilmente, a proprio favore[47]. Simili opinioni, seppur dettate da comprensibili timori, non poggiano su alcun fondamento giuridico veramente insuperabile, e affondano invece le radici nell'inopportuna estensione al giudice costituzionale delle prassi assai frequenti tra soggetti più schiettamente politici[48].

111.5. *Connessioni e analogie tra la giurisprudenza sul «modo di esercizio del potere» e sulla legittimità delle leggi: la rilevanza.*

L'analisi della giurisprudenza costituzionale consente di cogliere assai suggestive analogie tra la strumentazione adottata dalla Corte nel delimi-

---

46. I numerosi problemi che discenderebbero dal caso in cui la Corte assumesse il duplice ruolo di parte e giudice in conflitto, sono stati variamente superati dalla dottrina. Così al principio processuale «*nemo* iudex in causa propria» può opporsi il rilievo che o si preclude alla Corte ogni possibilità di agire a tutela delle proprie attribuzioni — con l'inevitabile ridimensionamento dell'astratta previsione dell'art. 134 Cost. — owero le si consente la partecipazione alle vicende conflittuali al pari di ogni altro potere (A. RUGGERI, Op. ult. *cit.*, 659). Non può però utilizzarsi, a sostegno di questa lettura, l'art. 127, ultimo comma, Cost., che prevede un'ipotesi in cui la Corte è, al contempo, parte e giudice (come invece vorrebbero F. PERGOLESI, La Corte costituzionale giudice e parte nei conflitti di attribuzione *fra* i poteri dello Stato, in Riv. *trim.* di dir. e proc. civ. 1960, 11 e F. BONIFACIO, Corte costituzionale e autorità giudiziaria, in G. MARANINI (a cura di), La giustizia costituzionale, Firenze 1966, 51). L'argomento ricavabile dall'articolo citato si rivela infatti adottabile — in potenza — anche dai sostenitori dell'opposta tesi: in tale prospettiva esso individuerebbe, in via tassativa, l'unica circostanza in cui la Corte può essere chiamata a ricoprire i due ruoli, ad esclusione di ogni altro prospettabile caso.

Neppure dovrebbe ritenersi applicabile alla Corte — qualora essa sia parte attiva — il principio «neprocedat iudex ex *officio*»; nell'ipotesi in esame viene infatti a crearsi «uno sdoppiamento funzionale» (l'espressione è di A. RUGGERI, *Op.* ult. *cit.*, 660) tra il momento in cui la Corte ha rilievo in quanto giudice e il momento in cui rileva in quanto confliggente. Con tale «artificio» è sostenibile che essa possa, a un tempo, essere titolare di interesse alla soluzione del contrasto a suo vantaggio e dell'interesse neutro alla sua composizione; poiché, in realtà, non una ma due sarebbero le figure soggettive coinvolte.

Il superamento dei principi che garantiscono l'imparzialità dei giudici è necessario poiché, in caso contrario, la Corte sarebbe l'unico organo ad essere sprovvisto di rimedi esperibili a tutela delle proprie attribuzioni; il che si risolverebbe nel privare di garanzia anche le sfere di competenza attribuite agli altri organi costituzionali. Osservazioni al riguardo in A. RUGGERI, Op. *ult. cit.*, 661; F. BONIFACIO, Op. e *loc. ult.* cit. e A. PISANESCHI, *Op. ult. cit.*, 221-222.

47. Per questo aspetto vedi, ma trattasi di un'opinione assai diffusa, G. MONTELEONE, Giudizio incidentale sulle leggi e giurisdizione, Padova 1984, 148 s.

48. Giustamente critica questo approccio A. RUGGERI, *Op. ult. cit.*, 664-667.

tare la sostanza dei suoi controlli sul modo di esercizio del potere e le soluzioni da essa accolte in altri luoghi della sua giurisprudenza[49].

Le progressive modificazioni del controllo sulla rilevanza della questione di legittimità sembrano, ad esempio, riprodurre problemi e strategie decisorie già incontrate nell'analisi dei conflitti su atto giurisdizionale. Tre sono sostanzialmente le tendenze messe in campo dalla Corte[50]; in un primo tempo[51] essa ha inteso favorire al massimo grado l'instaurazione dei processi costituzionali: la sola affermazione dell'esistenza del requisito era quindi ritenuta sufficiente ad ammettere la questione. Successivamente il controllo diviene più attento[52]: la Corte pretende che il giudice *a quo* motivi la rilevanza in modo da poter verificare se vi è stato un compiuto esame della stessa. Infine a questa tendenza si affianca «un impiego della categoria processuale della rilevanza molto più rigoroso e restrittivo, con la conseguente rivendicazione della Corte di un vero e proprio controllo interno, volto a verificare se il giudice remittente debba oppure no applicare o comunque far uso della disposizione impugnata»[53].

A prescindere dalla collocazione temporale di queste tendenze, spesso oggetto di recuperi e successivi abbandoni, è significativo come nei progressivi aggiustamenti attraverso cui la Corte delinea i diversi tratti del

---

49. Del resto lo spunto per una simile comparazione è emerso con chiarezza dalla sentenza n. 609 del 1988 (in *Giur. cost.* 1988, I, 2790 s.): nella sua motivazione comparivano infatti concetti e timori che normalmente abitano le decisioni sui conflitti promossi contro atti giurisdizionali. La Corte dichiarava quindi inammissibile la questione sollevata dal giudice istruttore di Milano anche perché diretta a trasformare il processo costituzionale in un mezzo anomalo di impugnazione delle sentenze dei giudici comuni. Lo ribadiva lo stesso Presidente F. SAJA, *La giustizia costituzionale nel* 1988, in *Foro it.* 1989, *V*, 174-175, il quale avvicinava la pronuncia all'ordinanza n. 244 dello stesso anno (vedi *supra* par. 11.21) — relativa appunto a un conflitto — in cui la Corte aveva manifestato un'analoga preoccupazione e usato le stesse espressioni.

50. Questo senza dimenticare la frequente oscillazione giurisprudenziale sulla rilevanza; C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo,* in AA.VV, *Giudizio* a quo *e promovimento del processo costituzionale,* Milano 1990, 63, ha, per esempio, notato come, a seconda dei momenti, essa viene intesa «talora come pregiudizialità stretta, talaltra come mera applicabilità ipotetica della disposizione impugnata; altre volte ancora come sicura incidenza nel processo *a quo* di un'emananda sentenza di accoglimento. In qualche caso rilevanza significa meno che niente: addirittura completa emancipazione della Corte dal giudizio *a quo*».

51. La distinzione che segue è ricavata da F. SORRENTINO, *Considerazioni sul tema,* in AA.VV, *Giudizio* a quo, cit. 239 s.

52. Illustra bene questo passaggio F. FELICETTI, *In tema di motivazione della rilevanza nelle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale,* in *Cass. pen.* 1987, 1503-1504. Sull'iniziale tendenza della Corte a non sostituirsi ai remittenti nella valutazione della rilevanza vedi anche N. JAEGER, *La Corte costituzionale nei primi tre anni della sua attività,* in *Jus* 1958, 455.

53. Così F. SORRENTINO, *Op. ult. cit.,* 240.

suo controllo, siano rinvenibili caratteri simili a quelli illustrati nelle diverse sezioni del capitolo precedente. La Corte infatti riconosce ai giudici la competenza a valutare la rilevanza delle questioni emerse in corso di giudizio, ma non esclude, ed anzi tende ad espandere, le possibilità di sindacare il «modo» in cui i magistrati la esercitano. Come nei conflitti, la Corte quindi prevede di sottoporre a controllo gli atti giurisdizionali, pur ammettendo che i suoi interventi incontrano limiti ricavati dalle competenze riconosciute in via esclusiva ai giudici[54]. Dopo le fasi iniziali della sua giurisprudenza la Corte dunque impone ai remittenti un sufficiente esame della rilevanza; questo tuttavia non può esprimersi in una semplice affermazione di principio, ma esige una motivazione che dimostri il suo ponderato svolgimento. «Di qui la conseguenza che la Corte, nell'accertare l'ammissibilità... del giudizio instaurato innanzi ad essa non deve (e non può) accertare essa stessa se la questione sottopostale sia o non rilevante ai fini del giudizio *a quo;* e tanto meno può trarre conseguenze da un simile accertamento; ma deve semplicemente verificare se il giudice *a quo* abbia compiuto... la valutazione, di sua pertinenza, circa la rilevanza»[55]. Ne consegue che alla Corte sarebbe consentito stabilire se la motivazione è idonea a provare il compiuto svolgimento del riscontro sulla rilevanza, ma non che questa sia esattamente valutata.

L'analogia tra un simile argomentare e le tesi sostenute dalla Corte nei conflitti promossi contro l'ufficio centrale per il referendum è evidente. Anche in quei casi essa ha sancito la necessità di una congrua motivazione che testimoni il concreto confronto tra vecchia e nuova disciplina, ma ha contemporaneamente escluso di poter correggere il responso dell'Ufficio[56]. In entrambe le ipotesi al giudice costituzionale sarebbe perciò consentito colpire motivazioni assenti o visibilmente strumentali, ma non il merito delle valutazioni compiute dagli organi competenti.

Del tutto analoghe appaiono le conclusioni relative alle pronunce in cui il sindacato sulla motivazione della rilevanza diviene più stringente.

---

54. Le considerazioni di C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive,* in AA.VV, *Attualità e attuazione della Costituzione,* Bari 1979, 166 — secondo cui, nel sindacato sulla rilevanza, si pone un problema di delimitazione delle competenze dei giudici comuni e della Corte, potendosi realizzare, ove non venisse contenuto nei limiti di una ricognizione formale, una sorta di giudizio per Cassazione anticipato — valgono, a ben vedere, anche per i conflitti su atto giurisdizionale che affondano nel merito delle scelte impugnate.

Nel senso che il vero problema del controllo sulla rilevanza sta nel trovare un giusto equilibrio tra il mantenimento del nesso d'incidentalità e l'esigenza di lasciare ai giudici l'impostazione del giudizio concreto, cfr. V. ONIDA, *Relazione di sintesi,* in AA.VV, *Giudizio* a quo, cit., 307.

55. Questa è la ricostruzione proposta da *A.* M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti,* Milano 1967, 37-40.

56. Vedi *supra* par. II.6 e segg.

Anche qui la Corte non intende entrare nel merito della decisione dei remittenti, bensì riscontrare che il giudizio sulla rilevanza sia stato effettivamente esplicato. Insomma «il controllo è ancora, per così dire, esterno, sulla correttezza dell'*iter* logico sulla base del quale il giudice *a quo* afferma la rilevanza della questione»[57].

I maggiori problemi si pongono invece nel giustificare l'orientamento con cui la Corte intensifica le sue verifiche al punto da intaccare la decisione del giudice remittente in ordine all'applicabilità della norma impugnata. Con ciò la Corte pone in essere un «vero e proprio controllo interno»[58] della scelta, e sovrappone i propri convincimenti a quelli dei giudici *a quibus*. Essa continua ad escludere qualsiasi intromissione in questa sfera[59], ma la concreta dinamica dei suoi giudizi sembrano smentirla[60].

In tali casi è assai forte l'impressione che la Corte utilizzi schemi di giudizio che sono propri di alcuni dei conflitti compresi nella terza sezione del capitolo II di questo lavoro. Essa si trova infatti a ripetere l'esercizio di competenze che per definizione spettano ai giudici[61]; se invece intendesse tener fede alla più rigorosa concezione dei «limiti esterni», dovrebbe limitarsi a verificare che sussistono le condizioni per cui può dirsi esperita la valutazione del giudice a *quo* sulla rilevanza, mentre il merito del riscontro sarebbe del tutto consegnato alla disponibilità dei magistrati[62].

Ciò che occorre approfondire è quindi se si debba ritenere opportuno l'aver applicato al controllo sulla rilevanza la totalità delle strategie deci-

---

57. Così F. SORRENTINO, *Op. ult. cit.*, 240.

58. Cfr. ancora F. SORRENTINO, *Op. e loc. ult. cit.*

59. Vedi, ad esempio, le affermazioni del Presidente G. CONSO, *La giustizia costituzionale nel* 1990, in *Foro it.* 1991, V, 116.

60. Lo afferma L. PESOLE, *Sull'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate in via incidentale: i più recenti indirizzi giurisprudenziali*, in *Giur. cost.* 1992, 1597, *a* coronamento di un ampio esame delle decisioni costituzionali di inammissibilità per non corretta valutazione della rilevanza (p. 1591 s.).

61. In tale ordine di ragionamenti si pone D. NOCILLA, *Considerazioni sulla maggior penetrazione da parte della Corte costituzionale nel giudizio di rilevanza*, in *Giur. cost.* 1971, 2200-2202, che giudica favorevolmente l'orientamento della Corte teso ad accertare l'effettiva sussistenza della rilevanza attraverso la ripetizione di tutti i momenti argomentativi del ragionamento del giudice *a quo*. Nello stesso senso si veda anche ID, *Riflessioni sulla giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di controllo della rilevanza*, in *Giur. cost.* 1970, 638 s., in cui è espressamente affermato il favore ad un controllo sulla rilevanza dotato della stessa natura dell'esame svolto dal giudice *a quo*.

62. *E* dovrebbe coerentemente ritenersi «discutibile... la competenza del giudice della costituzionalità delle leggi a decidere in proprio — e in particolare a decidere definitivamente — questioni squisitamente attinenti allo svolgimento del giudizio *a quo* quale l'applicabilità o meno delle norme denunciate»: così L. CARLASSARE, *Le «questioni inammissibili» e la loro riproposizione*, in *Giur. cost.* 1984, *I*, 736.

sorie elaborate anche nel contesto dei conflitti interorganici. I dubbi al proposito non mancano, soprattutto perché, mentre nei conflitti di attribuzione l'idea di un penetrante controllo su talune scelte di merito possiede un senso, nel sindacato di legittimità non pochi elementi inducono a ritenere il contrario. Esiste infatti una differenza fondamentale tra le due pertinenze: nei conflitti è essenziale per la Corte verificare che i resistenti non abbiano — in qualunque modo — oltrepassato le competenze costituzionali ad essi riservate ed interferito con quelle altrui; poiché lo scopo dell'istituto è impedire indebite intromissioni, a questo accertamento si indirizzano gli strumenti decisori messi in campo; affinandoli aumentano ovviamente le probabilità di raggiungere gli obiettivi per cui si è concepito l'istituto. Nel sindacato di legittimità la valutazione sulla rilevanza operata dal giudice *a quo* costituisce invece un presupposto di esercizio della competenza della Corte. Esso sostanzia il filtro voluto dal legislatore costituzionale e ordinario per l'attivazione del processo di legittimità, ossia per consentire al giudice di «selezionare utilmente le questioni da rinviare alla Corte. Fuori di questa sua collocazione naturale e finalizzata non sembra che la rilevanza possa venire considerata ulteriormente, e porsi come un elemento a sè stante, come un filtro, utilizzabile anche dall'organo di controllo della costituzionalità delle leggi, per riselezionare le questioni. Il filtro infatti è già costituito dalla intermediazione del giudice, con i poteri di cui dispone. [63]. E' insomma dall'esame degli specifici caratteri dei due istituti che emergono le rispettive compatibilità e discrepanze; e mentre nel primo caso la sussistenza di un giudizio sulla correttezza del modo di decisione sembra doversi valutare positivamente, nel secondo solleva non lievi problemi di opportunità [64].

