

RE GIUDICE O RE LEGISLATORE?
**Sul conflitto di attribuzioni tra potere legislativo e giurisdizionale a
margine dell'ordinanza 334 del 2008 della Corte Costituzionale.**

di Stefano Spinelli

- Adesso, mi pare, puoi capire meglio quel che chiedevo con la mia domanda,
se la funzione di ciascuna cosa
non fosse ciò che essa compie o sola o meglio di ogni altra.
- Capisco, disse, e mi pare che questa sia la funzione di ciascuna cosa.
- Bene, dissi io: non ti pare che ciascuna cosa a cui attribuiamo una funzione abbia anche
una virtù?
...
- Quella virtù, dissi io, che è loro (degli organi) propria; perché non è ancora questo che
domando,
ma se gli organi con la virtù che loro è propria compiono bene la loro funzione,
col difetto invece la compiono male.
- Questo sì è vero, disse.
(Platone, *Politeia*, Libro I, 353a-b)
- Dunque al calzolaio noi impedivamo di voler essere agricoltore o tessitore o architetto,
e che dovesse esser solo calzolaio, perché ci riuscisse bene la calzoleria;
e a ciascuno degli altri davamo del pari un unico ufficio, a cui ognuno era nato, e in cui,
disinteressandosi degli altri e lavorando a quello per tutta la vita senza mai far perdere il
tempo opportuno,
lo avrebbe bene esercitato.
(Platone, *Politeia*, Libro II, 374b-c)

Sommario: 1. Funzione creatrice dell'attività giurisdizionale - 1.1. Lacune normative e *non liquet* - 1.2. *Horror vacui* e nuovi diritti - 2. Sentenza e norma - 3. Il problema del limite della funzione giurisdizionale e la teoria del conflitto tra potere giurisdizionale e potere legislativo - 3.1. Ipotesi classificatoria dei conflitti tra potere giurisdizionale e potere legislativo - 3.2. Il conflitto "interno" tra potere giurisdizionale e potere legislativo - 4. La ritenuta inammissibilità del conflitto - 4.1. Inapplicabilità automatica del principio di inammissibilità - 4.2. Esistenza degli indici del conflitto - 4.3. Indici di produzione normativa (non di mero errore giurisdizionale) - 5. Analisi del principio di inammissibilità - 5.1. Possibilità di controllo dell'attività giurisdizionale a garanzia delle sfere di attribuzioni, in ipotesi di conflitto "usurpativo" - 5.2. Esistenza di un "confine" anche con riguardo al generale vincolo del giudice alla legge - 5.3. Casi concreti - 5.3.1. La disapplicazione di leggi regionali - 6. Il conflitto è ammissibile quando consiste nel preteso esercizio di potere altrui - 7. Conclusioni - 8. *Politeia* o *nomoi*?

1. Davvero peccato, vien da dire. Con l'ordinanza 334/2008 della Corte Costituzionale¹ si è persa – così pare – una bella occasione di crescita democratica, per fare chiarezza su uno degli aspetti attualmente più spinosi ma interessanti, che attengono al rapporto tra poteri statali e rispettivi confini di azione: quello dei "limiti" della cd. *funzione creatrice* dell'attività giurisdizionale, altrimenti detta *meta-poietica*² del giudice.

Sempre più frequentemente, infatti, la sentenza diventa norma, riempie un vuoto di regolamentazione, decide ove non ha riferimenti di legge precisi per

¹ La questione, di cui al conflitto di poteri in oggetto, riguarda la sentenza della Corte di Cassazione 21748 del 16 ottobre 2007, secondo la quale il giudice, su richiesta del tutore, può autorizzare l'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione che tiene in vita una persona in stato vegetativo permanente, qualora ricorra la duplice condizione dello stato di irreversibilità e della volontà *presunta* del paziente. Secondo Camera e Senato, i giudici in tal caso hanno "creato una disciplina innovativa della fattispecie, fondata su presupposti non ricavabili dall'ordinamento vigente con alcuno dei criteri ermeneutici utilizzabili dall'autorità giudiziaria".

² Letteralmente: ciò che riguarda un fare oltre, al di là. Traslato: funzione trasformatrice.

decidere, interpreta estensivamente o – come anche si dice oggi – “orientativamente” (con riferimento alla carta costituzionale), applica principi generalissimi ritenuti comunemente validi, opera per analogie (*legis o iuris*) sempre meno stringenti e rigorose.

La sentenza mantiene la sua efficacia di decisione del caso singolo, ma – quanto più si allontana, nella sua attività ermeneutica, dal concreto dato normativo – tanto più tende, essa stessa, a “creare” la regola da applicare al caso singolo; quest’ultima, infine, non (si rinviene né) si desume più direttamente dall’ordinamento giuridico positivo, non è più ivi contenuta, ma viene posta dal giudice stesso.

Il giudice, così, nell’esercizio della sua funzione giurisdizionale, *innova* l’ordinamento, sostituendosi al legislatore nell’esercizio della sua funzione normativa.

Può subito considerarsi che – pur rilevandosi l’attività creatrice della giurisprudenza come dato di fatto – non se ne può non cogliere altresì l’incongruità rispetto ad un corretto sistema di bilanciamento di poteri costituzionali, comportando – nei casi di abuso e di utilizzo più improprio – delle distonie e degli squilibri funzionali che hanno come risvolto (opposto a quello perseguito) l’incertezza giuridica e – più in generale – l’alterazione del principio di rappresentanza democratica.

Il problema, infatti, è che la “norma giurisprudenziale” non è formulata per fattispecie generali ed astratte, ma per casi concreti, ed è imprecisa, perché deve essere desunta dal contenuto delle singole sentenze dalle quali possa ricavarsi il principio non scritto. Essa è peraltro volubile, mutevole e variabile nel tempo e nello spazio (da qui l’incertezza).

I principi giurisprudenziali, che a volte si presentano formulati come veri e propri commi di legge e trovano applicazione al di là ed oltre la legge (*praeter legem*)³, a volte non sono supportati da alcuna presunzione di condivisione generale, essendo il frutto della singola espressione decisionale non rappresentativa (da qui il *vulnus* di democraticità)⁴.

³ Per non dire *contra legem*. L’autorizzazione all’interruzione dell’alimentazione che tiene in vita una persona in stato vegetativo permanente (nel ricorso della duplice condizione dello stato di irreversibilità e della volontà “ricostruita” del paziente) è disposizione che non sta scritta in nessuna parte dell’ordinamento giuridico vigente. Vi sono invece norme espresse (art. 579 c.p. e art. 580 c.p., che puniscono l’omicidio del consenziente e l’aiuto al suicidio) che dicono tutto il contrario. La sentenza della Cassazione, peraltro, ricostruisce il fatto (non in termini espliciti di eutanasia, ché non potrebbe, bensì) in termini di trattamento sanitario, per il quale è richiesto il consenso informato. Sarebbe quindi legittimo un rifiuto alle cure, anche quando detta astensione possa provocare la morte, in virtù della natura del diritto alla salute di cui all’art. 32 Cost., quale diritto di libertà, che come tale implica anche la tutela del suo risvolto negativo, ovvero il diritto a perdere la salute e a non curarsi. Ma quando il bene tutelato è (non meramente la salute, ma) *la stessa vita*, la sua rinuncia non trova legittimazione, *per quanto riguarda i terzi*, neppure in presenza di consenso dell’interessato, configurandosi diversamente i sopra citati reati che impediscono di assecondare anche una valida volontà espressa in tal senso (nell’ordinamento, poi, esistono altre norme che tutelano la salute non solo come fondamentale diritto dell’individuo, ma anche come interesse della collettività, imponendo doveri di solidarietà sociali che autorizzano – ed in determinati casi obbligano – gli altri consociati ad intervenire in caso di pericolo: si pensi all’art. 593 c.p., omissione di soccorso; all’art. 5 c.c. che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo; oppure ai trattamenti sanitari obbligatori, di cui al secondo comma del medesimo art. 32 Cost.).

⁴ Per quanto riguarda il caso di specie, per esempio, non pare che la drammatica vicenda – dirompente per tutti, per le profonde questioni umane e di fede che pone – possa essere affrontata con l’introduzione per via giudiziale di un principio che (non solo in una situazione di vuoto legislativo, ma in presenza addirittura di norme penali di segno opposto) si presenta formulato come un vero e proprio comma di legge (una sorta di esimente o di deroga alle ipotesi di reato previste, riguardante una condotta legittimata dall’autorizzazione del giudice in presenza di date condizioni).

Più l'attività giurisprudenziale cessa di essere interpretativa, per essere creativa, maggiore sono i pericoli citati a cui essa può esporsi.

1.1. Si parla spesso, per indicare questo fenomeno, di “supplenza” giudiziale davanti al “vuoto normativo”; e la si giustifica in ragione di quel *non liquet*⁵, che oggi non può più pronunziare il giudice davanti alla controversia che gli è sottoposta (art. 12, 2° co., disp. prel. c.c.)⁶ e che lo obbligherebbe – in ogni caso – a trovare una soluzione che “chiarisca”, laddove la legge tace o è oscura, e quindi a regolamentare una questione anche se quest'ultima non trova diretta regolamentazione in una norma di legge.

Ma occorre distinguere. Il *non liquet* opera in caso di incertezza normativa, ed obbliga all'utilizzo di una corretta attività ermeneutica. Non opera, invece, in caso di vuoto normativo.

Nell'ordinamento positivo, infatti, anche il semplice disconoscimento di una situazione giuridica soggettiva – non contemplata dal complesso normativo neppure dopo un'adeguata operazione interpretativa – è comunque valido esercizio della funzione decidente del giudice e non, come spesso si valuta, diniego di giustizia.

La *ratio* dell'impossibilità del *non liquet* non pare essere quella di permettere che il giudice possa sostituirsi al legislatore nel riempimento delle lacune dell'ordinamento giuridico; anzi, è volta proprio a rendere ancor più rigido il vincolo del giudice al rispetto del sistema legislativo vigente. In sostanza, quest'ultimo non potrà trincerarsi dietro un *non possum* davanti all'applicazione di una norma di legge (anche se, per ipotesi, non condivisa; e qui si pone la rilevante e delicata questione del “giusto” diritto); allo stesso modo, se vi sia incertezza in ordine all'interpretazione di una norma non chiara, egli dovrà pronunciarsi chiarendo il senso da attribuire ad essa; ma – in base al medesimo principio – vale anche l'ulteriore conseguenza secondo la quale, in assenza di una norma regolativa di una data situazione, egli non potrà non prendere atto del fatto che l'ordinamento giuridico non riconosce un diritto e dovrà conseguentemente respingere la pretesa avanzata⁷.

