

A Sergio Bartole

ROBERTO BIN

L'ULTIMA FORTEZZA

**TEORIA DELLA COSTITUZIONE E CONFLITTI DI ATTRI-
BUZIONE**

Questo libro è frutto di una ricerca sostenuta da finanziamenti del C.N.R. e del M.U.R.S.T.

SOMMARIO

I. UNA FORTEZZA DI SABBIA? L' (APPARENTE) PARADOSSO DEL GIUDIZIO SUI CONFLITTI

II. QUANTI SONO I POTERI DELLO STATO?

1. *'Potere dello Stato'*
2. *Il contributo di Mazziotti*

III. POLVERIZZAZIONE DEI POTERI

1. *Dal potere all'organo*
2. *Lo "Stato" siamo noi?*
3. *Le Regioni come "potere dello Stato"*
4. *L'equivoco della personificazione delle attribuzioni*

IV. LA COSTITUZIONALITÀ' DELLE ATTRIBUZIONI

1. *Conflitti da "interferenza" e problema della costituzionalità delle attribuzioni*
2. *L'integrazione legislativa del parametro costituzionale*
3. *Si possono difendere competenze attribuite dalla legge ordinaria?*

V. CONSUETUDINI COSTITUZIONALI (E ALTRE NOZIONI EQUIVOCHE)

1. *Esistono le consuetudini costituzionali?*
2. *Gli equivoci di un obiter dictum.*

VI. IPOSTATIZZARE LE NORME, DERESPONSABILIZZARE L'INTERPRETE

1. *Consuetudine e horror vacui: sui paradigmi della scienza giuridica*
2. *Tecniche di trasferimento della responsabilità*

VII. UNA MOSSA STRATEGICA: DALL'INTERPRETAZIONE ALLA TEORIA DELLA COSTITUZIONE

1. *Diritto e letteratura*
2. *Testo e falsificazione della teoria interpretativa*
3. *Atteggiamento falsificazionista e status delle teorie interpretative*
4. *Il "caso" e la "regola"*
5. *La regola e il mutamento*
6. *Valutare le teorie interpretative*

VIII. LA METATEORIA DELL'INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE AL BANCO DI PROVA DELLA TEORIA DEI CONFLITTI. I QUESITI

IX. APOLOGO I

X. E' MAI ESISTITA LA COSTITUZIONE FLESSIBILE?

1. *Il nucleo rigido della costituzione flessibile*
2. *Legge, consuetudine e limiti alla revisione*
3. *Effettività e legalità, consenso e conflitto*

XI. APOLOGO II

XII. NATURA RESIDUALE DEI CONFLITTI DI ATTRIBUZIONE

1. *Pluralismo e indecidibilità*
2. *Sul fondamento costituzionale delle "attribuzioni"*
3. *Conflitti "costituzionali" vs. conflitti "politici"?*
4. *Giurisdizione vs. "mediazione degli interessi"?*
5. *Sul "tono costituzionale" del conflitto*
6. *Residualità*

XIII. CASI DIFFICILI, CASI POSSIBILI

1. *Può un Ministro sollevare conflitto contro il Governo (o sue componenti)?*
2. *Può la minoranza parlamentare (o addirittura un singolo deputato) agire contro una Camera?*
3. *Quanto dura il "potere" dei promotori del referendum?*
4. *Una (apparente) divagazione: può sorgere conflitto per un atto legislativo?*

XIV. UN COROLLARIO: UN PROCESSO SENZA DIRITTO PROCESSUALE

XV. NEMO IUDEX IN CAUSA PROPRIA. ELOGIO DEL PARADOSSO

I

UNA FORTEZZA DI SABBIA? L' (APPARENTE) PARADOSSO DEL GIUDIZIO SUI CONFLITTI

Sarà pure che il diritto non è il mondo delle grandi certezze, dei dati univoci e delle nozioni più stabili: tanto meno lo è il diritto costituzionale. Eppure, per quanto si possa essere consapevoli di ciò, il giudizio costituzionale sui conflitti di attribuzione sorprende per la mancanza pressoché completa di elementi teorici univoci¹. Tutte le nozioni con le quali ha a che fare la teoria dei conflitti appaiono incerte.

E' vero che lo stesso costituente ha rinunciato, per le grandi difficoltà che si opponevano, a delimitare con maggior precisione i soggetti legittimati al giudizio o le funzioni in esso difendibili, preferendo lasciare alla giurisprudenza costituzionale il compito di modellare nell'esperienza concreta tutte le categorie necessarie². Ma la stessa giurisprudenza costituzionale, anziché consolidare i tratti della teoria dei conflitti costruiti con tanta difficoltà in sede scientifica, sembra non voler perdere l'occasione di

¹ È un luogo comune in letteratura la lacunosità, se non l'imperfezione, della disciplina costituzionale dei conflitti (cfr. per es. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*⁵, II, Padova 1984, 411; BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*², Padova 1975, 325; MARTINES, *Diritto costituzionale*⁷, Milano 1992, 603) - che resterebbe irrisolta anche dopo l'integrazione legislativa del 1953 (cfr. GRASSI, *Conflitti costituzionali*, in *Digesto disc. pubbl.*, III, Torino 1989, 362 ss., 367) - quanto lo è, del resto, il "senso di insoddisfazione" che prova chi cerchi chiarimenti nei lavori preparatori (MAZZIOTTI, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello stato*, I, Milano 1972, 107; sui lavori preparatori cfr. anche GRASSI, *Considerazioni sull'origine di una disciplina positiva incompleta - in tema di conflitti di attribuzione tra stato e regioni e tra regioni*, in *Scritti in onore di Tosato*, III, Milano 1984, 541 ss., 551-556; ID., *Il giudizio costituzionale sui conflitti di attribuzione tra stato e regioni e tra regioni*, Milano 1985, 39 ss.). Questo atteggiamento resiste anche nella letteratura più recente (cfr. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello stato*, Milano 1992, 12 s.; VERONESI, *Il sindacato sul modo di esercizio del potere nei conflitti di attribuzione*, Ann. Univ. Ferrara sez. V, vol. VIII, 1994, 101 ss., 102).

² Questo orientamento è esplicitamente riconosciuto nella Relazione Tesaro alla legge 87/1953 (BATTAGLINI-MININNI, *Manuale legislativo della Corte costituzionale*, Padova 1957, 223): analogo orientamento è stato tenuto anche nella legislazione di attuazione: cfr. già MORTATI, *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità*, in *Raccolta di scritti* III, Milano 1972, 669 ss., 690 e, più in generale, AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano 1951, 199 ss., 215. Ma ad esso la dottrina ha sempre opposto l'esigenza di una predeterminazione, "almeno in modo approssimato" (MAZZIOTTI, *I conflitti cit.*, I, 116), del concetto di potere.

sconvolgerli. Sicché oggi ci troviamo senza una definizione soddisfacente e minimamente stabile di anche uno solo dei termini chiave del giudizio sui conflitti.

Tutto ciò ha il sapore del paradosso. Se c'è un punto fermo nella teoria dei conflitti, esso riguarda la funzione fondamentale che l'istituto svolge nell'ambito della sistema costituzionale, come strumento di garanzia volto a preservare la rigidità della costituzione e, in particolare, della forma di governo³, "baluardo della costituzione e dell'ordine democratico"⁴. E' vero che il ruolo del giudizio sui conflitti è stato spesso sminuito, sul presupposto che fosse quantomeno improbabile che agli strumenti del diritto ci si rivolga per risolvere i grandi conflitti politici⁵. Credo però che un simile modo di ragionare - certo non privo di fondamento ai tempi delle critiche di SCHMITT⁶ alla giurisdizione costituzionale - sia oggi basato su un equivoco: equivoco che cercherò di chiarire nel § XII. Ma proprio per chi condivide questa convinzione, un interrogativo si pone immediato: come può accadere che la forza, che dovrebbe chiudere ogni varco alla sovversione dell'assetto costituzionale delle competenze, abbia fondamenta così malcerte?

La soluzione che tenterò di dare al quesito in verità ne contesta il presupposto: proporrò la negazione della domanda, più che una risposta che la soddisfi. Questa, in breve, la tesi.

Il conflitto di attribuzione, proprio per la sua funzione di congegno di chiusura del sistema delle competenze, non può essere ristretto in schemi concettuali predefiniti, che ne determinino a priori le premesse soggettive (i "poteri") e oggettive (le "attribuzioni") senza di cui il congegno stesso non potrebbe operare; ha avuto torto perciò la dottrina nel cercare di confezionare in schemi concettuali precisi quelle premesse e, soprattutto, ha avuto torto nel criticare l'*ad hoc approach* della Corte. La quale ha sempre deciso "caso per caso", perseverando "nel far ricorso ad un metodo

³ Cfr. GROTANELLI DE' SANTI, *I conflitti di attribuzione tra lo Stato e le regioni e tra regioni*, Milano 1961, 2; CHIARELLI, *Il conflitto costituzionale di attribuzioni*, in *La giustizia costituzionale*, Firenze 1966, 74 ss., 76; SORRENTINO, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in *Riv.trim.dir pubbl.* 1967, 670 ss., 674, 710, 713. Questa connessione, su cui insisteva soprattutto la prima dottrina, sembra ben presente, del resto, ai costituenti, i quali individuavano nella funzione attribuita alla Corte costituzionale lo strumento di soluzione giuridica dei conflitti che in regime di costituzione flessibile dovevano risolversi, invece, sulla base dei principi fondamentali o di consuetudini (GROTANELLI DE' SANTI, *I conflitti cit.*, 12).

⁴ Dalla relazione al progetto presentato alla Costituente dall'on. Patricolo (in BATTAGLINI-MININNI, *Manuale cit.*, 80).

⁵ Cfr. le allarmate considerazioni, in merito al mancato uso del conflitto, di LUCIFREDI, *Attribuzioni (conflitto di)*, in *Encicl.dir.* IV, 284 ss., 299; cfr. inoltre GROTANELLI DE' SANTI, *I conflitti cit.*, 25-28; di "generosa utopia", avvicinando la giurisdizionalizzazione dei conflitti di attribuzione ai tentativi di ricondurre all'Onu le controversie internazionali, parla anche CRISAFULLI, *Lezioni cit.*, 411, mentre BARILE, *Istituzioni cit.*, 326, la definisce un "mito" (negli stessi termini anche GRASSI, *Conflitti cit.*, 365 s.). Per atteggiamenti analoghi nella letteratura più recente, cfr. RUGGERI, *La Corte costituzionale: un "potere dello Stato" ... solo a metà*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano 1988, 647 ss., 647 s., PISANESCHI, *I conflitti cit.*, 3 s. e PINNA, *La Corte costituzionale giudice di controversie tra il Parlamento e il Governo. Alcuni spunti per la discussione*, in *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino 1993, 150 s.

⁶ Mi riferisco ovviamente alle note tesi esposte in *Der Hüter der Verfassung*, che risale al 1931.

teorico sostanzialmente non definitorio"⁷, restia (saggiamente restia, secondo il punto di vista che cercherò di chiarire) a impegnarsi in definizioni che si sarebbero potute rivelare, un giorno, gabbie eccessivamente ristrette e restrittive, capaci di ostacolare sino a compromettere la funzione stessa del giudizio ad essa affidato. Funzione che si può intendere a pieno, mi sembra, movendo non dalla ricerca di una definizione ontologica dei "poteri" dello Stato, né dall'esegesi delle poche disposizioni dell'art. 134 Cost. e delle norme di attuazione, bensì da una teoria della costituzione scritta. Ed è proprio da un'ipotesi di lettura della costituzione scritta che mi sembra di poter ricavare una conclusione: che il conflitto di attribuzione svolga la sua funzione di "chiusura", regolando ai sommi livelli i confini tra il mondo del diritto ed il mondo della politica, garantendo che questa si svolga nel rispetto dei ruoli e delle regole del gioco fissate da quello; e proprio per tale sua posizione, il giudizio davanti alla Corte si debba instaurare e svolgere con il minor grado possibile di formalismo concettuale e processuale.

Insomma, ritornando al paradosso iniziale, risulterà che non saranno né la funzione né la funzionalità della fortezza a mostrarsi mutate rispetto alle aspettative, ma la qualità dei materiali con cui essa deve essere costruita per poter assolvere appieno i suoi compiti. Il paradosso, dunque, si rivela solo apparente. La "crisi" delle nozioni che dovrebbero organizzare la teoria del conflitto di attribuzioni non è affatto un fenomeno di cui si possa sottostimare il significato, ma il suo significato non è soltanto negativo, di sintomo di una carenza di teoria costituzionale. Esso deve essere, anzi, il primo dato positivo della teoria del conflitto: teoria che, perciò, non può procedere con la pretesa di riedificare le nozioni "in crisi", perché esse possono risultare anzi, alla fine, sostanzialmente inutili. La residualità dello strumento non si concilia con la precisione concettuale.

Il percorso che seguirò per svolgere la mia tesi è diviso in alcune tappe. Nella prima parte, cercherò di illustrare le ragioni per cui il programma della dottrina, di pre-costituire nozioni "certe" attorno alle quali organizzare il conflitto di attribuzione, si sia progressivamente rivelato inattuabile, grazie anche alla spregiudicatezza della giurisprudenza costituzionale. Esaminerò le nozioni di 'potere' e di 'Stato' (§§ I-III), di 'attribuzione costituzionale' (§ IV) - nozioni collegate come possono esserlo le vasche di una cascata, in cui la forza della corrente trascina dall'una all'altra senza possibilità di arrestarsi.

L'individuazione delle attribuzioni costituzionali spinge poi ad affrontare la questione del parametro di giudizio (§ IV.2), questione su cui si addensano, a me sembra, pericolosi equivoci metodologici. Questi equivoci culminano nel ruolo che quasi sempre viene riconosciuto alla consuetudine costituzionale come integrazione normativa delle disposizioni costituzionali sulla forma di governo, e quindi come completamento del parametro di decisione dei conflitti (§ V). La 'indecidibilità' di molte questioni attinenti l'assetto dei poteri se non si ricorre alla consuetudine o ad altre manifestazione della "forza normativa del fattuale" è un'affermazione sintomatica di un atteggiamento "deresponsabilizzato" dell'interprete, che preferisce attribuire le proprie mosse a sup-

⁷ In questi termini, ma criticamente, RUGGERI, *Un conflitto di attribuzioni "deciso" ma non ancora definitivamente "risolto"*, in *Giur.cost.* 1986, I, 268 ss., 269.

posti dati ("fatti") normativi, anziché affrontare i costi e i rischi di una teoria interpretativa (§ VI).

La "mossa strategica" che appare necessario compiere è, quindi, di segno opposto, e porta ad interrogarci sul ruolo delle disposizioni costituzionali e sulle aspettative che l'interprete può legittimamente coltivare nei confronti del testo costituzionale (§ VII). Avanzero alcune ipotesi sull'uso del testo costituzionale, con il proposito di applicarle e verificarle nella soluzione di alcuni quesiti centrali per la teoria dei conflitti costituzionali (§ VIII).

Per meglio intendere il problema della funzione regolativa della costituzione, cercherò di chiarire alcuni equivoci che può ingenerare la ripetizione stereotipata della tradizionale contrapposizione tra costituzioni rigide e costituzioni flessibili. Un po' con l'aiuto di un apologo in due tempi (§§ IX e XI), un po' ripercorrendo le vicende teoriche dello Statuto (§ X), proverò a dimostrare che le costituzioni sono segnate da differenze attinenti ai contenuti, all'oggetto, più che da aspetti formali quale la "forza passiva". Il particolare significato che la consuetudine (e la stessa legislazione ordinaria) assumeva in regime statutario, proprio sotto il profilo del mantenimento dell'assetto costituzionale (assai poco flessibile, in vero) dei poteri, mostra la grande diversità che la regolazione dei conflitti assume, anche per il profilo dei parametri, in regime di costituzione rigida: non tanto a causa della "rigidità" della costituzione (aspetto esaltato sino al punto di far dimenticare tutta l'approssimazione che connota la "grande divisione" tra costituzioni flessibili e costituzioni rigide), quanto piuttosto per la diversa funzione assegnata alla costituzione "rigida".

Ciò mi consentirà di formulare una teoria del conflitto di attribuzioni adeguata ai contenuti della nostra costituzione, al suo pluralismo (§ XII), verificandone la capacità operativa sul banco di prova costituito da alcuni "casi" (§ XIII). Trarrò poi le conseguenze della teoria proposta sul piano delle forme processuali (§ XIV), per chiudere infine con alcune considerazioni assai generali sul problema della Corte "giudice e parte" dei conflitti (§ XV).

II

QUANTI SONO I POTERI DELLO STATO?

1. 'Potere dello Stato'

La nozione di 'potere' è stata sin dall'origine il punto debole di qualsiasi teoria del conflitto di attribuzioni. Si può dire anzi che la crisi di questa nozione si sia manifestata negli stessi lavori preparatori della costituzione. Respinta, perché palesemente insufficiente a rappresentare il nuovo assetto costituzionale, l'idea che "poteri" fossero quelli della tradizionale tripartizione di MONTESQUIEU¹, nessuno schema alternativo apparve accreditabile: sicché prevalse la scelta di rinviare alla giurisprudenza della Corte costituzionale il compito di meglio definire i protagonisti del conflitto² e di tracciare la geografia di questa zona inesplorata del diritto costituzionale³. Scelta assai fortunata, come poi si dirà, sostanzialmente ripetuta dal legislatore del '53⁴: ma letta perlopiù come riprova della scarsa possibilità che l'istituto funzionasse, se non della sua irrimediabile velletarietà.

Per una circostanza storica non affatto fortuita⁵, per molti decenni non si verificarono conflitti tra i poteri, e quelli che poi furono sollevati non imposero alla Corte il compito di affrontare problemi qualificatori molto impegnativi⁶. Ma anche l'atteggiamento "non definitorio",

¹ I lavori dell'A.C. mostrano infatti come fosse volutamente rigettata la tripartizione classica e lasciata aperta l'individuazione dei poteri (cfr. PISANESCHI, *I conflitti* cit., 28-31; più in generale, sulle idee dei costituenti in tema di divisione dei poteri, cfr. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, II, Milano 1984, 238-240).

² Vedi sopra, nota 2. Osserva GRASSI, *Conflitti* cit., 367, che l'imbarazzo dei costituenti sul modo di configurare il giudizio sui conflitti si rivela anche nel fatto che la legge cost. 1/1948 si è limitata a definire le modalità d'accesso al solo giudizio di legittimità costituzionale, nulla dicendo dei conflitti (che, per altro, non erano formalmente oggetto di "riserva" di legge costituzionale ex art. 137 Cost.).

³ Nella quale non a caso MORTATI propose di scrivere *hic sunt leones*: cfr. *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità*, cit. 689.

⁴ Per il quale, come nota GRASSI, *Conflitti* cit., 368, il conflitto di attribuzione restava "un «oggetto misterioso», da esorcizzare più che da praticare" (al contrario dei conflitti c.d. intersoggettivi che ricevettero una disciplina più estesa).

⁵ Anche questo fenomeno è spesso considerato indice di scarsa funzionalità dell'istituto. Ma non è così. Osserva GRASSI, *Conflitti* cit., 369, che, se solo di recente i soggetti istituzionali sono ricorsi alla Corte per conflitto di attribuzioni, ciò dipenderebbe dal fatto che solo di recente "gli organi ed i titolari di poteri costituzionali hanno raggiunto quel grado di legittimazione nell'ordinamento che può loro consentire la ricerca di garanzie non solo politiche, ma anche giurisdizionali per la definizione del proprio ruolo istituzionale". Ciò è indubbiamente verosimile, ma va aggiunto che negli ultimi anni sono le stesse relazioni politico-istituzionali ad essersi fortemente deteriorate (come lo stesso Grassi riconosce: pag. 378), togliendo terreno alla mediazione politica dei conflitti e facendo scoprire l'importanza di una regolazione giuridica di essi. Lo sviluppo di questa tesi si può trovare *infra*, § XII.4

⁶ Afferma GRASSI, *Conflitti* cit., 369, commentando i conflitti insorti sino allora (1989) che "(i)n pratica l'esperienza giurisprudenziale sembra avere confermato che solo su temi vicini a quello tradizionale dei «conflitti di attribu-

assai spesso rimproverato alla Corte⁷, mi sembra assai apprezzabile, quasi provvidenziale: non solo per ragioni "tattiche", legate al bisogno della Corte di non rendere difficile il ricorso al nuovo strumento⁸, ma per la stessa corretta configurazione del conflitto di attribuzioni. Nel frattempo però fu la dottrina a cercare di venire a capo del complesso compito di ricostruzione concettuale.

Bisogna riconoscere che il compito della dottrina era davvero impervio. Si trattava di attribuire un significato operativo - destinato cioè a produrre immediate conseguenze sia sul piano sostanziale, per l'individuazione delle attribuzioni che possono essere difese giudizialmente, che sul piano processuale, in termini di legittimazione soggettiva ad agire e a resistere davanti alla Corte - ad un'espressione che non aveva agganci sistematici immediati in costituzione, ma era invece ricchissima di "memoria storica", di echi e rimandi teorici, di complicazioni dommatiche. Definire i "poteri dello Stato" significava dunque muoversi tra piani assai diversi: quello dell'interpretazione della costituzione, quello storico e teorico generale, quello più strettamente processuale, legato in gran parte all'interpretazione della legge 87 del 1953.