Tuttavia l'atteggiamento assunto dalla Corte nei conflitti contro il potere giudiziario e nella valutazione della rilevanza sembra possedere una *ratio* unitaria. Esso le consente infatti di porsi 'fisicamente' come filtro, ossia di ampliare le sue possibilità d'intervento al fine di restringere l'accesso al suo giudizio, accrescendo contemporaneamente l'area d'inammissibilità dei giudizi [65]. Infatti se la Corte escludesse di poter sindacare il

---

63. Così L. CARLASSARE, *Dubbi sulla rilevanza della questione di costituzionalità relativa all'art.* 8 *c.p.,* in *Giur. cost.* 1971, 621-622.

64. E non risolutiva appare la tesi secondo la quale a ciascun giudice deve riconoscersi il potere di valutare la regolarità dell'atto introduttivo del procedimento. Il principio non comporta infatti l'inammissibilità della domanda a seguito di una sua qualsiasi anomalia. Esiste infatti un altro rilevante principio di diritto processuale per cui soltanto i vizi espressamente previsti producono la nullità degli atti processuali. Questo il giusto rilievo di *A.* PIZZORUSSO, *Ancora sulla valutazione della rilevanza e sui controlli ad essa relativi,* in *Giur. cost.* 1968, 1492.

65. Sulla possibile lettura in tal senso della giurisprudenza costituzionale sulla rilevanza vedi F. PIZZETTI-G. ZAGREBELSKY, «*Non manifesta infondatezza*» *e* «*rilevanza*» *nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi,* Milano 1972, 145 no-

merito della rilevanza non avrebbe poi alcuna opportunità di agire su di essa per ridurre o dosare il numero delle cause costituzionali da decidere. Una volta accertato che i remittenti abbiano effettivamente svolto l'esame sul requisito la Corte dovrebbe darlo per certo. Reciprocamente, se essa effettuasse il suo controllo sul merito degli atti giurisdizionali impugnati nei conflitti, dovrebbe poi ritenere ammissibile praticamente ogni contenzioso promosso contro di essi; stante il carattere diffuso del potere giurisdizionale, ciò la condurrebbe ben presto a un'insostenibile mole di lavoro.

Adottando invece le prospettive appena illustrate la Corte si consente ampi spazi di manovra. Valutando la rilevanza essa ha infatti l'opportunità di sostituire le proprie convinzioni a quelle manifestate dai giudici *a* quibus, mentre nei conflitti, dosando i diversi gradi del suo controllo sul modo di esercizio del potere, può anche permettersi di selezionare e indirizzare l'esito delle controversie.

Queste considerazioni lasciano certo spazio a molti dubbi. Se infatti l'osservanza del principio di autonomia dei giudici vuole essere completa, deve esserlo in tutti i casi, sia nel contesto del sindacato incidentale sia nei conflitti di attribuzione. Quando invece si profila un utilizzo di prassi facenti capo all'esistenza di un «filtro» possono favorirsi esigenze di vario tipo, non ultime quelle latamente politiche, che mal si conciliano con la natura processuale delle competenze della Corte. Si pongono cioè le premesse affinché quanto dovrebbe possedere una coerenza e una prevedibilità pressoché assoluta diventi mutevole e discrezionale oltre il consentito.

111.6. Segue. Altri profili: il «punto di diritto», sentenze correttive, giurisdizione d'interpretazione, diritto vivente.

Anche l'analisi del modo in cui la Corte ha affrontato (e risolto) il problema della sindacabilità del «punto di diritto» indicato dalla Cassazione[66], rivela sotterranei momenti di contatto con alcune tendenze decisorie

---

ta **11** e **155** s. Secondo gli autori la Corte, attraverso il controllo sulla rilevanza, discrimina, entro certi limiti, le questioni che intende esaminare da quelle che ritiene opportuno non prendere in considerazione nel merito. Risulta così possibile «allargare o restringere le maglie d'accesso caso per caso, senza vincolarsi a prese di posizione di carattere generale»; e ciò valorizzando i momenti di più «ampia discrezionalità» nonché sicure «valutazioni di opportunità» della decisione finale. E' estremamente significativo che le analisi della giurisprudenza sui conflitti non abbiano prodotto considerazioni tanto dissimili da queste: per averne un parziale esempio si vedano i commenti alla sentenza n. **406** del **1989** riportati *supra* par. **11.16** e spec. nota **110** e **111.**

66. Il «punto di diritto» si forma allorché la Cassazione, nel momento in cui registra l'*error* in iudicando commesso dal giudice, cassa la sentenza e individua «la formulazione definitiva della regola di diritto che nel caso concreto deve essere applicata, e che postula la sua applicazione in un ulteriore giudizio», così vincolando

messe in campo nell'ambito della giurisprudenza sui conflitti. Le scelte della Corte appaiono, in questo caso, del tutto convincenti: essa mira infatti a distinguere con certezza quanto è rispettivamente permesso ai giudici e a se stessa. Riconosce perciò che il magistrato di rinvio può sollevare la questione di legittimità del «punto di diritto» indicatogli dalla Cassazione, ma esclude di poter riformulare, con una propria interpretazione, quella fatta propria dal supremo organo giurisdizionale[67]. In tal caso si porrebbe infatti il remittente tra i due fuochi dell'obbligo di rispettare il principio enucleato dalla Suprema Corte, e di osservare il responso del giudice costituzionale. Vincolandosi a giudicare della legittimità o illegittimità del «diritto vivente» fissato dalla Cassazione, la Corte disegna così un preciso quadro dei rapporti che intervengono tra tutti i soggetti coinvolti, evitando incertezze e possibili ragioni di conflitto[68].

In tema di «punto di diritto» la Corte ha quindi ormai precisamente delineato i confini di competenza spettanti ai singoli giudici, alla Cassazione e a se stessa, dando prova di ritenere che lo svolgimento della funzione giurisdizionale sia insindacabile per «linee interne». Si riserva quindi la sola possibilità di giudicare la conformità a Costituzione del principio enucleato dalla Suprema Corte, ossia di svolgere la funzione per cui è stata creata, senza interferire con gli ambiti riservati alla disponibilità di quest'ultima. Dal canto loro i giudici di rinvio-a quibus sono posti in condizione di non dare applicazione alle norme cui sono vincolati e della cui legittimità dubitano[69].

L'impressione è insomma che, con questo suo responsabile *self-restraint*, la Corte abbia in primo luogo inteso disegnare i «limiti esterni» della competenza dei soggetti coinvolti, in modo che fosse immediatamen-

---

«il giudice di rinvio a quella determinata interpretazione di diritto che essa — corretto l'errore del giudice che ha pronunciato la sentenza cassata — ritiene giusta». Così C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. II, Torino 1985, 366.

67. L'unica eccezione è costituita dalla sentenza n. 39 del 1961, in *Giur. cost.* 1961, 927. Nel caso la Corte dichiarò non fondata la questione di legittimità dell'art. 674, n. 1, c.p.p., sostenendo un'interpretazione diversa da quella indicata nel «punto di diritto» della Cassazione — impugnato dal giudice di rinvio — e ricavata da consolidati orientamenti giurisprudenziali.

68. In sintesi: la Cassazione enuncia il «punto di diritto» cui il giudice è vincolato; quest'ultimo, se lo ritiene incostituzionale, può sollevare la relativa questione di legittimità; la Corte ha quindi ritenuto di doversi pronunciare sul «punto di diritto» formulato dalla Cassazione — avvallandolo se legittimo, censurandolo nel caso contrario — anche quando reputi corretta un'interpretazione diversa.

69. Per una sintetica ma efficace rassegna dei problemi che si ponevano con riguardo ai rapporti tra Cassazione, giudici e Corte costituzionale in ordine al «punto di diritto», si veda *A.* PUGIOTTO, *Riflessioni interlocutorie sul diritto vivente: le origini. Dottrina e giurisprudenza* (1956-1965), in *Annali Univ. di Ferrava, sez. V — Scienze giuridiche*, vol. III, 1989, 136 s.

te chiaro quanto risulta consentito o vietato a ciascuno di essi. Diverso orientamento affiora nel confronto tra le sentenze correttive e la giurisdizione d'interpretazione. Nelle prime la Corte respinge le interpretazioni proposte dai giudici adducendo gli errori logici da questi compiuti, e senza utilizzare il parametro offerto dalle norme costituzionali. E' perciò fondata l'impressione che, così operando, la Corte si ponga esclusivamente nell'ambito della legislazione ordinaria, svolgendo poteri spettanti, per linee interne, ai magistrati[70]. La scelta interpretativa della Corte non è infatti astratta bensì, oltre che antagonista a quella proposta dal giudice, connessa a una fattispecie concreta, ovvero «ai fatti che sono rilevanti come tali rispetto alla decisione del giudizio a quo e che sono stati tenuti presenti dal giudice di quel processo per formulare... l'interpretazione che la Corte ha inteso di correggere»[71]. Il giudice delle leggi cessa cioè di essere tale e diviene un giudice tra i giudici, sempre più somigliante ad una Corte di cassazione che si esprime ex articolo 384, comma 2, c.p.c.[72].

Con ciò sembrerebbe di trovarsi di fronte a un atteggiamento non dissimile da quello praticato in alcuni conflitti, quando la Corte rilegge l'iter logico-giuridico seguito dal potere giurisdizionale. Senonché — proprio come si è già evidenziato per la rilevanza — tra i due giudizi sussiste una profonda differenza. Mentre infatti nei conflitti il sindacato delle scelte dei magistrati è funzionale all'accertamento che vi sia la denunciata invasione, ossia un vero contenzioso costituzionale, nelle correttive si intende invece sanare l'errore interpretativo dei giudici senza avere per obiettivo una pronuncia d'illegittimità[73]. Le decisioni in tema di giurisdizione d'in-

---

70. La dottrina ha in vario modo evidenziato questa circostanza. C. MEZZANOTTE, La Corte costituzionale, cit., 165-166, rileva, ad esempio, che «con tali sentenze la Corte sembra abbandonare la sfera dei valori costituzionali, per proiettarsi nel limbo dell'ordinamento legale strettamente inteso, quasi che ritenesse di poter essa pure pervenire all'esatta interpretazione del diritto oggettivo prescindendo dalla Costituzione». Analogamente A. PIZZORUSSO, La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: comandi o consigli?, in Riv. trim. di dir. pubbl. 1963, 384, colloca le «correttive» tra le sentenze in cui la Corte adotta un'interpretazione diversa da quella seguita dal giudice a *quo*, non già perché sia più aderente alle norme costituzionali, «ma soprattutto perché ritenga che questa sia l'interpretazione esatta e che quella seguita dal giudice a quo sia un'interpretazione sbagliata».

71. Così A. PIZZORUSSO, Stare decisis e Corte costituzionale, cit., 51. L'autore rileva altresì che in tutte le pronunce correttive è presente un preciso riferimento alle fattispecie dei giudizi a quibus (p. 51-52).

72. Quest'ultima considerazione è di A. PIZZORUSSO, La motivazione, cit., 386.

73. Come è stato puntualizzato da A. PUGIOTTO, Sindacato di costituzionalità e «*diritto vivente*»: genesi, uso, implicazioni, Milano 1994, 352 con le sentenze correttive «alla netta separazione di compiti tra sè e i giudici la Corte mostra di privilegiare una più fluida linea di confine, che le permette... di irrompere nell'ordinamento legale, assumendo come proprio il compito non suo di garantire l'esatta ed uniforme interpretazione della legge».

terpretazione[74] sono invece più correttamente riconducibili alla nozione di «limite esterno», e cioè mirano a distinguere con precisione ciò che è ammesso o impedito ai giudici e alla stessa Corte. Quando questa si awede che un'apparente questione di legittimità cela invece, nella sostanza, un semplice problema esegetico, esclude di sciogliere il dubbio del giudice e non adotta neppure una sentenza di rigetto interpretativa, bensì una pronuncia d'inammissibilità [75]. A ciò comunemente si associa l'invito ai giudici di far uso degli strumenti ermeneutici di cui dispongono, senza coinvolgerla in ambiti che non le competono. Come già nei conflitti, la Corte mira insomma a mantenere rigorosamente separate le tipologie di valutazione riservate a se stessa e ai giudici, e precisa di non poter intromettersi negli ambiti assegnati alla discrezionale determinazione di questi ultimi[76]. Così, come in quei casi dichiara inammissibili tali contenziosi, essa ora afferma l'improponibilità di questioni solo apparenti[77].

Anche nel contesto delle decisioni che fanno applicazione della dottrina del diritto vivente è chiaramente emersa la tendenza della Corte a creare un ordine di rapporti che delimita, e mantiene ben separato, il suo ruolo da quello riservato ai giudici[78]. Quando una disposizione è suscettibile di

---

74. L'elenco completo delle pronunce di questo tipo è riportato da E. CATELANI, La *determinazione* della «questionedi legittimità costituzionale» nel giudizio incidentale, Milano 1993, 182 e nota 97, 209 e nota 29, 293 e nota 69. Per l'autrice la Corte avrebbe, sin dal suo esordio, escluso «in modo categorico... l'ammissibilità di questioni meramente interpretative, che non prospettano cioè un dubbio di legittimità concretamente sorto in una controversia, ma che vorrebbero demandare alla Corte un problema di interpretazione della legge istituzionalmente di competenza di ogni giudice comune» (p. 182).

75. Come ha rilevato M. LUCIANI, Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale, Padova 1984, 150.

76. I conflitti che qui vengono in rilievo sono quelli ove più rigorosa è la distinzione tra «limiti esterni» dei poteri — sindacabili — e valutazioni riservate alla sfera «interna» degli stessi — non soggette a controllo —. Significative in tal senso sono le pronunce sui conflitti sollevati dai Comitati promotori di referendum contro l'ufficio centrale: la Corte ha infatti sempre categoricamente escluso di poter sindacare il merito delle decisioni di quest'ultimo, ma si è riservata la competenza di accertare il rispetto dei presupposti e delle procedure che lo vincolano.

77. M. LUCIANI, *Op. ult. cit.*, 266, rileva in dettaglio come d'affidamento della soluzione del dubbio interpretativo al giudice comune... equivale ad un'autolimitazione della Corte, che rifiuta di sciogliere essa stessa il dubbio». A conclusioni non dissimili si è pervenuti quando si sono letti gli atteggiamenti della Corte in sede di conflitto, come autonome determinazioni dei limiti del suo controllo sul «modo di esercizio» del potere.

78. I1 legame tra la dottrina del diritto vivente e la tendenza a delineare rapporti non conflittuali con i giudici, disegnando «una più netta e precisa linea di confine tra le rispettive attribuzioni», è stata messa in luce da A. ANZON, La Corte costituzionale e il diritto vivente, in AA.VV, Scritti in onore di *Vezio Crisafulli*, vol. I, Padova 1985, 5. In questo senso ha delineato l'incidenza del diritto vivente sulla possibilità di evitare dissidi tra Corte e autorità giudiziaria a seguito di dispositivi

più interpretazioni, la Corte si considera perciò vincolata ad applicare la norma desunta dal prevalente orientamento giurisprudenziale e la boccia solo nel caso in cui la ritenga incostituzionale. In assenza di indirizzi consolidati la Corte potrà invece solo suggerire un'interpretazione, e ai giudici spetterà scegliere se seguirne, o meno, il contenuto. Questi potranno poi introdurre nell'ordinamento interpretazioni diverse da quelle consolidate; ove diventassero prevalenti la Corte ovviamente dovrà adeguarsi al nuovo diritto vivente, prendendone atto nei modi consueti[79].