Per le questioni giuridiche ivi sottese, sia consentito rinviare a Stefano Spinelli, *Perché mai non dovrebbe rilevare il ‘diritto alla vita’ nella richiesta di interruzione dell'alimentazione forzata?*, in IUSTITIA, Giuffrè, Milano, 2008, fasc. 3, 361 ss.

⁵ L'antica formula “non è chiaro” con cui il giudice non decideva la causa.

⁶ “Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico” (art. 12, 2° co., disp. prel. c.c.).

⁷ D'altra parte, il principio di completezza dell'ordinamento giuridico, retaggio del formalismo giuridico, si riferisce proprio alla funzione interpretativa del giudice, che dovrebbe essere considerata ricerca di norme già esistenti nell'ordinamento che devono solo essere scoperte dal giudice. Pur contestando detta impostazione, anche la teoria pura del diritto del Kelsen giunge ad affermare il primato del diritto positivo, che non ammette vuoti normativi (“teoricamente le lacune della legge non esistono”) e che non si chiede “quale, fra le possibilità date nello schema di una norma, sia quella giusta”. Così come – dunque – il giudice non deve sottrarsi dall'applicare una norma positiva, così non deve dare altro significato alla lacuna dell'ordinamento giuridico che non quello suo proprio, di “norma negativa” che “viene applicata in una decisione in cui viene respinta la pretesa verso un comportamento che non è diventato obbligo”.

“All'interpretazione viene attribuita una funzione speciale, quella di colmare le lacune. Non esistono però lacune vere e proprie nel senso che una lite non possa essere decisa secondo norme vigenti, perché la legge, come si suol dire, non può essere applicata per mancanza di una disposizione che si riferisca al caso. Ogni lite consiste nel fatto che una parte solleva una pretesa contro un'altra e la decisione che la accoglie o la respinge dipende dal fatto che la legge, cioè una norma vigente e applicabile al caso concreto, stabilisca o meno l'asserito obbligo giuridico. Siccome non esiste una terza possibilità, una decisione è sempre possibile e precisamente sempre in base alla legge, cioè in applicazione della legge. L'ordinamento giuridico vigente è applicato anche nella decisione che

1.2. Vero è che oggi pare cogliersi una concezione giuridica che avverte profondo l'*horror vacui* dell'ordinamento, in cui il non detto non ha un suo proprio significato e corrisponde sempre ad una difficoltà e ad un compito da risolvere.

Certamente, tutto ciò è da considerarsi eredità del cd. formalismo giuridico e del collegato principio di completezza dell'ordinamento. Tuttavia, assume una diversa funzionalità: la completezza non è più intesa in senso "riduttivo" dell'azione giurisprudenziale (cui spetta semplicemente di trovare per interpretazione ciò che già c'è nel diritto positivo), bensì in senso "espansivo" a favore di detta azione (cui spetta il compito di allargare il diritto positivo sino a ricomprendere nuovi orizzonti di tutela di situazioni giuridiche soggettive).

L'innovazione pare profonda: trattasi dell'operazione di individuazione di *nuovi diritti*, immediatamente garantiti, in quanto ritenuti rilevanti, emergenti, opportuni, giusti, condivisi, necessari, etc.; specie ricorrendo a letture dell'ordinamento giuridico nell'ottica dei principi costituzionali (i quali, in quanto giocoforza generali, si prestano a letture, a volte, in contrasto tra loro), in funzione di una estensione delle garanzie ivi riconosciute (con la conseguenza però di un possibile cortocircuito da tutele).

In tal senso, si pone un problema di conflitto tra potere giurisdizionale e legislativo, stante la spettanza al secondo della scelta delle situazioni giuridiche soggettive tutelabili e comunque del componimento di quelle configgenti (e la conseguente ingerenza del primo).

Sulla base – dunque – del tradizionale principio di completezza e dell'impossibilità del *non liquet* (percepita come rinuncia all'esercizio del potere decidente qualora dovesse risolversi nella negazione di risposte alle nuove pretese emergenti nella società), sempre più frequentemente pare assistersi al superamento del livello dell'*interpositio legislatoris*, quale passaggio necessario e preliminare rispetto alla positiva garanzia di questi diritti⁸.

In sostanza, anche qualora non esista alcun riconoscimento legislativo del "nuovo diritto", spesso lo si ricerca mediante un'attività interpretativa estensiva

respinge la pretesa". E ancora: "Se tuttavia, in certi casi, si parla di 'lacuna', questo non significa, come erroneamente risulta dall'espressione, che per mancanza di una norma sia logicamente impossibile una decisione, ma soltanto che la decisione logicamente possibile, che approva o respinge, viene ritenuta come troppo inadatta allo scopo o come troppo ingiusta dall'organo chiamato alla decisione, cioè all'applicazione della legge; talmente inadatta allo scopo e talmente ingiusta da lasciar supporre che il legislatore non abbia pensato a questo caso e che, se vi avesse pensato, avrebbe deciso diversamente da quanto dovrebbe esser deciso in base alla legge. Questa supposizione può essere o no esatta, ma la sua esattezza, nella maggior parte dei casi, non può essere facilmente dimostrata; questa stessa supposizione è però irrilevante relativamente all'obbligo stabilito dalla costituzione di applicare la norma che il legislatore ha emanato di fatto, e non quella che presumibilmente avrebbe emanato" (Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, 1934, edizioni PBE, Torino 1984, 125-126).

⁸ E' stato affermato che, a fronte dell'emergere di nuovi diritti di libertà, il loro riconoscimento costituzionale, o il loro rinvenimento in detto ambito, risulterebbe di per se stesso insufficiente a specificarne il contenuto, a precisarne limiti, confini e modalità d'esercizio. Riconoscimento giuridico effettivo e garanzia del loro godimento in realtà dipendono dal fatto che il legislatore ordinario li abbia singolarmente riconosciuti e precisati. "In altri termini, se, fino a quando e con quali modalità il legislatore non stabilisca limiti e confini ad altri diritti od attività, non preveda prestazioni a carico di soggetti pubblici o addirittura di soggetti privati, non imponga obblighi nei confronti di altri soggetti, i cosiddetti nuovi diritti non risulterebbero effettivamente riconosciuti, la loro garanzia non sarebbe esercitabile, la loro eventuale lesione non sarebbe azionabile" (Sergio Fois, *Nuovi diritti di libertà*, in *Nuove dimensioni dei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, CEDAM, Padova, 1990, 85).

dell'intero ordinamento, onde rinvenirvi quel nucleo originario "positivo" in grado di superare il vuoto normativo che ne ostacola la tutela richiesta⁹.

2. Non v'è dubbio che il diritto non sia costituito in ordinamento fisso ed immutabile, capace di determinare e cristallizzare il comportamento umano in ogni suo aspetto; il diritto è bensì quello "vivente" desumibile dal concreto rapportarsi ed atteggiarsi dei soggetti costituzionali che ne individuano – volta a volta – il reale contenuto nella concretezza dell'applicazione quotidiana. In tal senso può parlarsi di "diritto evolutivo".

Ma occorre che ciascuno dei soggetti coinvolti faccia la sua parte, senza prevaricazioni. Le operazioni ermeneutiche sono una risorsa, permettendo di far crescere l'ordinamento giuridico anche laddove la norma non riesce ad arrivare, vista la molteplicità di manifestazioni della realtà umana; non così, invece, l'abuso della funzione interpretativa, il suo utilizzo non corretto perché svincolato da un riferimento normativo specifico, che comporta un'alterazione del delicato equilibrio fra i poteri dello Stato, e che determina il verificarsi di un cortocircuito tra sentenza e norma.

Il problema, infatti, si ritiene individuabile nel discrimine tra una operazione giurisprudenziale che – pur estremamente lata – possa comunque ricondursi ai "limiti logici" del criterio di interpretazione; ed una, invece, che esuli da detto criterio o ne esondi. In quest'ultimo caso, la norma, posta a fondamento della questione risolta, non esiste nell'ordinamento positivo, ma viene "(dis)posta" *ad hoc* dal giudice.

L'efficacia – limitata al caso singolo – dell'innovazione, non toglie rilievo alla sua natura sostanzialmente "normativa", in quanto ad essere singolare, nella fattispecie, è il caso deciso, non la regola "creata" per deciderlo, che – in quanto regola – ha natura generale ed astratta e potenzialità applicativa *erga omnes* (una volta ritenuta esistente nell'ordinamento giuridico non potrà essere disattesa, anche perché chi deve decidere in ordine alla sua applicabilità è quella stessa funzione giurisdizionale che in ipotesi l'ha stabilita; anzi, paradossalmente la norma giurisprudenziale pare addirittura più "effettiva" e "stabile" della norma giuridica: quest'ultima soggetta a mutamenti interpretativi, la prima già formulata per interpretazione).

Ora, tutto ciò pone indubbiamente un problema che può ben definirsi "di sistema".

3. La funzione giurisdizionale si muove tra questi due estremi: la "fedeltà" alla legge e la "libertà" del giudice nella sua attività "interpretativa" dell'ordinamento giuridico (intesa in senso ampio ed a-tecnico di chiarimento di ciò che è oscuro o dubbio).

Fin dove può spingersi la libertà dell'atto di conoscenza e di volontà del giudice, per non trascinare in un atto creazione normativa, evidentemente incompatibile con la parimenti necessaria fedeltà alla norma?

In altre parole. In quali circostanze e modi l'esercizio della funzione giurisdizionale è idoneo ad "usurpare" il potere legislativo delle sue prerogative?

Prima ancora. Esiste un confine tra atto giudiziale ed atto normativo, "interno" all'attività esperita, che permetta di dire quando il giudice assuma atti

⁹ Il principio kelseniano di irrilevanza della lacuna nel diritto positivo (semplice norma negativa) è qui sostanzialmente rovesciato: la lacuna normativa è assenza di diritto e abbisogna dell'attività del giudice affinché il diritto sia ristabilito, desumendo dall'ordinamento stesso la regolamentazione maggiormente compatibile con quest'ultimo.

sostanzialmente appartenenti alla sfera di attribuzioni costituzionalmente assegnata al legislatore?

Ora, a questo secondo quesito dovrebbe risponderci positivamente.

Non v'è dubbio che innanzitutto l'art. 134 Cost. regola espressamente, in capo alla Corte costituzionale, la soluzione dei conflitti di attribuzione tra i "poteri" dello Stato; ritenendosi tali i conflitti "tra organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartengono", aventi come obiettivo la "delimitazione della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali" (art. 37 della Legge 11 marzo 1953, n. 87, sulla costituzione e sul funzionamento della Corte Costituzionale).