Dalla teoria e dalla storia costituzionale non si poteva sfuggire, anche perché l'istituto del conflitto tra poteri sembrava riecheggiare in modo troppo diretto la teoria della separazione dei poteri. Una lettura non svalutativa dell'istituto portava a ricostruirlo come strumento indispensabile, attraverso il quale veniva garantita la "rigidità" della costituzione in relazione alla distribuzione delle funzioni tra i diversi soggetti istituzionali. Il primo passo obbligato in questa direzione era, dunque, chiedersi se e in che misura la nuova costituzione avesse accolto il principio tradizionale di separazione dei poteri. Infatti, solo se tale principio fosse stato riconosciuto come regola costituzionale (sia pure implicita), avrebbe avuto senso procedere al passo successivo, cioè all'individuazione dei "soggetti" qualificabili come 'poteri'. Ma, come s'è detto, il modello della tripartizione delle funzioni appariva chiaramente inadeguato alla complessità del disegno istituzionale tracciato dalla nuova costituzione, in cui legislativo esecutivo e giudiziario non esaurivano le funzioni attribuite agli organi e, a loro volta, apparivano come "locuzioni ellittiche che individuano in via puramente tendenziale il contenuto dei poteri concretamente attribuiti"⁹. Ma allora, come procedere all'opera di individuazione dei *soggetti* senza poter contare sullo strumento di cui la teoria classica della separazione si era servita, cioè la suddivisione per diversità/affinità materiale delle *funzioni*, delle attività tipizzate dello Stato, ognuna delle quali doveva essere attribuita ad un soggetto diverso, dotato di specifiche caratteristiche strutturali di investitura e di autonomia: il quale solo *a posteriori* si riconosce come soggetto unitario, come "potere" appunto, proprio perché tutti gli organi che in esso sono riuniti esercitano la stessa funzione?

zioni»**Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**, tra potere esecutivo e potere giudiziario, risulta praticabile l'istituto". Ciò può spiegare perché la Corte abbia potuto *molto spesso* (ma non sempre) scansare i problemi qualificatori: ma, come cercherò di mostrare in seguito, l'affermazione appare non condivisibile, almeno laddove sembra fondare su una qualità dei conflitti insorti *di fatto* (sino allora) un giudizio generale sulla funzionalità dell'istituto, procedimento che appare illecito, ed i cui risultati sembrano smentiti dalla stessa fenomenologia più recente.

⁷ PACE, *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale nel conflitto tra poteri*, in *Strumenti e tecniche* cit., 156 ss., 159; PISANESCHI, *I conflitti* cit., 90, 111 s.; RUGGERI, *Un conflitto* cit., 269; NICCOLAI, *Fluidità delle relazioni intragovernative e legittimazione del ministro al conflitto tra i poteri*, in *Giur.cost.* 1987, I, 1875 ss., 1886. Sulla necessità che la Corte elabori "schemi sufficientemente certi e prevedibili che ... valgano ad arginare ... le manifestazioni più esasperate di pluralismo istituzionale", cfr. anche MEZZANOTTE, *Le nozioni di potere e di conflitto nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur.cost.* 1979, I, 110 ss., 112: ma questo suggerimento non mi appare del tutto condivisibile, come cercherò di spiegare nel § XII.

⁸ In questo senso PISANESCHI, *I conflitti* cit., 102.

⁹ GRASSI, *Conflitti* cit., 379.

Ogni sforzo di identificare i *soggetti* qualificabili come "poteri", compiuto partendo dalla teoria della divisione dei poteri, per quanto abbia tentato di staccarsi dalla classica tripartizione, si è sempre incagliato in acque non distanti da essa, nella ricerca di qualche caratteristica riferibile all'*oggetto* della loro attribuzione. Ovviamente non di caratteristiche così nettamente definibili come quelle che connotavano la tripartizione classica, ma che almeno fossero tali da consentire di separare i soggetti abilitati ad agire per conflitto da quelli non abilitati. I "poteri" si distinguono per quello che istituzionalmente possono fare; e siccome quello che possono fare non si riduce tutto allo schema *legis-latio / legis-executio*¹⁰ ed alle sue variazioni, occorre impiegare altri criteri di distinzione funzionale, magari attestandosi sulla assai poco chiara nozione di "funzione primaria" o di "funzioni supreme" ad essi attribuite.

2. Il contributo di Mazziotti

Anche nella ricostruzione tracciata da chi, come MAZZIOTTI, ha cercato di innovare profondamente nella dommatica ereditata¹¹, la definizione di 'potere' non riesce a staccarsi completamente dalla considerazione di aspetti funzionali: "poteri" sono gli "elementi del sistema di *checks and balances* istituito dalla costituzione", dotato ognuno di funzioni "supreme, cioè di tale natura da consentirgli di influire in modo determinante sulla formazione della volontà dello Stato, arrestando o limitando la volontà degli altri poteri"¹².

Lo scopo di MAZZIOTTI era di individuare nozioni "realistiche" di organo e di potere costituzionali, tali da rimuovere tutte le vecchie incrostazioni dommatiche e le nuove applicazioni di esse alla costituzione. Senza di ciò si sarebbe rischiato di soffocare l'istituto stesso del conflitto, di confinarlo alla regolazione dei soli conflitti insorti tra i tre poteri "classici" (cioè, oltretutto, proprio di quei conflitti il cui elevato tasso di "politicità" avrebbe reso estremamente difficile una soluzione giuridica). Si trattava, insomma, di rispondere a quanti, vuoi muovendo dalla classica individuazione delle tre funzioni oggettive di MONTESQUIEU, vuoi ispirati alla dommatica tradizionale in merito alle nozioni di potere e di organo costituzionale - tutta rivolta, oltretutto, ad un'ottica monistica dello Stato, poco propensa ad accettare che esistessero conflitti giuridici nel suo "corpo" - finivano comunque con ridurre drasticamente il numero dei soggetti legittimati a difendere le proprie attribuzioni di fronte al giudice costituzionale, fino ad escluderne persino il capo dello Stato¹³, la Corte

¹⁰ Schema che è alla base della teoria della tripartizione dei poteri: cfr. KELSEN, *Die Lehre von der drei Gewalten oder Funktionen des Staates*, tr. it di C.Geraci in *Il primato del parlamento*, Milano 1982, 79, 83 s.

¹¹ In particolare, attraverso l'individuazione dei poteri-organo (o frazioni di organo): cfr. MAZZIOTTI, *I conflitti* cit., I, 151 ss.

¹² MAZZIOTTI, *I conflitti* cit., 150. Cfr. anche pagg. 160 ss., in cui, criticato il tentativo di Santi Romano di basare la definizione di 'organo costituzionale' su caratteristiche strutturali, sullo "statuto giuridico" (parità e indipendenza, in primo luogo), si indica come elemento imprescindibile della definizione l'esercizio di funzioni "fondamentali dello Stato" (161), la "competenza ad esercitare in grado supremo un complesso di funzioni pubbliche" (164). In termini sostanzialmente analoghi SORRENTINO, *I conflitti*, 675.

¹³ In questo senso, cfr. CERETI, *Separazione ed integrazione dei poteri dello Stato*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, IV, Firenze 1969, 113 ss., 123 s.); ESPOSITO, *Saggio sulla controfirma ministeriale*, in *Capo dello Stato - Controfirma ministeriale*, Milano 1962, 77, nota 38, BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv.trim.dir.pubbl.* 1958, 295 ss., 316; SICA, *La controfirma*, Napoli 1953, 240 ss.; BALLADORE PALLIERI, *Appunti sulla divisione dei poteri nella vigente costituzione italiana*, in *Riv.trim.dir.pubbl.* 1952, 811, 824 s. (nota 13) (tutti con riferimento ai conflitti con il Governo); anche GUGLIELMI, *I conflitti di attribuzione fra i poteri*

costituzionale¹⁴, il C.S.M.¹⁵, il parlamento in seduta comune¹⁶ e la singola camera¹⁷ ecc. - per non dire ovviamente di articolazioni assai più problematiche, quali le frazioni del corpo elettorale¹⁸ o della rappresentanza parlamentare¹⁹. Ed è grazie allo sforzo di MAZZIOTTI, di cui la Corte si è subito giovata²⁰, che la tematica dei conflitti ha potuto liberarsi da pregiudizi assai minacciosi per l'operatività di un istituto centrale della nostra costituzione.

MAZZIOTTI ha inoltre il merito di aver introdotto la ricerca della definizione dei soggetti prendendo le mosse dalla individuazione della funzione fondamentale del conflitto di attribuzioni nell'ordinamento costituzionale, che egli individuava nella difesa del sistema di *checks and balances* e, tramite questo, delle libertà. Il programma era di spostare l'attenzione "dal terreno sostanziale delle funzioni esercitate a quello formale della posizione degli organi in seno all'ordinamento"²¹.

Tuttavia la ricerca restava orientata ad una definizione delle funzioni come strumento di selezione dei poteri; rimaneva dominata dal problema di predefinire il 'potere' in astratto, e di individuare l'elemento qualificante del *definiens* in una pretesa capacità del "potere" di concorrere a determinare la "volontà dello Stato", che appare a sua volta un presupposto legato a contesti teorici venati di monismo e di trascendentismo dommatico. Tale criterio avrebbe dovuto porsi come argine per limitare i conflitti ai soli organi supremi, ma si è subito rivelato di scarsa affidabilità come guida all'applicazione. Lo stesso MAZZIOTTI lo applica procedendo con una serie di sussunzioni che troppo spesso sembrano influenzate, più che dal rigore delle definizioni, da valutazioni di buon senso circa l'importanza che l'uno o l'altro organo rivestiva a quel tempo²², ed infatti sono state spesso smentite dalla successiva giurisprudenza costituzionale. Il punto debole della teoria di MAZZIOTTI - inevitabile, del resto, essendo stata elaborata senza la possibilità di riscontro "empirico" nella giurisprudenza e nella prassi - sta forse nel aver accettato il metodo dommatico di

dello Stato, in *La Corte costituzionale*, Roma 1957, 397 ss., 439 tende a negare legittimazione al Capo dello Stato almeno per i c.d. "atti governativi".

Sul punto cfr. MAZZIOTTI, *I conflitti cit.*, I, 213-225.

¹⁴ Cfr. PENSOVECCHIO LI BASSI, *Il conflitto di attribuzioni*, Milano 1957, 170 n. 64; CERETI, *Separazione cit.*, 124 s.

¹⁵ In merito al quale anche MAZZIOTTI (*I conflitti cit.*, I, 189-195) è però in imbarazzo, propenso a negare la qualifica di "costituzionale" all'organo (per l'impugnabilità dei suoi atti; l'assenza di iniziativa e di esecuzione autonome, di autodichia, di rilievo esterno degli atti; la possibilità di sostituzione dei suoi componenti e di scioglimento, che l'A. accredita), ed ammettere esclusivamente la legittimazione del Consiglio, a difesa dei poteri di autogoverno della magistratura, ma non come potere autonomo, bensì come soggetto capace di dichiarare la volontà del potere giudiziario.

¹⁶ Cfr. MAZZIOTTI, *I conflitti cit.*, 181-188.

¹⁷ Cfr. LUCIFREDI, *Attribuzioni cit.*, 297. Pacifica la legittimazione della singola camera nella letteratura successiva: cfr. per tutti, MAZZIOTTI, *I conflitti cit.* 151, 234-243, che nega però soggettività alle commissioni parlamentari, con l'eccezione della commissione inquirente (243 ss.). Sulla soggettività degli organi interni alle Camere, vedi *infra*, § XIII.2.

¹⁸ A favore della legittimazione dei promotori del referendum, cfr. MAZZIOTTI, *I conflitti cit.*, 337-340.

¹⁹ A favore della legittimazione delle minoranze parlamentari (non già dei gruppi in sé, ma semmai di quelli che coincidessero con le minoranze cui la Costituzione attribuisca specifiche prerogative), cfr. MAZZIOTTI, *I conflitti cit.*, 258-264.

²⁰ Cfr. CERRI, *Competenza, atto e rapporto nel conflitto di attribuzioni*, in *Scritti su La giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova 1985, 171 ss., 172.

²¹ Così lo sintetizza SORRENTINO, *I conflitti cit.*, 702.

²² Da cui, per es., l'esclusione del C.S.M., della corte dei conti, delle commissioni d'inchiesta ecc.; mentre, come giustamente osserva PISANESCHI, *I conflitti cit.*, 274, nota 235, non molto "in linea" con le tesi dell' A. sul "potere" sembra ammettere la legittimazione dei presidenti delle camere (MAZZIOTTI, *I conflitti cit.* 268).

ricercare una nozione di 'potere costituzionale', come se fosse davvero imprescindibile (oltre che possibile) definire in via preventiva e con formulazione generale e astratta i soggetti del conflitto²³.

²³ Così radicata è questa esigenza che si è ritenuto persino che fosse "compito specifico" del legislatore ordinario, da adempiersi con la legge 87/1953, "d'indicare a quale organo dei diversi poteri spetti la legittimazione attiva e passiva nei conflitti, quale organo, cioè, *di ciascun potere* sia in grado di «impegnare» l'intero complesso nel conflitto" (COSTANZO-SORRENTINO, *Inchiesta parlamentare e conflitto tra poteri*, in *St.parl.pol.cost.* 1977, 17 ss., 19: corsivo aggiunto). Cfr. anche SORRENTINO, *Art. 137*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G.Branca, *Garanzie costituzionali*, Bologna-Roma 1981, 453.

III

POLVERIZZAZIONE DEI POTERI

1. Dal potere all'organo

Vi è un altro risvolto critico di questa impostazione, che poi l'applicazione giurisprudenziale avrebbe manifestato con chiarezza¹. Disancorare l'individuazione dei poteri (in senso soggettivo) dalla classica divisione delle funzioni (in senso oggettivo) porta a polverizzare il "potere" (sempre inteso come soggetto) in tutti gli organi che in esso possono assumere rilevanza costituzionale, o che, per usare le parole di MAZZIOTTI², hanno "la competenza ad esercitare in grado supremo un complesso di funzioni pubbliche" e "l'idoneità a frenare, controllare ed equilibrare gli altri organi dotati di simili competenze". I "poteri" formati, secondo la concezione tradizionale, da complessi di organi, si sgretolano in tanti organi-potere³, ognuno dei quali tende a qualificarsi per le proprie prerogative funzionali specifiche, più che per le attività che svolge in quanto parte del soggetto collettivo "potere"⁴. Residuano tanti micropoteri⁵, ognuno dei quali tende a proporsi come potere-organo⁶, ma tale è solo in forza dell'attribuzione di una competenza specifica, di una "quota di potere riservato"⁷, e nei limiti di quella attribu-

¹ Messo bene in luce da PISANESCHI, *I conflitti cit.*, 129 ss., con riferimento specifico alla giurisprudenza costituzionale, che però sul punto sembra far tesoro dei suggerimenti di Mazziotti.

² *I conflitti cit.*, I, 164.

³ Cfr. CRISAFULLI, *Lezioni cit.*, II, 426 ss.

⁴ Sul "frazionamento" del potere, cfr. MEZZANOTTE, *Comitato dei promotori e conflitto fra i poteri dello Stato*, in *Dem.dir.* 1978, 83 ss. e ID., *Le nozioni cit.*

⁵ SORRENTINO, *Art. 137, cit.*, 448 e 452; COSTANZO-SORRENTINO, *Inchiesta cit.*, 27.

⁶ In questo senso, cfr. PISANESCHI, *Conflitti cit.*, 133 ss. e 166 ss. Ormai la dottrina più recente si mostra favorevole ad allargare la nozione di 'potere' a "tutti gli organi ai quali sia riconosciuta e garantita dalla Costituzione una quota di attribuzioni costituzionalmente definita" (così ZAGREBELKY, *Processo costituzionale*, in *Encicl.dir.* XXXVI, 521 ss., 698); cfr. anche VOLPE, *Organi e conflitti nel sistema costituzionale*, in *Rass.dir pubbl.* 1969, 615 ss., 631 ss.; ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988², 369; 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, 2172 ss., 2175; PISANESCHI, *Conflitto di attribuzioni tra Corte dei conti, Parlamento e Governo*, in *Riv.Corte conti* 1990, 275 ss., 279.

⁷ ZAGREBELSKY, *La giustizia cit.*, 369.

zione; per cui, "anche nell'ambito delle stesse funzioni, essi si trovano in rapporto di concorrenza o di complementarietà di competenze, così che le determinazioni della pubblica autorità scaturiscono dalla cooperazione di due o più volontà"⁸.

Ciò significa portare la nozione di potere quasi a combaciare con quella di organo competente "a dichiarare definitivamente la volontà del potere" cui appartiene, secondo quanto dispone l'art. 37 della legge 87/1953. I "poteri", intesi come "sistemi di organi uniti dalla stessa funzione", si sfaldano per la ragione stessa che la funzione comune che "tiene insieme" gli organi non è individuabile se non ricadendo nelle approssimazioni inadeguate della tripartizione dei poteri. Per quanto possa sembrare un paradosso, l'unico "potere" complesso capace di mantenere la propria struttura è l'ordinamento giudiziario, in riferimento al quale, per la sua "sfericità", si può affermare il teorema - metafora dell'equivalente teorema della geometria classica - che ogni "organo" è "vertice", capace cioè di esaurire la volontà del potere. Ma quando questa "sfericità" si dovesse deformare, come è accaduto per gli altri (supposti) "poteri", la ricerca del vertice diviene infruttuosa, perché l'esistenza stessa di un vertice crea in seno al "potere" una disparità tra gli organi e le loro attribuzioni, una tensione che può sfociare in un conflitto di attribuzioni. Come mostrerà in tempi molto più recenti il conflitto tra il Ministro Martelli e il Governo⁹, la pretesa del vertice di regolare conflitti "interni" al potere può tradursi in violazione delle attribuzioni degli organi che quel potere formano.

Nella confusione tra legittimazione sostanziale e legittimazione processuale¹⁰, sia ben chiaro, non vi sarebbe niente di male (a parte gli equivoci a cui può dar luogo il trasferire la "definitività" dalle dinamiche interne dei poteri "complessi", nel cui seno va ricercato il soggetto capace di agire e di resistere davanti alla Corte, a qualcosa di incidente invece sulla posizione degli atti emanati da un organo nell'ordinamento generale¹¹), se si accettasse però questa implicazione: che il "potere" (in senso sostanziale, per intendersi) venga definito con il concorso degli strumenti che servono per individuare l' "organo competente" (in senso processuale). Poiché quest'ultimo è determinabile, perlopiù, sulla base delle sole leggi ordinarie (in forza del criterio generale definito dalla legge 87/1953, in primo luogo, e poi delle regole fissate dagli ordinamenti specifici dei

⁸ SORRENTINO, *I conflitti* cit., 696.

⁹ Su cui v. *infra*, § XIII.1.

¹⁰ Sulla confusione dei due aspetti nella giurisprudenza costituzionale, cfr. PACE, *Strumenti* cit., 161-164 e PISANESCHI, *I conflitti* cit., 135. Contro di essa invece ha mosso forti critiche, come è noto, SORRENTINO, *I conflitti* cit., 704 ss.; ID., *Conflitto tra poteri e definitività dell'atto*, in *Giur.cost.* 1967, 1775 ss., 1790 s.; ID., *Art. 137*, cit., 453-455; COSTANZO-SORRENTINO, *Inchiesta* cit., 19 ss.

¹¹ Come nel caso della Corte dei conti in sede di controllo di legittimità: MAZZIOTTI, *I conflitti* cit., I, 205-208 e CHELLI, *Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale*, in *Arch.giur.* 1965, 61 ss. negano che sia "potere", perché la volontà non è definitiva essendoci la registrazione con riserva: dimenticando che la "definitività" non è caratteristica che il "potere" trae dalla posizione (definitiva, appunto) del suo atto nell'ordinamento generale, ma una qualità che l'organo, che per esso è legittimato ad agire, trae dalla posizione della sua volontà nell'ambito del potere di appartenenza: cfr. PISANESCHI, *Conflitto* cit., 278 e, in termini più generali, SORRENTINO, *Conflitto tra poteri e definitività dell'atto*, cit.

singoli "corpi" dello Stato, anch'essi disciplinati da fonti primarie o sub-primarie¹²), ecco che allora si dovrebbe accettare una difficile conclusione, che il "potere" dello Stato (in senso soggettivo e oggettivo) possa essere individuato *anche* sulla base di norme di rango non costituzionale. E, se si accettasse questa conclusione (che, del resto, per le ragioni che poi chiarirò, mi sembra del tutto accettabile¹³), ben difficile diverrebbe poi indicare alla Corte i modi con cui preservare il "tono costituzionale" del conflitto.

2. Lo "Stato" siamo noi?

Oltre al significato del primo termine di cui si compone la locuzione 'potere dello Stato', anche le certezze circa il senso da attribuire al secondo sono state, come è noto, minate dalla giurisprudenza costituzionale. Mi riferisco naturalmente alla sentenza 69/1978, che, come giustamente nota PACE¹⁴, ha "sconvolto l'architettura costituzionale", ammettendo la possibilità che al conflitto "interorganico" accedano "anche figure esterne rispetto allo Stato apparato, *quanto meno* allorché ad esse l'ordinamento conferisca la titolarità e l'esercizio di funzioni pubbliche costituzionalmente rilevanti e garantite, concorrenti con quelle attribuite a poteri ed organi statuali in senso proprio"¹⁵. Lo Stato apparato non contiene più tutti i soggetti qualificabili (ai fini del conflitto, s'intende) come 'poteri dello Stato', ma assume un ruolo secondario nella definizione di questa nozione, aperta anche a quelle "figure esterne all'organizzazione dello Stato" che "esercitino poteri che rientrano nello svolgimento di più ampie funzioni, i cui atti finali siano imputabili allo Stato-autorità"¹⁶.

Va detto però che ancora una volta era stato MAZZIOTTI ad incrinare la convinzione comune¹⁷ per cui, laddove la costituzione diceva "Stato", intendeva riferirsi esclu-

¹² Cfr. MAZZIOTTI, *I conflitti* cit., II, 14-16 che osserva che la determinazione dell'organo che ha la rappresentanza processuale del potere spetta alla legge, ma anche che la legge può rendere definitivi atti di autorità "non di vertice", con ciò legittimando processualmente l'organo (sull'equivoco di scambiare la possibilità di dichiarare in via definitiva la volontà del potere e la definitività degli atti, v. la nota precedente). La conseguenza è che "la cerchia degli organi «competenti a dichiarare definitivamente» la volontà del potere cui appartengono è più larga di quella degli organi comunemente detti «superiori» in quanto strutturalmente collocati al vertice di un potere" (C.cost., ord. 228/1975, in *Giur.cost.* 1975, 1691).

¹³ V. *infra*, § IV.

¹⁴ *Strumenti* cit., 157.

¹⁵ Sent. 69/1978, in *Giur.cost.* 1978, I, 588 ss., 595 (corsivo aggiunto).

¹⁶ Così si è espressa la Corte cost. nell'ord. 380/1993 (dichiarando inammissibile il ricorso presentato da una Provincia).