Così operando la Corte crea insomma una rete di rapporti che assegna ai giudici e a se stessa una serie di peculiari competenze. Ai primi riconosce il compito d'interpretare e applicare le norme, mentre si riserva di sanzionare l'illegittimità costituzionale delle scelte ermeneutiche consolidate. La Corte cioè esclude di sindacare l'uso del potere interpretativo attribuito ai giudici se non nel caso in cui questo debordi in un'illegittimità costituzionale; in altre parole ammette d'intervenire solo nel quadro delle specifiche competenze ad essa assegnate in via esclusiva.

Dato perciò per accolto, anche in quest'ambito di relazioni tra Corte e giudici, lo schema interpretativo delineato nei conflitti, è prevedibile che esso si accompagni alla riproposizione di qualche atteggiamento già emerso in quel settore della giurisprudenza costituzionale. In tale prospettiva assumono, ad esempio, rilievo le pronunce in cui la Corte svolge un penetrante sindacato sull'effettiva esistenza del diritto vivente indicato dai giudici a quibus, censurandone le scelte[80]. Non sembra del tutto incongruo accostare queste decisioni alle vicende conflittuali in cui la Corte ha ricostruito l'iter logico-giuridico seguito dai giudici. In questi casi la Corte è infatti costretta a ripeterne, passo per passo, i ragionamenti, facendo emergere dalle pronunce che questi richiamano, rationes diverse da quelle desunte. Il controllo da essa esperito, pur provocando la correzione dell'errore, è peraltro finalizzato a individuare le 'vere' norme giurisprudenziali cui si ritiene effettivamente vincolata. La valutazione del giudice è insomma rivista al fine di riaffermare quello schema di rapporti tra Corte e potere giudiziario che si delinea con l'accoglimento della dottrina del di-

---

additivi su omissioni legislative, A. PUGIOTTO, Un rapporto non conflittuale tra Corte e giudici: il «diritto vivente» applicato alle sentenze additive, in AA.VV, La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato, Torino 1993, 157 s.

79. I contributi dottrinali sul diritto vivente sono molto numerosi. Ai fini che qui rilevano, e per offrire un riscontro al modello riportato nel testo, ci si può limitare a segnalare C. MEZZANOTTE, La Corte costituzionale, cit., 163 s.; G. ZAGREBELSKY, La dottrina *del* diritto vivente, in *Giur.* cost. 1986, I, 1148 s. e A. PUGIOTTO, Dottrina del diritto vivente, cit., 3679 s. Per un'analisi del sorgere della dottrina del diritto vivente e delle sue prime applicazioni giurisprudenziali (nel periodo 1956-1965) si veda A. PUGIOTTO, Riflessioni interlocutorie, cit., 93 s.

80. Riporta l'elenco integrale di tali pronunce A. PUGIOTTO, Sindacato di costituzionalità e «diritto *vivente*», cit., 359, nota 94.

ritto vivente. Altre vicende in cui è riprodotto questo modello di decisione sono quelle in cui le divergenze tra Corte e giudici consistono nel ritenere che specifiche affermazioni della Cassazione rilevino come semplici obiter *dicta* o, al contrario, come vere rationes decidendi[81]. In tali casi la Corte realizza ancora un puntuale sindacato sull'*iter* logico seguito dal giudice allo scopo di individuare le norme davvero qualificabili come viventi. Pur comportando momenti di sovrapposizione al giudizio dei magistrati, il controllo della Corte rimane quindi fedele all'idea di «limite esterno», in quanto la sua attività è chiaramente finalizzata ad individuare il principio di diritto elaborato dalle fonti competenti.

Ma anche ad altre pronunce — apparenti espressioni della dottrina del diritto vivente — sembrano applicabili schemi di decisione incontrati in alcuni conflitti. Poiché si è detto che la Corte è vincolata alle norme desunte dall'orientamento giurisprudenziale prevalente, è possibile che essa affermi vivente una norma che non è tale, in modo da indirizzare l'esito delle sue decisioni[82]. L'ipotesi non è teorica ed ha già avuto modo di concretizzarsi in una serie di significative decisioni[83]. E' perciò evidente la somiglianza con i conflitti interorganici decisi in base a presupposti di esercizio del potere contestato che, ad un esame più approfondito, risultano creati ad hoc[84]. A conclusione di questo breve *excursus* sembra perciò doversi sottolineare la complessiva omogeneità dei comportamenti del giudice costituzionale. Questo induce a ritenere che esista un nucleo comune a tutte le competenze della Corte, forse rinvenibile nell'esigenza di configurarsi sempre come organo imparziale pur quando è portata ad abbando-

---

81. Anche le decisioni di seguito citate sono tratte da A. PUGIOTTO, *Op. ult. cit.*, 379, nota 41: sentenza n. 57 del 1985, in *Giur. cost.* 1985, I, 439 s.; sentenza n. 210 del 1992, in *Giur. cost.* 1992, 1717 s.; sentenza n. 205 del 1992, in *Giur. cost.* 1992, 1500 s.

82. Così «accade, ad esempio, quando essa accerta come prevalente un orientamento interpretativo tra i giudici, che prevalente in realtà non è... Il richiamo al (presunto) diritto vivente vincola la Corte ad una norma base che orienta la decisione verso un esito tutt'altro che necessitato»: *A.* PUGIOTTO, *Op. ult. cit.*, 431-432.

83. Vedi, ad esempio, la sentenza n. 60 del 1963, in *Giur. cost.* 1963, 526 s. e le osservazioni di L. ELIA, *Uniformità della composizione del corpo elettorale e diritto di voto*, in *Giur. cost.* 1963, 534 s.; la sentenza n. 66 del 1963, in *Giur. cost.* 1963, 569 s. e i rilievi di G. TAVASSI, *In tema di ferie del lavoratore*, in *Giur. cost.* 1963, 569; la sentenza n. 177 del 1980, in *Giur. cost.* 1980, *I*, 1535 s. e il commento di G. INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, Padova 1983, 76 s. e nota 2; la sentenza n. 164 del 1985, in *Giur. cost.* 1985, I, 1203, nella lettura di A. PUGIOTTO, *Op. e loc. ult. cit.*

84. Si fa qui riferimento ad alcuni dei casi analizzati nella sezione II del capitolo II. A titolo di esempio si pensi alla spesso menzionata sentenza n. 231 del 1975 (vedi *supra* par. II.14), in cui la decisione finale scaturiva dalla creazione «dal nulla» dell'idea di «segreto funzionale». Sul punto cfr., tra gli altri, M. DOGLIANI, *Commissione antimafia*, cit., 3218 s.

nare la sua posizione di neutralità. Essa tende così a far apparire sempre rispettati i confini di competenza che la separano dal potere giurisdizionale anche quando, nello specifico di singoli casi, li valica. La Corte sembra insomma oscillare tra la tendenza a rimanere organo tipicamente processuale e la tentazione di scivolare verso sbocchi più propriamente 'politici'. Anche in questi casi essa comunque non dimentica la sua posizione nel sistema; per questo giustifica ed occulta il suo operato facendo apparire rispettati i presupposti degli interventi che è istituzionalmente chiamata a svolgere. Anzi, proprio questi sono gli elementi che utilizza e manovra per orientare le sue pronunce, potendo così sempre opporre alle eventuali critiche la circostanza del loro formale rispetto.

ABSTRACT

The study concerns the constitutional jurisprudence about the conflicts of powers. All the constitutional decisions are passed in review. It appears that the Constitutional Court uses three strategies to contro1 the exercise of power.

Lo studio individua quali tipologie di "sindacato sul modo di esercizio del potere" emergano dal complesso della giurisprudenza costituzionale sui conflitti interorganici e intersoggettivi su atto giurisdizionale. Dal dibattito dottrinale analizzato si ricava altresì la centralità del tema d'indagine rispetto all'intera problematica dei giudizi sui conflitti.

L'atteggiamento della Corte in materia appare, in linea di principio, coerente. Essa rimane infatti sostanzialmente ancorata alla più volte ribadita necessità di non oltrepassare i cosiddetti "limiti esterni" fissati, per i singoli poteri, da norme di carattere costituzionale. Mutano però — e in maniera sensibile — gli accenti e le strategie con cui dà applicazione agli assunti. A tal riguardo la giurisprudenza costituzionale sui conflitti è suddivisa in tre distinti blocchi di pronunce. A ciascuno di essi corrisponde un preciso "comportamento decisorio" della Corte.

Nella parte finale del lavoro sono inoltre suggeriti possibili sviluppi della ricerca: vi si accenna infatti alle forti somiglianze riscontrate tra gli strumenti di decisione emersi nelle pronunce che richiedono un sindacato sul "modo di esercizio del potere", e quelli utilizzati in particolari momenti del giudizio di legittimità.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova Serie - Vol. VIII (1994)

CRISTINA BIANCHI

SEGNO - TRACCIA: APPUNTI DI ERMENEUTICA GIURIDICA

Il nostro procedere persegue l'intento di delineare, attraverso una lettura delle tematiche derridiane[1], un approccio all'ermeneutica giuridica. Tale ricerca assume quale problematica principale la configurazione del "testo" quale "apertura di senso". Se il processo di senso si deve sviluppare attorno al concetto d'interpretazione, per noi il problema si pone nei termini seguenti: il senso non si offre come già dato, ma quale senso a venire. Tale prospettiva il senso di una "disposizione" normativa non è già posto, "presente" nell'atto stesso del fermarlo in uno scritto, ma s'afferma a senso nel processo di significazione; così come il termine stesso utilizzato ora, pur se nominativamente[2] detto, non racchiude già in sè, nel "semplice" atto di porre uno scritto, ciò che è la disposizione normativa. In altre parole, adottiamo, come punto di partenza per la nostra ricerca, la considerazione in base alla quale la disposizione normativa si crea attraverso una certa concezione epistemologica del testo, dunque, attraverso una determinata, specifica concezione di ciò che è linguaggio. La considerazione per cui ci si muove in una prospettiva di ermeneutica del diritto, muove dalla contestazione da parte nostra della capacità dei testi giuridici di funzionare quali enunciati prescrittivi, tali da considerare la prassi giurisprudenziale quale attività meramente dichiarativa. Dunque, di fronte ad un testo di legge, non ci troviamo già in presenza di un dato precostituito, determinato; il momento applicativo non è una semplice procedura meccanica di sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta. Tematizzando l'operazione creativa del giudice questi si trova di fronte ad un testo di legge che non include già in sè la norma; al contrario, il significato dei testi si coglie in connessione ai casi da decidere. L'atto cognitivo perciò, si

1. Awalendoci in particolare dei primi lavori di J.Derrida quali «La scrittura e la differenza», Einaudi, Torino, 1990; e «Della grammatologia», Jaca Book, Milano, 1989.

2. Con l'utilizzo di questo termine intendiamo puntualizzare un atteggiamento critico nei confronti del nominalismo.

attua nello stesso momento applicativo[3]. Il problema ermeneutico sarà, allora, quello di individuare il tipo di lettura necessario ad una comprensione, e, al contempo, quello di individuare attraverso tale comprensione, se è possibile cogliere i limiti posti alla creazione giudiziale del diritto. A tale scopo prendiamo in considerazione la prospettiva di J. Derrida.

Nel pensiero di J. Derrida il rapporto con lo strutturalismo rimane fondamentale proprio in quanto la riflessione intorno al concetto di différance — al quale il concetto di écriture fa riferimento — si rende comprensibile poiché in stretto riferimento alla metodologia strutturalistica[4]: quale critica a questa.[5]
Lo strutturalismo — pur nei suoi differenti campi di ricerca — è caratterizzato per il rifiuto del metodo conoscitivo consistente nel prendere le mosse dalle parti per integrare il tutto, metodo che precede dalla considerazione che il tutto non sia altro che la somma delle parti. Caratteristico di questo è, invece, la sistematicità: se la parte è parte di un tutto, essa è costruita in base alla logica del tutto, appartiene a questa logica e solo dunque a partire da questa può essere individuata. Il sistema contiene al suo interno, in un luogo determinato e correlati gli uni agli altri, i suoi elementi, in modo tale che una qualsiasi modificazione di uno di essi comporta una modificazione di tutti gli altri. Vi è quindi una coerenza sistemica interna.[6] È dunque necessario cogliere la logica del sistema (il tutto) ed uti-

---

3. In questo senso vd. G.Zaccaria, L'arte *dell'interpretazione.* Saggi *sull'ermeneutica* giuridica contemporanea, Padova, Cedam, 1990, pp.52-58. In particolare, nella metafora della «spirale ermeneutica» viene ad esplicitarsi questo continuo movimento d'intreccio, di dialogo tra interpretazione ed applicazione, intreccio che sviluppa la produzione giurisdizionale del diritto attraverso un meccanismo che si svolge in una continua produzione-modificazione, in una serie di piani, di cerchi, che si evolvono sempre più in alto, e ad ogni piano si rinnova l'incontro dialogico. Si evidenzia in tal modo una contemporaneità e non una priorità logica tra norma e caso: il significato della norma si innova e si trasforma ad ogni applicazione. La relazione ermeneutica tra interpretazione dell'enunciato normativo e interpretazione delle circostanze di fatto si sviluppano in una continua trasformazione di significato della norma.

4. cfr. Manlio Iofrida, *Forma* e materia. Saggio sullo *storicismo antimetafisico* di J. *Derrida,* PISA-ETS EDITRICE - 1988, pp. 15-16.

5. Jonathan Culler, Sulla decostruzione, Bompiani, Milano, 1988, p. 200: «La decostruzione giunge, sulla scia dello strutturalismo, per frustrarne i progetti di sistematicità. Le ambizioni scientifiche strutturalistiche vengono presentate come sogni impossibili dalle analisi decostruzioniste che mettono in discussione le opposizioni binarie di cui gli strutturalisti si servono per descrivere e conoscere la produzione culturale. La decostruzione infrange la loro «fede nella ragione» rivelando la razionalità singolare dei testi e la loro abilità a confutare o rovesciare qualunque sistema o posizione che si ritiene esse manifestino. Sotto questa luce, la decostruzione rivela l'impossibilità di qualunque scienza della letteratura o scienza del discorso, e riporta la ricerca critica al compito dell'interpretazione».

6. Bertil Malberg, L'analisi del linguaggio del *XX* secolo, Il Mulino, Bologna,

lizzarla quale metodo conoscitivo per ricostruire, attraverso questa sua propria logica, le parti. L'appartenere ad un sistema comporta, quale peculiarità differenziale rispetto ad un insieme, una connessione tra le parti inter-relazionantesi: ogni parte presuppone ed è il presupposto delle altre. Costitutivo di questo metodo è la riduzione del mondo a linguaggio e del linguaggio a sistema: l'intelligibilità trae origine dalla forma sistemica del linguaggio. La produzione di significato è offerta dalle relazioni linguistiche che costituiscono il linguaggio stesso.[7] Tornando al concetto di struttura ciascun elemento del sistema, ciascuna sua parte, dipende e s'afferma come termine positivo, come presenza, dunque, come ciò che "è", in virtù della relazione con gli altri elementi. Perciò, il valore attribuito ai termini non viene colto attraverso il sè dei termini stessi — come un qualcosa già contenuto nel termine e che in se stesso si viene a definire — ma il valore si costituisce esclusivamente attraverso una comparazione con il sistema stesso. In tale prospettiva metodologica vediamo individuarsi la posizione di F. de Saussure relativa al sistema della lingua. Saussure viene ad affermare che la struttura della lingua è un sistema di differenze. Bisogna partire dalla "differenza" per cogliere l'analisi linguistica. Così Saussure: «Il valore di qualunque termine è determinato da ciò che lo circonda.(...) Quando si dice che i valori corrispondono a dei concetti, si sottintende che questi sono puramente differenzianti, definiti, non positivamente mediante il loro contenuto, ma negativamente, mediante il loro rapporto con gli altri termini del sistema. La loro più esatta caratteristica è di essere ciò che gli altri non sono».[8]

Egli contesta il metodo fenomenologico secondo il quale è possibile addivenire alla comprensione di un termine se lo si osserva quale unione di un certo suono con un certo significato, prescindendo ed isolandolo dal contesto al quale esso appartiene. Questo sarebbe un procedere dai termini, dalle parti, per giungere, attraverso la somma di queste, ad un insieme: il tutto. Il metodo strutturalistico, invece, percepisce come necessità inevitabile per costituzione il partire dal tutto, dal sistema della lingua, per addivenire alla comprensione di un termine.