Sotto l'aspetto soggettivo, non è mai stata revocata in dubbio la legittimazione anche di ciascun ramo del Parlamento a difendere le attribuzioni costituzionali che spettano al potere legislativo, quand'anche esercitate congiuntamente. A sua volta, al potere giudiziario è stata riconosciuta una legittimazione "diffusa" al conflitto, sul rilievo che ciascuna componente della magistratura è idonea a porre in essere pronunce suscettibili di assumere la forza del giudicato, onde si configura come organo potenzialmente abilitato a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartiene (Corte Cost., ordinanza 27.01.2005, n. 44; Corte Cost., sentenze 221, 228 e 231 del 1975; 49 del 1977).

Sotto l'aspetto oggettivo, l'esistenza di un meccanismo costituzionale di risoluzione di conflitti tra poteri (giurisdizionale e legislativo), presuppone necessariamente la garanzia delle singole sfere di attribuzioni costituzionalmente delineate per ciascun potere stesso, senza la quale non potrebbe aversi usurpazione dell'uno sull'altro o ingerenza nell'altro.

Così, pare ovvio concludere che – poiché "la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere", ex art. 70 Cost.; e poiché "la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario", ex art. 102 Cost., ed "i giudici sono soggetti soltanto alle leggi", ex art. 101, secondo comma, Cost. – il giudice non può assumere atti innovativi dell'ordinamento dovendo applicare la legge, ed il legislatore non può dirimere controversie o fare indagini.

In realtà, la conclusione pare non essere così semplice, perché la realtà non si presenta mai con l'evidenza dello schema astratto, e perché il giudice costituzionale pare sospendere il proprio giudizio quando l'ipotesi di conflitto coinvolge la funzione giurisdizionale.

3.1. Innanzitutto, deve dirsi che le ipotesi di conflitto fra potere giurisdizionale e potere legislativo, sottoposte alla attenzione della Corte Costituzionale, sono pochissime; e quest'ultima – in sede di sindacato – si muove sempre con molta cautela e fa largo uso del giudizio di inammissibilità. Le controversie tra giudici e legislatore riguardano, in genere, conflitti "esterni", intendendosi per tali quelli aventi ad oggetto la spettanza – all'uno o all'altro potere – dell'esercizio di una data attribuzione costituzionale, oppure la corretta modalità di esercizio dell'attività al fine di non ledere l'altrui potere (il conflitto cade sui "confini esterni della giurisdizione")¹⁰.

¹⁰ Peraltro, due tra le prime decisioni di rilievo della Corte Costituzionale riguardano proprio entrambe le ipotesi: la sentenza n. 13 del 1975 dichiara che spetta alla commissione parlamentare inquirente compiere indagini istruttorie in ordine a persone o fatti che avrebbero potuto portare ad ipotesi di responsabilità ministeriali (in un conflitto ove l'autorità giudiziaria ordinaria aveva agito in *vindicatio potestatis*, affermando essere titolare delle suddette indagini); la sentenza 231 del 1975 si pronuncia su quali atti debbano essere trasmessi dalla commissione parlamentare d'inchiesta all'autorità giudiziaria (in un conflitto ove quest'ultima aveva contestato il rifiuto alla trasmissione opposto dalla commissione, e quindi eccependosi – non tanto l'esercizio di una attribuzione spettante ad altri,

In linea generale, si possono così suddividere i conflitti che coinvolgono il potere giurisdizionale.

A) Nella maggior parte dei conflitti si discute di quali atti spettino all'uno o all'altro potere ed il potere ricorrente agisce in *vindicatio potestatis* contro la ritenuta usurpazione subita.

B) Ma, accanto a conflitti "diretti" (emissione di atti di un potere da parte di un altro), sono individuabili anche conflitti "indiretti".

E' stata cioè ammessa la sussistenza non solo di un conflitto "attivo", attuato mediante l'emissione di un "atto usurpativo" di altrui competenze costituzionalmente garantite; ma altresì di un conflitto "negativo", che insorge "in dipendenza di meri comportamenti – anche omissivi" (e dunque a prescindere dall'emissione di un atto, che l'ordinamento italiano, peraltro, prende in considerazione come una semplice eventualità, ex art. 38 della legge 87 del 1953); oppure di un conflitto "menomativo", che insorge in conseguenza di atti o comportamenti "meramente invasivi o menomativi" di competenze altrui (Crisafulli – Paladin, *Commentario breve alla Costituzione*, CEDAM, Padova, 1990, 791)¹¹.

L'ipotesi – per quel che qui interessa – si incentra su atti o comportamenti che spettano al potere giurisdizionale, ma per i quali si discute di come – sulla base di tale spettanza – sia stata in concreto esercitata l'attività (eventualmente ledendo o menomando altri poteri).

In sostanza si vengono a sindacare le concrete modalità di esercizio della funzione giurisdizionale, in quanto ritenute lesive di altre prerogative, anche se si tratta pur sempre di confini "esterni" all'attività giurisdizionale, ossia di limiti che il giurisdizionale incontra nell'ordinamento a garanzia di altre attribuzioni costituzionali¹².

B₁) Peraltro – in ipotesi di sindacato sulle modalità di esercizio del potere giurisdizionale, per valutare se vi stata attività giurisdizionale da cui consegua la menomazione di altra posizione costituzionalmente garantita – non è sempre facile discriminare quando il conflitto cada su limiti esterni alla giurisdizione, oppure si risolva in un mero sindacato di "limiti interni" all'attività giurisdizionale, ossia quelli connessi al vincolo generale, che incontra il giudice, di fedeltà alla legge.

In tal caso si tratterebbe di controllare eventuali *errori* commessi dal giudice ed addebitati alla pronuncia giurisdizionale contestata¹³.

quanto – le concrete modalità dell'attività svolta da un potere, in tal caso legislativo, ritenuto menomare le prerogative dell'altro).

¹¹ La sentenza della Corte Costituzionale 129 del 1981 ha avuto modo di affermare (in un caso di conflitto sollevato da Camera e Senato nei confronti della pretesa della Corte dei Conti di sottoporre a giudizio di conto i tesorieri della Presidenza della Repubblica, e delle due Camere) che "sotto il profilo oggettivo la figura del conflitto di attribuzione non si restringe alla sola ipotesi di contestazione circa l'appartenenza del potere, ma si estende ad abbracciare ogni ipotesi in cui dall'illegittimo esercizio di un potere altrui consegue la menomazione di una sfera di attribuzioni costituzionalmente assegnate all'altro soggetto".

¹² Ad esempio, rilevano in tal senso i limiti posti dalla dichiarazione del Parlamento di cui all'art. 68 Cost., come nella sentenza della Corte 149 del 2007, in cui si è discusso su quali provvedimenti siano preclusi all'autorità giudiziaria, nei confronti di un membro della Camera dei deputati, a seguito dell'eccezione di applicabilità dell'art. 68 Cost. e della deliberazione di insindacabilità del parlamentare da parte della stessa Camera "per le opinioni espresse ed i voti dati" nell'esercizio delle sue funzioni (e specie se sia corretto per il giudice sollevare questione di costituzionalità dopo la suddetta dichiarazione); oppure, rilevano i limiti posti dall'art. 90 Cost. (sulle immunità presidenziali), come nel caso della sentenza della Corte Costituzionale 290 del 2007, in cui si è discusso della portata di detta norma e se sia corretto per il giudice negare l'applicabilità della clausola di esclusione della responsabilità presidenziale quando le dichiarazioni medesime non siano strumentali ed accessorie alle funzioni presidenziali.

C) Infine, residua l'ipotesi in cui il superamento dei limiti interni all'attività giurisdizionale (di fedeltà alla legge) si presenti con caratteristiche così *macroscopiche ed abnormi* da rappresentare non solo un errore di giudizio che possa menomare di riflesso altri poteri, ma addirittura l'esercizio di una attribuzione appartenente ad un altro potere, e nello specifico, al potere legislativo; in ipotesi quindi di conflitto attivo ed "usurpativo", in cui sia contestata la stessa riconducibilità della decisione alla funzione giurisdizionale.

E' questa l'ipotesi prospettata con il conflitto (non) risolto con l'ordinanza 334 del 2008, in cui si discute del contenuto interno dell'attività giurisdizionale svolta, se abbia o meno caratteristiche riconducibili al potere emanante oppure se sia atto sostanzialmente normativo. Ciò presuppone l'esistenza anche di un "confine interno" all'atto, rilevante quale discrimine tra i due poteri.

Si ritiene che nel caso di conflitto tra potere legislativo e giurisdizionale sia individuabile detto confine interno, proprio in relazione alla potenzialità creatrice della sentenza, in grado – se del tutto slegata dal dato normativo – di innovare l'ordinamento giuridico.

Il fondamento della sussistenza di detto *confine interno* è dato dall'art. 101, secondo comma, Cost., e dal fatto che i giudici sono soggetti alla legge.

3.2. Il caso che interessa l'odierna analisi riguarda, quindi, un conflitto "materiale" e/o "interno" tra potere giurisdizionale e potere legislativo, che cade – come detto – sul confine interno alla giurisdizione.

Per tale si intende – in questa sede – quel conflitto avente ad oggetto la natura, il contenuto e gli effetti degli atti giurisdizionali assunti, che si contestano come invece appartenenti al potere legislativo; ossia atti sostanzialmente normativi, od aventi la stessa efficacia, posti in essere dal giudice (sentenze innovative dell'ordinamento); o viceversa (seppure in minor grado, si possono ipotizzare leggi/sentenza, analogamente alle cd. leggi/provvedimento).

Il conflitto non è qui rappresentato dalla "quantità" e dall'ampiezza maggiore o minore delle competenze costituzionalmente assegnate alle rispettive sfere di attribuzione, bensì dalla "qualità" intrinseca dell'attività esercitata dai rispettivi poteri.

Detta ipotesi è estremamente interessante, riguardando l'essenza stessa del principio di separazione dei poteri: l'analisi coinvolge infatti le caratteristiche del singolo potere e dunque la sua configurazione in quanto tale (quali criteri fanno sì che un atto possa dirsi legislativo e/o giurisdizionale).

Detta ipotesi è – al tempo stesso – estremamente delicata, in quanto la pronuncia dell'organo "terzo", costituzionalmente competente a risolvere il conflitto, dovrebbe intervenire a modificare ed alterare, restringere od estendere – per così dire dall'interno – il contenuto di ciascun potere secondo quanto costituzionalmente previsto. Peraltro, è proprio questa la sua funzione.