¹⁷ Cfr. per es. BALLADORE-PALLIERI, *Diritto costituzionale*⁸, Milano 1965, 349; BARILE, *Istituzioni* cit., 269; CRISAFULLI, *Lezioni* cit., II, 431; BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*¹⁴, Napoli 1986, 659 (nonostante l'edizione di questi due manuali sia successiva alla "storica" sentenza della Corte); cfr. invece MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*⁹, II, Padova 1976, 1460, che arriva ad ammettere il conflitto tra l'apparato statale e organizzazioni del corpo elettorale per la ragione - secondo me fondamentale, come poi si dirà - che mancano altri strumenti di tutela. Aperture anche in CRISAFULLI, *Osservazione* alla sent. 91/1965, in *Giur.cost.* 1965, 1282 ss., 1284 s., in cui si avanza l'ipotesi che 'potere dello Stato' comprenda qualsiasi organo (o suo frammento) "che sia elemento essenziale di equilibri costituzionali, concorrendo in modo determinante (positivamente o negativamente) e in condizioni di indipendenza, alla formazione della volontà dello Stato", con riferimento esplicito alle sezioni del corpo

sivamente allo "Stato-persona": se si vuole, anch'essa era parte dell'eredità acquisita dalla tradizionale teoria della divisione dei poteri, e dalla idea - che le era strettamente collegata, in fondo - che lo strumento del conflitto stesse a proteggere la forma di governo, cioè l'insieme delle regole che presiedono ai rapporti tra gli organi di vertice dello Stato-apparato. Ma se "ciò che essenzialmente caratterizza i poteri dello Stato è ... di essere elementi del sistema di *checks and balances* istituito dalla costituzione", allora perché non porsi "il quesito se la nozione di potere dello Stato non possa estendersi ... ad entità che, almeno secondo l'opinione preferibile, sembra siano esterne alla organizzazione dello Stato e quindi non costituite da agenti di questo, ma da semplici cittadini"¹⁸, quando quelle entità fanno parte del sistema dei "contrappesi"?

Istruttivo è soprattutto il modo di procedere di MAZZIOTTI: siccome non vi sono né ostacoli né indicazioni precise nei testi legislativi, al quesito prospettato si deve rispondere con un ragionamento che non muova da una preventiva nozione di 'potere', ma da un'attenta considerazione della funzione, del *senso* che ha l'istituto del conflitto nell'ordinamento costituzionale. Ed allora, così ragionando, si scopre che proprio il *referendum* (quello abrogativo come quello di approvazione delle leggi di revisione costituzionale), visto come "limitazione dei poteri delle camere", oltre che come strumento di tutela delle minoranze¹⁹, si inserisce nel sistema dei contrappesi, conferendo al corpo elettorale "poteri d'intervento", il cui "naturale strumento di tutela predisposto dall'ordinamento sembrerebbe essere il conflitto di attribuzione"²⁰.

Così, però, si è definitivamente rinunciato ad ogni speranza di poter "chiudere" l'elenco dei "poteri dello Stato". Lo stesso MAZZIOTTI ne è in fondo consapevole quando si interroga sulla possibilità di accreditare anche i partiti politici. La sua, infatti, è una risposta negativa, ma non definitiva: per il momento mancano gli indici necessari a far qualificare i partiti come 'poteri'; manca, soprattutto, "una norma giuridica, che specifichi e determini i poteri genericamente riconosciuti dalla costituzione ai partiti politici"²¹. Manca, insomma, l'*attribuzione*, perché è solo questa che può segnare la nascita del "potere". Ma - si badi bene - il passo che dovrebbe compiersi a tal fine non riguarda la costituzione; non è lì che va scritto qualcosa di più a riguardo di quella attribuzione: quel passo va compiuto piuttosto sul piano della legislazione ordinaria o, addirittura, della consuetudine²². E così, la revisione concettuale della nozione di 'potere' ci ha portato di forza al problema dell'attribuzione.

3. Le Regioni come "potere dello Stato"

elettorale; SORRENTINO, *I conflitti* cit., 711 e *Un conflitto di attribuzione* cit., 105 (che prospetta l'evoluzione della teoria degli organi dello Stato).

¹⁸ MAZZIOTTI, *I conflitti* cit., I, 150 e 151.

¹⁹ MAZZIOTTI, *I conflitti* cit., I, 333.

²⁰ MAZZIOTTI, *I conflitti* cit., I, 333 s.

²¹ MAZZIOTTI, *I conflitti* cit., I, 325.

²² MAZZIOTTI, *I conflitti* cit., I, 327 s.

Se lo "Stato" si diluisce nella comunità, gli "enti esponenziali" della comunità possono accreditarsi come "poteri dello Stato". Il passaggio, ancora una volta, è presente a MAZZIOTTI: se legittimati a difendere le attribuzioni del corpo elettorale possono essere i promotori dei *referendum*, come negare la stessa qualifica ai cinque Consigli regionali cui fanno riferimento gli artt. 75 e 138 Cost.²³? Il problema non raggiunge le dimensioni macroscopiche del precedente perché, essendoci già lo strumento specifico del conflitto di attribuzioni fra lo Stato e le regioni, esso appare risolversi in questioni essenzialmente definitorie²⁴.

Qui però si apre un problema piuttosto complicato. Il conflitto tra Stato e regione si dovrebbe instaurare tra enti diversi, tra due precise "soggettività". Ma quando la "soggettività" dello Stato si "diluisce", anche la linea di demarcazione tra conflitto "intersoggettivo" e conflitto "interorganico" tende a confondersi²⁵. Il fenomeno si rende percepibile non soltanto quando la regione si riveli parte del sistema di *checks and balances* dello Stato, come si è appena visto, ma anche nel caso inverso, quando cioè siano gli organi dello Stato a rivestire un ruolo nel sistema di contrappesi a livello regionale²⁶. Quando, per esempio, insorga conflitto tra un giudice e una regione, in esso si oppongono due "soggetti", lo Stato e la regione, o due "poteri", ossia il potere giudiziario e quello esecutivo²⁷ (o il legislativo²⁸), inseriti nello stesso sistema di *checks and balances*, sia pure ridotto a scala regionale²⁹? La stessa Corte costituzionale avverte

²³ *I conflitti* cit., I, 337 ss.; a favore della legittimazione delle regioni cfr. anche PISANESCHI, *I conflitti* cit., 297.

²⁴ Sulla sostanziale unità del giudizio sui conflitti cfr. GROTANELLI DE' SANTI, *I conflitti* cit., 98 s.; SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc.dir.* XXXIV, 1985, 670 ss., 709 s. Ma le differenze non sono solo definitorie: anche a banalizzare la questione di quale sia l'organo abilitato a stare in giudizio per il "potere" rappresentato, in ipotesi, dai cinque consigli regionali (cfr. MAZZIOTTI, *I conflitti* cit., I, 339 s., nota 111), restano tutte le non trascurabili differenze processuali tra i due giudizi: cfr. PIZZORUSSO, *Conflitto*, in *N.mo Dig.it. - Appendice II*, 364 ss., 367 s.; ZAGREBELSKY, *Processo* cit., 676 ss.; GRASSI, *Conflitti* cit., 374 s., 385 ss.; ROMBOLI, *Storia di un conflitto "partito" tra enti ed "arrivato" tra poteri*, in *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, cit., 203 ss., 205 e 210 (dove si contesta la giustificabilità delle differenze processuali tra i due tipi di giudizio, almeno nel caso - di cui poi si dirà - di conflitti intersoggettivi promossi dalla regione contro provvedimenti giudiziari).

²⁵ Osserva giustamente ROMBOLI, *Storia di un conflitto*, cit., 206 s., che il conflitto intersoggettivo, concepito in termini di *vindicatio potestatis*, poteva instaurarsi necessariamente solo tra amministrazione statale e amministrazione regionale. In questo caso, dunque, è principalmente alla trasformazione del giudizio, dalla sua concezione iniziale di *vindicatio potestatis* al conflitto per interferenza, che va imputata la responsabilità della frantumazione della soggettività statale e della configurabilità di un conflitto mosso dalla regione contro l'autorità giudiziaria.

²⁶ Per una netta distinzione tra le due ipotesi, cfr. già SORRENTINO, *Un conflitto di attribuzione "tra i poteri della Regione"*, in *Giur.cost.* 1967, 97 ss., 105 s., cui *adde* ora PISANESCHI, *I conflitti* cit., 297 s.

²⁷ La casistica più frequente riguarda proprio la controversia tra giudice e amministrazione regionale: v., tra le decisioni più recenti, sentt. 104/1989, 285/1990, 99/1991, 175/1991. Per una rassegna della giurisprudenza sui conflitti intersoggettivi originati da atti giurisdizionali, cfr. ROMBOLI, *Storia di un conflitto*, cit., 204 s.

²⁸ Il primo conflitto tra il legislativo regionale e i giudici fu risolto dalla sent. 66/1964; da ultimo, cfr. sent. 209/1994, sul conflitto insorto tra il giudice contabile e l'assemblea regionale della Sicilia.

²⁹ PIZZORUSSO, *La magistratura come parte dei conflitti di attribuzioni*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna 1982, 197 ss., 207, suggerisce l'ipotesi che anche i giudici, trovandosi ad applicare il diritto della regione, possano essere considerati anche come organi

l'affinità che corre tra l'organo esecutivo regionale e l'omologo statale, quando essi si contrappongono al giudice³⁰: situazione nella quale, pertanto, si rende palese la "vistosa contraddizione"³¹ di una difesa del potere giudiziario da parte del presidente del consiglio dei ministri, secondo lo schema proprio del conflitto intersoggettivo, quando invece tra ricorrente e resistente vi è il più delle volte omogeneità di interessi³². Ancora una volta è alle attribuzioni che si finisce con guardare, la qualificazione soggettiva dei poteri apparendo di scarsa utilità per orientarsi in questo "ginepraio concettuale e terminologico"³³.

4. L'equivoco della personificazione delle attribuzioni

Nonostante la rinuncia ad una ricerca "ontologica" dei poteri dello Stato che si preannuncia improduttiva, la sovrapposizione della qualificazione *sostanziale* e di quella *processuale* del 'potere' e l'appiattimento del profilo *soggettivo* del potere su quello *oggettivo*, l'attribuzione, tuttavia riaffiora talvolta un equivoco, che chiamerei della "personificazione" delle attribuzioni. Si procede come se dal fatto che un soggetto è legittimato a difendere una *determinata* competenza in una *determinata* circostanza, si possa inferire che quel soggetto è *comunque* "potere dello Stato", anche quando *altre* sono le competenze in questione o le circostanze del conflitto; oppure, con il percorso inverso, come se dal fatto che un soggetto non sia in grado, nell'esercizio delle sue competenze principali, di difenderle davanti alla Corte, si possa concludere che esso *comunque* non è qualificabile come 'potere dello Stato'. Da una qualificazione processuale si deriva una qualificazione sostanziale, che consente poi di accreditare ulteriori qualificazioni processuali, pur essendo variati i termini del giudizio.

regionali: su ipotesi analoghe di "diluizione" del potere giudiziario, in modo da estrarlo dallo Stato-apparato, v. *infra*, § XII.5.

³⁰ Come nota, a proposito della sent. 99/1991, SILVESTRI, *Conflitto tra poteri e conflitto tra Stato e regioni: incroci obbligati e necessarie innovazioni teoriche*, in *Foro it.* 1992, I, 333 ss., 333. Ma cfr. già le osservazioni di GROTANELLI DE' SANTI, *Differenziazione tra Assemblea regionale e Camere di indirizzo politico regionale*, in *Giur.cost.* 1964, 692 ss., 693 s., a proposito della sent. 66/1964, e quindi di un conflitto tra legislativo (regionale) e giudiziario.

³¹ Così ancora SILVESTRI, *Conflitto cit.*, 333.

³² Cfr. MOR, *Conflitto Stato-Regione o conflitto tra giudici e politici?*, in *Giur.cost.* 1985, I, 1387 ss., 1395; PIZZORUSSO, *La magistratura cit.*, 211; SORACE, *Su un conflitto di attribuzioni originato da un provvedimento pretorile ex art. 700 c.p.c.*, in *Le Regioni* 1987, 447 ss., 454 s.; ROMBOLI, *Gli aspetti processuali del conflitto di attribuzioni fra Stato e Regioni negli ultimi svolgimenti della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Le Regioni* 1989, 410 ss., 414 s.; ID., *Storia di un conflitto*, cit., 208; TARCHI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1990-1992)*, Torino 1993, 251 ss., 274 s.; VERONESI, *Il sindacato sul modo di esercizio del potere nei conflitti di attribuzione*, cit., 209 ss. In termini più generali, per sottolineare come il principio di autonomia, coesistendo con il principio di separazione dei poteri, faccia sì che le funzioni classiche siano ripartite tra "poteri" formati in parte da organi statali e in parte da organi regionali, cfr. SORRENTINO, *I conflitti cit.*, 698.

³³ SILVESTRI, *Conflitto cit.*, 334.

L'equivoco permane in chi, come MAZZIOTTI, continua comunque ad accreditare qualche elemento ontologico nella definizione dei poteri, come la "relativa indipendenza" e la "parità" rispetto agli altri organi costituzionali³⁴: sicché, armato di questo strumento, può escludere *tout court*, dal novero dei "poteri", il CNEL, la Corte dei conti, il C.S.M. ecc.; mentre, per l'altro verso, viene accreditata "a tutto tondo" la qualifica di "potere dello Stato" alla Corte costituzionale o al Parlamento in seduta comune³⁵, senza troppo badare alle circostanze in cui una o l'altra delle loro attribuzioni venga in considerazione. L'equivoco è scongiurato solo in riferimento a quei (supposti) "poteri" (i gruppi parlamentari, le minoranze, ecc.) che sono ad un tale stato di non-organizzazione che, "pur potendo assumere il carattere sostanziale di poteri, lo assumono solo se e in quanto esercitano certe specifiche e puntuali funzioni loro attribuite dalla costituzione"³⁶: in essi, il requisito soggettivo resta sostanzialmente assorbito da quello oggettivo, dalla attribuzione; e questa, che potrebbe sembrare un'uscita debole dalla teoria di MAZZIOTTI, appare invece essere proprio la strada giusta lungo cui procedere.

Ma è una strada su cui non è facile procedere: perché, se si abbandona la ricerca di ciò che è - *in sé e per sé*, verrebbe da dire - "potere dello Stato", se si rinuncia ad enumerare gli "organi costituzionali", se pure si accetta che siano le attribuzioni assegnate "a fare" il soggetto: tuttavia il percorso non è compiuto per intero, perché resta da valutare quali siano le attribuzioni che possono "fare" il potere dello Stato. È necessario, cioè, qualificare in qualche modo queste attribuzioni, per distinguere il soggetto legittimato al conflitto da quello che non lo è. Ecco che allora la ricerca degli elementi di qualificazione, che dovrebbero consentire di discriminare i conflitti sottoponibili alla Corte dagli altri, si sposta, talvolta in modo quasi impercettibile, dai soggetti alle attribuzioni.

³⁴ *I conflitti cit.*, I, 164. Ma, in qualche misura, le stesse remore si possono rintracciare anche nella dottrina più recente, pur orientata ad abbandonare le vecchie teorizzazioni dei poteri. Per es., SILVESTRI, *Poteri dello Stato cit.*, 709, ritiene ammissibile il conflitto "tra tutte le istituzioni, *aventi rilevanza costituzionale*, che si concretano in strutture organizzative plurifunzionali, in grado di porre in essere, volta per volta, attività riconducibili alle diverse funzioni dello Stato": benché l'accenno alle "funzioni dello Stato" vada letto all'interno della teoria dei "cicli funzionali" che l'A. sviluppa (cfr. *La separazione dei poteri*, II, Milano 1984, 256 ss.; *Poteri dello Stato cit.*, 713 ss.), resta per l'A. necessario ancorare l'individuazione dei soggetti ad un requisito di "rilevanza costituzionale", che poi sembra rinviare ad una qualità delle attribuzioni ("incidenti in modo diretto sul sistema dei rapporti politico-costituzionali dell'ordinamento": *Poteri dello Stato cit.*, 709), restando però sempre di assai difficile determinazione.

³⁵ Cfr. *I conflitti cit.*, I, rispettivamente 176 ss. e 181 ss.

³⁶ *I conflitti cit.*, I, 263.

IV

LA COSTITUZIONALITÀ' DELLE ATTRIBUZIONI

1. *Conflitti da "interferenza" e problema della costituzionalità delle attribuzioni*

Spostando l'asse della ricerca dai soggetti alle attribuzioni, i risultati però non sembrano migliori. Su questo secondo piano, infatti, la tradizionale configurazione della divisione dei poteri ha coinvolto nel suo declino anche la concezione del conflitto come *vindicatio potestatis*. La divisione dei poteri - quella, almeno, intesa come netta separazione di organi e di funzioni - è superata da tutti i meccanismi di coordinamento e le forme di collaborazione che la costituzione introduce; la *vindicatio potestatis*, che è la reazione alla rara ipotesi di uno sconfinamento oltre le linee che dividono i poteri, è superata dai mille modi, spesso indiretti, in cui un soggetto, proprio in virtù di quelle forme di coordinamento e di collaborazione, può interferire sull'azione di un altro, senza sconfinare affatto dalle proprie attribuzioni¹. Ora, mentre le funzioni classiche dello Stato, quelle da cui prendono le mosse tutte le teorizzazioni della divisione dei poteri, hanno sempre un'evidente riconoscimento costituzionale, altrettanto non può dirsi delle zone in cui si possono verificare ipotesi di interferenza: per il semplice fatto che l'interferenza può verificarsi in ogni meccanismo attraverso cui agisce il soggetto, e la gran parte di tali meccanismi non è disciplinata dalla costituzione e, anzi, spesso non è disciplinata affatto².

¹ Quella qui riassunta è un'analisi assai frequente in letteratura: cfr. soprattutto SORRENTINO, *I conflitti* cit., 683-691 (divisione e collaborazione dei poteri nel regime parlamentare), 691-696 (divisione e collaborazione nella Costituzione vigente), 730 s. (sulle "lesioni funzionali" dovute al rifiuto di collaborazione), 731-737 (sulle "lesioni di status conseguenti a cattivo uso del potere"); ma cfr. anche MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *N.mo Dig. it.* XIII, Torino 1966, 472 ss., spec. 489; MAZZIOTTI, *I conflitti* cit., I, 131-139; MEZZANOTTE, *Le nozioni* cit., 124 s.; SILVESTRI, *La separazione*, II, cit., 233 ss.; PACE, *Strumenti* cit., 162. Cfr., da ultimo, VERONESI, *Il sindacato sul modo di esercizio del potere nei conflitti di attribuzione*, cit., 103 ss.

² Questo aspetto era già percepito da SORRENTINO, *I conflitti* cit., 705, che infatti distingueva la *individuazione del potere* (inteso come soggetto), che doveva essere basata su norma formalmente costituzionale, dall' *oggetto del conflitto*, perché le norme sulla competenza non occorre siano formalmente

E' ovvio che l'impossibilità di riferire sempre ad una norma costituzionale le attribuzioni della cui titolarità o, assai più spesso, del cui esercizio si controverte mette in crisi anche la nozione di parametro del conflitto. Facile sarebbe difendere l'idea che si deve sempre trattare di attribuzioni costituzionali, se il conflitto riguardasse "poteri" e "oggetti" ricollegabili alla suddivisione in tre delle funzioni dello Stato, integrata al più dall'inserimento degli "organi costituzionali" chiaramente elencati dalla costituzione. Ma una volta che il conflitto sia disancorato da questi ormeggi, l'appiglio costituzionale delle attribuzioni controverse diviene assai improbabile. Da qui nascono due problemi, che infatti ricorrono con gran frequenza nella letteratura più recente: se e come il parametro costituzionale possa essere integrato da altre norme, di natura legislativa, sub-legislativa o consuetudinaria; se e come possa essere comunque salvaguardato il "tono costituzionale" del conflitto. I due problemi sono evidentemente connessi: ma del primo mi occuperò subito, del secondo più diffusamente nel § XII.5.

2. *L'integrazione del parametro costituzionale*

Ribadisco il mio scetticismo sulla possibilità di identificare, nelle norme costituzionali, il parametro del giudizio sul conflitto di attribuzioni tra poteri... E' quindi giocoforza riconoscere che sono piuttosto le norme di legge ordinaria, le norme regolamentari e consuetudinarie a darci, nella generalità dei casi, la configurazione concreta delle attribuzioni in contestazione... 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... Generalizzando (i) dati di esperienza, si può allora prospettare che la Corte, nel giudizio per conflitto, "consolida" le risultanze normative vigenti, individua la competenza per come essa è concretamente istituzionalizzata, etichetta il "precipitato" di questo processo di consolidamento "come" norme costituzionali e conseguentemente decide il conflitto tra poteri.

Queste osservazioni, molto note, di PACE³ esprimono un atteggiamento diffuso in letteratura⁴, che ha radici lontane. La premessa di ogni ragionamento siffatto è che il testo costituzionale non darebbe regole sufficienti per organizzare struttura, funzioni degli organi costituzionali, né i loro rapporti reciproci. Inizialmente si ammetteva perciò che nella risoluzione del conflitto di attribuzione si potesse tener conto di norme "materialmente costituzionali", con ciò indicando le norme di ogni grado rivolte all'attuazione e all'integrazione del disegno costituzionale⁵: dato il loro stretto rapporto, ap-

costituzionali, potendo essere anche consuetudinarie o legislative (cfr. anche pag. 758). Cfr. ora VERONESI, *Il sindacato* cit., 107 ss.

³ *Strumenti* cit., rispettivamente 165, 166 s., 168.

⁴ Negli stessi termini, cfr. anche GRASSI, *Conflitti* cit., 384.

⁵ Cfr. VIRGA, *I conflitti di attribuzioni*, in *Foro pad.* 1949, IV, 1 ss., 14 (con riferimento sia alle riserve di legge costituzionale, che alle norme di esecuzione della costituzione); PENSOVECCHIO LI BASSI, *Il*

punto, con il "disegno" costituzionale, la violazione di esse si sarebbe riflessa in violazione degli stessi principi costituzionali⁶.

È chiaro però che questa nozione ha una funzione meramente descrittiva e allusiva, nessuna capacità di indicare quali norme siano ammissibili e quali no. L'attuazione di un principio costituzionale può compiersi, in genere, nei modi più diversi, e cosa possa essere considerato *integrazione* del *disegno* costituzionale è tanto incerto quanto allegorici sono i termini impiegati per indicare la categoria. Sicché è poi inevitabile che, abbandonata una concezione strettamente formale dell'attribuzione *costituzionale*, ci si trovi ad ammettere che possano essere prese in considerazione, per risolvere il conflitto, le norme di qualsiasi specie, siano esse di fonte legislativa, regolamentare o "fattuale", cioè legate alla consuetudine o alla tradizione⁷.