«Ciò che vi è di materia fonica in un segno importa meno di ciò che vi è intorno ad esso negli altri segni».[9] Se la possibilità di cogliere un certo significato di un termine viene attuata partendo dal tutto, e delineando le relazioni esistenti tra i termini, cogliendo cioè il significato attraverso una comparazione tra gli stessi, ciò significa concepire un sistema composto

---

1985, pp. 103-130.

7. Thomas Heller, Strutturalismo e critica, in «Democrazia e diritto» n. 5-6, Settembre-dicembre, 1990, (Critica1 *legal* Studies. *La* sinistra giuridica americana), pp. 146 e segg.

8. Corso di linguistica generale, Laterza, Bari, 1983, p. 142.

9. F. de Saussure, op. cit., p. **145.**

da relazioni differenziate. Ciò che si individua come caratteristica propria dello strutturalismo non è tanto il carattere sistematico della struttura come interdipendenza tra gli elementi che la compongono — in quanto parti solidali di un "pieno" — quanto il carattere sistematico della struttura, composta da valori differenziantesi, indipendentemente dagli elementi che la compongono.[10]

Proprio attraverso lo strutturalismo ed in particolare in un approccio critico alle teorizzazioni di F. de Saussure, Derrida è pervenuto al concetto di différance. Seguendo l'analisi del «Corso di linguistica generale», nella concezione saussureana compare un elemento di ordine extralinguistico che media la coppia significante- referente, ossia il significato, l'immagine concettuale. Attraverso questo elemento si pone una congiuntura tra oggetto e concetto, tale da interrompere la possibilità di un percorso creativo e porre, invece, una soluzione di continuità del senso.[11] Il segno è dunque costituito dalle due facce di uno stesso foglio — significante e significato — le quali stanno in un rapporto di reversibilità, in modo tale da individuare nel segno «un'entità formale in grado da rappresentare associazioni stabili tra classi diverse di fenomeni».[12]

Nella esposizione di F. de Saussure la distinzione posta tra significante e significato sembra, inizialmente, implicare quale presupposto la preesistenza del pensiero sul linguaggio.[13] Ne consegue che l'arbitrarietà sembra investire esclusivamente il significante e non anche il significato che appare invece come un'idea già definita nella mente di ciascuno.[14] Successivamente, però, Saussure estende il carattere di arbitrarietà anche al significato: «Preso in se stesso il pensiero è come una nebulosa in cui niente è necessariamente delimitato. Non vi sono idee prestabilite, e niente è prestabilito prima dell'apparizione della lingua. (...) La sostanza fonica non è nè più fissa né più rigida. (...) Per cui la lingua elabora le sue unità costituendosi tra due masse amorfe».[15] In Saussure, dunque, significato e significante presi isolatamente sono «differenziali e negativi», la loro combinazione, il sistema che stabilisce il legame tra di essi, è «positiva». È in

---

10. Cfr. così U. Eco, La struttura assente, Bompiani, Torino, 1991, p. 251-285.

11. «il segno linguistico unisce non una cosa e un nome, ma un concetto e un'immagine acustica»(F. de Saussure, Corso di linguistica generale, Bari, Laterza, 1983, p. 83-84).

12. M. La Matina, La nozione di *interpretazione* nella *semiotica cognitiva* di Peirce, in La controversia ermeneutica, a cura di G. Nicolaci, Jaca Book, Milano, 1989, p. 54.

13. «Essa presuppone delle idee già fatte preesistenti alle parole» (F. de Saussure, op.cit., p. 83-84).

14. Cfr. M. Iofrida, Forma e materia. Saggio sullo *storicismo antimetafisico* di J. *Derrida*, Pisa, ETS EDITRICE, 1988, p. 21 e segg.

15. F. de Saussure, op. cit., p. 136-137.

queste pagine che si specifica il carattere di puro valore della lingua, pagine alle quali J.Derrida si riallaccia con il tema della différance.

Seguendo l'analisi del «Corso»,Derrida individua, alla base del sistema della lingua, il concorrere di due tematiche che s'intrecciano in un rapporto contraddittorio. Si scopre che, paradossalmente, è proprio questo rapporto contraddittorio ad offrire un saldo fondamento al sistema strutturalistico. Da un lato troviamo l'"identità" di un segno, che si definisce attraverso il "contesto", il tessuto connettivo, che, morfologicamente inscindibile, si plasma ed è plasmato: la modificazione di un elemento comporta la modificazione del tutto e viceversa. I segni sono arbitrari e si vengono quindi a definire non per delle proprietà intrinseche ed essenziali, ma attraverso un sistema di differenze con gli altri segni. L'identità di un termine s'istituisce in rapporto all'alterità, prima di porsi in questo rapporto ci troviamo di fronte a termini negativi: «nella lingua non vi sono che differenze senza termini positivi».[16] Assistiamo ad un occultamento della mancanza del sè nell'alterità. Il vuoto si costituisce come pieno attraverso la determinazione del sè con l'altro. È questo il gioco di reciproco rinvio dei segni. Nella possibilità di comprensione della parte in rapporto al tutto (nel presupposto della irriducibilità del tutto alla somma delle parti), l'alterità si coglie quale assenza: ciò che rapportandosi all'identità la istituisce. Ciò significa negare l'esistenza semplice della presenza, concepire il sistema della lingua quale infinita differenziazione. Il carattere della lingua viene affermato come puro valore: l'identità del segno è posta in dubbio come termine positivo, presente, e viene, invece, a confondersi con la nozione di valore.

D'altro lato Saussure, come abbiamo notato in precedenza, introduce la sua analisi partendo da un concetto di segno che si basa sulla distinzione tra il sensibile e l'intelligibile: il significante sembra subordinato al significato, strumento per accedere, comunicare con esso. Parte quindi dalla possibilità di afferrare dei significati considerandoli quali senso "pieno" dal quale poter procedere, quale punto fisso, nella significazione. Per distinguere il segno il linguista deve avere la possibilità di individuare punti fissi, già presenti. Pertanto Saussure da un lato individua il segno come un valore non rapportabile ad entità positive ma ad effetti della differenza, ponendo così una critica alla metafisica della presenza. D'altro lato pone l'affermazione del logocentrismo. Questa concezione logocentrica, secondo J. Derrida, s'individua particolarmente quando Saussure pone una gerarchia conferendo alla parola una priorità e relegando la scrittura a statuto secondario. La parola viene considerata come forma di comunicazione diretta; la scrittura come mezzo rappresentativo della parola, con l'accezione però di pericoloso, in quanto artificio tecnico che può apportare

16. F. de Saussure, op.cit.,p. 145.

fraintendimenti e distorsioni alla parola rappresentata. È questa posizione caratteristica della tradizione occidentale che si inscrive nell'ambito del logocentrismo: così la filosofia, in quanto studio del concetto, definendosi come ciò che trascende il problema della scrittura, presuppone l'esistenza di un significato come esistente in sè, come già fondato.

Sconfessando questa prospettiva, Derrida ha potuto negare il primato della parola sulla scrittura: la parola non è il medium della scrittura per giungere alla significazione del pensiero, essa non precede di diritto la scrittura. Ma non viene, con ciò, a porsi una priorità (inversa rispetto alla tradizione) dell'una sull'altra, e cioè della scrittura sulla parola.

Se, nella considerazione "ontica" della parola e della scrittura, poniamo l'attenzione sulla loro presenza, e dunque sulla matrice non linguistica ma ontologica del loro significato, queste ci appaiono come mezzi, come significanti, e poniamo una gerarchia di maggior o minor significazione tra di essi in base alla loro maggiore o minore vicinanza al pensiero.[17]

In questa prospettiva, «il segno appare entro un orizzonte di pensiero che legittima un ordinamento gerarchico dei concetti, tale da permettere di intendere qualcosa come rinviante a un altro che è posto come realtà ontologicamente più significativa, più pregnante. In ultima istanza la catena significativa rinvia oltre il segno stesso».[18]

Dunque, il segno rinvia non ad una fondazione segnica ma ad una fondazione ontologica. Se, invece, dalla presupposizione di un carattere ontologico del segno, passiamo ad una considerazione "grammaticale" della parola e della scrittura, queste ultime ci appaiono per se stesse e non più come mezzi di significazione; crolla questo ordinamento gerarchico-ontologico e scopriamo che parola e scrittura sono entrambe una sequenza di significanti, entrambe aperte al processo interpretativo. In tal senso Derrida ci parla di una Archi-scrittura: una scrittura generalizzata che comprende in sè, come sottospecie una scrittura fonetica ed una scrittura grafica. «In verità, anche nella scrittura detta fonetica, il significante "grafico" rimanda al fonema attraverso una rete pluridimensionale che li collega, come ogni significante, ad altri significanti scritti ed orali, all'interno di un "sistema totale", aperto ad essere investito di ogni possibile senso.

---

17. «La voce e la coscienza della voce sono il fenomeno di un'autoaffezione vissuta come soppressione della differenza, Questo fenomeno, questa soppressione presunta della differenza, questa riduzione vissuta dell'opacità del significante sono l'origine di ciò che chiamiamo la presenza. È presente ciò che non è soggetto al processo della dif-ferenza». Derrida, *Della grammatologia,* Jaca Book, Milano,1989, p. 190.

18. L. Samonà, Perchè *la* scrittura. Da Heidegger a Dewida. In La controversia *ermeneutica,* a cura di G. Nicolaci, Jaca Book, Milano, 1989, p.139

Bisogna partire dalla possibilità di questo sistema totale».[19]

Nel rapporto tra parola e scrittura che caratterizza il modo strutturalistico di pensare al linguaggio (presenzialismo),si configura quel meccanismo che J. Derrida individua nel termine «supplemento».Ricercando la funzione di supplemento della scrittura sulla parola, si può cogliere come l'una sia compensatoria all'altra solo perché entrambe caratterizzate dalla stessa peculiarità: l'assenza. Indagando, infatti, sul termine supplemento si possono cogliere in esso due significati contrastanti: esso è un qualche cosa di altro che si aggiunge ad un qualcosa in sè completo. Se viene aggiunto ad un qualcosa in sè completo, allora, questo altro che si aggiunge, non è essenziale, ma è un extra inessenziale. La contraddizione sta proprio nella necessità di aggiungerlo, necessità che individua una mancanza in ciò che si supponeva in sè completo. Dunque il supplemento diviene essenziale al fine di completare un qualche cosa. Questa possibilità aggiuntiva è possibile se nella parola stessa vi è già un'assenza che può essere supplementata. Allora, nota Derrida, vi è nella parola una mancanza originaria, un'assenza ed un fraintendimento. Non vi è mai presenza, essa è sempre rinviata, c'è sempre supplemento. Ciò che Derrida fa notare è che quanto si suppone essere la presenza, non è mai tale: essa si rivela sempre come un prodotto, cioè come "ciò che deriva da", ciò che presuppone di nuovo una presenza pura. Ogni movimento, ogni istante, non è mai in alcun momento della presenza. La presenza non è quindi la matrice dell'essere ma è l'effetto di un sistema di differenze, è un gioco di infinito rinvio in cui gli elementi si rapportano gli uni agli altri.

E necessario chiedersi se esiste un rapporto, e di che tipo, tra «il mondo reale» ed il linguaggio. Ciò che nella grammatologia si vuole porre in rilievo, proponendo per l'appunto questa terminologia, è il non aggancio alla cosa, al referente, nel linguaggio. «Secondo le presupposizioni rnetafisiche ci sarebbe un legame naturale del senso con i sensi».[20] I1 problema del senso deve essere colto nella scrittura stessa, al suo interno, in un approccio autoreferenziale del linguaggio con il linguaggio. I1 senso non si pone attraverso la rappresentazione nel libro del referente esteriore-mondo; la natura del linguaggio non è un mezzo per rappresentare cose esterne. Per comprendere il senso di un termine non si dovrà compiere dunque quella astrazione metafisica che impone un aggancio, una connessione, per giungere alla comprensione; aggancio che consisterebbe nel passare dalla letteralità della parola scritta al concetto, e dal concetto alla cosa. Si vuole evidenziare, per porre un ripensamento ed una critica, l'a-priori determinante la connessione, l'aggancio cosa-linguaggio o linguaggio-cosa, attraverso un'operazione metafisica. Trattando, infatti, della natura del

19. J. Derrida, *Della grammatologia,* **op.** cit., **p. 51**
20. *J.* Derrida, *Della grammatologia,* **op. cit.,** pag. **40**

linguaggio, si è sempre posto l'accento su una certa referenzialità, senza, invece, mai soffermarci sulla "necessità" dell'"aggancio", ma accettandolo quale a-priori logico.[21]

Siamo ora giunti all'inizio di un "discorso" dal quale dipartiamo, prescindendo da quel a-priori ontologico-fondazionale che «offre» significazione rinviando oltre il segno stesso. Questo "discorso" è esclusivamente grammatologico: non fuori, oltre, al di là del segno, non dentro, oltre, nelle «viscere» del segno. Se cercassimo fuori o dentro, opereremmo, pur sempre, con uno stesso metodo che incarna in sè lo stesso presupposto: quello metafisico, tale da arrestare e da fondare la catena del rinvio. Così, questo processo lo si applica nella concezione teologica in due direzioni. Sia considerando il segno come significante che presuppone in sè - nel fatto stesso di essere significante — il rinviare ad un significato esterno, che pone un fine rassicurante alla ricerca ontologica; sia considerando il segno come significante, come forma, come ciò che si vede, in superficie, che presuppone — in quanto superficie — ciò che affiora di un tutto nascosto, un significato, ciò che è oltre a questa superficie. Il né oltre, come altro, fuori dal significante, e il né oltre, come altro, dentro oltre la superficie: ecco il segno. «Solo quando lo scritto è defunto come segno-segnale nasce come linguaggio; allora dice quello che è, con ciò stesso rinviando solo a sè, segno senza significazione, gioco o funzionamento puro, perché cessa di essere utilizzato come informazione naturale, biologica o tecnica, come passaggio da un essente all'altro o da un significante ad un significato.