Non risulta pressoché alcun caso concreto risolto nel merito dalla Corte Costituzionale¹⁴.

¹³ Tale mero sindacato – secondo la Corte Costituzionale – non è ritenuto ammissibile in sede di conflitto di poteri costituzionali (come si vedrà meglio oltre). La Consulta opera infatti una netta distinzione tra l'ipotesi in cui si neghi in radice il potere in capo all'autorità giudiziaria agente (in cui il conflitto è ammissibile); ed invece l'ipotesi in cui si contesti l'erronea modalità di esercizio di quel potere, o – peggio ancora – si prospetti la mera sindacabilità dell'atto giudiziale, ed un percorso decidente diverso rispetto a quello contenuti nell'atto censurato, cosicché il conflitto possa risolversi in niente altro che in un mezzo atipico di gravame dell'atto giudiziale (caso in cui il conflitto è ritenuto invece inammissibile).

¹⁴ L'unica questione conosciuta affrontata dalla Consulta che riguarda una ipotesi di conflitto simile (intervento del potere giurisdizionale oltre i suoi limiti interni), per avere la Cassazione individuato (per interpretazione) un "nuovo" caso di incompatibilità per la carica di consigliere regionale rispetto

La fattispecie analizzata con maggior frequenza dalla Consulta che più si avvicina all'ipotesi di conflitto interno tra giurisdizione e legislazione, e sulla quale vi sono sentenze anche di segno diverso, riguarda casi di disapplicazione di leggi regionali da parte di sentenze (ove la Regione propone conflitto tra il proprio potere legislativo e la funzione giurisdizionale statale espletata in menomazione del potere altrui).

Trattasi di conflitto intersoggettivo, la cui analisi può ben adattarsi a quel conflitto tra poteri che si è chiamato "interno", in quanto – per risolverlo – si ha riguardo alla intrinseca natura dell'attività esercitata, che a) o si mantiene nei limiti ed entro le caratteristiche proprie della funzione giurisdizionale in concreto esercitata, b) oppure ne esorbita ed assume sostanzialmente caratteristiche proprie della funzione legislativa, seppur regionale, menomandone le prerogative.

4. E' pensando a tutto ciò che si è sopra sostenuto che – con l'ordinanza 8 ottobre 2008, n. 334 – si è persa una importante occasione di chiarimento e di definizione dei rispettivi ambiti di operatività tra giudice e legislatore.

Quella decisa dalla ordinanza richiamata è forse la più adamantina, cristallina, netta questione di conflitto "interno" tra potere giurisdizionale e legislativo, mai sottoposta alla Corte. L'occasione per chiarire i termini del conflitto non è stata colta e la Consulta ha optato per il mantenimento dello *status quo*, in quanto il conflitto è stato ritenuto inammissibile. Di fatto, però, essa ha indubbiamente risolto il conflitto a favore del potere giurisdizionale, sostanzialmente riconoscendo l'irrelevanza e comunque la non sindacabilità di un confine interno di giurisdizione tra i due poteri.

La Consulta si è infatti limitata a ribadire il principio già più volte applicato in caso di conflitti coinvolgenti il potere: "*per costante giurisprudenza di questa Corte, l'ammissibilità di un conflitto avente ad oggetto atti giurisdizionali sussiste 'solo quando sia contestata la riconducibilità della decisione o di statuizioni in essa contenute alla funzione giurisdizionale, o si lamenti il superamento dei limiti, diversi dal generale vincolo del giudice alla legge, anche costituzionale, che essa incontra nell'ordinamento a garanzia di altre attribuzioni costituzionali'* (ordinanza 359 del 1999; nello stesso senso, tra le più recenti, sentenze 290, 222, 150, 2 del 2007); la medesima giurisprudenza afferma che un conflitto di attribuzione nei confronti di un atto giurisdizionale non può ridursi alla prospettazione di un percorso logico-giuridico alternativo rispetto a quello censurato, giacché il conflitto di attribuzione 'non può essere trasformato in un atipico mezzo di gravame avverso le pronunce dei giudici' (ordinanza 359 del 1999; si veda altresì la sentenza 290 del 2007)".

Ciò affermato in via teorica e di principio, la Corte conclude semplicemente (e – si ritiene – apoditticamente, senza cioè dar conto in alcun modo dell'affermazione) sostenendo di non aver rilevato "la sussistenza nella specie di *indici* atti a dimostrare che i giudici abbiano utilizzato i provvedimenti censurati – aventi tutte le caratteristiche di atti giurisdizionali loro proprie e, pertanto, spieganti efficacia solo per il caso di specie – come meri schemi formali per esercitare, invece, funzioni di produzione normativa o per menomare l'esercizio del potere legislativo da parte del Parlamento, che ne è sempre e comunque il titolare". Null'altro.

4.1. Una prima valutazione riguarda la fase del giudizio costituzionale in cui la pronuncia è stata assunta, ove la Corte, ai sensi dell'art. 37, terzo e quarto

ai casi previsti nello Statuto speciale regionale (con un accenno anche alla ritenuta volontà della autorità giudiziale di – così facendo – porre "rimedio ad una situazione di vuoto normativo"), è la sentenza 2 del 2007 (su cui *infra*, nota 18).

comma, della legge 87 del 1953, è chiamata a delibare, senza contraddittorio tra le parti, esclusivamente sul fatto se il ricorso sia ammissibile, valutando se sussistano i requisiti soggettivi ed oggettivi del conflitto di attribuzioni.

Non si condivide l'applicabilità "automatica" del principio di inammissibilità che ha fatto la Consulta. In realtà, detto principio non si applica all'ipotesi in cui sia contestata la "riconducibilità della decisione o di statuizioni in essa contenute alla funzione giurisdizionale". Ebbene, ciò è proprio quanto contestato in sede di prospettazione del conflitto: ossia che la funzione giurisdizionale abbia posto in essere un'attività non riconducibile a sentenza, bensì a norma di legge. Si ritiene, quindi, che non avrebbe potuto applicarsi *sic et simpliciter* il richiamato principio di inammissibilità, in quanto – pur vertendo la questione sulle modalità di esercizio dell'attività giurisdizionale e potenzialmente richiedendo un sindacato interno alla funzione – non si contestava meramente un errore giudiziale avente come conseguenza o riflesso la menomazione di altro potere, quanto *direttamente* la riconducibilità della decisione al potere giurisdizionale (ipotesi ammessa).

Si ritiene che occorresse quindi *entrare nel merito* della questione onde verificare l'effettiva aderenza della decisione ad un dato normativo esistente e di conseguenza la natura giurisdizionale (o viceversa normativa) della stessa; o comunque una indagine almeno "rigorosa" sugli eventuali motivi di inammissibilità.

4.2. Lascia poi perplessi la sbrigativa affermazione secondo cui nella fattispecie non risulterebbero "indici" dell'esercizio della funzione di produzione normativa o della menomazione dell'esercizio del potere legislativo. Non v'è un elemento portato a conferma della suddetta affermazione, che rimane quindi del tutto apodittica.

Eppure, elementi portati dalle Camere ve ne erano.

Il conflitto – si legge nei ricorsi – non ha ad oggetto un mero *error in iudicando* da parte dell'autorità giudiziaria: quest'ultima, viceversa, ha colmato il vuoto normativo assunto a presupposto delle proprie pronunce "mediante un'attività che assume sostanzialmente i connotati di vera e propria attività di produzione normativa"; con ciò si è realizzato un "radicale sovvertimento del principio della divisione dei poteri", in violazione degli artt. 70, 101, secondo comma e 102, primo comma, della Costituzione.

Ed ecco i cd. "indici": a) l'Autorità giudiziaria ha ecceduto nella propria attività ermeneutica ex art. 12 preleggi, poiché quanto statuito non è rinvenibile affatto nell'ordinamento giuridico, che – al contrario – presenta gli artt. 357 e 424 c.c., in tema di poteri del tutore, al quale l'ordinamento non attribuisce (nessuna norma lo fa) la prerogativa di "disporre della vita del soggetto tutelato"; b) l'art. 5 c.c., in tema di atti dispositivi del proprio corpo, e soprattutto gli artt. 579 e 580 c.p., che puniscono l'omicidio del consenziente e l'aiuto al suicidio, dicono tutto il contrario e sono del tutto inconciliabili con la decisione assunta dall'Autorità giudiziaria, sicché "nel nostro ordinamento vige un principio ispiratore di fondo che è quello della indisponibilità della vita", tutelato dall'art. 2 della Costituzione; c) la decisione, oggetto del presente conflitto di potere, non potrebbe giustificarsi, come attività giurisdizionale, neppure sulla base di una attività ermeneutica eseguita sugli artt. 13 e 32 della Costituzione, posto che "anche a considerare l'ipotesi che i principi costituzionali siano suscettibili di applicazione diretta in sede giudiziaria, detta eventualità non può che risultare circoscritta al caso in cui il loro contenuto precettivo sia univoco ed autosufficiente, come tale in grado di assolvere ex se alla funzione di criterio esauriente di qualificazione della fattispecie" (ciò che non è, anche in ragione delle "differenti letture di cui appare suscettibile l'art. 32 Cost.); d)

e comunque – si aggiunge in questa sede – una attività ermeneutica giudiziale non può mai arrivare a confliggere con altre norme vigenti e del tutto “chiare” dell’ordinamento giuridico; né con una mera interpretazione si può contravvenire ad altre disposizioni; in ogni caso, il principio di diritto affermato nel caso di specie sarebbe macroscopicamente erroneo perché *non coerente* con l’ordinamento vigente e travalicherebbe quindi i limiti logici del criterio interpretativo.

Di “indici”, quindi, ve ne sono. Ciò che manca, invece, si ritiene sia la motivazione dell’affermazione – contenuta nell’ordinanza di inammissibilità – secondo cui, quelli citati, non costituirebbero indici atti a dimostrare che i giudici abbiano utilizzato, mediante i provvedimenti censurati, funzioni di produzione normativa.

4.3. In realtà, pare evidente che l’esame dei cd. indici sia del tutto secondario – nella prospettiva della Corte – in ragione del fatto che la questione sembra essere stata troppo velocemente catalogata come sindacato interno alla funzione giurisdizionale e liquidata con l’affermazione – “di principio” – del principio di inammissibilità.

E’ chiaro che, nella fattispecie, l’usurpazione del potere legislativo da parte del giurisdizionale non può che dimostrarsi se non attraverso l’esame dell’esercizio erroneo del potere giurisdizionale, *sub specie* di abuso dell’attività ermeneutica. Ritenere impossibile *sic et simpliciter* sindacare quest’ultimo, senza considerare la finalità del sindacato (dimostrare l’usurpazione), significa spogliarsi del sindacato stesso sul conflitto.