L'imbarazzo che una simile situazione crea è innegabile. Per porvi rimedio non basta certo sottolineare come l'assunzione a parametro di norme sub-costituzionali sia naturalmente preceduta, nelle valutazioni della Corte, da un controllo sulla loro compatibilità costituzionale: sicché esse sarebbero prima oggetto e poi parametro del giudizio della Corte⁸. Infatti, ciò rafforzerebbe semmai, anziché attenuare, l'impressione che la fluidità del parametro ponga la Corte in una situazione di eccezionale (e mal tollerabile) discrezionalità nel giudicare.

La struttura e la funzione del giudizio sul conflitto tra poteri attribuiscono alla Corte un ruolo "arbitrale" sconosciuto, in queste proporzioni, agli altri tipi di giudizio⁹.

Come sempre, quando si parla di eccessiva discrezionalità e di "intensa attività creativa giurisprudenziale"¹⁰, si denunciano le premesse di un processo di delegittimazione della Corte e del suo lavoro: il che è particolarmente grave, trattandosi, con il giudizio sui conflitti di attribuzione, di una funzione particolarmente delicata affidata alla Corte -

conflitto cit., 148 nota 13. In senso simile GROTANELLI DE' SANTI, *I conflitti* cit., 118 s. (con riferimento alle "norme in materia costituzionale", ascrivendo ad esse - trattando dei conflitti intersoggettivi - le "leggi cornice"; ma con riferimento anche alle consuetudini costituzionali); LUCIFREDI, *Attribuzioni (conflitto di)*, in *Encicl.dir.* IV, 284 ss., 296; SORRENTINO, *I conflitti* cit., 757 s. (che pur difidando del concetto di costituzione materiale, ammette che il conflitto possa basarsi su leggi che specificano e rendano concretamente esercitabili i poteri genericamente riconosciuti dalla Costituzione). Tra gli Autori più recenti, cfr. SORRENTINO, *Art. 137* cit., 477; ZAGREBELSKY, *La giustizia* cit., 375 (ma ID., *Processo* cit., 700, esclude le attribuzioni che non abbiano "base costituzionale, ma liberamente modificabile e organizzabile sulla base di semplici scelte legislative"); PIZZORUSSO, *Conflitto*, cit., 376 (con riferimento ai conflitti intersoggettivi) e 387 con riferimento ai conflitti interorganici); CARIOLA, *A proposito della sentenza sul conflitto di attribuzione tra C.S.M. e Ministro Guardasigilli: questione giuridicizzata ma non spolitizzata*, in *Giur.cost.* 1992, 3044 ss., 3058 s.; 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.

⁶ ZAGREBELSKY, *La giustizia* cit., 375

⁷ Cfr. ad es. MAZZIOTTI, *I conflitti* cit., II, 23 s.; SORRENTINO, *I conflitti* cit., 705 e 758.

⁸ Cfr. CARIOLA, *A proposito* cit., 3058, che porta ad esempio di questo procedimento la sent. 379/1992. In senso analogo cfr. SORRENTINO, *Art. 137* cit., 477.

⁹ PACE, *Strumenti* cit., 170.

¹⁰ *Ivi*, 171.

così delicata che da più parti si è dubitato potesse funzionare concretamente¹¹. Così, come si vede, la crisi dell'apparato concettuale prelude alle conclusioni più negative circa la funzionalità stessa del conflitto.

Tuttavia non mi sembra che conclusioni così drastiche siano inevitabili. Proprio nel problema della natura costituzionale del parametro di giudizio (o, il che è lo stesso, del fondamento delle competenze difendibili in giudizio) si possono rintracciare i capi di un complesso groviglio causato da quello che mi appare come un equivoco metodologico. Credo che chiarire l'equivoco consenta poi di impostare in modo diverso l'intero tema dei conflitti. Per il momento vorrei limitarmi a risolvere la questione dell'integrazione legislativa del parametro di giudizio, rinviando al prossimo capitolo il nodo più intricato, che è quello dell'integrazione del parametro per mezzo di "fatti normativi". A dire il vero, i due aspetti sono quasi sempre accomunati dalla dottrina¹²: ma anche questo, forse, è causa di equivoco.

3. Si possono difendere competenze attribuite dalla legge ordinaria?

Il problema non si porrebbe certo per l'ipotesi in cui la soluzione legislativa fosse sostanzialmente l'unica conforme al testo (ipotesi che, per vero, non so quanto possa realizzarsi "in natura"), o da esso totalmente difforme (perché vi è la possibilità di un giudizio incidentale di legittimità¹³); si pone invece per l'ipotesi, quantomeno statisticamente più probabile, in cui le leggi ordinarie "non realizzano che una fra le tante soluzioni astrattamente possibili per attuare la costituzione"¹⁴, o, più semplicemente, attribuiscono compiti non immediatamente ricollegabili alla costituzione. In questi casi si prospetta una serie di interrogativi: la Corte deve giudicare in base alla legge o alla costituzione? Per esempio, deve consentire che si sviluppino comportamenti che, benché non incompatibili con la costituzione (ed anzi, magari, con essa più congruenti), sono però contrari alla legge? Od ancora, può giudicare di competenze individuate esclusivamente dalla legge, prive cioè di una base costituzionale?

Credo che si possa sgomberare il campo da un'inutile distinzione: se la materia sia o no coperta da riserva di legge. Che, per esempio, la legge 400/1988 abbia attuato la riserva posta dall'ultimo comma dell'art. 95 Cost. non sposta di molto l'asse del problema: non impedirebbe alla Corte né di individuare, in una corretta ricostruzione dei rapporti tra gli organi che formano il Governo, competenze che non sono contemplate e disciplinate dalla legge (per esempio, la revoca dei ministri), né, tanto meno, di ritenere non costituzionalmente rilevanti (o, addirittura, illegittime) competenze da essa assegnate (per esempio, lo stesso potere "esclusivo" del Consiglio dei ministri di "dirimere i conflitti di attribuzione tra ministri"¹⁵). Il che non significa, come è ovvio,

¹¹ V. sopra, § I, nota 5.

¹² Indicazioni nella precedente nota 5 di questo capitolo.

¹³ V. la precedente nota 8 di questo §.

¹⁴ La citazione è tratta dalla celebre sent. 16/1978, in tema di ammissibilità del referendum (in *Giur.cost.* 1978, I, 79 ss., 99).

¹⁵ Art. 2, 1° comma. Sull'argomento, vedi *infra* § XIII.1.

che la legge sia irrilevante, ma soltanto che non ha un peso decisivo il fatto che essa sia stata prevista da una norma costituzionale.

Un altro aspetto da chiarire è se la circostanza che le competenze di un soggetto, pur previsto in costituzione, siano "liberamente" disciplinabili dal legislatore ordinario (il che certe volte può essere il riflesso di un modo di costruire la riserva di legge), possa portare a concludere che quelle competenze non possono essere difese davanti alla Corte¹⁶. Il dubbio nasce forse dal prendere troppo sul serio la distinzione, corrente nel diritto amministrativo (e talvolta richiamata dai costituzionalisti¹⁷), tra 'attribuzione' e 'competenza'. Solo che, nella trasposizione nel campo dei conflitti di attribuzione, tali nozioni sembrano mutare un po' di significato. 'Attribuzione', si dice¹⁸, è l'astratta titolarità del potere, la 'competenza', invece, riguarda le modalità di esercizio del potere, la "produzione" degli atti: generale è, a questo punto, il consenso sulla mossa successiva, cioè sulla richiesta che l'*attribuzione* sia compiuta da una norma formalmente costituzionale; il disaccordo è semmai sul passo ulteriore, cioè sulla valutazione della rilevanza da assegnare, nel giudizio sui conflitti, alle norme sub-costituzionali sulla *competenza*. Complessa è, per esempio, l'opinione di ZAGREBELSKY¹⁹:

l'attitudine ad essere soggetto (sostanziale) del conflitto deve essere negata, oltre che agli ambiti di competenza non previsti dalla costituzione, anche a quelli che non abbiano (per la parte in cui non abbiano) base costituzionale, ma siano liberamente modificabili o organizzabili sulla base di semplici scelte legislative. Occorre però una precisazione: quando esista un'attribuzione *nel suo insieme* conferita ad un complesso di organi, ma non distribuita al suo interno dalla costituzione..., il conflitto potrà nascere egualmente quando la violazione delle attribuzioni di un organo comporti menomazione dell'intero complesso organizzativo... (S)e l'organo titolare e l'attribuzione relativa sono stabiliti non dalla costituzione ma da atti normativi diversi, per definizione il conflitto sarà carente del requisito essenziale: l'attinenza a una scelta costituente circa l'organizzazione politica fondamentale. Conseguentemente, i rimedi alla violazione delle norme sulla distribuzione (legislativa) delle competenze si troveranno eventualmente presso le giurisdizioni comuni.

Dunque: le attribuzioni ed i relativi titolari devono essere segnati dalla costituzione; ma il conflitto può sorgere anche quando venga violata una competenza non fissata dalla costituzione, se tramite la violazione di quella competenza si menoma in realtà l'intero "potere"; al di fuori di questa ipotesi, le competenze "legislative" sono difendibili soltanto con gli strumenti della giurisdizione ordinaria.

¹⁶ Questo argomento affiora talvolta in dottrina: cfr. per es. ZAGREBELSKY, *La giustizia* cit., 372 (in termini generali); PUGIOTTO, *La Corte dei conti* cit., 2176 (con riferimento specifico al CNEL).

¹⁷ Cfr., ad es., PITRUZZELLA, *Il Presidente del Consiglio dei ministri e l'organizzazione del Governo*, Padova 1986, 194

¹⁸ Cfr., in particolare, PISANESCHI, *I conflitti* cit., 152-155, 165 s. e 317-319.

¹⁹ *La giustizia* cit., 372; *Processo* cit., 700.

Più possibilista sembra invece PISANESCHI²⁰: posto che la *attribuzione*, in quanto titolarità della funzione, deve avere grado costituzionale, la *competenza*, invece, potrebbe avere disciplina di grado inferiore; le norme sulla competenza, regolando l'esercizio concreto dell'attribuzione, concorrono a qualificare un organo come potere e a determinarne l'ambito di attività:

nel momento in cui la norma ordinaria che si riferisce alle modalità di esercizio della competenza integra la natura dell'organo come potere, proprio attraverso questa commistione si realizza naturalmente la legittimazione di quest'ultima ad esser parametro di un conflitto costituzionale²¹.

Mi sembra che queste teorie riescano molto bene a fornire una giustificazione del ricorso continuo che la Corte fa alle norme ordinarie; ma non riescano altrettanto bene a raggiungere il loro scopo dichiarato, che è di fornire un criterio-guida con il quale selezionare, tra le tante competenze assegnate o disciplinate dal legislatore ordinario, ciò che può da ciò che non può costituire parametro di giudizio. Due esempi possono forse chiarire queste perplessità.

Il primo riguarda il famoso caso del conflitto promosso dai promotori del *referendum*. Applicando lo schema "attribuzione-competenza", si potrebbe dire che la costituzione afferma il *potere* del corpo elettorale di abrogare per via elettorale una legge (tutto questo "sta scritto" nella locuzione tecnica '*referendum* popolare abrogativo'); sempre l'art. 75 Cost. assegna ad una sezione del corpo elettorale (oltre che ad un certo numero di Consigli regionali) l'*attribuzione* di chiedere il *referendum*, attivando quel potere; infine, la legge ordinaria del '70, attuando la riserva di legge, disciplina in concreto l'esercizio di quella attribuzione, quindi la *competenza*: siccome quest'ultima esprime i modi di attivazione del potere, le norme della legge ordinaria possono essere usate nel conflitto (o, se si vuole usare il linguaggio figurato, possono essere intese come "integrazione del disegno costituzionale"). Ora, tutto questo serve a ricollegare le funzioni, che la legge ordinaria attribuisce al comitato dei promotori, con il "potere" costituzionalmente riconosciuto negli elettori; dato poi che entrambi i contendenti devono avere lo stesso *status*, dovrebbe servire anche a ricollegare le funzioni svolte dall'Ufficio centrale della Cassazione al potere giudiziario - che naturalmente esiste di per sé, pur non essendo minimamente menzionato dalla Costituzione in relazione al procedimento referendario.

Il percorso da compiere, dalla disposizione costituzionale alla competenza legislativa, è così lungo che la "forza giustificativa" del filo che lega la partenza all'arrivo pare davvero troppo tenue per reggere il carico. Altrettanto può dirsi dell'altro caso che vorrei chiamare ad esempio, il conflitto tra il C.S.M. e il Ministro di grazia e giustizia. Più in là dedicherò a questo episodio un esame più attento²²: qui vorrei solo sottolineare

²⁰ *I conflitti cit.*, 317-319.

²¹ *I conflitti cit.*, 318.

²² V. *infra*, § XII.4. La vicenda è ricostruita, anche nei suoi termini teorici, da ROSSI, *Brevi considerazioni in ordine al profilo soggettivo del conflitto di attribuzioni insorto tra C.S.M. e Ministro di grazia e*

come sia davvero impervio il percorso da compiere per dimostrare il collegamento tra il "concerto" che, per la proposta relativa al conferimento di uffici direttivi, deve intervenire tra il Ministro e la speciale Commissione del Consiglio (in base alla legge 195/1958), da un verso, e, dall'altro, le attribuzioni che la costituzione riserva al C.S.M. per l'assegnazione dei magistrati (art. 105) e al Ministro per "l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia" (art. 110). Non intendo affatto unirmi al coro di critiche che questa sentenza ha sollevato (immeritatamente, a mio avviso, come in seguito cercherò di mostrare): mi preme soltanto porre in evidenza come tra il meccanismo previsto dalla legge ordinaria e le previsioni della costituzione vi possa essere, al più, un rapporto di non-incompatibilità. Tutto il resto del collegamento va tessuto, ma con un filo che non è l'interpretazione delle disposizioni costituzionali (il cui significato è palese), né la "prima attuazione" del dettato costituzionale, né il "completamento legislativo" del disegno costituzionale.

Indubbio merito delle dottrine appena citate è l'aver messo in tutta evidenza che la lesione delle competenze non potrebbe essere mai "astratta", né potrebbe esserlo la soluzione data dalla Corte al conflitto. L'assetto delle competenze è sempre "concreto", costruito con materiali di natura diversa. Gli stessi termini usati dalla costituzione - 'autonomia', 'giurisdizione', ecc. - hanno una "concretezza linguistica" che spinge la Corte a desumerne assai spesso il significato dalla legislazione ordinaria²³. Ciò non significa che questi "materiali", solo in parte di origine costituzionale, siano assunti come parametro del conflitto: essi, però, hanno concorso a costruire e consolidare un determinato equilibrio "concreto" tra i poteri, uno dei tanti equilibri possibili e legittimi²⁴. Può la Corte prescindere dall'assetto attuale dei poteri?

Ora può capitare che l'oggetto del conflitto sia una "competenza" disciplinata dalla legge (o "fissatasi" in via di prassi: la differenza non ha alcuna importanza in questa sede), e non "agganciabile" alla costituzione se non attraverso percorsi troppo lunghi per essere pienamente persuasivi. Ma - e siamo al punto - questa competenza è contesa da due soggetti che hanno sicuramente (anche se, talvolta, indirettamente) un ruolo garantito dalla costituzione²⁵: il problema non è allora se la competenza

giustizia per la nomina del Presidente della Corte di appello di Palermo, in *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, cit., 217 ss.

²³ Questo è un processo presente nel lavoro interpretativo richiesto da tutti i giudizi affidati alla Corte, come ho cercato di mettere in luce in *Diritti e argomenti*, Milano 1992, 18 ss.

²⁴ In questo senso è condivisibile quanto afferma GRASSI, *Conflitti* cit., 384: essendo possibile ricorrere alla Corte indipendentemente dalla sussistenza di un atto o di un comportamento concreto, la Corte "viene chiamata a decidere una controversia che può essere originata non soltanto da un comportamento positivo delle parti in conflitto, quanto dal modo (concretizzato anche in omissioni), con il quale esse vengono consolidando, nella prassi costituzionale, l'assetto delle rispettive competenze" (corsivo aggiunto). Assume un'altra luce anche la conclusione di PACE, *Strumenti* cit., 168 (citata in precedenza nel testo) laddove lamenta che la Corte "«consolida» le risultanze normative vigenti, individua la competenza per come essa è concretamente istituzionalizzata, etichetta il "precipitato" di questo processo di consolidamento «come» norme costituzionali e conseguentemente decide il conflitto tra poteri". Per uno spunto in questo senso cfr. anche VERONESI, *Il sindacato sul modo di esercizio del potere nei conflitti di attribuzione*, cit., 109 s.

²⁵ Poiché il profilo soggettivo e quello oggettivo del conflitto non sono mai distinguibili (v. sopra § III), anche la legittimazione processuale può essere rintracciabile solo sulla base di una attenta analisi della

controversa sia sussumibile in un' attribuzione costituzionale, quanto piuttosto se l'esercizio di quella competenza possa modificare l'assetto costituzionale dei poteri o direttamente (incidendo quindi sull'esercizio delle attribuzioni costituzionali) o indirettamente (modificando l'equilibrio fissatosi nell'attuale assetto dei poteri, che pure non è l'unico costituzionalmente possibile, lasciandolo "sbilanciato").

Per esempio, il fatto che la Corte dei conti introduca i suoi controlli nella contabilità degli "organi costituzionali" incide sull'attuale assetto dei poteri? Naturalmente sì (se no, oltretutto, la Corte dei conti non ci avrebbe neppure provato). Ma allora l'innovazione può provocare sbilanciamenti significativi di quell' assetto, o addirittura minacciare le attribuzioni garantite dalla costituzione? Ecco che subito la questione si fa concreta, perché si deve considerare, per esempio, come la Corte dei conti sia organizzata e funzioni²⁶, quale *ratio* ispiri il controllo contabile e come esso si svolga in concreto, quali conseguenze giuridiche si ricolleghino di solito all'esito del controllo, forse persino quali obiettivi abbiano ispirato nel caso specifico la richiesta del giudice contabile. Se vogliamo usare un linguaggio allegorico, potremmo anche dire che tutto questo compone il "disegno costituzionale": ma è il disegno che si è formato per la stratificazione di una serie di segni, talvolta persino inconsapevoli, non quello che può essere attribuito alla mano dei Padri costituenti. Quei segni danno forma ai confini delle attribuzioni, secondo rappresentazioni dei loro andamenti che sono, probabilmente, equilibrate: se non lo fossero, dovrebbe dirlo la Corte, censurandole. Se lo sono, è ovvio che la Corte deve tenerne conto, proprio come elemento di equilibrio dei rapporti.

Insomma, non si può dire che la Corte giudichi gli eventi in base a quelle norme, ma che quelle norme entrano nel sistema dei pesi e contrappesi che la Corte deve tenere presente, giudicando: il che cosa del tutto diversa.

legislazione ordinaria che disciplina l'esercizio dell'attribuzione: per un esempio (prontamente evidenziato da PISANESCHI, *La improcedibilità dei conflitti tra Procura di Milano e Camera e Senato*, in *Giur.cost.* 1993, 3788 ss., 3789), si può leggere la motivazione della sent. 462/1993, dove si affronta il problema della soggettività della procura agente (in *Giur.cost.* 1993, 3749 ss., 3759-3761).

²⁶ Per un esempio di questo tipo di analisi, sempre a proposito della Corte dei conti, ma in relazione al controllo di gestione (nei confronti degli enti pubblici trasformati in società per azioni), si veda la sent. 466/1993, in *Giur.cost.* 1993, 3829 ss., 3839 s.

V

CONSUETUDINI COSTITUZIONALI (ED ALTRE NOZIONI EQUIVOCHE)

Vi è un passo della sent. 129/1981¹ che ha dato fiato ad una vecchia questione:

Occorre considerare ... che la disciplina dettata dalle norme costituzionali scritte, quanto al regime organizzativo e funzionale degli apparati serventi gli organi costituzionali, non è affatto compiuta (; *in riferimento?*) alle peculiari posizioni degli organi medesimi, si sono dunque affermati principi non scritti, manifestatisi e consolidatisi attraverso la ripetizione costante di comportamenti uniformi (o comunque retti da comuni criteri, in situazioni identiche o analoghe): vale a dire, nella forma di vere e proprie consuetudini costituzionali.

Come ebbe modo di spiegare, in seguito e in altra sede, il redattore della sentenza, essa accrediterebbe l'esistenza nel nostro ordinamento di *consuetudini costituzionali*, sopraordinate alle leggi, che integrano la costituzione ponendo regole che *non* sono "modificabili o derogabili ad arbitrio da parte dei medesimi organi che le hanno poste in essere": la loro eventuale violazione, pertanto, "si risolve in violazione delle norme scritte ovvero dei principi da queste desumibili"².

L'opinione per cui la Corte, in sede di conflitto di attribuzioni³, possa e debba applicare anche le c.d. *consuetudini costituzionali* è peraltro assai diffusa⁴. D'altra parte,

¹ In *Giur.cost.* 1981, I, 1281 ss., 1296 (il passo citato appare monco di qualche passaggio, che ho cercato di integrare con la parte in corsivo).

² PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova 1991, 240.

³ Discusso è se la stessa applicazione la consuetudine potrebbe ottenerla in sede di giudizio di legittimità sulle leggi: lo affermano risolutamente, nella letteratura più recente (per quella precedente, opinione favorevole era stata espressa da ROMANO (Santi), *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano 1969, 146 s.), ad es., MORTATI, *Istituzioni* cit., 1406, e PALADIN, *Diritto* cit., 241 (che s'immagina anzi il caso di una legge dichiarata illegittima per il fatto di escludere le consultazioni dall' *iter* formativo del Governo),

se si accredita l'esistenza di tali fonti del diritto costituzionale, non si potrà certo negarne l'obbligatorietà e, pertanto, il dovere per la Corte di adoperarle come parametro di giudizio. Ma il problema sta proprio tutto qui: esistono le consuetudini costituzionali?

1. Esistono le consuetudini costituzionali?

Non intendo ambientare la domanda in un contesto di teoria generale, perché in esso la risposta non potrebbe che essere affermativa: se non altro perché è alla consuetudine che si è soliti far risalire la legittimazione stessa degli ordinamenti giuridici⁵. Mi limito a riferirla all'ordinamento italiano attuale, ad un contesto, quindi, del tutto specifico, al cui interno si sta cercando di capire di quali "materiali" normativi la Corte si può giovare nei giudizi su i conflitti.