Ora, paradossalmente, l'iscrizione sola ha un potere di poesia, vale a dire di *evocare la parola fuori dal suo sonno di segno*.. [22] Ci troviamo così di fronte ad una esteriorità irriducibile, non più riconducibile ad un termine di riferimento.[23]

Nella traccia, come ciò che resta di una "scrittura" che ha perso la pro-

---

21. cfr. **R.** Rorty a proposito dell'alternativa derridiana sul linguaggio: «L'oggetto del contendere è: la natura del linguaggio.(...) Platone e i realisti pensano che il linguaggio sia un mezzo per rappresentare cose esterne. Nietzsche e gli antirealisti pensano che sia un mezzo per ottenere ciò che si vuole. Ma non è nè l'una cosa nè l'altra. Esso non serve a nulla al di fuori di sè. Nè «il mondo» nè «ciò che si vuole» designano alcunchè tranne la descrizione datane dal linguaggio. La scelta di un dizionario non può essere determinata da alcunchè di esterno al linguaggio. In questa prospettiva derridiana, il difetto della tradizione metafisica è stato presupporre la possibilità di collocare il linguaggio entro una certa immagine del mondo». (R. Rorty, Di là dal *realismo* e *dall'antirealismo: Heidegger,* Fine, Davidson e *Derrida,* in «AUT-AUT», Settembre 1987, pp. 112-113)

22. J. Derrida, La scrittura e *la* differenza, Einaudi, Torino, 1990, p.15.

23. Qui l'interesse di Derrida per la semiosi illimitata di *C*. S. Peirce (vd. Della *grammatologia,* cit., p. 55)

pria origine, o meglio che individua la propria origine nella non originarietà, Derrida tenta di compiere questo superamento. Poiché alla nozione di segno è costitutiva la distinzione tra significante e significato, Derrida sottopone a critica l'approccio ermeneutico che poggiava sul primato ontologico del significato; egli non rinviene più nella scrittura il segno, così costituito, ma la sola traccia, traccia che non contiene la referenza all'essere; parlando, in tal senso, di un significante che rinvia ad un significante. Crolla così il privilegio del significato, privilegio dell'autorivelativo proprio del segno, in modo tale da interrompere l'arresto del rinvio e fondare la catena infinita dei rimandi. Il percorso proposto da Derrida libera il significante dalla sua dipendenza rispetto al significato trascendentale, al concetto, alla verità, e porta, in questo modo, a considerare il significante come traccia, per poter così pensare il processo segnico senza dover uscire da esso.

Sostenere ancora la concezione saussureana di segno significa introdurci al problema dell'atto cognitivo, presupponendo la presenza dell'origine; quell'origine che offre a noi il segno come già dato, dunque origine che è il segno già dato. In tal caso il problema della conoscenza non implicherebbe in sè la ricerca sul segno: al contrario, il problema dell'essere, della verità, sarebbe il postulato aprioristico rispetto all'atto cognitivo stesso. Il senso sarebbe già prima dell'atto e l'atto cognitivo lo farebbe semplicemente affiorare.

Parliamo, invece, di traccia: traccia che non è segno in quanto non si rinviene in essa l'origine, essa non è già data, essa «è già» non-originaria. Affermare che la traccia "istituita" è "immotivata" significa considerare questa istituzione non più attuata attraverso un rimando alla realtà[24]. L'immotivato ci pone in una prospettiva di senso in cui la parola/scrittura non traduce una realtà, non poggia la sua possibilità su un "legame" con l'essere come presenza, dunque non fonda la sua possibilità come possibilità d'essere.[25]

Non si può, dunque, giungere ad una "essenza" del senso. Bisogna pertanto introdurci ad un'ermeneutica del senso senza alcun rinvio ad una scrittura onto-fenomenologicamente data. Essa implica l'esistenza di una «traccia istituita.: ciò che permette la possibilità dei sistemi di significazione. Ora bisogna partire dal fatto che vi è solo la traccia, cioè essa non rimanda di necessità ad un significato, ad un ente che la <<giustifichi», essa è «immotivata», cioè non è agganciata per natura ad alcun significato,

---

24. «Essa non ha nella realtà alcun 'aggancio naturale' col significato» (J. Derrida, Della *grammatologia,* cit., p. 52).

25. così Derrida: «Bisogna pensare la traccia prima dell'ente» (Della *grammatologia,* cit., p. 52); «Bisogna riconoscere il radicamento del simbolico nel non simbolico, in un ordine di significazione anteriore e collegato» (Della *grammatologia,* cit., p. 53).

non porta con sè alcun rimando metafisico: «Bisogna pensare la traccia prima dell'ente».[26] Non bisogna quindi pensare all'esistenza dell'ente e considerare poi il segno come occultamento dell'ente e rappresentante di esso "nel mondo reale". Partendo dal testo stesso, la scrittura *o* la parola perdono la connotazione di significante. Se vi sono solo dei «significanti» non ha più alcun senso parlare di significante in quanto esso non è più rappresentante di un significato pre-supposto. Ci sono solo "segni".

Nell'assenza di un significato trascendentale, nella non motivazione della traccia, J. Derrida individua ciò che egli chiama il «gioco» della significazione: la illimitatezza del gioco di infinito rinvio da significante a significante (cfr. C.S.Peirce). Questa illimitatezza del gioco è ciò che provoca lo «"scuotimento" dell'onto-teologia e della metafisica della presenza». Questo continuo differimento-differenziazione, cioè la tesi della différanza come fonte linguistica, è ciò che porta alla comprensione della mancanza di pienezza sensibile. Se la traccia è l'origine del senso, o meglio, il continuo divenir senso, essa è la différanza che apre il gioco della significazione, ciò porta a concludere che vi è "solo" la mancanza originaria di origine del senso.

Se non c'è un punto originario, non per questo dobbiamo prendere in considerazione la traccia connotandola con l'aggettivo "capricciosa"[27], sarebbe a dire inventando un a-priori fondativo, ciò ci porrebbe in un soggettivismo estremo in cui "tutto" potrebbe essere origine, verità, dove "tutto potrebbe essere". Nell'attribuire alla traccia la caratteristica di «non capricciosa» Derrida esplica la possibilità di individuare un'ermeneutica del senso che non debba rintracciare il supporto di un fuori-testo, cioè che non debba necessariamente fare appello ad un referente esterno quale è il carattere ontologico della presenza; senza per questo negare la possibilità di attribuzione di un senso, comunque diverso dal possibile approdo nel soggettivismo (che renderebbe vana la ricerca sui limiti della creazione da parte dell'interprete). In tal caso, al problema dell'atto cognitivo è interno il problema del segno (inteso come traccia); il senso diviene quest'atto stesso: esso non si rinviene prima dell'atto cognitivo — così come avviene invece nella concezione saussureana di segno — dunque non è il dato presupposto all'atto cognitivo stesso. Neppure, l'atto cognitivo istituisce, è l'atto fondante: il segno è interno all'atto cognitivo, meglio, essi sono contemporanei. La traccia viene presa in considerazione da Derrida come «istituita»; essa si istituisce mentre si dà (origine non-originaria). Traccia istituita significa non dover fare ricorso ad un punto di riferimento preco-

---

26. J. Derrida, Della *grammatologia,* cit., p. 52

27. cfr. così J. Derrida: «La traccia istituita è "immotivata", ma non capricciosa. Come la parola "arbitrarietà" di Saussure, essa "non deve far pensare che il significante dipenda dalla libera scelta del soggetto parlante".» (Della *grammatologia*, cit., p. 52).

stituito rispetto alla struttura segnica, piegando i termini ad un rinvio reciproco.

Mentre il segno, la logica del segno trova supporto nella concezione ontologica-presenzialistica della "parola piena", proviamo ora a vedere come la traccia, prescindendo da questo fondamento ontologico-trascendentale, «è la differenza. Essa non dipende da alcuna pienezza sensibile»[28], ma è composta da vuoti. Derrida utilizza i termini spaziatura, fenditura, spazio bianco, cesura, tutti termini che ci rimandano ai vuoti, all'assenza. La traccia viene a comprendersi quale origine non-"già data": Archi-traccia. Essa viene, dunque, ad individuarsi quale superamento del concetto classico, metafisico di origine. Ma, afferma esplicitamente J. Derrida, non bisogna considerarla quale sparizione dell'origine: l'origine non è mai scomparsa poichè non vi è mai stata origine, così come non vi è traccia originaria. Tutto comincia "già" da una non-origine: la traccia.[29] «La traccia pura è la differenza. Essa non dipende da alcuna pienezza sensibile, udibile o visibile, fonica o grafica. Al contrario ne è la condizione. Benchè non esista, benchè non sia mai un ente-presente fuori da ogni pienezza, la sua possibilità è di diritto anteriore a tutto ciò che si chiama segno (significato/significante, contenuto/espressione, ecc.). (...) La differenza è dunque la formazione della forma».[30] Dunque la traccia come differenza, come non-origine originaria è, secondo J. Derrida, la condizione di esistenza dell'opposizione metafisica tra il sensibile e l'intellegibile, anteriore e fondativa di questa opposizione. Da ciò si può individuare la critica alla concezione metafisica di una gerarchia tra i due termini, dei quali uno si situerebbe come primario e determinante per l'esistenza del secondo. Abbiamo già visto come questa concezione classico-metafisica del segno si autodecostruisca, fondandosi su un elemento ontologico-presenzialista. Ora la stessa idea del «supplemento», nell'ambiguità della sua funzione, evidenzia il funzionamento della traccia in quanto "vuoto", e non l'in sè dell'origine come "pieno". Da un'origine come essenza giungiamo, allora, ad una traccia come différenza.

Abbiamo cercato di cogliere alcune tematiche proprie della filosofia di J. Derrida per introdurre, nell'ambito dell'ermeneutica giuridica, ad una individuazione del senso del "testo" disponendo di esso in quanto «traccia istituita» che non incorpora già la presenza di un senso. In tale prospettiva ci si propone una "lettura" del documento legislativo ricercando un per-

---

28. J. Derrida, Della *grammatologia,* cit., p. 70.

29. «La traccia non è solamente la sparizione dell'origine, qui essa vuol dire che l'origine non è affatto scomparsa, che essa non è mai stata costituita che, come effetto retroattivo, da una non-origine, la traccia, che diviene così l'origine dell'origine». (J. Derrida, Della *grammatologia,* cit., p. 69).

30. J. Derrida, Della *grammatologia,* cit., pp. 70-71.

corso che non segua la strada della "ricostruzione" del senso, nè quello dell'"integrazione" di esso (cioè di una partecipazione attiva del passato per una comprensione del senso presente[31]); il gesto che, invece, ricerchiamo, attraverso la problematica prospettata da J. Derrida, è quello di costruire il processo di senso, un processo cognitivo, considerando non più il segno, ma la traccia come iterazione-alterazione. Il «segno» (traccia) per svolgere la funzione di trasmissione di un "determinato" significato, di comunicazione, deve possedere quale caratteristica propria l'iterabilità, cioè la capacità di riprodursi inalterato. Ma l'iterazione, in quanto ripetizione, è alterazione, è altro dall'"originario. J. Derrida affronta questa problematica in particolare nella relazione «Firma, evento, contesto»[32], in cui espone la tesi del distacco del linguaggio dal significato. L'iterabilità comporta, infatti, alterità del significato determinato: la possibilità ripetitiva comporta che l'enunciato possa essere staccato dal suo contesto esterno, cioè dall'intenzione significativa, dalla volontà del Voler dire" del locutore, dall'orizzonte della sua esperienza[33].

Caratteristico del linguaggio è l'iterazione del mezzo comunicativo al di là ed in mancanza sia del mittente che del destinatario; tale da essere ripetuto in altre condizioni spazio-temporali. Ciò comporta un differimento e una differenziazione continui, la presenza di soli significanti che rinviano ad altri significanti. Tutto ciò che fa riferimento al fuori-testo si rivela essere altro nel distanziamento. I1 punto di partenza per introdurci ad un'ermeneutica del senso, sta, dunque, nella produzione di significanza facendo esclusivo riferimento al «testo» come qui l'abbiamo inteso.

ABSTRACT

Through a transposition of J. Derrida's philosophical themes — in particular his criticism of the concept of sign — the study intends to introduce a legal herrneneutics to find the meaning of a provision of the law in the process of signification.

Attraverso una trasposizione delle tematiche di J. Derrida — in particolare della sua critica al concetto di segno —, si vuole qui introdurre ad una ermeneutica giuridica che individua il senso di una disposizione normativa nello stesso processo di significazione.

31. cfr. così Josef Esser.
32. In «AUT-AUT» n. 217-218, Gennaio-Aprile 1987, pp.177-199.
33. cfr. H.G.Gadamer.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova Serie - Vol. VIII (1994)

PAOLO FERRETTI

CUJACIO, REVARDO, J. GOTOFREDO, NOODT E C.Th. 9,14,1: ATTUALITA' DI UN DIBATTITO

1. - «L'Inde présente aujourd'hui un des cas les plus remarquables, au sein d'un grand ensemble couvrant le sud-est asiatique, mais de très nombreuses sociétés passées l'ont pratiqué. Outre sa fréquence, un des caractères communs, c'est qu'il s'exerce le plus souvent sur le sexe féminin. Il se pratique de bien des façons: exposition, étouffement, strangulation, empoissonement, violences... jusqu'à cet avatar contemporain, le foeticide féminin hospitalier... mais autant... formes d'élimination indirecte ou retardée des filles, formes qui, pour être moins impressionnantes que les précédentes, n'en sont pas moins porteuses de conséquences démographiques négatives: le manque de soin, la malnutrition, j'ajouterai la mise au travail plus précoce, sont autant de fléaux auxquels la jeune population féminine est plus fréquemment et plus intensément suomise, sous toutes les latitudes et à toutes les époques» (1).

Con queste parole Pierre Brulé apre il suo saggio, volto a dimostrare come il rapporto fra popolazione maschile e popolazione femminile sia stato - in passato - e sia - tuttora - alterato da pratiche più o meno violente, originate da cause diverse e mutevoli, nel corso dei secoli, ma tutte indifferentemente finalizzate all'uccisione di vite umane ancora indifese.
Queste affermazioni, agghiaccianti per il presente, con riferimento alle esperienze antiche (2), non sono certo nuove e proprio tra gli studiosi di demografia romana (3) è radicata l'opinione che solo a partire dal 374, con

(1) P.BRULÉ, Infanticide et abandon dénfants. Pratiques grecques et *comparai*sons anthropologiques, in Dialogues d'histoire ancienne, XVIII, 2, 1992, p. 53 ss.

(2) PLAUT., *Cist.* 120 ss.; 163 ss.; *Cas.* 39 ss.; TER., Heaut. 625 ss.; CIC., inv. 2,52; DION. 5,8,5; 8,79,1; SEN., contr. 9,3,1; 10,4,1; SEN., *dial.* 3,15,2; VAL.MAX. 5,4,5; 6,1,2-3; QUINT., inst. 9,2,89; Iuv. 6,625-644; PLIN., epist. 10,65,1-3; 10,66,1-2; SVET., *gramm.* 7; Aug. 65; *Cal.* 5; *Claud.* 27; DIO 37,36,3; 54,16,2; TERT., apol. 9.

(3) Vedi per tutti: P.A.BRUNT, Italian Manpower (225 *B.C-A.D. 14),* Oxford 1971, p.146 ss.; P.SALMON, Population et dépopulation dans l'Empire *romain,* Bruxelles 1974, p.70 ss.

una costituzione di Valentiniano, Valente e Graziano, riportata in C.Th. 9,14,1 e in C. 9,16,7, fosse stata sanzionata come omicidio l'esposizione di neonati da parte dei genitori, fino a quel momento lecita. Senonché l'interpretazione moderna di questa legge è tutt'affatto controversa; e con un andamento ciclico, sovente riscontrabile negli storici di antichistica, oggi si propone negli stessi termini un dibattito apertosi tra J.Cujacio, J.Revardo, J.Gotofredo e G.Noodt. (4).

Proprio questa discussione, non priva di frecciate polemiche, ha attratto la nostra attenzione e desideriamo riprenderne gli estremi per sottolineare la sua attualità.

2. - Partiamo dal testo della costituzione, emanata il 7 febbraio del 374 d.C. dagli imperatori Valentiniano, Valente e Graziano, data a Roma e indirizzata al prefetto Probo, tramandata, come si è detto, sia nel C.Th. (9,14,1), sia nel codice giustinianeo (9,16,7) (5)

> C.Th.9,14,1 (*Imppp.* Valentinianus Valens et Gratianus AAA. ad *Probum* PP.): Si quis necandi infantis piaculum adgressus adgressave sit, erit capitale istud malum.