Nella fattispecie, la eventuale esistenza degli indici (esclusi immotivatamente in ordinanza) equivale già – di per sé – a sussistenza del conflitto (manifestando “direttamente” l’usurpazione del potere) e non solo a mera ammissibilità del conflitto.

Gli indici citati non sono qui affermati per contestare l’erroneità delle decisioni giurisdizionali assunte; bensì per dimostrare l’inesistenza di un dato normativo positivo da cui far discendere la decisione assunta; ed anzi la contraddittorietà ed incompatibilità, dell’improbabile attività ermeneutica, rispetto ai dati normativi esistenti, con conseguente creazione normativa.

Il presente sindacato non coincide con l’ordinario esame della correttezza dell’attività giurisdizionale rispetto alla legge (non si tratta, cioè, di accertare il generico superamento dei limiti derivanti dal “generale vincolo del giudice alla legge”, e quindi un utilizzo erroneo del potere decidente desunto dalle leggi e/o dalla loro interpretazione). Esso consiste nell’accertare il superamento di un limite diverso, quello derivante dalla stessa impossibilità da parte dei giudici di decidere in assenza di legge; limite, quest’ultimo, “posto a garanzia di altra attribuzione costituzionale” (quella legislativa) e rilevante quindi come “confine” tra i poteri legislativo e giurisdizionale (quel che si è sopra chiamato confine “interno” di giurisdizione).

E’ su questo che si chiedeva alla Corte Costituzionale di pronunciarsi, al fine di dirimere il conflitto.

Si ritiene che con la pronuncia di inammissibilità si sia disconosciuto alla radice il principio di separazione dei poteri (tra quello giurisdizionale e quello normativo), in ipotesi di usurpazione di attività sostanzialmente normativa da parte del giudice.

Alla fine, pare proprio non esistere quel limite/confine “interno” all’attività – di cui si è inizialmente accennato – tra funzione giurisdizionale e funzione legislativa, il cui superamento sia atto a determinare conflitto costituzionale.

E – se esiste – il superamento di quel limite pare comunque non rivestire l'aspetto di un conflitto costituzionale ammissibile, così com'è assorbito e ricondotto – invece – entro l'ambito indistinto di libertà dell'attività interpretativa dell'ordinamento giuridico da parte del giudice (come tale, non sindacabile in sede di conflitto di attribuzioni; bensì solo con gli ordinari mezzi di gravame).

Ciò significa negare in radice che il giudice abbia un vincolo di fedeltà alla legge rilevante in termini di conflitto costituzionale.

5. Si cercherà di analizzare ora il principio di inammissibilità del conflitto per errori dell'attività giurisdizionale, a cui si è richiamata la Corte Costituzionale.

Per quanto riguarda i requisiti oggettivi, ossia l'esistenza di un conflitto "per la delimitazione della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali" (art. 37, primo comma), la Corte Costituzionale si è più volte pronunciata per la possibilità che un conflitto costituzionale possa conseguire da un atto giurisdizionale, sia quando si deduca l'usurpazione di competenze altrui, sia quando dal suo non corretto esercizio derivi una menomazione del potere altrui¹⁵.

Contestualmente, la Consulta non ammette, in via generale, una mera censura di riesame della legittimità dell'atto, una sorta di ulteriore operazione nomofilattica.

Essa, come visto, fa applicazione del citato principio secondo cui non possono essere contestati meri errori *in iudicando* di diritto sostanziale o processuale della funzione giurisdizionale (per i quali valgono i consueti rimedi impugnatorii).

La Consulta stessa, però, limita detta inammissibilità al caso in cui da quegli stessi errori non discenda come conseguenza l'usurpazione di altra posizione costituzionalmente garantita.

Il principio di inammissibilità, nella sua formulazione attuale, oltre alla utilizzata parte negativa ("il conflitto non può risolversi nella prospettazione di un percorso logico giuridico alternativo rispetto a quello censurato"), è caratterizzato da una parte positiva "residuale" (alla quale peraltro si accede raramente) che individua i casi ove il conflitto è viceversa da ritenersi ammissibile: "*Il rimedio del conflitto di attribuzione relativamente ad atti di giurisdizione è configurabile quando sia contestata radicalmente la riconducibilità dell'atto che determina il conflitto alla funzione giurisdizionale, ovvero sia messa in questione l'esistenza stessa del potere giurisdizionale nei confronti del soggetto ricorrente. In tutti questi casi, il conflitto verrebbe infatti a configurarsi non come controllo sul contenuto dell'attività giurisdizionale, ma come garanzia di sfere di attribuzioni che si vogliono costituzionalmente protette da interferenze da parte di organi della giurisdizione o che si vogliono riservare al controllo di altra istanza costituzionale (Corte Costituzionale, sentenza 27 del 1999).*

¹⁵ "Nulla vieta che un conflitto di attribuzione tragga origine da un atto giurisdizionale, se ed 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 sé, ma si estende a comprendere ogni ipotesi in cui dall'illegittimo esercizio di un potere altrui consegua la menomazione di una sfera di attribuzioni costituzionalmente assegnate all'altro soggetto". Il principio, enunciato nella sentenza 110 del 1970, è stato concordemente seguito in più pronunce successive (cfr. sentenze 211 del 1972, 178 del 1973, 289 del 1974, 75 del 1977, 183 del 1981, 70 del 1985, 285 del 1990).

Detta formulazione è stata "corretta" sin *ab origine* con la contestuale affermazione del citato principio di inammissibilità del conflitto in presenza di denuncia di un mero *error in iudicando*; cfr. sentenze 289 del 1974, 70 del 1985, ordinanze 77 e 98 del 1981, 244, 245 e 246 del 1988.

Questo è il discrimine tra ammissibilità e inammissibilità in campo giurisdizionale.

In sostanza, il rimedio ex art. 134, secondo comma, Cost. è attivabile: a) se si censura che l'attività svolta in concreto non spetta alla funzione giurisdizionale (ma a quella di altro potere, in tal caso del legislativo); oppure b) se si contesta che l'attività in concreto, che spetta al potere giurisdizionale che l'ha espressa, non è però esercitabile nei confronti del potere proponente il conflitto (in tal caso del legislativo).

5.1. Come si vede, è la stessa formulazione del principio di inammissibilità (applicato nella specie dalla Corte Costituzionale) che consente anche un sindacato ed un controllo sulla qualità e sulla natura e sul contenuto dell'esercizio del potere giurisdizionale, quando sia contestata radicalmente la riconducibilità dell'atto al potere.

Non è esclusa a priori la possibilità di un conflitto che comporti anche un "controllo sul contenuto dell'attività giurisdizionale" da parte della Corte Costituzionale (sindacato cd. interno), quando in gioco vi sia la garanzia delle rispettive sfere di attribuzioni: *"la contestazione di errori addebitati ad una pronuncia giurisdizionale non può costituire, di per sé, materia di conflitto costituzionale per il solo fatto che da quegli errori si affermi discendere, come conseguenza o riflesso, la menomazione di una posizione costituzionalmente garantita, ma solo quando sia contestata la riconducibilità della decisione o di statuizioni in essa contenute alla funzione giurisdizionale, o si lamenti il superamento dei limiti, diversi dal generale vincolo del giudice alla legge, anche costituzionale, che essa incontra nell'ordinamento a garanzia di altre attribuzioni costituzionali"* (Corte Costituzionale, sentenza 359 del 1999).

Ai fini dell'ammissibilità del conflitto non sono quindi del tutto irrilevanti gli errori addebitati alla pronuncia giurisdizionale, ma questi interesseranno – in sede di conflitto costituzionale – solo se attraverso essi si desuma la non riconducibilità dell'attività contestata alla funzione giurisdizionale.

In sostanza, anche l'attività giurisdizionale (al pari delle altre attività) incontra dei limiti posti dall'ordinamento giuridico a garanzia di altre attribuzioni costituzionali, che agiscono in funzione ostativa dell'esercizio (producendo altrimenti la rivendicazione da parte dell'altrui potere).

5.2. Uno di questi limiti è quello imposto dalla presenza e dalle attribuzioni proprie del potere legislativo e riconducibile all'art. 101, secondo comma, Cost., ed al fatto che i giudici sono soggetti alla legge; dal che si trae il principio di impossibilità da parte dei giudici di decidere in assenza di legge.

Detto limite è diverso dal generico rispetto della legge da parte del giudice, in cui trova espressione l'esercizio del potere decidente ed il cui esame è precluso alla Corte in quanto si risolverebbe in null'altro che in un ulteriore controllo nomofilattico dell'attività giurisdizionale.

Detto limite è imposto dallo stesso principio di separazione dei poteri, sia come storicamente determinatosi, sia come attualmente vigente, ed il suo esame consiste in un controllo sull'esercizio sostanziale di un potere appartenente ad altra attribuzione costituzionale (quella legislativa): ipotesi che si ritiene del tutto ammissibile.

Si ritiene quindi che la Corte Costituzionale non avrebbe potuto trincerarsi dietro un mero *non possum*.

5.3. Il richiamato principio di inammissibilità in realtà viene applicato in modo molto rigido e quasi automatico dalla Corte Costituzionale, in caso di esame sul *cattivo* esercizio della funzione giurisdizionale, precluso in sede dirimente del conflitto costituzionale.

Ma il suddetto principio è stato applicato in concreto solo con riguardo ad ipotesi non usurpative di altri poteri; e solo con riguardo a casi in cui la pretesa menomazione delle altrui prerogative era lamentata solo di riflesso, in realtà nascondendo, in via diretta e primaria, una mera censura dell'atto giudiziale.

Così, con l'ordinanza 359 del 1999, la Consulta dichiara inammissibile il conflitto promosso da un avvocato, nei confronti di una sentenza della Corte di Cassazione che aveva concluso per l'inammissibilità del ricorso da lui sottoscritto per ritenuta invalidità della procura speciale (adottando un criterio di giudizio – a suo dire – palesemente erroneo e smentito dalla successiva giurisprudenza a Sezioni Unite della stessa Corte), sul presupposto che ciò avrebbe menomato il “potere costituzionale di difesa” di cui egli sarebbe stato titolare.