Ora, è a tutti noto che l'esistenza di consuetudini costituzionali è stata autorevolmente asserita o, almeno, data per acquisita da gran parte della dottrina. ESPOSITO ha dedicato all'argomento saggi di grande importanza; ZAGREBELSKY, un'intera monografia; tutti i manuali, anche i più autorevoli, parlano delle consuetudini, inserendole tra le fonti del nostro ordinamento; per non dire poi della letteratura meno recente, ancora dominata dal problema di dover spiegare lo sviluppo "*extra ordinem*" del regime

MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Encicl.dir.* XI, 204; mentre ne dubita ESPOSITO, *Consuetudine (dir.cost.)*, in *Encicl.dir.* IX, 472 s. (nota 79), sul presupposto, assai fragile invero, della diversa lettera della legge, che per il parametro di giudizio nei conflitti parla di "*norme costituzionali*" (art. 37, 1 c., della legge 87/1953) e per i giudizi di legittimità, invece, di "*disposizioni della Costituzione e delle leggi costituzionali*" (art. 23, 1 c., lett. b). Opinione nettamente negativa è invece espressa da ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Torino 1970, 181 ss.

⁴ Cfr., per esempio, CHIARELLI, *Il conflitto cit.*, 78 s.; MANCA-BERRUTI, *Conflitto*, in *N.ssmo dig*, IV, 46 ss., 51; MODUGNO, *L'invalidità della legge*, Milano 1970, 246 ss.; MAZZIOTTI, *I conflitti cit.*, I, 328, nota 92; II, 24-26; SORRENTINO, *I conflitti cit.*, 757 s.; CRISAFULLI, *Lezioni cit.*, 436 s.; PACE, *Strumenti cit.*, 168; ZAGREBELSKY, *Processo cit.*, 703; PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit.; ARCIDIACONO-CARULLO-RIZZA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Bologna 1993, 147; CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano 1994, 136. PUGIOTTO, *La Corte dei conti cit.*, 2172, ritiene che il parametro della sent. 406/89 sia una consuetudine, piuttosto che l'art. 100 cost.; VERONESI, *Il sindacato sul modo di esercizio del potere nei conflitti di attribuzione*, cit., 168 ss.

⁵ Note, in questo senso, sono le tesi di ESPOSITO, *Consuetudine cit.*, 464. Va segnalato che, pur in un contesto teorico del tutto diverso, a conclusioni affini giunge MACCORMICK, *Il diritto come istituzione*, Milano 1990, 232-234: il quale, esattamente come ESPOSITO, riconnette la sopravvivenza di un ordinamento costituzionale dalla consuetudine "di ricondurre tutte le questioni giuridiche in ultima istanza ai criteri e alle disposizioni poste nel documento costituzionale; la consuetudine, insomma, è l'espressione del consenso su una certa distribuzione dei poteri, ed è ciò che legittima le norme emanate o precisate in base a quella distribuzione; è la "ragione pratica condivisa" che, riconoscendo "la necessità di un'allocazione del potere e quindi della determinazione o produzione di norme" (sembra quasi sentire affiorare un'eco delle tesi di ROMANO (Santi), *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in *Lo Stato moderno cit.*, 93-95, che ritiene preferibile individuare la fonte di legittimazione dell'ordinamento che abbia avuto origine di fatto nella "necessità", anziché nella consuetudine), "mira a stabilire i principi secondo i quali dobbiamo vivere e nel cui fermo rispetto dobbiamo essere governati da coloro che conseguono posizioni di potere costituzionale" (il riferimento alla teoria della "morale istituzionale" di DWORKIN è esplicito).

statutario. Ciò nonostante, mi sembra di poter affermare che: a) di consuetudini costituzionali, *nel nostro ordinamento*, non si riesce a rintracciarne, con un minimo di sicurezza, neppure una; b) che i fenomeni a cui talvolta si fa riferimento indicandoli, forse per puro comodo, come costitutivi o confermativi di una consuetudine costituzionale, sono spiegabili, con molta maggior soddisfazione, ricorrendo ad altri schemi esplicativi; c) che l'accreditamento *in concreto* (nell'ordinamento positivo attuale, cioè, non nell'ambito di una teoria generale del diritto e delle sue fonti) di consuetudini costituzionali è manifestazione di una concezione del diritto costituzionale (e forse del diritto in genere) e di un metodo di interpretazione della costituzione scritta (e forse del diritto in genere) inaccettabili.

Che nel nostro ordinamento non siano rintracciabili consuetudini costituzionali è provato dal fatto stesso che nessuno dei teorici che ne accreditano l'esistenza è in grado di addurre esempi convincenti⁶. L'ipotesi a cui si fa riferimento più spesso riguarda il procedimento di formazione del governo e, in particolare, l'istituto delle consultazioni⁷. PALADIN⁸ giunge al punto di ritenere illegittima l'eventuale legge che escludesse le consultazioni dal procedimento di formazione del Governo. ESPOSITO⁹ porta come unico esempio di consuetudine nel nostro ordinamento attuale la tendenza del Presidente della Repubblica a liberarsi della proposta ministeriale per numerosi atti¹⁰. MORTATI¹¹ indica la deroga ai principi della delega, sancita dall' art. 79 Cost., per la concessione dell'amnistia. ZAGREBELSKY accenna a possibili consuetudini in relazione al principio della insindacabilità degli *interna corporis*¹², alla regola della discontinuità dei lavori parlamentari¹³, all'introduzione dei c.d. accordi internazionali in forma semplificata¹⁴, alla sopravvivenza del ricorso straordinario al Capo dello Stato¹⁵,

⁶ Molto interessante è la spiegazione che dell'assenza di consuetudini offre STAMMATI, *Punti di riflessione sulla consuetudine e le regole convenzionali*, in *Scritti Crisafulli* cit., II, 807 ss., 824-828: la mancanza di una tradizione libertaria che affondi le sue radici in principi di derivazione consuetudinaria, limita da noi, al contrario di quanto avviene nell'ordinamento inglese, la possibilità di insorgenza di consuetudini al terreno costituito dalla stipulazione di convenzioni tra organi di vertice circa la regolazione dei loro rapporti "orizzontali". Per cui, oltre a mancare consuetudini "verticali", che attengono alle libertà individuali, ai rapporti tra Stato e cittadini, quelle "orizzontali" sembrano confondersi con le convenzioni (pag. 844), poiché i due fenomeni si contendono la medesima area di esperienza.

⁷ LAVAGNA (*Istituzioni di diritto pubblico*³, Torino 1976, 221) indica le consultazioni come unico esempio di consuetudine "vincolativa", che egli stesso ritiene fenomeno alquanto raro nel nostro ordinamento. Lo stesso unico esempio (assieme all'affidamento dell'incarico) è portato da PEDRAZZA GORLERO, *Le fonti del diritto*, Padova 1995, 45.

⁸ *Diritto costituzionale* cit., 241. In senso conforme cfr. ora anche ARCIDIACONO-CARULLO-RIZZA, *Istituzioni* cit., 147.

⁹ *Consuetudine* cit., 472.

¹⁰ In questo senso cfr. anche MARTINES, *Diritto costituzionale* cit., 90

¹¹ *Istituzioni* cit., 1239.

¹² *Sulla consuetudine* cit., 96 (nota 10).

¹³ *Sulla consuetudine* cit., 97 e 98 s. Più in generale, è disposto a riconoscere l'esistenza di consuetudini costituzionali nel solo ambito del diritto parlamentare (e comunque solo di consuetudini *praeter* o *secundum constitutionem*) RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, Padova 1972, 121.

¹⁴ *Sulla consuetudine* cit., 97.

¹⁵ *Sulla consuetudine* cit., 99.

alla scelta se ricorrere o meno alla supplenza nel caso di viaggio all'estero del Capo dello Stato¹⁶, all' introduzione di figure ulteriori integrative della composizione del Governo (sottosegretari, comitati interministeriali ecc.)¹⁷. CRISAFULLI¹⁸ aggiunge l'istituto della questione di fiducia e la "facoltà" di sottoporre il governo delegato al parere delle Commissioni parlamentari¹⁹. BISCARETTI²⁰ ricorda ancora l' interpretazione "benigna" del numero legale previsto dall'art. 64, 3 c., Cost., che proseguirebbe una "consuetudine" già instauratisi in epoca statutaria²¹, l'immunità delle sedi parlamentari, il criterio "nazional-proporzionale" nella designazione dei rappresentanti delle Regioni per l'elezione del Presidente della Repubblica. ARCIDIACONO²² richiama ad esempio la regolamentazione delle modalità e della cause dello sciopero, in assenza della legge prevista dalla costituzione.

Evidente è lo scarto tra il pregio di cui è accreditato il tema delle consuetudini costituzionali nella teoria generale (per il suo riferirsi al formarsi stesso del diritto²³, o forse per l'elemento di crisi che esse introdurrebbero - se esistessero - nella stessa teoria delle fonti e della costituzione scritta) e il ben scarso significato operativo che, stando alle esemplificazioni, tali fonti sembrano avere già *prima facie*.

Si aggiunga poi: che l'ipotesi degli atti presidenziali senza proposta ministeriale era avanzata da ESPOSITO in senso polemico, come denuncia della tendenza ad "interpretare" la costituzione *contra constitutionem*, e quindi come ipotesi di comportamenti illeciti che si starebbero consolidando²⁴; che anche il ricorso o meno alla supplenza in caso di viaggio del Capo dello Stato è argomento per il quale ZAGREBELSKY ipotizza solo la possibilità del formarsi in futuro (che non si è ancora realizzato) di una consuetudine; che il ricorso agli accordi in forma semplificata, alla questione di fiducia, all'integrazione del Governo con soggetti ulteriori rispetto a quelli previsti in costituzione, sarebbero altrettanti esempi di *consuetudini "facoltizzanti"*, cioè di una tipologia

¹⁶ Sulla *consuetudine* cit., 162; in senso conforme cfr REPOSO-PEGORARO, *Le fonti del diritto*, in MORBIDELLI, REPOSO, PEGORARO, VOLPI, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bologna 1995, 272.

¹⁷ Sulla *consuetudine* cit., 174. Cfr. anche CRISAFULLI, *Lezioni* cit., 157 e REPOSO-PEGORARO, *Le fonti* cit., 272.

¹⁸ *Lezioni* cit., 157. Cfr. anche *Variazioni sul tema delle fonti con particolare riguardo alla consuetudine*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, III, Milano 1967, 253 ss., 269 (nota 10).

¹⁹ Ovviamente la casistica esploderebbe se si accettassero anche, come esempi di consuetudine, quelle "consuetudini interpretative", che altro non sono che precedenti giudiziari (in questo senso, cfr. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto - Art. 1-9*, in *Commentario del Codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna - Roma 1977, 361 s.). L' avvaloramento delle consuetudini interpretative corrisponde esemplarmente a quel atteggiamento di deresponsabilizzazione dell'interprete cui si accennerà nel testo, sub c).

²⁰ *Diritto costituzionale*, cit., 98. Cfr. anche REPOSO-PEGORARO, *Le fonti* cit., 272.

²¹ Cfr. ESPOSITO, *Consuetudine* cit., 472 (nota 76). Lo stesso esempio di consuetudine è citato da MODUGNO, *L'invalidità* cit., I, 250 ss.

²² In ARCIDIACONO-CARULLO-RIZZA, *Istituzioni* cit., 146 s.

²³ Così ESPOSITO, *Consuetudine* cit., 460.

²⁴ Cfr. infatti ESPOSITO, *Controfirma ministeriale*, in *Encicl.dir.* X, 285, 297, dove esplicitamente si dubita possa dirsi che sul punto "già ormai un nuovo diritto si è insaturato prevalendo sulle norme del diritto scritto".

di consuetudini che gran parte dei teorici stessi che avvalorano le consuetudini costituzionali non accetta di classificare nell'oggetto del loro studio²⁵.

A ragione: perché non è affatto chiaro quale sia il risultato perseguito con il predicare, di un certo comportamento, non autorizzato né vietato dalla costituzione, che esso sia retto da una consuetudine "facoltizzante". Se quel comportamento non trova ostacoli nella costituzione e nei principi cui essa si ispira, vuol dire che si tratta di un comportamento consentito:

il permettere in modo negativo un certo comportamento ... non è oggetto di una norma giuridica perché non è comandato né vietato da una norma giuridica... «Permettere» in questo senso negativo non è quindi minimamente la funzione di una norma... In questi casi si dice anche che il comportamento è «libero», «i pensieri sono liberi»... il fatto che un comportamento sia permesso è dato soltanto quando non è in vigore nessuna norma che prescriva questo comportamento o la sua omissione²⁶.

Dire che esso corrisponde ad una consuetudine, ed è perciò retto da una precisa fonte normativa, può avere dunque solo uno dei due significati seguenti: o che nessuna legge può più vietarlo²⁷ o, addirittura, che esso sarebbe legittimo anche se la costituzione lo vietasse.

Nel primo caso dovremmo quindi escludere che la legge ordinaria possa vietare che vengano nominati sottosegretari, vicepresidenti del consiglio o comitati interministeriali: il che mi pare francamente assurdo; nel secondo caso, dovremmo accettare l'ipotesi più forte tra quante sono state avanzate in letteratura, cioè che le consuetudini possano svilupparsi *contra constitutionem*. Questa tesi è stata avanzata, in teoria generale, soprattutto per spiegare l'instaurazione di fatto degli ordinamenti costituzionali²⁸; ed ha goduto di molto credito in regime statutario, quando si riteneva che lo stesso potere di modificare la costituzione con legge ordinaria avesse fondamento consuetudinario²⁹, ed alla consuetudine si facevano risalire numerosi mutamenti e disap-

²⁵ Le anomalie teoriche della c.d. consuetudine facoltizzante sono analizzate per es. da STAMMATI, *Punti cit.*, 828-831.

²⁶ Le citazioni sono entrambe di Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, tr. it., Torino 1985, risp. 204 e 158 (l'A. contrappone il permesso "negativo" a quello "positivo", che costituisce la deroga ad un divieto).

²⁷ In questo senso cfr. PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit., 241. Ovviamente una conclusione così drastica appare inaccettabile per molte delle consuetudini esemplificate: cfr., per es., MARTINES, *Diritto costituzionale*, cit., 91.

²⁸ V. sopra, alla nota 5 di questo §. Vedi però, a favore delle consuetudini *contra constitutionem*, tra gli autori più recenti, SPAGNA MUSSO, *Diritto costituzionale*³, Padova 1990, 110; MARTINES, *Diritto costituzionale*, cit., 90.

²⁹ Cfr., ad es., ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze 1912, 141. Sul punto si rinvia però alla precisazione di cui al § X.2.

plicazioni delle norme statutarie³⁰. Non mi sembra però che sia a questo fenomeno che possano essere riferiti gli esempi di consuetudine che si suole identificare nel nostro ordinamento³¹.

Il capitolo delle c.d. consuetudini (costituzionali) facoltizzanti, perciò, almeno per quanto riguarda il nostro ordinamento attuale, appare o vuoto di esempi o vuoto di significato. Per il resto, anche gli altri esempi di consuetudine costituzionale di cui discutere sono davvero pochi e di non grande significato.

2. *Gli equivoci di un obiter dictum.*

Infatti anche sulla consistenza degli esempi residui c'è molto da discutere. La discontinuità dei lavori parlamentari, l'immunità delle sedi parlamentari, l'insindacabilità degli *interna corporis* e, aggiungerei, l'autonomia contabile degli "organi costituzionali", cui si riferisce la sent. 129/1981, sono davvero regole consuetudinarie?

La discontinuità risponde ad un principio tradizionale dei sistemi parlamentari, che già COKE e BLACKSTONE³² avevano teorizzato. I "parlamenti" non sono più le strutture temporanee di allora, ma l'esigenza di autonomia di ogni legislatura rimane tuttora espressione del principio di rappresentatività. Lo ha spiegato molto bene la Corte costituzionale in una recente sentenza³³:

Il principio di rappresentatività, connaturato alle Assemblee (consiliari regionali) in virtù della loro diretta investitura popolare e della loro responsabilità verso la comunità politica che ne ha eletto i componenti, comporta la piena garanzia della autonomia costituzionale riconosciuta alle anzidette Assemblee e, conseguentemente, la totale disponibilità da parte delle stesse, considerate nella particolare composizione propria di ciascuna legislatura, delle attribuzioni costituzionalmente spettanti alle Assemblee medesime e ai loro membri. *Ciò significa che nessuna Assemblea rappresentativa ha il potere di vincolare quelle successive alle decisioni da essa prese...*

³⁰ Cfr., per tutti, ORLANDO, *Principii* cit., 51 s. Era stata avanzata, anzi, la tesi per cui lo Statuto era da considerarsi modificabile solo per via consuetudinaria (LAMPERTICO, *Lo Statuto e il senato*, Roma 1886, 103), tesi a cui anche Santi ROMANO guardava con comprensione (cfr. *Osservazioni* cit., 143 s.).

³¹ In questo senso cfr. anche, con riferimento più in generale al diritto pubblico, PIZZORUSSO, *Delle fonti* cit., 549. Come notava già BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, cit., Milano 1965, 166, "se si segue un comportamento contrario a una qualunque norme in materia costituzionale..., ciò non toglie l'obbligo di ritornare a un corretto comportamento, conforme alla norma. O almeno, qualora si decidesse di ritornare alla retta osservanza della norma, ciò non sarebbe da definire come un comportamento antigiusuridico, perché in contrasto con la norma consuetudinaria formatasi nel frattempo, ma come un ritorno alla osservanza del diritto, che fino allora era stato violato".

³² "Acts of parliament derogatory from the power of subsequent parliaments bind not": così il classico principio attribuito a COKE viene espresso da BLACKSTONE, *Commentaries*, I, 90.

³³ Sent. 468/1991, in *Giur.cost.* 1991, 3833 ss., 3838 (corsivo aggiunto).

La Corte non ha avuto bisogno di ricorrere a pretese consuetudini costituzionali (forse perché si ragionava attorno alle assemblee regionali, anziché del parlamento?), procedendo invece sulla base dei principi basilari del sistema rappresentativo. Con il vantaggio che, trattandosi non di *regole* costituzionali (sia pure di fonte consuetudinaria), ma di *principi*, come "principio" l'autonomia della legislatura è fatta valere: "principio" che non può che avere un'applicazione flessibile e "bilanciata" da altre esigenze, sicché non si oppone, per esempio, all'introduzione di regole che, ispirate ad ovvie ragioni di efficienza, istituiscono meccanismi procedurali rivolti all'utilizzazione da parte del nuovo "parlamento" dei procedimenti incardinati nel vecchio³⁴.

Le stesse considerazioni valgono anche per la (pretesa) insindacabilità degli *interna corporis*. Anche qui è la Corte costituzionale a chiarirci che l'insindacabilità di questi atti (e, nel caso specifico, del meno "interno" di essi, cioè il regolamento parlamentare) deriva, non da consuetudine, ma dalla stessa "logica" della "democrazia parlamentare", che riconosce alle Camere un sistema di garanzie di piena indipendenza nei confronti degli altri poteri, di cui l'insindacabilità degli atti è elemento imprescindibile³⁵. E la stessa sentenza si preoccupa, in un *obiter dictum*, di allargare l'applicazione del principio di indipendenza delle Camere in modo da includervi anche l'immunità delle loro sedi³⁶.

Perché per l'autonomia contabile dovrebbero valere considerazioni diverse? Infatti non valgono. E' vero che la sent. 129/1981 accredita l'esistenza delle consuetudini costituzionali³⁷ (ed il loro uso nel giudizio sui conflitti), ma si tratta di un'affermazione di principio sostanzialmente estranea alla *ratio decidendi*. La Corte, come è stato osservato³⁸, usa qui come *ratio decidendi* un *obiter dictum* contenuto nella motivazione di una vecchia sentenza, in cui si era ammessa (ma senza alcun accenno ad eventuali consuetudini) la deroga al giudizio di conto quando si tratti "di organi immediatamente partecipi del potere sovrano dello Stato, e perciò situati ai vertici dell'ordinamento, in po-

³⁴ "Va precisato che il principio della rappresentatività non preclude la possibilità di disposizioni che permettano l'utilizzabilità da parte delle Assemblee elettive successive di procedimenti incardinati nella Assemblea precedente e non definitivamente conclusi allora, ma esige, ove si prescelga tale via, che sia comunque salvaguardata la piena autonomia dell'Assemblea successiva attraverso la previsione di atti di riassunzione ecc.": così, ancora, la sent. 468/1991 (pag. 3839).

³⁵ Sent. 154/1985, in *Giur.cost.* 1985, I, 1078 ss., 1102 (e, in senso conforme, ord. 444/1993 e 445/1993, in *Giur.cost.* 1993, risp. 3660 ss., con nota di CICONETTI, e 3665 s., con nota di MANETTI).

³⁶ "Ed infatti, attengano esse (garanzie) all'immunità dei membri delle Camere ovvero all'immunità delle rispettive sedi, è evidente la loro univocità, mirando pur sempre ad assicurare la piena indipendenza degli organi. Ne è conferma il divieto alla forza pubblica ed a qualsiasi persona estranea ... di entrare nell'aula, *che discende dall'art. 64, ultimo comma, Cost., prima ancora che dagli artt. 62.2 e 64.1 del regolamento della Camera e 69.2 e 70.1 del regolamento del Senato*" (così l'appena citata sent. 154/1985: corsivo aggiunto).

³⁷ In questo senso cfr. già OCCHIOCUPO, "Teologia dei corpi separati" e partecipazione di troppo ad un conflitto di attribuzione tra organi supremi, in *Giur.cost.* 1980, I, 1421 ss., 1429, che pure si esprime criticamente nei confronti della compatibilità costituzionale di quella specifica norma costituzionale. In senso analogo cfr. MAZZONI HONORATI, *Osservazioni su alcune discusse prerogative parlamentari: l'autonomia contabile e la giustizia domestica*, Milano 1987, 37 ss., in cui si esamina il fondamento della consuetudine in regime statutario, per poi affermarne il superamento in vigenza dell'attuale costituzione.

³⁸ Cfr. LOMBARDI, *L'autonomia contabile degli organi costituzionali: garanzia o privilegio?*, in *Giur.cost.* 1981, I, 1283 ss., 1290 s.; MORETTI, *Nota a C.Cost. 129/1981*, in *Foro it.* 1981, I, 2632 s.

sizione di assoluta indipendenza e reciproca parità"³⁹. Considerato che "(q)uesto orientamento va ora tenuto fermo, per risolvere il caso in esame", la Corte, nella decisione più recente, conferma il principio riferendosi sì all' "antica prassi" seguita già in regime statuario, ma preoccupandosi di dimostrare che tale prassi non è affatto "irrilevante dal punto di vista del diritto costituzionale", essendo anzi "il diretto riflesso della spiccata autonomia di cui tuttora dispongono i tre organi costituzionali ricorrenti" sulla base di precise disposizioni costituzionali⁴⁰.