Anzitutto l'interpretazione di J.Cujacio (6). Secondo l'insigne studioso la *lex Cornelia* de *sicariis* et veneficis (7) avrebbe lasciato seri dubbi riguardo al suo reale ambito di applicazione, dal momento che essa faceva unicamente riferimento all'*hominis* uccisio (8) (da cui il vocabolo *homicidium*), e pertanto si sarebbe continuato a domandarsi se la disposizione potesse abbracciare o meno anche il caso della uccisione del bambino. Allo stesso modo si dubitava riguardo alla donna: come, infatti, il bambino non era considerato ancora uomo (9), così anche la donna, pur apparte-

---

(4) Per notizie biografiche sui giuristi citati, rimandiamo ai seguenti contributi: G.Salvioli, Storia del diritto italiano, Torino 1921[8], p.134 ss.; P.Del Giudice, Storia del diritto italiano, II, Firenze 1969, rist. anast., p.100 ss.; A.Cavanna, Storia del diritto moderno in europa, I, Milano 1979, p.177 ss.; F.Wieacker, Storia del diritto privato moderno, I, trad. it., Milano 1980, p.242 ss.

(5) *C.9,16,7:* Si quis necandi infantis *piaculum* aggressus, aggressave sit: sciat se capitali supplicio esse *puniendum*.

(6) J.Cujacius, *Observationum* et *emendationum* libri, cap. *XXI* «*De* occiso infante», in Opera, I, Par. Fabrot. edit., Prati 1839, col.244-245.

(7) Su questa legge pubblica, per tutti: G.Rotondi, Leges Publicae Populi Romani, Milano 1912, p.358, estr. da EG.

(8) D.48,8,1, pr. (Marcianus libro quarto decimo institutionum): Lege *Cornelia* de sicariis et veneficis tenetur, qui *hominem* occiderit...

(9) D.Albanensis, Vindiciae pro Jacobi *Cujacii* sententia, in J.Cujacius, Opera, cit., X, Prati 1840, col.2105 ss., riporta, nel proprio saggio, le posizioni dei quattro

nendo a quest'ultimo genus, era tenuta distinta dal soggetto maschile (10). Dunque delle due l'una: o l'infanticidio sarebbe ricaduto nell'ambito di applicazione della lex *Cornelia,* e pertanto sanzionato con la pena capitale fin dall'81 a.C., oppure, esulando da questa, non avrebbe costituito un *crimen,* rimanendo l'uccisione dell'*infans* pienamente lecita.

I1 Cujacio opta per questa seconda ipotesi, ritenendo C.Th.9,14,1 come il primo intervento volto a sanzionare una fattispecie fino a quel momento non prevista dall'ordinamento, parificando così, ma soltanto a partire dal 374, l'uccisione del bambino a quella dell'uomo.

L' insigne umanista argomenta che, come il significato del termine *homo* è stato, con riferimento alla *lex Iulia* et Papia, esteso dai giureconsulti, in modo da ricomprendervi anche la nozione di femmina (11), analogamente è probabile pensare che Valentiniano, Valente e Graziano abbiano voluto ampliare l'originario ambito di applicazione della *lex Cornelia,* ricomprendendovi l'uccisione del bambino, fino a quel momento sicuramente impunita (12).

---

giuristi da noi menzionati per poi rimeditarle alla luce della tesi di Cujacio, da questi abbracciata. Al riguardo riferisce il pensiero dello stesso, secondo cui *infans* era considerato come uomo non ancora perfetto, o altrimenti imperfetto, il quale differiva dall'adulto per l'età e per il linguaggio, ma non certamente per la natura, la quale medesima vige tanto nell'uomo formato, quanto nel bambino, *e* perfino nel feto non ancora venuto alla luce; al riguardo cita SEN., epist.124,8: *Quare autem bonum* in *arbore animalique* muto non est? quia nec ratio. Ob hoc in infante quoque non est; *nam* et huic deest. Tunc ad *bonum perveniet cum* ad *rationem pervenerit.* Inoltre il libro della Sapienza (cap.12, v.24): *Infantium insensatorum* more vivente~E quello dei Proverbi (cap.1, v.22): *Usquequo, parvuli,* diligitis *infantiam,* et stulti, ea quae sunt noxia capent; (cap.14, v.18) Possi sebunt parvuli *stultitiam.*

(10) Al riguardo J.CUJACIUS, *Observ.,* cit., col.244, ricorda D.48,19,38,5 (Paulus libro quinto sententiarum): Quid abortionis aut *amatorium poculum* dant, etsi dolo non faciant, *tamen* quia mali *exempli res* est, *humiliores* in *metallum,* honestiores in *insulam amissa* parte *bonorum* relegantur, qqud si eo *mulier* aut *homo perierit, summo* supplicio *adficiuntur.*

(11) J.CUJACIUS, *Observ.,* cit., col.244, cita D.50,16,152 (Gaius libro decimo ad legem Iuliam et Papiam): *Hominis* appellatione tam *feminam quam masculum contineri* non dubitatur.

(12) D.ALBANENSIS, Vindiciae, cit., col.2110 ss., si sofferma ulteriormente sul termine infans, per svolgere, in contrasto con altre interpretazioni, di cui fra poco faremo menzione, due considerazioni che ci permettono di comprendere maggiormente il pensiero di Cujacio: innanzitutto fa notare come la legge parli genericamente di infans, senza operare alcuna specificazione o restrizione, per cui sarebbe pienamente fondata la posizione assunta dal giurista nel ritenere illegittimo operare distinzioni là dove, per l'appunto, la legge non ne fa; gli imperatori, quindi , sarebbero intervenuti per sanzionare semplicemente l'uccisione dell'infans, e cioè di colui che ancora non ha raggiunto il settimo anno d'età, considerandovi tuttavia ricompreso anche il feto non ancora venuto alla luce (C.6,30,18: si infanti, id est

3. - Passiamo all'opinione di J.Revardo (13): Egli ritiene che la lex Cornelia, pur facendo soltanto menzione del termine homo, comprendesse anche l'ipotesi dell'infanticidio, sulla base del fatto che l'infans non poteva non essere considerato appartenente alla categoria «uomo»; invero l'autore si chiede come poteva essere lecito l'infanticidio fino alla fine del IV secolo, se da tempo era sanzionato l'aborto, sebbene con una pena di entità inferiore (14) (D.48,8,8). Perciò Revardo ritiene che ai tempi di Valentiniano l'infanticidio rientrasse sotto l'ambito di applicazione della *lex Cornelia* e che la costituzione in questione, sebbene contenga parole di ambiguo significato, le quali potrebbero far propendere per altre soluzioni, disciplinasse una fattispecie diversa, e cioè i sacrifici di bambini, uso che, con ogni probabilità, continuava ad essere praticato in diverse parti dell'impero (15).

---

minori *septem annis*...cfr. posizione assunta da Noodt sul punto). In secondo luogo, la costituzione, con le parole si quis necandi infantis..., avrebbe punito colui che avesse ucciso un bambino, indipendentemente dal modo con cui avesse deciso di attuare quel particolare disegno criminoso, e quindi, sia che l'infans fosse stato ucciso ancora nelle viscere della madre, sia appena nato, per occultare la vergogna della nascita, sia che fosse stato esposto o immolato, certamente unico era l'ambito di applicazione della legge,

(13) J.Raevardus, *Liber* III *Conjectaneorum,* cap.I, in J.Cujacius, Opera, cit., X, col.1083-1084.

(14) J.Raevardus, *liber,* cit., col.1083, ricorda al riguardo Cic., Cluent. 32: memoria *teneo Milesiam quandam mulierem, cum essem* in Asia, quos ab heredibus secundis *accepta* pecunia *partum* sibi ipsa *medicamentis* abegisset, rei capitalis esse *damnatam;* nec injuria, quae *spem* parentis, *memoriam nominis, subsidium* generis, *heredem familiae, designatum* Reipublicae *civem sustulisset*...(cfr. D.48,19,39); D.48,8,8 (Ulpianus libro trigensimo tertio ad edictum): Si *mulierem* visceribus suis *vim* intulisse quo *partum* abigeret, constiterit, *eam* in *exilium* praeses provinciae *exiget.* L' autore, inoltre, riporta due passi, il primo di Tert., apol. 9: *nobis* vero *homicidio semel* interdicto, *etiam conceptum* utero, *dum adhuc* sangis in *hominem delibatur,* dissolvere non licet. *Homicidii* festinatio est prohiberi nasci; nec refert *natam* quis eripiat *animam,* an *nascentem* disturbet: *homo* est, et qui *futurus* est; *etiam fructus hominis jam* in semine est. Il secondo di Min.Fel. 30: sunt quae in ipsis *visceribus, medicaminibus* et potis, *originem* futuri *hominis* extinguant, et *parricidium faciant antequam pariant.*

(15) J.Raevardus, loc.cit., col.1083, ritiene che il termine piaculum presenti un duplice significato: semplicemente quello di «delitto», oppure, per l'appunto, di «sacrificio»;cita ad esempio Verg., Aen. 6,569 (*Distulit* in *seram commissa* piacula *mortem*) e 6,153 (*Duc* nigras pecudes, ea prima piacula sunt). Inoltre costituirebbero prova del fatto che C.Th.9,14,1 si riferisse al sacrificio di bambini le ampie testimonianze lasciateci da autori cristiani, fra cui Tert., apol. 9: infantes penes *Africam Saturno immolabantur palam* usque ad *proconsulatum* Tiberii, qui *eosdem secerdotes* in *eisdem* arboribus *templi* sui *obumbratricibus scelerum* votivis crucibus exposuit... sed et *nunc* in occulto perseverat hoc *sacrum* facinus; nonchè Lact., inst.

4. - È ora importante soffermare la nostra attenzione sull'opinione di J.Gotofredo (16), il quale condivide il pensiero di Revardo sul punto che, senza dubbio, l'uccisione di un bambino fosse considerata omicidio (17) ai sensi della legge Cornelia: infatti, aggiunge Gotofredo, nell' editto Publiciano l'*infans* era ricompreso apertamente sotto l'appellativo di uomo (18). Secondo il giurista questa concezione si sarebbe spinta fino al punto che persino il feto, ancora nell'utero, rientrava sotto la definizione di uomo e la sua provocata estinzione sotto la voce omicidio (19).

Dunque, Gotofredo, se abbiamo rettamente inteso, sulla base di queste considerazioni e sul fatto che le fonti giuridiche testimoniano apertamente che la fattispecie dell'aborto volontario era sanzionata con l'esilio, anche

---

1,21:.*Pescennius* Festus in *libris Historiarum* per *satyram* refert Carthaginenses Saturno *humanas* hostias solitos immolare: et *cum victi* essent ab Agatocle, Rege Siculorum, *iratum* sibi *Deum* putavisse; itaque ut diligentius *piaculum solverent,* ducentos *nobilium filios* immolasse. Sempre dell'opinione che *verbum piaculum* aliud non denotat, nisi *sacrificium* è C.GUARASIUS, Consentini atque Agathensis patricii exposition in L. pen. C. ad L. *Corn.* de Sicar., adversus *J. Cujacium,* in J. Cujacius, Opera, cit., X, col.2071 ss.; ad esso si contrappongono, come fa giustamente notare F.CORDERO, *Criminalia.* Nascita dei *sitemi* penali, Bari 1985, p.9 n.23, De Caro ed altri tyrones, i quali interverngono con una dotta Dispunctio ad *Guarasium,* in expositione L. Si quis necandi C. ad L. *Corn.* de Sicar., anch'essa riportata in J.Cujacius, Opera, cit., X, col. 1085 ss., adducendo molte fonti nelle quali *piaculum* non *revera sacrificium* denotatur, sed crimine, e talvolta soiet...*p*ro infortunio, periculoque adhiberi.

(16) J.GOTHOFREDUS, Ad *legem Corneliam* de sicariis, *C.Th. 9,14,1,* in Codex Theodosianus ...opus ... *recognitum...* opera et studio Antonii *Marvilii,* ed. nova, III, Lipsiae 1738, p.91 ss.

(17) J.GOTHOFREDUS, loc. cit., p.91 ss., secondo cui non soltanto fonti giuridiche testimonierebbero questa concezione; infatti anche dal poeta Omero l'uccisione dell'infans è detta omicidio: D.48,19,16,8 (Claudius Saturninus libro singulari de poenis paganorum): *εὖτέ με τυτθὸν ἐόντα Μενοίτιος ἐξ Ὀπόεντος / ἤγαγεν ὑμέτερόνδ' ἀνδροκτασίης ὕπο λυγρῆς, / ἤματι τῷ ὅτε παῖδα κατέκτανον Ἀμφιδάμαντος / νήπιος, οὐκ ἐθέλων, ἀμφ' ἀστραγάλοισι χολωθείς* (cfr. Hom., *Il.* 23,85). E' interessante notare come la medesima fonte sia citata da J.CUJACIUS, l o ~cit., col.245, ma interpretata in senso opposto. Quest'ultimo, infatti, riporta il passo di Omero per sottolineare come il poeta abbia erroneamente usato il termine «omicidio»,per indicare l'uccisione di un bambino.

(18) D.6,2,12,5 (Paulus libro nono decimo ad edictum): Publiciana actione *etiam* de infante servo nondum *anniculo* uti *possumus.*

(19) J.GOTHOFREDUS, Ad *legem,* cit., p.92, riporta quattro testimonianze, sebbene tutte di natura metagiuridica: Iuv. 6,596: ...quae steriles facit atque *homines* in ventre necandos conducit... Così TERT., apol. 9 e MIN.FEL. 30 (passi già citati, cfr. n.14). Infine HIER., epist. *22,13*: *Aliae* vero *sterilitatem* praebibunt et *necdum* nati *hominis homicidium* faciunt...

prima dell'awento degli imperatori cristiani (20), si chiede come sia possibile dubitare, a maggior ragione, che per l'uccisione di un bambino non fosse stata già irrogata una pena: lo stesso TERT., nat. 1,15 ci documenta al riguardo, eliminando ogni incertezza residua: ...Non *aliter vos* quoque infanticidae, qui infantes edito enecantes, Zegibus quidem *prohibemini,* sed nulla *magis* leges *tam impune, tam secure* eluduntur...

Inammissibile, quindi, l'opinione sostenuta da Cujacio, il quale era stato probabilmente ingannato, come ritiene Gotofredo, dal presunto particolare significato del linguaggio, secondo cui si sarebbero definiti uomini soltanto individui di età perfetta. Dunque, prima del 374 d.C. l'uccisione dell'infans doveva essere stata prevista (21). Di certo era ricompresa sotto l'appellativo di omicidio, probabilmente non sanzionata con la pena capitale, bensì in modo più leggero (come accadeva per l'aborto volontario); per dirla in altri termini, omicidio era considerato sia l'uccisione dell'individuo adulto, sia quella dell'infans, sia il caso dell'aborto volontario, ma, mentre quest'ultima fattispecie era punita con il semplice esilio, e l'eliminazione dell'uomo di età perfetta con il supplizio capitale, è dubbio a quale pena fosse tenuto chi si fosse macchiato del reato d'infanticidio. L'intervento degli imperatori Valentiniano, Valente e Graziano deve essere stato causato dalla crescente corruzione dei costumi, che avrebbe reso indi-

---

(20) J.GOTHOFREDUS, Ad *legem,* cit., p.92, richiama anche D.48,8,8 (cfr. n.14), D.48,19,39 (Tryphoninus libro decimo disputationum): *Cicero* in oratione pro Cluentio Habito scripsit *Milesiam quandam mulierem, cum* esset in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia *partum* sibi *medicamentis* ipsa abigisset, rei capitalis esse *damnatam.* Sed et si qua visceribus suis post *divortium,* quod pregnas fuit, *vim* intulerit, ne *iam* inimico marito *filium* procrearet, ut *temporali exilio* coerceatur, ab *optimis imperatoribus* nostris *rescriptum* est (cfr. n.14); nonchè D.47,11,4 (Marcianus libro primo regularum): *Divus Severus* et Antoninus *rescripserunt eam,* quae data opera abegit, a praeside in temporale *exilium dandam: indignum enim videri* potest *impune eam maritum* Ziberis fraudasse.