La Consulta (senza peraltro affrontare il problema dell'ammissibilità soggettiva) precisa che sotto la veste del conflitto si celano in realtà “censure relative alla correttezza giuridica” di decisioni giudiziali, “non suscettibili di configurare esorbitanze dai limiti propri della giurisdizione, e dalle quali solo come riflesso discende la lamentata menomazione della funzione del difensore”. E' evidente che qui non si fa questione del fittizio esercizio giurisdizionale, usurpativo di altro potere; bensì di un errato esercizio giurisdizionale da cui deriva di riflesso la menomazione di altrui prerogative (la questione si risolve nella contestazione del superamento del mero limite interno di corretta applicazione della legge da parte del giudice).

La sentenza 27 del 1999 dichiara inammissibile il conflitto sollevato da una Provincia, in relazione ad una pronuncia del Consiglio di Stato che aveva annullato per incompetenza una ordinanza presidenziale, in quanto – a dire dell'Ente ricorrente – il giudice amministrativo avrebbe disconosciuto una precisa competenza provinciale prevista da una norma statutaria, in ragione di una corretta e diversa qualificazione del provvedimento annullato.

Anche in tal caso, la Consulta conclude affermando trattarsi di “una controversia che, avendo base in una questione di interpretazione del diritto vigente che influisce sulla decisione del giudice che si vorrebbe censurare, non attiene all'esistenza della giurisdizione in quanto tale”. Anche in tal caso vi è una diversa interpretazione di norme, in relazione ad una diversa qualificazione del fatto controverso, che si assume lesiva dell'altrui potere. Non vi è questione di insussistenza di potere giurisdizionale (ma di preteso non corretto esercizio del potere ermeneutico del giudice).

La sentenza 290 del 2007, riguarda un caso di conflitto tra il potere giurisdizionale e le prerogative del Presidente della Repubblica, e più precisamente la questione posta dall'ex Presidente Cossiga, nei confronti della sentenza di Corte d'Appello di condanna al risarcimento danni per le dichiarazioni rese durante il suo mandato presidenziale, in applicazione dei principi fissati dalla Cassazione (e già oggetto di precedente conflitto). La Consulta conclude per l'inammissibilità del conflitto, sul presupposto che “il ricorrente fa discendere la lamentata menomazione della prerogativa costituzionale da un'interpretazione dell'art. 90 Cost., resa dalla Corte d'Appello nella sentenza oggetto di gravame, ‘del tutto insoddisfacente e contrastante’ – a dire del ricorrente – rispetto ai principi fissati dalla Corte di Cassazione”.

Pertanto, “ciò che si imputa alla decisione della Corte d’Appello non è tanto la menomazione della guarentigia presidenziale (che pur sarebbe in astratto configurabile), quanto il mancato rispetto dei principi di diritto stabiliti dalla Corte di Cassazione, che avrebbero dovuto orientare la decisione della Corte d’Appello in sede di rinvio, con la conseguenza che questa sarebbe incorsa in errore di giudizio”¹⁶.

5.3.1. Le ipotesi che invece più si avvicinano al caso di specie (usurpazione di attività sostanzialmente normativa), sono quelle riguardanti casi di disapplicazione di norme regionali (pur mantenendosi nell’ambito di un conflitto in cui l’erronea attività giurisdizionale per superamento di limiti di legge incide indirettamente e di riflesso sulle prerogative dell’altrui potere).

A tal fine si segnalano due tipologie di pronuncia da parte della Consulta, di esito diverso: la sentenza 222 del 2007 e la sentenza 285 del 1990.

La prima riguarda un conflitto proposto dalla Regione Veneto in relazione ad una sentenza del T.A.R. di annullamento di un provvedimento di diniego di concessione edilizia, assunto perché l’area edificabile era attraversata da un

¹⁶ La vicenda segue un precedente conflitto di attribuzioni proposto dal Senatore a vita nei confronti della sentenza a monte della Corte di Cassazione. In tale occasione si era sostenuto che non sarebbe spettato all’autorità giudiziaria, ma alla Corte Costituzionale, il potere di individuare il contenuto delle immunità presidenziali di cui all’art. 90 Cost., né quello di giudicare se l’immunità presidenziale fosse limitata ai soli atti “funzionali” ossia riconducibili all’esercizio della carica, o invece si estendesse alla persona del titolare e quindi anche alla sfera di responsabilità per attività “extrafunzionali”.

La sentenza 154 del 2004 – nel confermare che spetta alla funzione giurisdizionale la competenza in ordine alla qualificazione degli atti del Presidente della Repubblica – precisa: “se nel decidere l’autorità giudiziaria venisse ad apprezzare erroneamente la portata della clausola (di esclusione della responsabilità) o a negare ad essa erroneamente applicazione, con conseguente lesione della prerogativa e dunque dell’attribuzione presidenziale, oltre ai normali rimedi apprestati dagli istituti che consentono il controllo sulle decisioni giudiziarie ad opera di altre istanze pure giudiziarie, varrà il rimedio del conflitto di attribuzioni davanti a questa Corte”. Subito dopo però afferma: “la competenza di questa Corte a risolvere i conflitti di attribuzione non può sostituirsi a quella del giudice comune per l’accertamento in concreto dell’applicabilità della clausola di esclusione della responsabilità” (punto 5 del considerato in diritto).

Ci si chiede – allora – come sia mai possibile decidere un eventuale conflitto di attribuzioni derivante da un erroneo apprezzamento della portata della clausola di esclusione di responsabilità da parte della funzione giurisdizionale (ipotesi pur ammessa in via teorica dalla Corte), senza però “sostituirsi alla competenza del giudice comune per l’accertamento in concreto dell’applicabilità della clausola”. Difatti, nel successivo giudizio per conflitto nei confronti della decisione del giudice del rinvio, la Consulta – come visto – dichiara il conflitto inammissibile, in quanto “i conflitti intersoggettivi aventi ad oggetto atti di natura giurisdizionale non possono risolversi in mezzi impropri di censura del modo di esercizio della funzione giurisdizionale”. Ma – ci si chiede – dove altrimenti potrebbe trovare collocazione la menomazione delle prerogative presidenziali (pur astrattamente ritenuta tutelabile dalla stessa Corte) se non proprio nelle manchevolezze addebitabili al giudice del rinvio, anche in applicazione dei principi così come definiti dalla Corte di Cassazione e desunti dalle norme costituzionali sull’immunità? Come altrimenti valutare se nel caso concreto vi sia stato un “apprezzamento erroneo” della clausola da parte della funzione giurisdizionale oppure se sia stata “erroneamente disapplicata”?

Pare proprio che debba occorrere un *qualche tipo* di sindacato “interno” all’atto, onde verificare la correttezza dell’espressione della funzione giurisdizionale affinché quest’ultima non esorbits in una lesione di altre attribuzioni (nella fattispecie presidenziali). Alle medesime conclusioni giunge una interessante nota di Ginevra Cerrina Feroni, *Inammissibile il ricorso o incoerente la decisione? (ovvero i “giochi di parole” della sentenza 290 del 2007 sul “caso Cossiga”)*, in Forum di Quaderni costituzionali, www.forumcopstituzionale.it.

Ciò che si vuole evidenziare è che, se si toglie la possibilità di un qualunque tipo di sindacato interno all’attività giurisdizionale, deve escludersi in ogni caso la possibilità di sollevare conflitto di attribuzioni su atti giurisdizionali lesivi di altre prerogative, quanto meno se la menomazione sia riconducibile ad un *cattivo* esercizio della funzione giurisdizionale.

elettrodotto con fascia di rispetto in cui si sarebbero superati i limiti di induzione magnetica stabiliti con Legge regionale.

L'annullamento del T.A.R. faceva riferimento alla ritenuta abrogazione implicita della Legge regionale da parte di una sopravvenuta Legge quadro statale.

La Regione sostiene che con l'abrogazione della normativa regionale si sarebbe operato uno "sconfinamento assoluto dalla giurisdizione", con lesione dell'autonomia regionale; al limite, il T.A.R. avrebbe dovuto sollevare questione di legittimità costituzionale della norma regionale, non spettando alla funzione giurisdizionale ritenere implicitamente abrogata quest'ultima.

La Consulta dichiara il conflitto inammissibile, sul presupposto che *"nel dichiarare il suddetto effetto abrogativo, il T.A.R. non ha fatto altro che esercitare un potere strettamente inerente alla funzione giurisdizionale, che consiste nell'applicazione delle norme vigenti ai casi concreti"*, ed afferma: *"è del tutto evidente che il giudice deve previamente accertare se le norme che viene chiamato ad applicare nel procedimento di sua competenza siano ancora in vigore o eventualmente siano state abrogate in modo esplicito o implicito da leggi successive, secondo quanto stabilisce l'art. 15 delle disposizioni preliminari al codice civile. Tale dovere di verifica è conseguenza naturale e necessaria del criterio cronologico, che, insieme a quello gerarchico ed a quello di competenza, disciplina il sistema delle fonti del diritto"*.

Anche qui, il conflitto deciso non è usurpativo, non rivendicando la Regione per sé l'attività giurisdizionale esercitata, ma denunciandone il presunto cattivo esercizio con riflessi menomativi sulle proprie prerogative (e si noti che, almeno, la Corte ha motivato l'applicazione del principio di inammissibilità).

La sentenza 285 del 1990 riguarda il conflitto proposto dalla regione Emilia Romagna nei confronti di una sentenza della Corte di Cassazione che aveva deciso dell'esistenza di un reato di inquinamento senza tener conto di una legge regionale che sanzionava quell'infrazione solo in via amministrativa, considerando quest'ultima costituzionalmente illegittima.

La Regione, in sede di conflitto, sostiene che *"la caratteristica prima del valore di legge di un atto normativo è la sola ed esclusiva sindacabilità da parte della Corte Costituzionale, e non invece degli altri giudici, i quali dispongono del solo potere di provocare il giudizio della Corte stessa"*. Ne consegue che *"il giudice ordinario, disapplicando la legge regionale, ha menomato l'autonomia costituzionale delle Regioni, esercitando un potere di giurisdizione che la Costituzione affida solo al Giudice costituzionale"* (in tal senso – afferma significativamente la Regione – non rileva in questa sede sapere se la legge regionale che il giudice ha disapplicato sia o non sia conforme a Costituzione).