Anche qui, come a me sembra evidente, la decisione della Corte non si basa affatto su una consuetudine (che, oltretutto, la sentenza insiste nel chiamare 'prassi'), ma sul principio di autonomia e di indipendenza degli organi costituzionali. Se accadesse che la legge ordinaria estenda il controllo contabile al bilancio di qualche organo "supremo", che cosa si andrebbe a valutare: il rispetto della consuetudine o l'eventuale, eccessiva compressione del principio di autonomia? Che poi questo principio, come tanti altri che conformano il nostro assetto costituzionale, risalga a lontane tradizioni, è fuori discussione, ed è anzi un aspetto interessante su cui ritornare. Ma è importante che resti per il momento inteso che di principio si tratta, non di consuetudine.

La ipostatizzazione normativa delle prassi è spesso un bell'esempio di petizione di principio: l'unica differenza tra prassi e consuetudine è l'obbligatorietà, e quindi la giustiziabilità: l'unico giudice che applica la consuetudine costituzionale sarebbe il giudice dei conflitti, il quale dovrebbe risolvere il conflitto in base alla prassi perché eretta a consuetudine! L'avvaloramento della consuetudine trasforma l'*oggetto* del giudizio nel suo *parametro*. Una esemplificazione di questo ragionamento la si può ritrovare in PACE⁴¹: l'assenza di termini di impugnazione indica che il conflitto può sorgere per lesione prodotta in via di prassi; laddove la consuetudine si sia formata, per accettazione dell'esercizio di certe attribuzioni in via di prassi, la Corte deve rigettare la questione perché non c'è più concreta competenza da salvaguardare.

Ma se le consuetudini costituzionali sembrano di fatto irreperibili, viziato il ragionamento che su di esse si fonda, perché dedicare ad esse tanta attenzione? Il fatto è che l'ipostatizzazione delle consuetudini è sintomo di un atteggiamento molto significativo e diffuso nell'interpretazione costituzionale (non a caso è soprattutto in sede di teoria generale che la consuetudine assume rilevanza): un atteggiamento molto rilevante, anzi pregiudiziale, quando l'interprete tratta dell'organizzazione costituzionale e, di conseguenza, dei conflitti di attribuzione. Merita perciò che ad esso si dedichi ancora un po' di attenzione.

³⁹ Sent. 110/1970, in *Giur.cost.* 1970, 1203 ss., 1209 (in termini del tutto analoghi, cfr. già la sent. 143/1968, in *Giur.cost.* 1968, 2359 ss., 2366).

⁴⁰ Per la riduzione delle consuetudini costituzionali alle "possibilità applicative di un principio o di una regola particolare" cfr. STAMMATI, *Punti cit.*, 849 s.

⁴¹ *Strumenti cit.*, 168 s.

VI

IPOSTATIZZARE LE NORME, DERESPONSABILIZZARE L'IN- TERPRETE

Un criterio valido per riconoscere l'esistenza di una consuetudine costituzionale ci sembra ... quello di accertare la conformità della regola alla costituzione materiale (Mortati); nel senso che detta costituzione può esprimere, e gli organi costituzionali possono farsene portatori, norme integrative di lacune esistenti nella costituzione formale ovvero, in ipotesi, ad essa contrarie, pur se sempre nei limiti dei principi fondamentali dell'ordinamento, quali essi sono definiti dalle forze politiche che hanno dato vita alla costituzione formale (in caso di norme difformi dai principi fondamentali, infatti, non si avrebbe più una modificazione della costituzione formale bensì un suo totale rivolgimento in via rivoluzionaria, come riflesso dei mutamenti avvenuti nella costituzione materiale)¹.

Alla consuetudine costituzionale si ricorre di solito per risolvere due problemi, non sempre così evidentemente connessi come nel passo appena riprodotto.

Il primo problema è quello della pretesa *incompletezza* e della presunta *imprecisione* della costituzione. La costituzione - per sua stessa natura, forse - sarebbe "vaga" nel suo disporre, bisognosa perciò di integrazione normativa. L'interpretazione, l'integrazione e, in fondo, l'adeguamento (sino alla "modificazione tacita") delle disposizioni costituzionali alle "realità istituzionale" si compierebbe perciò attraverso una produzione normativa sub-costituzionale: in essa la consuetudine (integrativa o, come la definiva Esposito, "introduttiva") rivestirebbe un ruolo fondamentale, in quanto è attraverso di essa che i "fatti", gli eventi storici e politici, esprimerebbero la loro forza normativa. Ecco che qui si profila il secondo problema, quello dei mutamenti che, *di fatto*, la costituzione formale potrebbe subire, anche laddove essa sia "rigida", per opera di comportamenti deliberati delle forze politiche o affermatasi per via di prassi. Anche in questo caso, la consuetudine (*contra constitutionem*, però) è lo strumento con cui i "fatti" si fanno diritto e, per di più, diritto costituzionale.

¹ MARTINES, *Diritto costituzionale*, cit., 91.

1. Consuetudine e horror vacui: sui paradigmi della scienza giuridica

Il principale movente che spinge ad accreditare le consuetudini è, dunque, una sorta di *horror vacui*² di cui soffre l'interprete di fronte a pretese "lacune" dell'ordinamento giuridico³: "vuoto" che egli pretende riempito da materiale normativo "positivo", posto cioè da qualche fonte normativa, sia pure da una fonte-fatto come la consuetudine.

E' un equivoco fuorviante, perché così si confondono i compiti rispettivi del legislatore (e del legislatore costituente in modo particolare) e dell'interprete: si trasferiscono all'opera del primo obiettivi, requisiti e valori che appartengono invece all'opera del secondo; si indirizzano ai testi normativi aspettative indebite, svalutando di conseguenza le aspettative che è lecito riporre sull'interpretazione. Altrove ho cercato di marcare le distanze tra i compiti del legislatore e quello dell'interprete, ricorrendo ad un "modello ermeneutico" che si fonda su una distinzione tra *disposizione* e *norma* condotta sino alle sue estreme implicazioni⁴. Messi in contrapposizione due mondi, il mondo degli *atti di potere* e il mondo degli *atti retorici*, le disposizioni vengono ascritte al campo dei testi, dei segni, degli atti scritti; le norme al campo dei significati, dei frutti dell'interpretazione. Le disposizioni sono espressione di atti di potere⁵: sono poste, imposte dal legislatore (disposizione e ordine sono sinonimi). Le norme sono espressione di atti retorici: sono "accreditate" dall'interprete e s'impongono agli altri interpreti solo grazie alla loro forza persuasiva, al credito che esse si guadagnano presso la "comunità degli interpreti" come "vere" interpretazioni delle disposizioni.

Nella logica di questa contrapposizione - che, in fondo, rievoca uno dei più solidi tracciati della separazione dei poteri⁶ - la "completezza", la "coerenza", la "razionalità"

² Cfr. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, cit., 126.

³ Sul carattere meramente pretestuoso dell'operazione di accreditare una "lacuna" della costituzione, cfr. SCHMITT, *Verfassungslehre*, tr. it., Milano 1984, 83 ("Simili **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.** sono sempre possibili e spetta all'essenza di un conflitto costituzionale il fatto che possa essere posta con successo la tesi del caso non previsto").

⁴ Cfr. *La Corte costituzionale tra potere e retorica: spunti per la costruzione di un modello ermeneutico dei rapporti tra Corte e giudici di merito*, in *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino 1993, 8 ss.

⁵ In verità questo potere è comune a tutti i giudici. Il "dispositivo" (l'etimologia non lascia àdito ad equivoci) è un "atto di potere", con cui, per usare la terminologia della *Reine Rechtslehre*, si realizza "la continuazione del processo di produzione del diritto dal generale al particolare" (KELSEN, *Reine Rechtslehre*, tr.it. di R.Treves, Milano 1967, 109). Diverso è, ovviamente, il caso della Corte costituzionale, la cui particolarità è di poter fare quello che a nessun altro giudice è consentito, cioè "disporre" sullo stesso piano del legislatore, emanare "atti di potere" che incidono, trasformandoli, sugli stessi atti di potere che vincolano i giudici, che modificano quindi l'ordine delle disposizioni legislative vigenti. Nel "modello ermeneutico" proposto, quindi, la funzione della Corte costituzionale è di trasformare gli "atti retorici", proposti dalla comunità degli interpreti, in "atti di potere", che hanno la capacità di liberare la comunità degli interpreti dall'insostenibile legame con un "testo" ritenuto incompatibile con il sistema normativo.

⁶ "Si può ancora parlare realisticamente di *separazione dei poteri* solo in quanto le formule legislative, *letteralmente* interpretate, riescono non già a *determinare*, ma a *condizionare* l'interpretazione del giudice

del legislatore non sono certo criteri che attengono alla posizione degli atti di potere, ma, semmai, alle convenzioni che vigono nella comunità degli interpreti, e che vi sono accreditate perché ritenute premesse utili al lavoro che la comunità deve svolgere⁷. La pretesa di completezza - si dice - sarebbe una caratteristica dei moderni sistemi di diritto scritto⁸: mi sembra però che non si tratti di una pretesa dell' *ordinamento "positivo"*, quanto, piuttosto di uno dei più solidi paradigmi della *scienza giuridica*⁹, uno dei "valori" condivisi dalla comunità degli interpreti, basilari nella costituzione della loro matrice disciplinare¹⁰.

Sono principi regolatori supremi che guidano l'opera dell'interprete¹¹, non però quella del legislatore. La differenza è fondamentale, perché "completa", "coerente", "razionale" e univoca potranno, forse dovranno essere attribuiti predicabili della *norma*, in quanto risultato del lavoro dell'interprete così come l'interprete lo intende, non già della *disposizione*, che è atto di potere¹². Quando si afferma che l'ordinamento giuridico ha la pretesa della completezza e della coerenza, si dice cosa che, se riferita alla *legi-*

restringendo il campo di scelta": LAZZARO, *La funzione dei giudici*, in *Problemi di teoria del diritto*, a cura di R. Guastini, Bologna 1980, 299 ss., 312 (già pubblicato in *Riv.dir.proc.* 1971, 1 ss.).

⁷ Cfr. MACCORMICK, *Coherence in Legal Justification*, in *Theorie der Normen. festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*, Berlin 1987, 37 ss., 45, che definisce "una pia illusione" la manovra retorica di attribuire alle intenzioni del legislatore i problemi con cui deve fare i conti l'interpretazione dei testi legislativi.

⁸ In questo senso cfr., ad es., ancora Cfr. SORRENTINO, *Le fonti cit.*, 126.

⁹ Cfr. OST-VAN DE KERCHOVE, *Rationalité et souveraineté du législateur, "paradigmes" de la dogmatique juridique?*, in *Riv.int.fil.dir.* 1985, 227 ss.; AARNIO, *The Rational as Reasonable*, Dordrecht 1987, 17 ss.

Mi sembra che la funzione della completezza e della coerenza nell'interpretazione giuridica non sia esattamente assimilabile a quel *Vorgriff der Vollkommenheit* (presupposto della perfezione) che GADAMER (*Wahrheit und Methode*, tr.it. di G. Vattimo, Milano 1990⁷, indica come necessario ad ogni attività di interpretazione di un testo, perché "è comprensibile solo ciò che costituisce veramente una compiuta unità di senso". Nel caso dell'interpretazione giuridica, infatti, non si tratta solo della "anticipazione" che innesca il circolo ermeneutico, di un (discutibile) atteggiamento di "buona volontà" verso il testo (come lo definisce, criticamente, DERRIDA): si tratta piuttosto di una vera e propria regola deontologica dell'interprete giuridico, che da un materiale incoerente e forse contraddittorio *deve* trarre una soluzione univoca del problema, del "caso". Infatti, di fronte al testo non riducibile ad unità di senso, l'interprete giuridico non dubita "della trasmissione attraverso cui il testo ci è giunto", cercando "di escogitare un mezzo per migliorarla" (GADAMER, *Wahrheit cit.*, 343), ma si arma degli strumenti (i "criteri di soluzione delle antinomie") con cui operare direttamente gli opportuni "tagli" sul testo (l'annullamento) o alla sua capacità di esprimere significati (l'abrogazione). Insomma, la coerenza è per l'interprete un risultato dell'opera di applicazione del diritto non interamente riducibile alla "comprensione" del testo, perciò non interamente spiegabile e giustificabile in nome della supremazia della legge: anche se è indubbio che questo principio fondamentale può tradursi nella prescrizione dell'atteggiamento di "buona volontà" verso il testo suggerito da GADAMER (in questo senso cfr. ESKRIDGE, *Gadamer/Statutory Interpretation*, in 90 *Col. L.R.* 1990, 609 ss., 634).

¹⁰ Cfr. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions. Postscript 1969*, tr. it., Torino 1978, 223 s.

¹¹ BOBBIO, *Le bon législateur*, in *Le raisonnement juridique*, a cura di H. Hubien, Bruxelles 1971, 843 ss.

¹² Restando però possibile, s'intende, che in quei casi estremi, in cui davvero la lettera della legge si oppone irrimediabilmente al lavoro razionalizzante dell'interprete, questi sia indotto a chiedere alla Corte costituzionale di intervenire sul piano degli atti di potere rimuovendo la disposizione irriducibile "a sistema", cioè affetta da "irragionevolezza" (vedi sopra, nota 5 di questo §).

slazione, non può che suscitare critiche, se non ilarità¹³. Ma può l'interprete operare senza l'aspettativa¹⁴ di trovare una risposta coerente, ragionevole, "accettabile"¹⁵ ad ogni problema che gli venga posto? Ed allora è chiaro che è l'interprete che "anticipa" le qualità di completezza e di coerenza del testo su cui lavora¹⁶.

Nel nostro ordinamento costituzionale (questo discorso, infatti, non può valere in generale), la consuetudine costituzionale (e l'intero atteggiamento interpretativo di cui essa è sintomo) sembra nascere, dunque, da una caratteristica confusione tra quelli che sono i compiti, le aspettative ed i risultati della legislazione (nel senso più ampio di diritto scritto) ed i compiti, le aspettative ed i risultati dell'interpretazione e dell'applicazione delle leggi (sempre latamente intese). Non voglio negare che entrambe le attività creino diritto, tutt'altro: ma lo fanno con metodologie diverse, cui rispondono responsabilità che devono essere mantenute diverse. Se le esigenze di coerenza e di completezza noi le poniamo, correttamente, sul piano delle costruzioni teoriche, e delle conseguenti soluzioni del "caso", anziché su quello dei dati normativi "positivi" - sul piano dell'interpretazione (delle "norme") e non su quello degli enunciati legislativi (delle "disposizioni"), per intenderci - cambia radicalmente l'oggetto della ricerca dell'interprete e la configurazione delle sue responsabilità. Le "lacune" ed i "*penumbral cases*", il *casus omissus* e il *casus dubius*, vanno risolti allora con gli strumenti della costruzione teorica, della cui coerenza interna e congruità con i dati positivi l'unico responsabile è l'interprete. Invece, quando l'interprete "oggettivizza" il risultato della propria opera, attribuendolo a dati positivi, alle fonti normative, trasferisce altrove la responsabilità del proprio operato.

La personificazione del legislatore, e l'attribuzione alla sua opera di presunte caratteristiche che appartengono invece all'opera dell'interprete, sono dunque mosse compiute da quest'ultimo per cercare di cambiare qualcuno dei termini del proprio lavoro, e scaricarne la responsabilità. In tal modo, per esempio, se si può dimostrare che la disposizione costituzionale su un certo argomento è "incompleta", l'interprete può: a) rinunciare a proporre alla comunità un'interpretazione della disposizione da cui si evinca la norma necessaria per il caso *de quo* (è un atteggiamento di *self restraint*); b) cercare in elementi extratestuali la giustificazione di una data soluzione "oggettiva" del caso, integrando le disposizioni costituzionali con "materiali" normativi di altra origine (consuetudini, costituzione materiale, convenzioni ecc., sono nomi che assai spesso ricorrono per designare quei "materiali"); c) concludere talvolta perfino proponendo una lettura svalutativa del "senso letterale" del testo costituzionale, perché d'ostacolo al pieno dispiegarsi della giustificazione avanzata in nome della "forza normativa" dei "materiali" impiegati.

¹³ E' noto, per altro, che le norme sull'interpretazione, quali l'art. 12 della nostre "preleggi", nascono non dalla pretesa dell'ordinamento statale ad essere completo, ma dal tentativo di regolare i poteri-doveri dei giudici: cfr. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.* 1969, V, 112 ss.

¹⁴ AARNIO, *The Rational* cit., 190 e 222.

¹⁵ Sulla identità di 'ragionevole' e 'accettabile', inteso il termine nel significato di corrispondente alle regole tradizionali dell'interpretazione, cfr. AARNIO, *The Rational* cit., 188.

¹⁶ Vedi però sopra, nota 9 di questo §.

Se tutti i tre passi vengono compiuti, è evidente che alla fine l'interprete si ritroverà con una norma costituzionale costruita senza un (o, nella terza ipotesi, contro il) riferimento testuale, da cui però potrà prendere le mosse per un ulteriore tragitto nel campo dell'"interpretazione costituzionale". E' quanto avvenuto, come è ben noto, in larga parte della letteratura formatasi sui temi della forma di governo¹⁷. Ma ogni passo che allontani dal "senso letterale" della disposizione (supponendo per il momento che un "senso letterale" possa esistere¹⁸) allontana l'interprete dal dato obiettivo. Come può allora difendere la sua proposta interpretativa davanti alla comunità, attenuando la componente soggettiva che in essa è invece dominante?

2. Tecniche di trasferimento della responsabilità

Le tecniche di trasferimento della responsabilità sono diverse, e diversi possono essere i destinatari. Nell' interpretazione costituzionale, e segnatamente di quella parte della costituzione che si occupa della organizzazione, gli esempi sono chiari e abbondanti. In comune hanno tutti una caratteristica: che l'interprete della costituzione estende l'area di ciò che risulta vincolato, pre-giudicato dal "diritto costituzionale", sottratto alle scelte libere (o, quantomeno, discrezionali) che i soggetti dell'applicazione possono compiere. Così, anche laddove i costituenti hanno avuto l'apprezzabile prudenza di non irrigidire in gabbie precostituite la futura vita istituzionale, le gabbie vengono erette dagli interpreti: i rapporti tra presidente del consiglio e ministri, la funzione della controfirma, i rapporti tra le camere e il ruolo del parlamento, ecc. Le stesse riforme costituzionali si scontrerebbero - e il noto messaggio alle Camere del Presidente Cossiga non ha mancato di ricordarlo¹⁹ - con l'erezione di numerose barriere di principi fondamentali non suscettibili di revisione, ma neanche di riscontro preciso in costituzione.

Naturalmente ciò significa proporre un significato del testo costituzionale che va molto al di là della lettera della costituzione: la distanza è colmata con materiali diversi, diverse essendo le metodologie; ma - questo è il punto - sono sempre materiali di cui si pretende di accreditare la "oggettività", nascondendo che si tratta invece ingredienti artificiali.

Con evidente eccesso di semplificazione, si potrebbe dire che due sono le vie maestre attraverso le quali procede questo tipo di interpretazione²⁰: apparentemente si negano a vicenda, ma spesso s'incontrano e procedono affiancate.

L'una muove da un'opzione metodologica per cui la costituzione andrebbe letta *magis ut valeat*: non la costituzione nel suo complesso, nel suo significato e nelle sue

¹⁷ Su di essa cfr. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano 1982, 81 ss.

¹⁸ Su questo punto, che è ovviamente decisivo, si ritornerà *infra* § VII.

¹⁹ Che si può trovare pubblicato (e commentato) in *Giur.cost.* 1991, 3343 ss., spec. 3379: cfr. il commento di MODUGNO, *Il problema dei limiti alla revisione costituzionale*, in *Giur.cost.* 1992, 1649 ss.

²⁰ Che altrove ho (polemicamente) definito "integralista": cfr. *Il processo del lunedì: metafore, paradossi e teorie nel dibattito sulle riforme costituzionali*, in *Pol.dir.* 1993, 121, 128 ss.

implicazioni generali²¹, si noti, ma proprio ogni singola disposizione ed ogni specifico istituto in essa contemplati. Siccome però il testo della costituzione è quello che è, il surplus di significato da qualche parte deve essere importato.

Qui, ancora, le metodologie si dividono (ma, più spesso, si sommano). Massiccio è di solito il ricorso ai lavori preparatori, che prelude alla "fallacia intenzionale"²² di confondere il risultato normativo con il suo processo genetico, quasi che l'*Entfremdung* non segnasse una cesura netta ed invalicabile tra ciò che ha *oggettivamente* vigore come legge e le supposte intenzioni di un putativo "autore" della legge stessa (che però, in quella legge, evidentemente non è riuscito ad esprimere a pieno le proprie supposte intenzioni). Il bisogno di un ancoraggio oggettivo colma quella cesura, ignora il vizio genetico di confondere l'*intentio* del legislatore con la *ratio legis*²³, non rifugge dall'appellarsi all' *original intent* o alla "pietrificazione" dei concetti costituzionali - tutte varianti, in fondo, di uno stesso atteggiamento interpretativo²⁴. Ma le difficoltà che incontra la ricerca delle intenzioni del "legislatore empirico" dimostrano, una volta di più, che "la vita privata degli autori empirici è sotto un certo aspetto più impenetrabile dei loro testi"²⁵.