(21) C.VAN BYNKERSHOEK, *Opusculum* de jure occidendi, vendendi et exponendi liberos apud veteres *Romanos,* cap.VII, in Opera Omnia, I, Lugduni Batavorum 1767, p.359 s., ritiene, invece, che già prima del 374, owero dell'emanazione della legge di Valentiniano, l'infanticida fosse punito con la pena capitale, precisamente con la poena *parricidii,* introdotta da Costantino (C.Th.9,15,1) nel 318. Pertanto egli pensa che gli imperatori abbiano reputato necessario questo prowedimento per far fronte alla dilagante e sempre crescente perversità, che spingeva ad uccidere i bambini pro ludibrio; ma se questa motivazione, continua l'autore, non fosse sufficiente potrebbe considerarsi anche il fatto che mai una legge, precedentemente, aveva espressamente nominato l'*infans,* e poichè lo stesso testo di Costantino parlava semplicemente di filius, qualcuno, in modo errato, avrebbe potuto ritenere lecita l'uccisione di un bambino a lui estraneo. Infine, mentre la costituzione di Costantino era indirizzata al Vicario d'Africa, questa veniva rivolta al prefetto pretorio di Roma.

spensabile una reazione al delitto più decisa e severa: dev'essere sembrato loro opportuno emanare una nuova costituzione, mediante la quale, da una parte, confermavano l'illiceità della fattispecie, dall'altra, aumentavano la pena, stabilendo il supremo supplizio per chi avesse osato uccidere infantes recens natos, frutto di erranti ed illeciti amori, che padri sconosciuti o madri di malaffare non esitavano ad eliminare, e ciò anche nella stessa città di Roma, per occultare, in qualche modo, la vergogna che ne sarebbe derivata.

La costituzione, ordunque, avrebbe riguardato l'uccisione dei neonati, per frenare l'orrendo crimine dei genitori che avessero voluto con la morte sopprimere il frutto di illecite unioni (crimine che con ogni probabilità era, fino a quel momento, sì previsto come omicidio, ma sanzionato in modo diverso, di certo meno intensamente) e l'avrebbe punita capitalmente.

Gotofredo, infine, confuta la teoria sostenuta da Revardo con tre considerazioni: in primo luogo l'espressione *piaculum*, la quale ammette un duplice significato: sacrificio oppure, semplicemente, delitto; in secondo luogo l'intervallo di tempo trascorso da quando Tertulliano scriveva di questa consuetudine ed il periodo di Valentiniano, intervallo di oltre centocinquanta anni; in terzo luogo, il fatto che lo stesso imperatore aveva già proceduto nel **365** all'emanazione di una costituzione, nella quale faceva espresso divieto di praticare sacrifici notturni (22).

5. - Occorre, da ultimo, prendere in considerazione l'opinione di G.Noodt (23), il quale perviene ad una propria e singolare interpretazione, solo dopo aver confutato tutte le altre possibili ipotesi. Innanzitutto la sua

---

(22) C.Th.9,16,7 (Impp.Valentinianus et Valens AA. ad Secundum PP.): *Ne quis deinceps nocturnis temporibus aut nefarias preces aut magicos apparatus aut sacrificia funesta celebrare conetur. Detectum enim adque convictum conpetenti animadversione mactari perenni auctoritate censemus. A* questo luogo D.Albanensis, *Vindiciae*, cit., col.2126 s., contro l'opinione di Revardo, produce le seguenti testimonianze: C.1,11,1 (Imp. Costantinus A. ad Taurum PP.): *Placuit omnibus locis atque urbibus universis claudi protinus templa et accessu vetito omnibus licentiam delinquendi perditis abnegari. Volumus etiam cunctos sacrificiis abstinere. Quod si quis aliquid forte huiusmodi perpetraverit, gladio ultore sternatur, facultates etiam perempti fisco decernimus vindicari et similiter puniri rectores provinciarum, si facinora vindicare neglexerint;* D.48,8,13 (Modestinus, libro duodecimo pandectarum): *Ex senatoconsulto eius legis poena damnari iubetur, qui mala sacrificia fecerit habuerit;* P.S. 5,23,15: *Qui sacra impia nocturnave, ut quem obcantarent defigerent obligarent, fecerint faciendave curaverint, aut cruci suffiguntur aut bestiis obiciuntur;* P.S. 5,23,16: *Qui homines immolaverint exve eius sanguine litaverint, fanum templumve polluerint, bestiis obiciuntur, vel si honestiores sint, capite puniuntur.*

(23) G.Noodt, *Julius Paulus, sive de partus expositione et nece apud veteres, liber singularis*, cap.IX, in Opera Omnia, II, Lugduni Batavorum 1724, p.580 ss.

disamina parte dal presupposto che nessuno, fra gli antichi giureconsulti, dubitasse del fatto che nella nozione di homo rientrasse anche l'*infans*: pertanto chi avesse osato uccidere un bambino sarebbe ricaduto sotto l'ambito di applicazione della *lex Cornelia* de sicariis et veneficis.

D'altronde se l'uccisione fosse stata provocata, non da una persona qualsiasi, bensì dai genitori, nemmeno in questa ipotesi avrebbe potuto trovare applicazione la disposizione in questione, in quanto si sarebbe applicata la *lex Pompeia* de *parricidiis*, che l'imperatore Costantino aveva esteso nel 318 all'uccisione dei figli da parte del padre e della madre (24). Inoltre non può nemmeno essere accettata la congettura di Revardo, e cioè che la disposizione si riferisse ai sacrifici immolatori, sia per il fatto che *piaculum* denota non soltanto il sacrificio, ma qualsiasi altro delitto, sia perché dalle stesse parole di Tertulliano, citate dall'autore, risulta che già sotto Tiberio erano stati proibiti tali empietà; pratica - quella dei sacrifici - che, peraltro, già il giurista Paolo attesta fosse proibita e sanzionata con la pena di morte (25); sia, infine, perché la legge, pur essendo indirizzata a Probo, prefetto pretorio per l'Italia, sotto il cui comando ricadevano l'Italia, l'Illirico e l'Africa, sarebbe rivolta alla città di Roma, come risulta dalla subscriptio. Dunque di cosa si trattava? Il Noodt ritiene che il termine infans fosse stato impiegato dagli imperatori, non nel suo comune significato (secondo cui rientrava nella categoria colui che non aveva ancora compiuto il settimo anno d'età (26), ma per indicare il neonato, ovvero il sanguinolento, ed in questa accezione il termine è inserito nella rubrica del codice giustinianeo (C.8,51,2): De infantibus *expositis liberis* et *servis* et *de* his qui *sanguinolentos* emptos vel *nutriendos acceperunt*. E questo dato assume un'importanza fondamentale, in quanto il sanguinolento, prima dell'intervento dell'opera della nutrice, per un grossolano errore, non era considerato homo, e pertanto, fino a quel preciso momento (27), la sua uccisione non sarebbe rien-

(24) C.Th. 9,15,1 *(Imp. Costantinus A. ad Verinum vicarium Africae): Si quis in parentis aut filii aut omnino affectionis eius, quae nuncupatione parricidii continetur, fata properaverit, sive clam sive palam id fuerit enisus, neque gladio neque ignibus neque ulla alia sollemni poena subiugetur, sed insutus culleo et inter eius ferales angustias comprehensus serpentum contuberniis misceatur et, ut regionis qualitas tulerit, vel in vicinum mare vel in amnem proiciatur, ut omni elementorum usu vivus carere incipiat, ut ei caelum superstiti, terra mortuo auferatur»* (= *C.* 9,17,1).

(25) *cfr. n. 22.*

(26) *cfr. C.* 6,30,18 *(vedi n.12).*

(27) G.Noodt, *Julius*, cit., cap.II, p.69, *cita al riguardo* D.35,2,9,1 *(Papinianus libro nono decimo quaestionum): Circa ventrem ancillae nulla temporis admissa distinctio est nec immerito, quia partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur. Questa concezione si estendeva fino al momento in cui, pur essendo il bambino già nato, tuttavia non era ancora intervenuta l'opera della nutrice, come dimostrerebbe un passo della vita di Mosé di Philo Iudaeus, di cui riportiamo la traduzione la-*

trata nell'ambito di applicazione nè della *lex Cornelia*, nè della *lex* Pompeia. Dunque, gli imperatori ovviarono a questa situazione di sostanziale ingiustizia portando sotto la protezione del diritto ciò che, fino a poco tempo prima, era lasciato al senso del dovere e alla pietà di ciascuno. Con questa costituzione, quindi, secondo Noodt, Valentiniano, Valente e Graziano avrebbero sancito l'applicazione della pena prevista per l'omicidio, che allora era capitale, nei confronti dell'uccisore del neonato, sia che fosse stato strangolato o soffocato, sia che si fosse tentato di ucciderlo, gettandolo nel fiume o abbandonandolo in preda alle acque, alla fame, al freddo o ai morsi delle fiere. A questo punto Noodt si chiede se la disposizione in questione avesse trovato applicazione anche nel caso dell'esposizione e cioè nell'ipotesi del neonato che fosse stato abbandonato in un luogo famoso e celebre, affinché vivesse grazie all'intervento misericordioso di un estraneo, cosa che per lo più era solita compiersi dalle classi più povere, a causa, evidentemente, dello stato di indigenza, nel quale vivevano, ma che era praticata anche da coloro che, senza alcun timore di miseria, potevano, ma non volevano, lasciare un erede. Dunque di questo solo, secondo l'autore, è lecito dubitare, e cioè se la severità della legge si estendesse ad entrambi i casi di esposizione, dal momento che, di certo, non erano considerati, nell'opinione sociale, sullo stesso piano chi avesse compiuto ciò per bisogno e chi, invece, per altri motivi. E di questo deve aver dubitato anche il prefetto Probo, tanto che, a distanza di nemmeno un mese (C.Th.9,14,1 porta la data del 7 febbraio 374, mentre C.8,51,2 la data del 5 marzo 374), i medesimi imperatori promulgarono una seconda costituzione (appunto C.8,51,2) ([28]), con la quale fissarono, una volta per tutte, il dovere, in capo a ciascuno, di nutrire la propria prole, prevedendo, nel caso in cui qualcuno avesse violato la disposizione, che *animadversioni* quae constituta est subiacebit, cioè soggiacerà alla pena capitale, già stabilita nella legge precedente. Del resto, secondo lo studioso, la concezione dell'esposizione come attentato alla vita era presente in tutti gli scrittori cristiani, ma certamente anche in molti autori pagani ([29]).

In conclusione, per Noodt costituiscono prove inconfutabili di questa ricostruzione (che ripetiamo identifica la norma sull'infanticidio con l'esposizione) il fatto che entrambe le costituzioni siano state emanate nel me-

---

tina: ...*debueramus* recens *natum* exponere, quando *priusquam* nutricis intercedat *officium, vulgus vix* habet pro *homine*.

([28]) C.8,51,2 (Imppp.Valentinianus Valens et Gratianus AAA. ad Probum pp.): Unusquisque *subolem* suam nutriat. Quodsi *exponendam* putaverit, *animadversioni* quae constituta est subiacebit. Sed nec *dominis vel* patronis repetendi aditum *relinquimus*, si ab ipsis expositos *quodammodo* ad *mortem* voluntas *misericordiae* amica collegerit: nec *enim dicere suum* poterit, *quem pereuntem contempsit*.

([29]) G.Noodt, *Julius*, cit., p.582, cita, come esempio per tutti Plaut., *Cist*. 665: Crepundia haec sunt, *quibuscum* tu extulisti nostram *filiolam* ad *necem*.

desimo anno, e precisamente a distanza di un solo mese, e il fatto che entrambe siano state inviate al medesimo prefetto del pretorio Probo (30).

6. - Cujacio, Revardo, Gotofredo, Noodt: cosa è rimasto di questo fervido estro interpretativo dei secoli XVI, XVII e XVIII secolo, dispiegato intorno a C.Th. 9,14,1? La letteratura moderna ha abbandonato questo pensiero, ha saputo aggiungere qualcosa di più persuasivo, o si è adagiata su di esso?

Abbiamo precedentemente visto come Cujacio abbia ricondotto C.Th.9,14,1 alla penalizzazione dell'infanticidio, verosimilmente lecito prima del 374, in quanto non rientrante nel reato di omicidio.

Che la costituzione abbia per la prima volta criminalizzato l' infanticidio, è ritenuto da numerosi studiosi (31).

Altri autori, invece, restringono la portata della legge al solo infanticidio commesso dai genitori, con un avvicinamento all'opinione di Gotofredo, sebbene per questo autore, come si è visto, scopo della legge fosse espressamente quello di sanzionare il fenomeno dell'uccisione dei figli, per così dire, della colpa: *sive* de vulgo patres, *sive* de vulgariae matres *ene*care soliti, velandae turpitudinis causa. Così Biondi (32), il quale vede nella legge in questione un temperamento rispetto al primo intervento legislativo attuato da Costantino nel 318 (C.Th.9,15,1), in cui l'uccisione del *filius* era fatta rientrare nella figura del parricidio, e come tale punita con la poena cullei (33); ne1 374 Valentiniano, Valente e Graziano sarebbero quindi nuovamente intervenuti per riconfermare, da un lato, il divieto precedentemente stabilito, dall'altro, per sanzionarlo con la semplice pena capitale (34).

---

(30) Al riguardo G.Noodt, *Julius,* cit., p.581, ricorda altri autori a sostegno di questa tesi.

(31) Ad esempio C.Ferrini, Diritto penale romano, Roma 1976, rist.anast., p.380 ss.; vedi anche G.Matringe, La puissance *paternelle* et le *mariage* des *fils* de *famille,* in Studi in onore di E.Volterra, V, Milano 1971, p.194 n.13; U.Brasiello, Sulla ricostruzione dei crimini in diritto romano. Cenni *sull'evoluzione dell'omici*dio, in SDHI 42 (1976), p.260; M.Bianchi Fossati Vanzetti, Vendita ed esposizione degli *infanti* da Costantino a Giustiniano, in SDHI 49 (1983), p.212 ss.; inoltre D.Dalla, Patria *potestas* e rapporti fra genitori e *figli nell'età* postclassica, in AAC 7 (1988), p.92 ss., pensa, sulla base dei termini impiegati nella disposizione (...*erit* capitale), che la pena capitale, quivi sancita, rappresentasse probabilmente una novità sul piano legislativo, mentre Giustiniano lo ricorda come principio preesistente (C.9,16,7: ...sciat se capitali supplicio esse *puniendum*).

(32) B.Biondi, Il diritto romano cristiano, III, Milano 1954, p.17 e p.487.

(33) Vedi n.24.