La Consulta – in tal caso – accoglie il conflitto e dichiara che non spetta allo Stato – e per esso alla Corte di Cassazione – disapplicare le Leggi Regionali richiamate: *"la Regione in realtà non sostiene che la sentenza si fondi su erronee interpretazioni di legge ovvero sull'errata individuazione della normativa da applicare nel caso concreto; essa lamenta invece che la Cassazione, pur avendo ritenuto riferibili alla fattispecie le citate leggi regionali, le abbia espressamente disapplicate, considerandole alla stregua di atti amministrativi; e più ancora che, in base ad una valutazione di incostituzionalità delle anzidette leggi, anziché sollevare la relativa questione dinanzi alla Corte Costituzionale, sia pervenuta direttamente alla disapplicazione delle medesime. Non si è dunque dinanzi alla denuncia di error in iudicando, nel senso in cui questa Corte in precedenti sentenza lo ha ritenuto sottratto al proprio giudizio come non idoneo a costituire materia di conflitto di attribuzione. L'errore di cui si discute è consistito, secondo la ricorrente,*

nell'erroneo convincimento che ha indotto la Corte di Cassazione ad esercitare un potere che non le compete, errore cioè che è caduto sui confini stessi della giurisdizione e non sul concreto esercizio di essa”.

Ecco il punto: l'errore è caduto sul confine della giurisdizione (che non poteva disapplicare per incostituzionalità una norma regionale) e non sul concreto esercizio di essa.

Trattasi in questo caso di conflitto in qualche modo usurpativo di attribuzioni altrui (della stessa Corte Costituzionale), pur agendo ciò in lesione dell'attribuzione legislativa regionale¹⁷.

6. Non si può non cogliere l'analogia con la fattispecie oggi decisa diversamente dalla medesima Consulta.

Come si vede, la Consulta ha valutato le *corrette modalità di esercizio* del potere giurisdizionale nel caso concreto, motivando l'accoglimento con il fatto che l'errore della giurisdizione non cade – però – sui limiti interni di fedeltà alla legge (è ininfluente sapere se la legge regionale sia o meno costituzionale), bensì sul confine stesso della giurisdizione (esercizio di potere altrui). A differenza del caso precedente di abrogazione tacita di legge regionale, compreso nelle funzioni attribuite al potere giurisdizionale, in questo secondo caso il potere di disapplicare leggi regionali per incostituzionalità non è invece ricompreso nelle funzioni attribuite al potere giurisdizionale.

Per far questo è evidente che la Consulta ha dovuto sindacare l'attività giurisdizionale, ed ha valutato – nel merito – che vi è stato un “abuso” nell'esercizio del potere ermeneutico, che è andato oltre il limite suo proprio disapplicando una legge regionale per ritenuta incostituzionalità.

Allo stesso modo si ritiene che dovesse essere deciso parimenti il conflitto di cui all'ordinanza 334 del 2008: anche in tal caso vi è stato un “abuso” nell'esercizio del potere ermeneutico, che è andato oltre il limite suo proprio affermando un principio normativo innovativo in assenza di dati normativi positivi (si ritiene, peraltro, che il ricorso dovesse anche essere accolto, sulla base della validità degli indici di normatività, elencati al § 4.2.)¹⁸.

¹⁷ Per il vero, in materia può segnalarsi anche la sentenza della Corte Costituzionale 150 del 2007, che ha ad oggetto un giudizio per conflitto di attribuzioni promosso dalla Regione Emilia Romagna nei confronti dello Stato e precisamente del decreto del Presidente del T.A.R. Lazio che aveva sospeso una deliberazione giunta di definizione del calendario per l'esercizio venatorio nonché – almeno così era ritenuto dalla regione – anche la parimenti impugnata legge regionale contenente le norme per la definizione del suddetto calendario. Il provvedimento cautelare del T.A.R. avrebbe quindi violato “il regime costituzionale della legge”, in quanto l'esercizio del potere di sospensione degli atti normativi spetterebbe alla Corte Costituzionale ex art. 35 della L. 11.03.1957 n. 87. Qui l'analogia con la sentenza 285 del 1990 è palese. “*Come l'eventuale disapplicazione diretta di una legge, ad opera di un provvedimento giurisdizionale, violerebbe le prerogative del legislatore, così ad analoga conclusione si dovrebbe pervenire nell'ipotesi in cui detto atto determini una sospensione – sia pure provvisoria – degli effetti di essa*”.

La Consulta, premettendo il principio generale di inammissibilità, dichiara inammissibile il conflitto, ma sulla base del secondario presupposto secondo cui dal tenore letterale del decreto presidenziale in questione non emergerebbe la dedotta sospensione della legge regionale.

¹⁸ Un ulteriore caso – analogo ai presenti – risolto in questo caso negativamente dalla Corte Costituzionale, con la sentenza 2 del 2007 (ove vi è quanto meno una articolata valutazione *nel merito* della questione ed una adeguata motivazione di inammissibilità), riguarda un conflitto tra Regione Sardegna e la Corte di Cassazione, in cui si contesta a quest'ultima di avere individuato (per interpretazione) un “nuovo” caso di incompatibilità per la carica di consigliere regionale rispetto ai casi previsti nello statuto speciale regionale. In particolare, la Regione contesta una lesione delle proprie attribuzioni perché “la Cassazione, nonostante asserisca di aver fatto uso del criterio dell'interpretazione ‘costituzionalmente orientata’ della normativa vigente, sarebbe andata ‘ben oltre i limiti logici di tale criterio’”, avendo applicato, in via sussidiaria, la disciplina delle incompatibilità

L'analogia continua anche in relazione alla valutazione di un secondo argomento a favore dell'inammissibilità del conflitto, secondo il quale gli effetti della sentenza sarebbero limitati all'oggetto del giudizio, cosicché la legge regionale continuerebbe integralmente a spiegare la sua efficacia in via generale.

Trattasi infatti di uno degli argomenti presenti anche nell'ordinanza 334 del 2008: "la vicenda processuale che ha originato il presente giudizio non appare ancora esaurita e, d'altra parte, il Parlamento può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti".

La medesima Consulta, nella sentenza 285 del 1990, afferma invece che "l'efficacia della legge sta proprio nell'obbligo del giudice di applicarla nel caso concreto che gli è sottoposto. La disapplicazione della legge anche in un solo caso viene a negarne la intrinseca natura, e costituisce pertanto una lesione del potere legislativo regionale".

Anche nell'odierna vicenda, la innovazione dell'ordinamento da parte del potere giurisdizionale, pure in un solo caso, viene a negarne la intrinseca natura, e costituisce usurpazione del potere legislativo.

7. In conclusione, si capisce la preoccupazione della Consulta (nell'adozione del citato indirizzo fortemente restrittivo in merito a conflitti portati contro atti giurisdizionali), che non vuole giustamente diventare un "super giudice" dell'attività giurisdizionale, ultimissima istanza contro presunti errori giudiziari, al di là dei (ed in aggiunta ai) normali mezzi di gravame previsti dall'ordinamento.

Si condivide meno l'applicazione che in concreto viene fatta del principio di inammissibilità del conflitto, a volte solo affermato, come in questo caso, senza operare alcun sindacato interno all'attività giudiziale, onde verificare se quanto

prevista dalla legge nazionale, anche nel territorio della Regione a statuto speciale (in considerazione del fatto che i pochi casi di incompatibilità statutariamente previsti non esauriscono, all'evidenza, la disciplina della materia), mentre – per la Regione – "la ritenuta carenza della legislazione regionale non potrebbe mai essere surrogata dall'applicazione della legge statale", ma semmai sanzionata in sede di controllo di costituzionalità.

La Corte Costituzionale – peraltro dopo un *esame nel merito* delle censure mosse dalla Regione alla Cassazione ed una attenta *analisi del "percorso interpretativo"* che ha condotto la Corte di Cassazione ad esprimersi nel senso dell'applicabilità, in via sussidiaria, della disciplina nazionale – ha dichiarato inammissibile il conflitto ritenendo rinvenibile, nella fattispecie, non una radicale inesistenza di potere giurisdizionale, bensì una mera contestazione dell'interpretazione della Cassazione e, in particolare, della *scelta della norma da applicare*, che rientra nella funzione istituzionale dell'autorità giudiziaria (concludendosi nel senso che alla luce di detta analisi "*non è dato addebitare alla sentenza di aver travalicato i 'limiti logici' del criterio di interpretazione adeguatrice*").

Non sfugge che, in tal caso, non si è fatta alcuna applicazione automatica del principio di inammissibilità.

Al contrario. Si è valutato il percorso ermeneutico, onde verificare se esso si fosse mantenuto nei limiti (appartenenti al potere giurisdizionale) del riferimento ad un dato normativo esistente, oppure se vi fosse stato un abuso di interpretazione, con conseguente carenza di potere ed usurpazione di attribuzioni esclusive regionali (nella fattispecie, di legge statutaria). La Consulta non si è "spogliata" del conflitto.

Non si nega che – anche nel caso di cui all'oggetto – si sarebbe voluto un analogo esame e che si fosse proceduto in tal modo (mentre si ritiene che nel caso odierno la Consulta si sia "spogliata" del conflitto).

Va anche rilevato che i casi risolti con la sentenza 2 del 2007 e con l'ordinanza 334 del 2008 paiono differire per il fatto che, nel primo, l'errore della giurisdizione riguarda limiti interni di fedeltà alla legge (rilevando ivi non direttamente una disapplicazione di legge regionale, quanto un problema di scelta di quale norma applicare, il cui esito determina il pregiudizio o meno all'altrui potere); nel secondo, l'errore cade sul confine stesso della giurisdizione (rilevando ivi direttamente l'esercizio giurisdizionale in situazione di vuoto normativo).

meno quest'ultima si sia effettivamente mantenuta nei limiti imposti dall'ordinamento a garanzia della funzione legislativa (confine esterno del vincolo del giudice di fedeltà alla legge).

Uno di questi limiti esterni, che non è il rispetto della legge in quanto tale (ossia se la sentenza sia o meno condivisibile dal punto di vista della corretta applicazione della legge e dell'individuazione della norma applicabile al caso concreto), si ritiene essere invece il rispetto delle “*corrette modalità di esercizio del procedimento ermeneutico*” di cui i giudici sono titolari nell'applicazione della legge; ossia se nella funzione giurisdizionale concretamente esercitata sia o meno ravvisabile l'uso di un potere abnorme, che prescindendo dai concreti dati normativi – più o meno correttamente individuati ed interpretati – ed arrivi invece ad innovare l'ordinamento giuridico: o mediante la disapplicazione di norme esistenti (laddove si fuoriesca dall'esercizio di un “potere strettamente inerente alla funzione giurisdizionale” come nel caso di disapplicazione di leggi regionali per ritenuta incostituzionalità, a differenza dell'ipotesi di disapplicazione di leggi regionali per abrogazione tacita); oppure mediante la loro sostituzione con altre norme ritenute migliori ma svincolate da dati normativi evidenti; oppure ancora mediante l'aggiunta di nuove regolamentazioni in materie non ancora disciplinate per legge e coinvolgente principi, diritti, situazioni giuridiche diverse e contrastanti (come nel caso di specie).