Accanto all'interrogazione dei lavori preparatori, immancabile è l'analisi storico-comparatistica dei "modellini" elaborati dalla teoria delle forme di governo. Assai frequente la lettura "forzante" del testo costituzionale, diretta a dimostrare, con l'aiuto dell'intero strumentario di argomenti sviluppato per l'analisi testuale dalla tradizione

²¹ Per questa opzione metodologica si veda la bella ricostruzione di DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, cit., cui si aggiunge ora, dello stesso A., *Il «posto» del diritto costituzionale*, in *Giur.cost.* 1993, 525 ss., 538-

²² *The Intentional Fallacy* è il titolo di un famoso articolo di WIMSATT e BEARDSLEY, divenuto il manifesto del *New Criticism*, cioè della teoria che, nel campo della critica letteraria, più di altre tende ad allentare i vincoli dell'interprete ed accentuare il relativismo dell'interpretazione: cfr. HOY, *The Critical Circle: Literature, History, and Philosophical Hermeneutics*, tr. it., Bologna 1990, 39 ss. L'argomento intenzionale è per altro assai frequente nelle motivazioni della Corte costituzionale: cfr. in particolare DOGLIANI, *Il «posto» del diritto costituzionale*, cit., 525 ss. Non intendo certo contestare (come pure è stato fatto, e con grande abilità, nel classico scritto di RADIN, *Statutory Interpretation*, in 43 *Harvard Law Rev.* 1930, 863 ss., 872-873) l'utilità della ricostruzione dell'intenzione del legislatore (laddove possibile) come strumento, uno degli strumenti, con cui procede l'interpretazione (per es., come tappa del lavoro di ricostruzione della *ratio legis* o, per dirla con DWORKIN, della "storia" del modo in cui la disposizione è stata intesa ed applicata): ma non si tratta affatto di uno strumento privilegiato, né di un ancoramento "oggettivo" del lavoro dell'interprete. La pretesa oggettività cela invece un'opzione interpretativa altrettanto discutibile di qualsiasi altra, una concezione assunta *a priori* che determina poi i risultati dell'attività interpretativa, non una spiegazione di essa: cfr., per questa critica, DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass. 1985, 154-158, 162-164.

²³ Contro la personificazione del legislatore e la confusione tra la *mens legis* e la *ratio legis*, intesa come problema pratico di cui la legge rappresenta la soluzione, cfr. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*², Milano 1971, 261 ss. Vedi inoltre *infra*, § VII, nota 11.

²⁴ Osserva causticamente SCHAUER, *An Essay on Constitutional Language*, in 29 *UCLA L.R.* 1982, 797 ss., 804, che per la teoria dell' *original intent* se fosse noto l'intento del legislatore si potrebbe fare a meno della legge. La più approfondita critica a questa teoria dell'interpretazione costituzionale è opera di LYONS, *Constitutional Interpretation and Original Meaning*, in *Social Phil. & Policy* vol. 4, 1986, 75 ss., ora ristampato in SCHAUER (ed.), *Law and Language*, Aldershot 1993, 213 ss.

²⁵ ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Milano 1990, 125.

giuridica, il significato delle connessioni o delle sconnessioni, di ciò che vien detto e di ciò che non si dice, della uniformità o della divergenza terminologica. I risultati più brillanti si ottengono quando le diverse strategie si combinano: la scelta lessicale può, per esempio, divenire il sintomo inequivocabile del fatto che il Costituente aveva in mente un certo "figurino" della forma di governo, sicché l'integrale precettività di esso risulta alla fine corroborata da argomenti testuali e psicologici; i lavori preparatori poi legittimano una lettura della disposizione costituzionale tale per cui in essa si trasferisce ciò che si asserisce essere stato il modello di riferimento dei costituenti, senza che con ciò l'interprete sia uscito dalla descrizione di dati oggettivi²⁶.

L'altra via è caratterizzata invece da una lettura realistica, più politologica, delle istituzioni, attenta a percepire, dietro la lettera della costituzione, i modi in cui le istituzioni operano e interagiscono, e costituisce "una risposta al bisogno di immettere direttamente nello studio del diritto una conoscenza dei processi reali cui è diretta la norma scritta"²⁷. Un atteggiamento che può essere corretto e produttivo, ovviamente, sin tanto che si resta sul piano della descrizione degli eventi; ma che muta di segno quando s'inabissa e riemerge in figure carsiche come la costituzione materiale²⁸, le convenzioni²⁹ o, ritorniamo al punto, le consuetudini costituzionali. Esse funzionano come potenziali trasformatori delle descrizioni in prescrizioni o, quantomeno, in elementi argomentativi fattuali a sostegno di una determinata interpretazione di quel che la costituzione dispone: esse si offrono all'interprete "come «dato» per una possibile constatazione

²⁶ Per una riduzione critica del ruolo dell'analisi storica nell'interpretazione costituzionale, cfr. TRIBEDORF, *On Reading the Constitution*, Cambridge, Mass. 1992, 18.

²⁷ DOGLIANI, *Indirizzo politico*, Napoli 1985, 32.

²⁸ Sull'uso (e l'abuso) della costituzione materiale nell'interpretazione costituzionale cfr. BARTOLE, *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, in *Dir. soc.* 1982, 605 ss.; ID., *Metodo giuridico e realtà politico-istituzionale*, in *Riv.tr.sc.amm.* 1985, 9 ss.; ID., *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IV, 288 ss.

²⁹ Cfr. TREVES, *Convenzioni costituzionali*, in *Encicl.dir.* X, 524 ss. L'ambiguità del ricorso alle convenzioni deriva dall'imprecisa natura di cui esse sono accreditate, tra la mera descrizione degli eventi (come per es. in ELIA, *Forme di governo*, estratto da *Encicl.dir.* XIX, 10, nota 20, e RESCIGNO, *La responsabilità politica*, Milano 1967, 9; ID., *Le convenzioni costituzionali*, Padova 1972, 122 ss.; BIFULCO, *Le riflessioni della cultura giuspubblicistica sulle convenzioni costituzionali*, in *Dir.soc.* 1992, 31 ss.), la "regola tecnica" (cfr. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I, Torino 1988, 266 s.), il riconoscimento di una loro valenza prescrittiva (per una concezione "normativa" delle convenzioni, cfr. per es. ARCIDIACONO-CARULLO-RIZZA, *Istituzioni cit.*, 147), oppure, che è però cosa assai diversa, il ricorso ad esse come strumenti di interpretazione, come basi fattuali su cui elaborare i principi (cfr. BARTOLE, *Le convenzioni della Costituzione tra storia e scienza politica*, in *Il politico* 1983, 251 ss.).

Naturalmente il problema della giuridicità delle convenzioni è in larga parte nominalistico, dipendendo la risposta dalla nozione di giuridicità che si assume: in questo senso cfr., dopo le "storiche" considerazioni di CARISTIA attorno al fondamento giuridico del governo parlamentare in epoca statutaria (*Saggio critico sul valore e l'efficacia della consuetudine nel diritto pubblico interno*, Macerata 1919, e *Contributo alla dottrina intorno alla natura e al fondamento del governo parlamentare*, in *Studi sassaresi* 1921: entrambe le opere sono ora raccolte in *Scritti giuridici storici e politici*, I, Milano 1953, risp. 161 ss., 209-212, e 215 ss., 239-250), le opportune osservazioni di ZAGREBELSKY, *Manuale cit.*, 268 s. Sulle origini culturali di questi diversi modi di intendere le convenzioni cfr. STAMMATI, *Punti cit.*, 834 ss.

«oggettiva»³⁰. Rompono o confondono la linea di demarcazione tra *regole* e *regolarità*³¹, tra quello che la costituzione prescrive e come la costituzione è applicata e fatta vivere, tra la norma che qualifica i comportamenti e i comportamenti da qualificare attraverso la norma. Non sono più solo manifestazioni di un più che comprensibile atteggiamento metodologico attento alla vita reale delle istituzioni, ma di un atteggiamento corrico rispetto all' "accadere politico", il quale per sua natura "aspira alla normatività, aspira a rapprendersi a tradursi cioè in regole chiuse e ferme, quanto (o quasi) quelle della costituzione scritta"³².

Anche per questa via gli spazi "liberi" da vincoli costituzionali vengono riempiti, vuoi dalla "prescrittività del fattuale", vuoi da scelte delle forze politiche alle quali si è disposti a conferire la qualifica di 'costituzionale'³³, se non altro in senso "materiale". Fatti e scelte che, come si è visto per la consuetudine, operano non tanto sul piano degli "obblighi", quanto su quello delle "facoltà": servono, cioè, ad etichettare come "autorizzati" comportamenti che la costituzione non qualifica, ma che, una volta avvalorati dall'interprete in forza delle figure di cui si è detto, vengono accreditati addirittura di forza derogatoria nei confronti di ciò che è espresso dal testo costituzionale, in nome della pretesa esigenza che certi istituti si adattino e seguano le modificazioni continue della vita politico-istituzionale³⁴.

E' fin troppo evidente che, attribuendo "valore normativo alla volontà delle forze politiche dominanti", si finisce con lo "smarrire criteri certi di distinzione tra il fatto e il suo parametro"³⁵, e perciò "negare una funzione essenziale" della costituzione formale, "che è per l'appunto di garantire che certe norme fondamentali per la vita del gruppo siano modificate solo esplicitamente e con le procedure da essa previste"³⁶, di indicare parametri sufficientemente certi sulla cui base qualificare gli accadimenti secondo la discriminante lecito-illecito. Ma, a favore di questa metodologia, sembra esserci l'esperienza storica, lo stesso sviluppo della forma di governo in vigenza dello Statuto albertino; ma anche una diffusa convinzione, sul piano teorico, che gli eventi politici non siano imbrigliabili in forma che si pretendono "rigide", permanenti nel tempo. La tendenza ad accreditare il "valore normativo del fattuale" procede perciò in parallelo con la tendenza a screditare la possibilità di una gestione giudiziale dei conflitti politici.

Nulla di nuovo. Già i costituzionalisti del secolo passato usavano fondare sull'evidente esistenza delle consuetudini costituzionali il primo argomento per scredi-

³⁰ Così, con particolare riferimento alla teoria della costituzione materiale, COSTA, *Lo Stato immaginario*, Milano 1986, 310.

³¹ DOGLIANI, *Indirizzo cit.*, 36 s.

³² NIGRO, *Costituzione e effettività costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1969, 1697 ss., 1708.

³³ Cfr., come esempio classico di questo indirizzo metodologico, CAPOGRASSI, *La nuova democrazia diretta*, in *Opere*, Milano 1959, I, 413 ss.

³⁴ Per questo argomento, rivolto a sostenere la necessità che fosse la consuetudine a disciplinare in via esclusiva il Governo, cfr. già ROMANO (Santi), *Osservazioni cit.*, 147. La miglior confutazione di questo argomento è data proprio da chi ha più compiutamente teorizzato le c.d. consuetudini costituzionali: cfr. ESPOSITO, *Consuetudine cit.*, 458.

³⁵ DOGLIANI, *Indirizzo cit.*, 38.

³⁶ MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*², II, Milano 1993, 143.

tare l'ipotesi di un sindacato giurisdizionale sulle leggi e sui conflitti³⁷: ma, simmetricamente, negavano la possibilità della sopravvivenza delle consuetudini laddove si fosse instaurato un giudice delle leggi: "ammesso il sindacato sopra il potere legislativo, le consuetudini verrebbero ostacolate"³⁸.

³⁷ Cfr. in particolare UGO, *Sulle leggi incostituzionali*, Macerata 1887, 134 ss.

³⁸ UGO, *Altre osservazioni sulle leggi incostituzionali*, Macerata 1888, 9.

VII

UNA MOSSA STRATEGICA: DALL'INTER- PRETAZIONE ALLA TEORIA DELLA COSTI- TUZIONE

E' frequente, ma erronea tendenza quella di far dire o prescrivere dalla legge più di quanto essa effettivamente dice o prescriva e di riannodare alla sua c.d. volontà le volontà dei soggetti che ne dipendono.

Prendo le mosse dal bel passo di Santi ROMANO¹, per intraprendere un viaggio assai difficile ed ambizioso che toccherà due temi molto impegnativi. Il primo riguarda il significato che deve essere attribuito alla costituzione - intesa come *testo scritto* dotato di una posizione di preminenza rispetto a tutti gli altri testi legislativi (mi riferirò perciò, secondo le convenzioni, alle sole costituzioni "rigide") - in quanto fonte di regole per lo svolgimento del processo politico. Il secondo tema riguarda invece il senso che deve attribuirsi all'istituto del conflitto di attribuzione in coerenza con il significato che si è proposto di riconoscere alla costituzione. Non so se i due temi abbiano un'interdipendenza, per così dire, "naturale": l'interdipendenza è però molto forte nelle soluzioni che prospetterò, nelle quali verrà suggerito che la Corte costituzionale debba decidere i giudizi sui conflitti sulla base di una precisa considerazione della funzione regolativa della costituzione.

1. Diritto e letteratura

Il passo di Santi ROMANO citato all'inizio pone un problema enorme: si può determinare in modo univoco quello che la legge (o la costituzione, che ne è una specie) "effettivamente dice o prescrive"? E' ovvio che una risposta soddisfacente, pur se minima, implicherebbe, come primo passo, una sortita sul terreno dell'analisi del linguaggio e della semiotica: ma non ci si potrebbe trattenere ai soli temi generali, perché si dovrebbe considerare se e quali particolarità abbia l'analisi linguistica dei testi *normativi*

¹ *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1983 (rist.), 144 [*sub voce* "Norme giuridiche (destinatari delle)"].

rispetto a quella dei testi di altro genere. Si profila, insomma, una sortita che, per la cascata di problemi verso di cui inviterebbe a procedere, potrebbe rivelarsi senza ritorno. Il problema dei rapporti tra interpretazione giuridica e altri generi di interpretazione "testuale" - letteraria anzitutto, ma anche artistica e teologica - benché non sia affatto inedito², è oggi al centro di un vivace dibattito, ed anzi si profila ormai a sua volta come un genere letterario³. Il bilancio appare però ancora negativo, perché i risultati non sembrano valere gli sforzi, dispersi in troppe direzioni.

Il principale risultato è forse solo quello di mostrare, una volta di più, come il programma interpretativo per cui, per citare le nostre "preleggi", ai testi "non si può ... attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore", si regga su premesse indebite, su un coacervo di equivoci di fondo che preludono ad ulteriori equivoci ed ingenerano inevitabili sensi di frustrazione nell'interprete che quelle premesse accolga.

Il primo equivoco lo innesca chi dimentica "l'inevitabile carattere elittico" del linguaggio, come lo definiva già BETTI⁴. Le espressioni linguistiche sono caratterizzate da una certa quota, variabile ma mai del tutto eliminabile, di indeterminatezza, di "porosità" concettuale: per ogni termine e per ogni espressione, l'area dei loro possibili significati tende a sfumare ai margini, senza che sia possibile tracciare confini esatti e decidere con sicurezza tutti i casi dubbi di attribuzione di significato. Ciò vale, è ovvio, anche per le espressioni legislative⁵: *"the law cannot be certain, in large part because language itself is not certain"*⁶. Perché, allora, ciò che appartiene alla condizione fisiologica delle proposizioni linguistiche e dei testi normativi viene vissuto come un'intollerabile imperfezione dell'opera del legislatore? La teoria delle lacune del diritto e quella dei concetti legislativi "imprecisi" sono esempi dei frutti che maturano sul terreno di questo equivoco. L'imperfezione del legislatore diviene, poi, addirittura una

² Basti citare gli insegnamenti di GADAMER e BETTI sull'universalità del problema ermeneutico (cfr., ad es., i saggi fondamentali dei due AA. raccolti nell'antologia critica di BLEICHER, *Contemporary Hermeneutics*, tr. it. di S. Sabattini, Bologna 1986).

³ Cfr., come prime indicazioni, BREST, *Interpretation and Interest*, in 34 *Stan.L.R.* 1982, 765 ss.; FISS, *Objectivity and Interpretation*, in 34 *Stan.L.R.* 1982, 739 ss.; *Symposium: Law and Literature*, in 32 *Buffalo L.R.* 1979, 603 ss.; *Symposium: Law and Literature*, in 60 *Texas L.R.* 1982, 373 ss. (alcuni interventi, assieme ad altri scritti sull'argomento, sono ora pubblicati in SCHAUER (ed.), *Law and Language*, Aldershot 1993); WHITE, *Legal Criticism*, in 20 *Ga.L.R.* 1986, 835 ss.; DWORKIN, *A Matter of Principle*, cit., 146-166; ZACCARIA, *Ermeneutica e comprensione narrativa*, in *Materiali st. cult. giur.* 1988, 489 ss.; ID., *L'arte dell'interpretazione*, Padova 1990, 121-150; COVER, *The Bonds of Constitutional Interpretation: Of the Word, the Deed, and the Role*, in 20 *Ga.L.R.* 1986, 815 ss.; WEISBERG, *Text Into Theory: A Literary Approach to the Constitution*, in 20 *Ga.L.R.* 1986, 939 ss.; WHITE, *Heracles' Bow - Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, Madison, Wisc. 1985; GREY, *The Constitution as Scripture*, in 37 *Stan.L.R.* 1984, 1 ss.; COLE, *Against Literalism* (recensione a WHITE, *Heracles' Bow*), in 40 *Stanf.L.R.* 1988, 545 ss.; SCHAUER, *An Essay* cit., 797 ss.; TRIBEDORF, *On Reading the Constitution*, cit., 81 ss.; POSNER, *Law and Literature - A Misunderstood Relation*, Cambridge, Mass. 1988; DOUZINAS, WARRINGTON, Mc VEIGH, *Postmodern Jurisprudence*, London-New York 1991.

⁴ *Interpretazione* cit., 286. Lo scritto da cui ha preso le mosse la letteratura di lingua inglese è invece HART, *The Concept of Law*, London 1961, tr. it di M.Cattaneo, Torino 1965, spec. cap. VII.

⁵ Su questo tema cfr. la ricerca di LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano 1990.

⁶ SCHAUER, *An Essay on Constitutional Language*, cit., 832.

vera e propria patologia, che spinge l'interprete alle più nere meditazioni sul senso della propria funzione, di fronte al linguaggio costituzionale, che appare di insostenibile "duttilità", "vago", "elastico", compromissorio ecc.

Che "completezza", "coerenza", "razionalità" siano paradigmi caratterizzanti la scienza giuridica, e non pretese qualità irrinunciabili della legislazione, è un punto su cui ho già insistito⁷: ho anche criticato il tentativo che assai spesso l'interprete compie di rimediare alla naturale "elitticità" del linguaggio legislativo attraverso vie di scarsa responsabilizzazione della propria opera ermeneutica, dirette tutte a provocare la crescita ipertrofica del materiale normativo "positivo", sia esso desunto dalla supposta volontà del legislatore o dalla "normatività del fattuale". Ora vorrei provare ad affrontare in termini propositivi il seguente problema: se sia possibile all'interprete della costituzione far corrispondere il proprio lavoro ermeneutico ai paradigmi della sua disciplina - dare, quindi, risposte "complete", "coerenti", "razionali" ecc. ai "casi" che la vita istituzionale propone - senza dover ricorrere a prassi di ipostatizzazione normativa come quelle descritte e criticate nel paragrafo precedente.

Quale rapporto lega l'interprete al testo? In discipline interessate ai problemi dell'interpretazione, ma non dominate da paradigmi così caratteristici come quelli che presiedono all'interpretazione giuridica, è diffusa la tendenza "decostruzionistica" a rendere assai labili i rapporti semiotici tra autore, testo e interprete, sino al punto di ritenere che l'interprete sia libero di "usare" il testo per trarne quante interpretazioni gli piaccia trarre. E' chiaro che un'affermazione così forte non avrebbe cittadinanza nella comunità degli interpreti giuridici (neppure in quella sua più ristretta sezione, se mai esistesse, formata dagli interpreti della costituzione): sebbene sia ancora recente il ricordo di giuristi che - il fatto va forse oltre alla mera combinazione terminologica e merita una segnalazione - parlavano, non già di '*interpretazione*', ma, appunto, di '*uso*' (alternativo) del diritto. Va però aggiunto che anche tra i semiotici la posizioni estreme sono contrastate, e viva è la ricerca di un "necessario *guard-rail* dell'interpretazione"⁸.

Di particolare interesse è la proposta "popperiana" di Umberto ECO⁹, pensata "non per legittimare le buone interpretazioni ma per delegittimare le cattive"¹⁰:

L'iniziativa del lettore consiste nel fare una congettura sulla *intentio operis*¹¹. Questa congettura deve essere approvata dal complesso del testo come tutto organico. Questo non significa che su un testo si

⁷ Vedi sopra, § VI.

⁸ ECO, *I limiti* cit., 27.

⁹ Cfr. in particolare *Interpretation and Overinterpretation*, Cambridge 1992 (è il testo delle 1990 *Tanner Lectures* e della discussione con RORTY, CULLER e BROOKE-ROSE), nonché *I limiti dell'interpretazione*, cit.

¹⁰ *I limiti* cit., 35.

¹¹ Eco distingue tra tre tipi di *intentio*: *i. auctoris*, *i. operis* e *i. lectoris*. La prima corrisponde, nel lessico giuridico, all'intenzione del legislatore o alla *mens legis*, la seconda alla *ratio legis*; per la terza è un po' più difficile trovare un corrispondente, che potrebbe essere l'atteggiamento dell'interprete connesso al "caso" da decidere (vedi *infra*, § VII.4, punto c), oppure l'intenzione di quel "costituente concreto" cui si riferisce, traendo spunto da BETTI e CAIANI, DOGLIANI, *Il «posto» del diritto costituzionale*, cit., 542-544.

possa fare una e una solo congettura interpretativa. In principio se ne possono fare infinite. Ma alla fine le congetture andranno provate sulla coerenza del testo e la coerenza testuale non potrà che disapprovare certe congetture avventate... Più che parametro da usare per validare l'interpretazione, il testo è un oggetto che l'interpretazione costruisce nel tentativo circolare di validarsi in base a ciò che costituisce. Circolo ermeneutico per eccellenza, certo¹².

Vi sono due suggerimenti di grande utilità che si possono trarre dal passo di ECO. Da un lato, appunto, l'approccio popperiano alla funzione del testo, assunto non come fonte di significati univoci, di interpretazioni che possano pretendere per sé l'esclusività, ma piuttosto come elemento di "falsificazione" di teorie interpretative che non reggono alla prova della coerenza testuale, applicando cioè l'ormai classico insegnamento di POPPER in merito alle teorie scientifiche¹³. Dall'altro, l'approccio ermeneutico, la circolarità tra testo e interpretazione e la validazione dell'interpretazione sulla base del testo, testo che essa stessa costruisce, attraverso ipotesi progressivamente convalidate e rinnovate¹⁴.

2. Testo e falsificazione della teoria interpretativa

L'atteggiamento popperiano, del resto già piuttosto diffuso nella teoria dell'interpretazione giuridica¹⁵, consente di liberare il campo dalla ricerca indebita di soluzioni interpretative univocamente convalidate dal testo: per definizione la loro portata di significato risulta più estesa di quanto direttamente imputabile al testo, e perciò esse tendono ad inspessire a dismisura lo strato delle prescrizioni costituzionali. Infatti, quale sia la metodologia con cui l'interprete opera (ad alcune ho accennato nel paragrafo precedente), accreditare un'interpretazione come la "vera" interpretazione di qualche disposizione costituzionale non può che avere come risultato finale l'introduzione di una determinata serie di norme "costituzionalmente vincolanti", la cui forza obbligatoria è proposta come frutto non dell'opera soggettiva dell'interprete, ma dello stesso legislatore costituzionale.