(34) Così già T.Mommsen, *Römisches* Strafrecht, Graz 1955, rist.anast., p.617 ss.; F.Schulz, I principi del diritto romano, trad.it., Firenze 1949, p.172, giunge a collegare alla legge del 374, e non ad una precedente legge costantiniana, il merito dell'abolizione dell'antico ius vitae ac necis, che, come è noto, consentiva al pater

Sempre nello stesso solco interpretativo, che si riallaccia al pensiero di Gotofredo (questo per aiutare il lettore, preesistenza rispetto alla legge del 374 della repressione dell'infanticidio), va segnalata l'opinione di Cuq (35). Egli sottolinea il fatto che nella legge di Costantino (36) del 318 l'uccisione del bambino da parte dei suoi genitori era punita, indipendentemente dalla sua età: pertanto l'infanticidio non era probabilmente considerato come crimine speciale, ma rientrava nella categoria del parricidio. Nella seconda metà del IV secolo il legislatore dovette rendersi conto che la parificazione, stabilita fra l'uccisione di un neonato e quella di un bambino adulto, presentava qualcosa di eccessivo, e dunque, nel 374, per la prima volta nella storia del diritto romano, Valentiniano avrebbe dettato una disposizione speciale per l'infanticidio: l'uccisione di un neonato sarebbe stata così elevata a crimine speciale, distinto sia dal parricidio, fattispecie in cui si continuava a far rientrare «le meurtre d'un enfant adulte», sia dall'omicidio, con il quale condivideva la pena di morte.

7. - Noodt, invece, come si ricorderà, aveva ipotizzato l'applicazione della legge in discorso, oltre che all' infanticidio, anche all'esposizione. Questa interpretazione ha avuto non poche adesioni al presente. Voci (37), ad esempio, pur non approfondendo la differenziazione fra *sanguinolentus* ed infans, concorda nel ritenere applicabile la legge ad entrambe le fattispecie, ovvero sia all'infanticidio (titolo di reato diverso dall'uccisione del proprio figlio, punito, in generale, come parricidio e pertanto con la

---

di uccidere i propri figli, (C.Th.9,15,1, infatti, sarebbe smentito da una costituzione posteriore, del 323, sempre di Costantino, riportata in C.Th. 4,8,6: Libertati a *maioribus tantum impen(sum)* est, ut patribus, quibus ius vitae in liberos necisque potestas *(permissa* est), *eripere libertatem* non *liceret)*(cfr. C.8,47,10). Inoltre C.DUPONT, Les costitutions *de* Costantin et le droit privé au debut du N *siecle*. Les personnes, Roma 1968, rist. anast., p.135, concorda con la tesi di Schulz, argomentando che Costantino ha probabilmente voluto, con la costituzione riportata in C.Th. 9,15,1, non abrogare il diritto di vita e di morte, ma soltanto punire l'uomo che uccideva il proprio figlio, senza averne la patria potestas, oppure il paterfamilias, che si awaleva di questa facoltà, ma senza il rispetto delle formalità, cioè in modo assolutamente barbaro. Per un maggior approfondimento dell' istituto del ius vitae ac necis, vedi per tutti: B.ALBANESE, Note *sull'* evoluzione *del* ius vitae ac necis, in scritti per la beatificazione di C.Ferrini, III, Milano 1948; A.M.RABELLO, *Effetti* personali della patria potestas, Milano 1979.

(35) E.CUQ, *Manuel* des istitutions *juridiques* des *romains*, Paris 1917, p.140; vedi anche E.CUQ, Infanticidio, in Daremberg-Saglio, III, p.490 ss.

(36) cfr. n.24.

(37) P.VOCI, La patria potestas da Costantino a Giustiniano, in SDHI 51 (1985), p.1 ss., ora in Studi di diritto romano, II, Padova 1985, p.500-501.

poena *cullei*), sia all'abbandono dei figli ([38]); in questo modo all'esposizione sarebbero seguite sanzioni civili e penali: Costantino avrebbe introdotto le prime (perdita della patria potestas), Valentiniano le seconde (pena capitale).

Anche Pugliese ([39]), cautamente, ritiene che la costituzione contemplasse entrambe le fattispecie criminose, non escludendo, tuttavia, che l'animadversio di C.8,51,2 potesse essere, non quella di C.Th.9,14,1, ma un'altra, appositamente stabilita per l'esposizione da una costituzione emanata fra il 331 (data della legge di Costantino) e il 374 (data della legge di Valentiniano, Valente e Graziano, di cui si tratta), di certo più lieve della pena capitale comminata per l'omicidio.

Oltre a quelli ricordati, altri studiosi optano per il dualismo infanticidio-esposizione, ad esempio Martini ([40]). Particolarmente suggestiva è l'opinione di Rotondi ([41]), il quale teorizza la probabilità che la parte iniziale di C.8,51,2 ([42]), non derivi dal codice Teodosiano direttamente, ma, per l'appunto, attraverso C.Th. 9,14,1, di cui riprodurrebbe, seppur con espressioni generiche, il contenuto. In parziale adesione è l'idea di Bon-

---

([38]) P.Voci, ult. cit., p.501, sottolinea la diversa situazione dell'espositore di figli di schiavi o coloni, il quale era punito soltanto con la perdita definitiva del suo diritto; più radicalmente S.Perozzi, Istituzioni di diritto romano, I, Roma 1928², p.424-425, secono cui, gli imperatori avrebbero legiferato, non solo per evitare la triste pratica dell'abbandono della prole, certamente ancora in uso, ma addirittura per trasformare ciò che fino ad allora assurgeva a diritto, in una nuova fattispecie crirninosa, sanzionandola, al pari dell'omicidio, con la pena di morte. Nel medesimo senso limitano il campo di applicazione delle legge alla sola fattispecie criminosa dell'esposizione G.Humbert, Expositio, in Daremberg-Saglio, II, p.939; E.Volterra, Esposizione dei nati (dir. rom.), in NNDI, VI, p.879.

([39]) G.Pugliese, Note *sull'expositio* in diritto romano, in Studi in onore di C.Sanfilippo, VI, Milano 1985, p.641 ss.

([40]) R.Martini, Sulla vendita dei neonati nella legislazione costantiniana, in AAC 7 (1988), p.432-433, vede in C.Th.9,14,1 un possibile riscontro dell'insegnamento di Lattanzio, in particolar modo là dove l'autore cristiano condanna coloro che, per mancanza di mezzi, facevano abortire le mogli, oppure uccidevano o esponevano i neonati (Lact., inst. 6,20: ...Quid *illi*, quos falsa pietas cogit exponere? *Num* possunt innocentes *existimari*, qui viscera sua in *praedam canibus* objiciunt, et *quantum* in ipsis est, *crudelius* necant, *quam* si strangulassent? Quis dubitet, quin inpius sit, qui alienae *misericordiae locum* tribuit? Qui *etiamsi* contingat ei, quod *voluit*, ut alatur, *addixit* certe *sanguinem suum, vel* ad *servitutem, vel* ad lupanar... *Tam igitur nefarium* est exponere, *quam necare*.

([41]) G.Rotondi, Studi sulle fonti del diritto giustinianeo, in BIDR 29 (1916), p.119-120.

([42]) C.8,51,2 (Imppp. Valentinianus Valens et Gratianus AAA. ad Probum pp.): *Unusquisque subolem suam* nutriat. Quod si *exponendam* putaverit, *animadversioni* quae constituta est subiacebit...

fante (43): C.Th.9,14,1, pur riguardando l'uccisione dei neonati, avrebbe costituito un frammento della costituzione riportata in C.8,51,2, sempre di Valentiniano, Valente e Graziano; un'unica legge, in cui si puniva capitalmente non solo l'infanticidio, ma anche l'esposizione (44).

8. - Da ultimo viene in considerazione Revardo, il quale, discostandosi dalle altre interpretazioni, ha associato C.Th.9,14,1 alla repressione dei sacrifici umani. Anche questa opinione, che può apparire alquanto estremista (45), ha i suoi moderni, seppur cauti, adepti. Per tutti citiamo Lanfranchi (46), il quale, negando decisamente che la legge di Valentino potesse, in qualche modo, riferirsi all'esposizione, sostiene, al contrario, che un argomento per considerare il provvedimento come volto a far cessare l'orribile pratica religiosa del sacrificio dei fanciulli, parrebbe essere costituito dal fatto che a Valentiniano, appunto, si fa risalire una delle prime leggi per proibire i *sacrificia funesta*.

9. - J.Cujacio, J.Revardo, J.Gotofredo, G.Noodt e C.Th. 9,14,1.

Dopo lo sguardo, certamente non esaustivo, gettato sulla letteratura contemporanea, possiamo dire che i poli della discussione sono sempre le opinioni dei quattro grandi giuristi del passato, anche se, sovente, i loro nomi sono taciuti.

Continuità fra passato e presente nella dottrina intorno a C.Th. 9,14,1, oscillante fra infanticidio, esposizione e sacrificio di fanciulli. Ma non si

---

(43) P.Bonfante, Corso di diritto romano, I, Diritto di famiglia, Milano 1963², p.112.

(44) R.Bonini, Ricerche di diritto giustinianeo, Milano 1990², p.126 n.100, concorda nell'ipotesi di un'unica costituzione, ma se ne discosta per il fatto di pensare trattate separatamente le due fattispecie dell'infanticidio e dell'esposizione.

(45) Forse è significativo che gli studiosi di pratiche sacrificatorie non menzionino questa legge. Vedi per tutti J.Tuotain, *sacrificium*, in Daremberg-Saglio, IV, p.973 ss.; J.Maurice, La *terreur* de la magie au *IV* siècle, in RHD 6 (1927), p.108 ss.; F.Martroye, La répression de la magie e le culte des gentils au *IV* siècle, in RHD 9 (1930), p.669 ss.; A.A.Barb, La sopravvivenza delle arti magiche, in Il conflitto fra *paganesimo* e cristianesimo nel secolo *IV*, a cura di A.Momigliano, trad. it., Torino 1975; F.Zuccotti, «*Furor haereticorum*», Milano 1992.

(46) F.Lanfranchi, «*Ius exponendi*» e obbligo alimentare nel Diritto romano classico, in SDHI 6 (1940), p.25 ss.; tesi già abbracciata da L.Armaroli, Ricerche storiche sulla esposizione degli infanti presso gli antichi popoli e specialmente presso i romani, Venezia 1838, il quale pensa che la costituzione abbia avuto come unico scopo quello di reprimere nell'Africa i superstiziosi olocausti a Saturno dei bambini, in E.Nardi, Procurato aborto nel mondo greco-romano, Milano 1971, p.483 n.1.

tratta della sola continuità fra passato e presente: omicidio, abbandono e altri gravi maltrattamenti sono cronaca di un «civilizzato» presente, sprovvisto di memoria storica.

ABSTRACT

C.Th. 9,14,1: infanticide, young boys' exposure or sacrifice? Cujacio, Revardo, Gotofredo and Noodt, jurists of **XVI** and **XVII** centuries, maintain different opinions with intresting argumentations, but all them, although some more some less intensely, are taken again by contemporany literature.Therefore there is continuity between past and present in the doctrine that sticks to C.Th. 9,14,1 and unfortunately, as up-to-date demographic studes prove, there is continuity too between the experience of past and the present' s one, concerning infanticide and young boys' exposure or sacrifice.

C.Th. 9,14,1: infanticidio, esposizione o sacrificio di fanciulli? Cujacio, Revardo, Gotofredo e Noodt, giuristi del **XVI** e **XVII** secolo, sostengono, con interessanti argomentazioni, opinioni fra loro diverse, ma tutte, sebbene più o meno intensamente, riprese dalla letteratura contemporanea. Dunque continuità fra passato e presente nella letteratura intorno a C.Th. 9,14,1, e, malauguratamente, come dimostrano recenti studi demografici, continuità fra l' esperienza di ieri e quella di oggi, per quanto riguarda infanticidi, esposizioni e sacrifici di bambini.

NOTIZIARIO

Nell'anno accademico 1993/94 sono state promosse le seguenti iniziative:

Diritto romano come teoria generale del diritto, lezione tenuta dal prof. P. Stein, dell'università di Cambridge.

Il romano ed i suoi (non pochi) problemi con le altre e La liberazione degli schiavi *nell'antica* Roma: quanti problemi!, lezioni tenute dal prof. C. Venturini, dell'università di Pisa.

Einführung in den allgemeinen Teil des BGB, corso tenuto dal prof. H. Wieling, dell'università di Trier, nell'ambito del "Programma Lingua" delle Comunità Europee.

Famiglia legittima e convivenza *extramatrimoniale;* problemi e prospettive, lezione del prof. R. Pescara, dell'Università di Padova.

Elementi di diritto sindacale francese, corso tenuto dal prof. A. Jeammaud, dell'università Jean Monnet di Saint-Etienne.

Vendita e trasferimento della proprietà di cose mobili nel diritto tedesco e Acquisto da persona non legittimata di beni mobili nel diritto tedesco, lezioni tenute dal dr. P. Kindler, dell'università di Konstanz.

Incidente stradale: morte 56 persone e 20 cavalli. Responsabilità *aquiliana* in epoca giustinianea, lezione tenuta dal prof. D. Pugsley, dell'Università di Exeter.

50° anniversario della morte di Francesco *Tumiati,* cerimonia commemorativa con l'intervento del prof. G. Conso.

Il C.S.M. e l'indipendenza della magistratura, incontro dibattito organizzato dalla prof.ssa L. Carlassare, con la partecipazione del giudice G. Palombarini membro del CSM.

Equità e principi tributari: le indicazioni della teoria economica in tema di giustizia *fiscale,* conferenza tenuta dal prof. A. Petretto, dell'Università di Firenze.

Nell'ambito delle attività dell'Istituto di Applicazione Forense, si segnala: Il rinvio pregiudiziale alla corte di giustizia delle Comunità Europee, dibattito con l'intervento del prof. G. Tesauro dell'università di Napoli, Avvocato Generale presso la Corte di Giustizia delle Comunità Europee e del dr. P. Ziotti, referendario presso la Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

E' stato promosso l'8° ciclo dei Corsi di perfezionamento nel diritto tedesco e degli scambi commerciali *italo-germanici,* in cui hanno tenuto lezioni i prof.ri»: H. Wolfgang, dell'università di Stratz - Konstanz, H. Wieling, dell'università di Trier; E. Jayme, dell'università di Heidelberg; H.

Jürgen Sonnenberger, dell'Università di Miinchen; G. Walter, dell'Università di Bern.

Vanno infine segnalati i Seminari di aggiornamento sul tema L'avvio *dell'unione* europea, promossi dal Centro di Documentazione e Studi sulle Comunità Europee di Ferrara, a cui hanno partecipato i prof.ri: G Stefani, L. Costato, G. Gallizioli, G. La Villa, D. Sarti, S. Scarponi, A.M. Cerri, ***G.G.*** Balandi.

Nel quadro del progetto ERASMUS, per l'a. a. 1991192, vi sono stati 42 studenti in uscita e 16 in entrata.

[Wanda Formigoni Candini]

INDICE

Osservatorio: ..... pag. 3

A. PUGIOTTO: *La «concretezza» nel sindacato di costituzionalità: polisemia di un concetto* ..... pag. 7

L. DESANTI: *Cervidio Scevola e l'estensione della disciplina del fedecommesso (D. 26, 3, 11)* ..... pag. 31

G. BRUNELLI: *L'alterazione del concetto di rappresentanza politica: leggi elettorali e «quote» riservate alle donne* ..... pag. 43

P. VERONESI: *Il sindacato sul modo di esercizio del potere nei conflitti di attribuzione* ..... pag. 101

C. BIANCHI: *Segno - traccia: appunti di ermeneutica giuridica* ..... pag. 237

P. FERRETTI: *Cujacio, Revardo, J. Gotofredo, Noodt e C.Th. 9,14,1: attualità di un dibattito* ..... pag. 249

Notiziario: ..... pag. 263