In tal caso, l'errore della funzione giurisdizionale – sindacato dalla Corte Costituzionale in sede di conflitto – non cade tanto sul concreto esercizio della funzione, quanto sui confini stessi della giurisdizione.

E' chiaro che ciò implica un esame anche nel merito dell'attività giurisdizionale da parte della Corte Costituzionale, ma questo è il suo compito in relazione ad un eccepito conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato (che può benissimo convivere anche con i normali mezzi di gravame, avendo i rispettivi strumenti di tutela natura e finalità diverse).

Diversamente – qualora la Consulta si fermasse *sic et simpliciter* davanti all'impossibilità di un qualsivoglia sindacato dell'attività giurisdizionale – ci si troverebbe di fronte ad una nuova formula – questa sì – di “non liquet”, derivante dalla ritenuta impossibilità di decidere in merito al (più che cattivo) abnorme potere esercitato in concreto dalla funzione giurisdizionale, tanto da trascinare in altro potere.

In tal caso, l'attività giurisdizionale potrebbe liberamente esplicarsi, senza alcuna remora di snaturare in attività sostanzialmente normativa. Per meglio dire, se anche fosse rinvenibile un confine interno alla funzione giurisdizionale (come è, in relazione alla sistematica della separazione dei poteri ed al principio di giurisdizione soggetta alla legge), quel confine interno rileverebbe solo quale limite di fedeltà alla legge che potrebbe essere censurato solo ed esclusivamente con gli ordinari mezzi di gravame; e non assurgerebbe mai a confine di potere (seppure interno all'atto) rilevante ai fini dell'ammissibilità di un conflitto costituzionale.

In sostanza sono gli stessi giudici che diventerebbero arbitri dell'esistenza, del posizionamento e del rispetto di un confine alla propria attività giurisdizionale, in modo che non travalichi dai limiti suoi propri sino ad usurpare o menomare il potere legislativo.

Si avrebbe la situazione esattamente opposta – ma parimenti non condivisibile – di quella paventata dalla Consulta nelle decisioni di inammissibilità citate: dalla giusta preoccupazione di inammissibilità di un “nuovo grado di giurisdizione avente portata tendenzialmente generale”; alla ingiusta sostanziale

inammissibilità dello stesso conflitto di poteri quando questo abbia ad oggetto atti giurisdizionali usurpativi di attribuzioni normative.

8. Pur ormai storicamente datato (appartenendo ai primordi dello Stato di diritto), il principio di separazione dei poteri è tuttora uno dei cardini su cui poggiano gli attuali ordinamenti democratici, in quanto “il regime di autonomia e di indipendenza dell’un (potere) rispetto all’altro” è finalizzato a “garantire la sottoposizione al diritto dell’esercizio delle attività sovrane”¹⁹.

Non vi è costituzione senza diritti di libertà e separazione fra i poteri²⁰.

Il Montesquieu, nel famoso capitolo 6 dell’XI Libro del suo “*Esprit des lois*” (1748) affermava: “*In ogni Stato ci sono tre specie di potere pubblico, il potere legislativo, il potere esecutivo esterno e il potere esecutivo interno. Per mezzo del primo il principe o l’autorità emana nuove leggi per un tempo determinato o per sempre, e migliora o rimuove quelle vecchie. Per mezzo del secondo dichiara la pace o la guerra, invia e riceve ambasciatori, provvede alla sicurezza e previene gli attacchi del nemico. Per mezzo del terzo sono puniti i reati e sono risolte le controversie giuridiche civili. Quest’ultimo è il potere giudiziario*”.

Già Carl Schmitt notava che su questo terzo potere il Montesquieu faceva “un’osservazione che ha qualcosa di misterioso, secondo cui esso sarebbe ‘in qualche modo inesistente’, ‘*en quelque facon nulle*’, rimanendo pertanto di vero interesse soltanto la distinzione tra legislativo ed esecutivo”²¹.

Sul significato di questa espressione, lo Schmitt ipotizza che il potere giudiziario in quanto tale non abbia una propria esistenza politica, “poiché esso è totalmente assorbito nel normativo”²².

¹⁹ Mortati 1975, 296.

²⁰ Il principio, già affermato nell’art. 16 della *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen* (1789), è ormai patrimonio essenziale degli odierni Stati democratico/costituzionali. Esso è senz’altro connaturale al più recente costituzionalismo “quale movimento culturale caratterizzato da precisi connotati ‘politici’: netta prevalenza, nella dialettica autorità/libertà, della seconda; riconoscimento di un’uguaglianza ontologica fra gli uomini liberi; libera scelta dei governanti da parte dei governati; separazione dei poteri” (Spadaro, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, 2006, II, 1631). Il concetto di costituzione – armonizzato nel principio democratico – non è neutro, non è riducibile a mera espressione “tecnicistica” riferibile all’assetto fondamentale dello Stato, rappresentando invece i valori che sono alla base di un comune sentire, che trovano “espressione in una particolare visione politica, cioè in un certo modo di intendere e di avvertire il bene comune” (Mortati 1975, 30). Tra questi valori vi è anche l’idea che ciascun potere statale, da una parte (*ex parte construens*), agisca nell’ambito delle competenze sovrane assegnategli dall’assetto costituzionale, in modo indipendente ed autonomo, senza cioè subire pressioni, interferenze o ingerenze dall’esterno, così da salvaguardare l’integrità del conseguimento dei suoi fini specifici, come espressione peculiare dell’esercizio di quel dato potere; e correlativamente l’idea (*ex parte destruens*), che ciascun potere si mantenga nella sfera “propria”, senza invadere il campo d’azione degli altri poteri dello Stato, salvo incorrere nella loro opposizione costituzionalmente garantita mediante il ricorso al conflitto di attribuzione fra poteri, al fine di ostacolare ed arrestare l’indebita ingerenza.

“*Tutto sarebbe perduto – per usare le parole di Montesquieu – se il medesimo uomo o il medesimo corpo facesse le leggi, ne eseguisse i comandi e giudicasse delle infrazioni*”.

E’ questa consapevolezza “democratica” che si traduce nel tentativo di raggiungere – attraverso il diverso atteggiarsi dei rapporti tra i poteri dello Stato e della facoltà di ciascuno di essi *de statuer* e *d’empêcher*, ciascuno nel proprio ordine – il miglior equilibrio e bilanciamento possibile tra detti poteri, tradizionalmente individuati nel legislativo, nell’esecutivo e nel potere giurisdizionale (cd. *balance des pouvoirs*).

²¹ In *Verfassungslehre* o “Dottrina della Costituzione” del 1928 (traduzione italiana di A. Caracciolo, Giuffrè, 1984, p. 247).

²² Il potere giudiziario non rappresenterebbe altro – secondo l’impostazione dell’Autore espressa anche nell’opera *Der Hüter der Verfassung* o “Il Custode della Costituzione” del 1931 (traduzione italiana di A. Caracciolo, Giuffrè, 1981, p. 64) – che la mera attuazione della legge, pressoché

Pur essendo più raro, quindi, riscontrare conflitti tra il potere legislativo e quello giurisdizionale, pur tuttavia essi si verificano e la loro soluzione appare ancor più ardua in proporzione al diverso “grado politico” dei poteri in gioco, rappresentando un conflitto – per così dire – interno.

Più si allontana il potere giurisdizionale dal dato normativo, più la decisione del giudice – secondo l'impostazione schmittiana – diventa “decisione politica”²³.

Ma l'esistenza di un confine interno tra attività normativa e giurisdizionale, rilevante ai fini della separazione dei poteri, era stato in qualche modo individuato anche dal Kelsen²⁴.

Nell'accesa diatriba giuridica tra lo Schmitt ed il Kelsen, con riguardo alla giustizia costituzionale come funzione giurisdizionale o politica, anche quest'ultimo – che peraltro vede tra legge e sentenza giudiziaria una differenza solo quantitativa e non qualitativa (in quanto “questa produce diritto al pari di quella” e la differenza tra giurisdizione e legislazione sta fondamentalmente nel fatto che “con la seconda vengono prodotte norme generali mentre con la prima solo norme individuali”) – ricerca un “limite” esterno o, potrebbe dirsi, quantitativo alla giurisdizione.

Diversamente, “c'è il pericolo di uno spostamento di potere, non previsto dalla costituzione e politicamente assai inopportuno, dal parlamento ad un organo esterno ad esso che può essere espressione di forze politiche del tutto diverse da quelle rappresentate in parlamento”²⁵.

“E' questo l'antichissimo dilemma platonico: *politeia* o *nomoi*, re giudice o re legislatore?”

automatica, dal momento che “il giudice decide per l'appunto sulla base di una legge e la sua decisione ‘contenutisticamente’ è ‘dedotta’ da un'altra decisione già racchiusa in modo misurabile e calcolabile nella legge” (dette considerazioni verranno riprese più avanti in funzione discrezionale – dal punto di vista contenutistico-materiale – tra legge e giurisdizione)

²³ “Lo Stato di diritto borghese poggia ormai sull'effettiva distinzione dei diversi poteri. Prescindendo dalle tendenze assolutistiche si può non accettare la distinzione dei poteri, come era consueto nella dottrina pubblicistica della monarchia costituzionale tedesca, si può anche lasciare al giudice una certa libertà, ma non gli si può domandare la decisione politica, che è di competenza del legislatore, senza mutare la sua posizione all'interno dello Stato di diritto” (Carl Schmitt, *Il custode della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1981, 62).

²⁴ “Che una tale lacuna non possa essere colmata per mezzo dell'interpretazione è di per sé comprensibile non appena si sia riconosciuta la natura della lacuna. L'interpretazione non ha qui il compito d'applicare la norma che deve essere interpretata, ma, al contrario, quella di eliminarla per mettere al suo posto una norma migliore, più giusta, più esatta, in breve, quella desiderata da colui che applica il diritto” (Reine Rechtslehre, Lineamenti di dottrina pura del diritto, PBE Torino, 1984, 126).

²⁵ “Se si vuole contenere il potere dei tribunali e quindi il carattere politico della loro funzione, dev'essere il più possibile limitato l'ambito della discrezionalità che le leggi attribuiscono per la loro applicazione. Le norme costituzionali che un tribunale è chiamato ad applicare e, in particolare, quelle che stabiliscono il contenuto di leggi future – come le disposizioni sui diritti fondamentali e simili – non devono essere formulate in termini troppo generici, non devono contenere parole d'ordine vaghe come “libertà”, “uguaglianza”, “giustizia”, etc.” (Hans Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Chi deve essere il custode della Costituzione?, Milano, Giuffrè, 1981, 253-256).