Assumiamo invece gli enunciati costituzionali come limite negativo dell'attività dell'interprete¹⁶. In questa prospettiva acquista un senso anche il canone dell'art. 12 delle

¹² I limiti cit., 34.

¹³ POPPER, *The Logic of Scientific Discovery*, tr. it., Torino 1970.

¹⁴ Cfr. AARNIO, *The Rational as Reasonable*, cit., 67 ss.

¹⁵ Cfr., a puro titolo di esempio, SCHAUER, *An Essay* cit., spec. 828 ss.; SCHLINK, *Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft*, in *Der Staat* 1980, 73 ss.; WAECHTER, K. R. *Popper und Wertungsprobleme im zivilgerichtlichen Urteil*, in *JuS* 1986, 10, 763 ss.; METTENHEIM, *Recht und Rationalität*, Tübingen 1984.

¹⁶ Atteggiamento, questo, assai spesso assunto deliberatamente dai giudici e, in particolare, dalla Corte costituzionale: si veda, esempio tra i tanti, la recente sent. 465/1993 (in *Giur.cost.* 1993, 3821 ss., 3828), in cui la Corte attenua la rigidità della disposizione impugnata, quale emergeva da una interpretazione letterale, sulla base della "interpretazione sistematico-finalistica, non esclusa espressamente dal dato letterale".

"preleggi", laddove rinvia al "significato proprio" delle parole usate dal legislatore. Che il linguaggio possa avere un "significato proprio" - un "senso letterale ... che è quello elencato al primo posto dai dizionari, ovvero quello che ogni uomo della strada definirebbe per primo quando gli venga chiesto cosa significa una data parola"¹⁷ - è una premessa forte di questa teoria, che appare avvalorabile nel campo dell'interpretazione giuridica in considerazione della notevole compattezza del linguaggio tecnico: ma, naturalmente, è una premessa che regge se assunta e applicata nell'ambito ristretto cui è riferita. In altri termini, e mirando il discorso all'interpretazione costituzionale, il "senso letterale" delle disposizioni costituzionali può essere difeso a condizione che ad esse non si pretenda di far dire di più del loro "senso letterale", appunto. Ecco che allora l'appello di Santi ROMANO, da cui ho preso lo spunto in questo paragrafo, assume pieno significato!

Ma se vengono prese in questa ristretta loro portata iniziale, le parole del costituente non bastano certo a sostenere un'interpretazione che giunga sino a fornire una risposta per ogni "caso" che all'interprete sia sottoposto: questo lungo tratto - dalla disposizione "letterale" alla regola per il caso di specie - non può essere coperto con tecniche di permutazione cabalistica delle parole del Testo. In compenso, se non si cerca di distorcere il senso letterale delle disposizioni costituzionali, esso può costituire un ottimo banco di prova su cui "testare" le teorie interpretative e confutarle se risultano incompatibili con esso.

Ricorrendo ad una metafora, si potrebbe dire che le disposizioni costituzionali sono come i picchetti che si appongono per delimitare i terreni e i territori: chi deve tracciare i confini (il limite tra ciò che è costituzionalmente lecito e ciò che non lo è) non può ignorare i picchetti, non può "saltarli"; ma la congiunzione lineare di essi non risolve il suo compito, perché vanno considerati anche altri fattori, come l'andamento orografico, gli altri punti rilevanti, il "senso" del terreno e della sua antropizzazione ecc. I picchetti sono stati apposti proprio per segnare punti "non falsificabili" attraverso cui i confini non possono non passare (il particolare procedimento compromissorio, che tradizionalmente si impiega per apporli, ha un significato allegorico che rafforza il legame metaforico con il processo costituente).

Non v'è dubbio che nel diritto costituzionale i "picchetti" abbiano una frequenza estremamente più rarefatta rispetto a quanto avviene negli specifici rami del diritto - la riprova è che nell'interpretazione costituzionale poca o nessuna utilizzazione hanno argomenti come quello della specialità o quello della *sedes materiae*, strumenti che servono appunto per districarsi nel coacervo dei "termini" posti dal legislatore ordinario e selezionare i soli picchetti in coerenza con i quali costruire il proprio percorso interpretativo. E non v'è neppure dubbio che spesso, tra i tanti fattori extratestuali di cui deve tener conto chi lavora con i "picchetti" costituzionali, anche l'andamento dei

Questo atteggiamento è ora contestato da DOGLIANI, *Il «posto» del diritto costituzionale*, cit., 538 ss., che vi vede i rischi di un'interpretazione svalutativa del testo (già stigmatizzata nel saggio *Interpretazioni della costituzione*, cit. poi alla nota 21 di questo §), cui egli contrappone una lettura espansiva che importi nella interpretazione delle disposizioni costituzionali i significati che i loro termini assumono nei linguaggi extragiuridici, assumendo poi la volontà del "costituente storico" come "ultima istanza" per risolvere le antinomie che questo *surplus* di significato importato (e il *surplus* di interessi legittimati che l'allargamento semantico del testo costituzionale necessariamente produce).

¹⁷ ECO, *I limiti* cit., 9.

tracciati costruiti dal diritto di fonte sub-costituzionale all'interno delle discipline specifiche abbia il suo peso¹⁸. Chi deve tracciare i confini "costituzionali" dovrà certo conoscere quei tracciati: ma il suo compito è diverso, forse anche sul piano metodologico.

L'atteggiamento ermeneutico, cui pure ci invita la citazione di ECO, indica per quali vie si deve procedere per tracciare le linee tra i picchetti. Vorrei procedere ad ispezionarle sviluppando quattro ordini di considerazioni. Il primo riguarda lo *status* delle teorie interpretative sviluppate applicando l'approccio "falsificazionista" di POPPER; il secondo approfondisce i modi in cui il "caso" incide sul lavoro dell'interprete; il terzo si sofferma sul carattere provvisorio e tendenziale delle regole sviluppate con riferimento al "caso"; il quarto sviluppa il concetto di "sistema" che appare centrale nella valutazione delle teorie interpretative.

3. Atteggiamento falsificazionista e status delle teorie interpretative

Se, fedeli all'approccio "falsificazionista", assumiamo una netta separazione tra ciò che è il *testo costituzionale*, dotato di un suo "significato proprio", necessariamente alquanto ristretto, e ciò che è la "*norma*" per il caso singolo, che è sviluppata dall'interprete, otterremo un'apprezzabile chiarezza su ciò che è opera di quest'ultimo e ciò che va imputato al legislatore (costituzionale)¹⁹. La norma è una costruzione teorica compiuta dall'interprete e da questi proposta alla comunità cui appartiene: le reazioni della comunità saranno determinate da valutazioni di diverso ordine (che mi propongo di esaminare in seguito), ma, verifica pregiudiziale, verrà controllato se la teoria regge il confronto con il "significato proprio delle parole" contenute nel testo.

Ben diverso è lo *status* che rivendicano le teorie che si basano sull'ipostatizzazione normativa, come è diverso lo *status* cui ambiscono le teorie scientifiche "verificate". Che sia la "vera" volontà del costituente o la forza normativa del fattuale lo strumento usato per "addizionare" significato al testo²⁰, l'area del vincolo si dilata rispetto a ciò che si pone come mera ipotesi avanzata sul binario dell'interpretazione. Entrambe le operazioni mirano a proporre la regola per il caso, ma in un caso la "forza" della regola è fatta risalire al legislatore costituzionale (formale o "materiale" che sia), o comunque ad elementi insuperabili e incontrollabili da parte dell'interprete; nell'altro, la "forza" è solo quella dell'argomentazione persuasiva.

Il risultato dell'atteggiamento falsificazionista è pertanto di ridurre drasticamente l'area del "costituzionalmente vincolato", area che viceversa si dilata a dismisura se si sfonda la cortina logica che separa l'intenzione del legislatore con il risultato della sua azione, o quella che divide le regolarità dalle regole: proporzionalmente si espande lo spazio riservato alla teoria interpretativa. Ciò non significa che tale atteggiamento vada

¹⁸ Sulla interpretazione delle disposizioni costituzionali alla luce della legislazione ordinaria, cfr. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 18 ss.

¹⁹ "Constitutional language can constrain the development of theory, or set boundaries of theory-construction, without otherwise directing its development": SCHAUER, *An Essay* cit., 828.

²⁰ Vedi sopra, §VI.2.

necessariamente ascrivito alle teorie "svalutative" della costituzione, secondo la classificazione di DOGLIANI²¹. E' indubbio che viene respinta in radice l'interpretazione del testo costituzionale *magis ut valeat*, almeno laddove questo criterio non si limiti a predicare l'attribuzione di pieno significato precettivo al testo costituzionale in quanto tale (che l'atteggiamento falsificazionista non contesta affatto), ma sfoci nel ben diverso proposito di dilatare l'efficacia dell'interpretazione costituzionale oltre a ciò che risulta da "una individuazione puntuale del contenuto linguistico minimo irriducibile delle singole norme"²². Tuttavia, la conseguenza non è affatto l'accettazione di una concezione della costituzione come fosse fatta di "norme a fattispecie aperta", "suscettibili - ed anzi bisognos(e) - di essere integrat(e)"²³. Proprio contro le pretese integrazioni del sistema costituzionale attraverso l'avvaloramento di consuetudini, convenzioni o regole della costituzione materiale si sono prese anzi posizioni assai rigide.

Il problema non è affatto quello di "integrare" il sistema costituzionale (inteso come sistema di regole precettive), ma di capire come si procede a tracciare le linee di congiunzione dei "picchetti" segnati nel testo costituzionale, o, fuor di metafora, a costruire le ipotesi interpretative, non incompatibili con il "senso proprio" del testo, ed utili a fornire la "regola per il caso".

4. Il "caso" e la "regola"

La teoria interpretativa mira a ricostruire un tratto della linea che collega i "picchetti" costituzionali. Di solito si tratta di localizzare un punto specifico, ossia di produrre una norma capace di regolare il "caso" di specie. Com'è che avviene, come fa il "caso" a guidare l'interprete? Il "caso" ci offre una rappresentazione di una certa situazione, segnata da determinati *fattori* che l'interprete reputa *rilevanti*; in presenza di uno specifico assetto di questi fattori (il "caso", appunto), l'interprete decide che un certo *interesse* prevale su un altro, fissando anche i *limiti* e le *modalità* del prevalere. Provo a mettere a fuoco gli elementi di questo scenario, evidenziati in corsivo:

a) *Fattori*. Sono circostanze della più varia natura. Possono essere dati desunti dalla situazione socio-economica, scientifico-tecnologica, legislativa o giurisprudenziale (i tipici presupposti il cui mutare producono l'*anacronismo* della norma); possono essere considerazioni relative alla strumentazione complessiva degli interessi in concorso, volte a valutare la potenzialità residua di ciascuno di essi se venisse sacrificato nell'occasione presente; possono essere valutazioni relative alle conseguenze di una determinata scelta per gli altri interessi che stanno attorno (per esempio, il contenimento del debito pubblico, l'efficienza organizzativa dell'amministrazione o della giustizia, il superamento di uno stato di emergenza).

b) *Rilevanza*. Che questi fattori siano rilevanti per il giudizio è una valutazione dell'interprete ad elevato grado di soggettività: elevatissimo nel caso della Corte costituzionale, per l'assenza, almeno nel processo incidentale, di parti necessarie e, comun-

²¹ *Interpretazioni cit.*, 27 s., 95 ss.

²² *Ibidem*, 95.

²³ *Ibidem*, 81.

que, adeguate alla portata generale che assumerà la pronuncia. Segnalo solo il problema, non potendolo certo approfondire qui. Sulla "rilevanza" si ritornerà invece in seguito (*sub d*).

c) *Interesse*. Non trovo termine meno carico di implicazioni: sta ad indicare qualsiasi posizione di vantaggio od aspettativa ritenuta apprezzabile dall'interprete. Credo²⁴ sia sbagliato immaginare che si proceda (o si debba procedere) da una preventiva selezione degli interessi in campo, ammettendo al bilanciamento solo quelli che risultino "coperti" da qualche principio costituzionale. Non tutti i termini che il nostro tracciatore di confini deve tenere presenti corrispondono a "picchetti" costituzionali. Il fatto stesso che un interesse sia giudicato "apprezzabile" comporta, probabilmente, che esso possa essere inserito in un discorso condotto in termini di diritto costituzionale: se non trova posto in un "principio" specifico, si presteranno ad ospitarlo clausole più elastiche (per esempio, la dignità umana e la realizzazione della propria personalità, se di interessi individuali si tratta; l'ordinata coesistenza della collettività o l'utilità generale, se si tratta di un interesse sociale; le esigenze di funzionalità delle istituzioni pubbliche, per gli interessi, appunto, pubblici; l'interesse nazionale, il principio di unità o quello di autonomia, nelle relazioni Stato-regioni) o, come per lo più avviene, verrà inserito nel "discorso" costituzionale dopo esser stato convertito in uno dei termini di comparazione nel giudizio di eguaglianza.

La facilità con cui può essere attivato questo ascensore retorico, che porta dal piano degli interessi a quello dei principi costituzionali, mi fa perdere qualsiasi interesse per la problematica dei "nuovi diritti" costituzionali e qualsiasi considerazione per le motivazioni che di quell' ascensore si avvalgono. Va solo aggiunto che, siccome anche la "coerenza", come già si è visto per la "completezza", è un protocollo della scienza giuridica, e non del legislatore (costituzionale o ordinario che sia), la teoria interpretativa può tranquillamente accettare come premessa l'esistenza di un testo "incoerente". La Costituzione italiana, per esempio, è usualmente additata come tale, a causa della sua stessa genesi, che ha prodotto, più che un vero compromesso tra valori ed interessi diversi, una ricognizione di essi priva di indici sulla cui base decidere della prevalenza degli uni sugli altri. Non mi sembra che compito della teoria interpretativa sia quello di negare tale "incoerenza", riducendo i valori e gli interessi costituzionali a "sistema", cioè ad una gerarchia. A parte che tale ambizione è sicuramente votata all'insuccesso²⁵, ridurre ad unità una costituzione irriducibilmente pluralista mi sembra rappresenti proprio un buon esempio di teoria interpretativa "falsificabile" per eccessiva violenza al "significato proprio" del testo da interpretare, dal quale cerca di eliminare una caratteristica che probabilmente rappresenta invece uno dei suoi maggiori punti di forza²⁶.

²⁴ E' quanto ho cercato di sostenere in precedenti lavori: cfr. in particolare *Diritti e argomenti*, cit., 32 ss.; *Bilanciamento degli interessi e teoria della Costituzione*, in *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, a cura di V. Angiolini, Torino 1992, 45 ss.; *"Al cuor non si comanda" - Valori, regole, argomenti e il "caso" nella motivazione delle sentenze costituzionali*, in *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a cura di A. Ruggeri, Torino 1994, 323 ss.

²⁵ Per le ragioni che ho cercato di esporre in *"Al cuor non si comanda"* cit.

²⁶ Su questo argomento, vedi *infra*, § XII.1.

d) *Limiti e condizioni*. Concorrono con i "fattori" a determinare le condizioni di fatto e di diritto al cui verificarsi un certo interesse prevale su un altro. Insieme fissano il contenuto della clausola "*rebus sic stantibus*" che relativizza, legandola al "caso" (debitamente ricostruito nei suoi termini archetipici, generali e astratti, come è proprio della fattispecie normativa), la "regola di prevalenza" di un interesse sull'altro: prevalenza che non è assoluta, ma, appunto, legata al permanere di determinate condizioni: "la condizione in cui un principio prevale su un altro, costituisce la fattispecie di una regola che esprime la conseguenza giuridica del principio prevalente"²⁷.

Va sottolineato che la messa a fuoco delle condizioni in cui un interesse è giudicato prevalente è ciò che distingue una teoria o una decisione ben motivata da un'opzione ingiustificata, e perciò stesso arbitraria. Se esistessero gerarchie preconfezionate degli interessi (ma affermarlo significa pur sempre gonfiare il significato normativo del testo costituzionale ben al di là del suo "senso proprio"), ciò non sarebbe vero, perché l'interprete applicherebbe una regola di prevalenza (incondizionata) già data. Ma siccome gerarchie siffatte non esistono - almeno questa è la mia opinione - ecco che l'esigenza di motivare l'*occasionale* prevalenza di un interesse sull'altro richiede una descrizione particolareggiata dell'*occasione* (il "caso") che la genera.

5. La regola e il mutamento

La motivazione delle conclusioni cui giunge la teoria passa per la costruzione di una vera e propria *regola* per il "caso", composta da una fattispecie generale e astratta e di una conseguenza giuridica precisa e, in certi casi, circostanziata (i "limiti" e le "modalità" della prevalenza)²⁸. Ragionando in termini formali, questa "regola" rappresenta la chiave di volta della motivazione della sentenza: è la premessa maggiore che regge la conclusione (la "motivazione interna") e che, a sua volta, si deve reggere su

²⁷ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985, 84.

²⁸ Il carattere "normativo" della "regola" è testimoniato dalle tracce che le condizioni di prevalenza lasciano nel dispositivo delle sentenze di accoglimento pronunciate dalla Corte costituzionale, specie in quelle "additive": in questo caso è assai frequente che gli ultimi passaggi della motivazione fissino nei particolari le condizioni, e che poi gli elementi fondamentali di esse siano citati nel dispositivo. Un esempio tra i tanti nella recente sent. 179/1993 (in *Giur.cost.* 1993, 1249 ss.), in tema di parità dei lavoratori nei diritti-obblighi di assistenza al figlio nel suo primo anno di vita: nel dispositivo si dichiara l'illegittimità "nella parte in cui non estende, in via generale ed in ogni ipotesi [questa clausola serve a superare le precedenti decisioni che sottoponevano l'estensione alla "condizione" del decesso o del grave impedimento della madre], al padre lavoratore, in alternativa [fissa la non cumulabilità dei permessi: nell'ultimo passo della motivazione si indica anche come, in applicazione dei principi di correttezza e buona fede, vada esercitata l'opzione nel modo di non ledere eccessivamente l'interesse del datore di lavoro al rispetto delle esigenze dell'organizzazione aziendale] alla madre lavoratrice [circoscrive il diritto del padre escludendolo nel caso in cui la madre non lavori; resta irrisolto il caso inverso, in cui sia il padre a fare il "casalingo": può il datore di lavoro, in nome della parità, negare i permessi alla madre?] consentiente [la motivazione insiste sull'assenso della madre e sullo spirito di "leale collaborazione" in cui deve prodursi l'accordo dei coniugi], il diritto ai riposi giornalieri ecc."

persuasive giustificazioni (la "motivazione esterna")²⁹ - persuasive anzitutto perché non incompatibili con il testo costituzionale. Quando l'"interprete" è il giudice costituzionale, essa costituisce la *ratio decidendi* del caso; la giustificazione, espressa in termini universali (general e astratti), della decisione data al "caso", assume l'autorità, la potenzialità "normativa" propria del precedente: "*it is as justificatory reasoning that judicial opinions are normative*"³⁰.

Con un tecnica tipicamente *pointilliste*, le linee di confine che congiungono i "picchetti" costituzionali vengono così ad assumere un andamento sempre più riconoscibile. E' soprattutto la Corte costituzionale a stabilire i termini intermedi tra i "picchetti", data la particolare funzione da essa esercitata nella comunità degli interpreti di trasformare l'interpretazione in "atti di potere"³¹. Ma le "regole" introdotte dalla Corte (e, a maggior ragione, quelle proposte dagli altri interpreti) hanno valore provvisorio, legate come sono alla clausola *rebus sic stantibus*. Anch'esse sono soggette ad un continuo processo di falsificazione, basato solo in parte sulla compatibilità con il testo costituzionale, perché tutti gli altri "fattori rilevanti" del "caso" possono mutare³².

TRIBE e DORF³³ hanno suggerito di applicare all'interpretazione costituzionale l'analisi di LAKATOS sulla prova matematica³⁴, e indicano all'interprete - al giudice segnatamente - di divenire "*lemma-incorporator*", cioè di comportarsi in modo analogo al matematico che, di fronte ad un'eccezione che sembra minare la regola da lui enunciata e provata, riesce a non limitarsi a riformulare restrittivamente la regola in modo da escludere da essa l'eccezione, ma a riscriverla in modo da "incorporare" l'eccezione e la sua spiegazione. Analogamente, l'interprete della costituzione dovrebbe costruire le "regola" progressivamente incorporando in essa le "eccezioni" che la particolarità dei casi successivi richiederanno - incorporarle non nel senso di limitare la portata della vecchia *ratio decidendi*, ma di completarla integrandola con la *ratio distinguendi*.

C'è solo da aggiungere - ma qui hanno cessato di parlare TRIBE e DORF (o LAKATOS) - che questa metodologia è chiaramente diretta a rafforzare la corrispondenza del "sistema" delle norme elaborato dalla comunità degli interpreti con quei valori di "coerenza" "completezza" ecc. che, come s'è visto, ne caratterizzano la matrice disciplinare. Della coerenza si dirà dopo, ma sulla completezza è necessaria una precisazione.

²⁹ Per questa distinzione, ormai usuale del resto, cfr. WRÓBLEWSKY, *Legal Decision and Its Justification*, in *Le raisonnement juridique*, Bruxelles 1971, 409 ss.; ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a.M. 1978, 273 ss.; AARNIO, *The Rational as Reasonable*, cit., 119 ss.

³⁰ MACCORMICK, *Why Cases Have Rationes and What These Are*, in GOLDSTEIN, *Precedent in Law*, Oxford 1987, 155.

³¹ Vedi sopra, § VI.1.

³² Questo aspetto, che mi sembra connaturato alle tecniche di decisione della Corte costituzionale, è letto invece come sintomo di patologia da MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma 1984, 140 s.: "Ogni sentenza rappresenta, se così si può dire, soltanto se stessa, e non ha più alcuna attitudine a raffigurare simbolicamente l'immanenza e la veridicità dell'intero programma costituzionale... quasi che in ogni sentenza fosse implicata una clausola *rebus sic stantibus* che rendesse precaria la soluzione e ne impedisse la risalita verso un parametro costituzionale permanente e suscettibile di replicarsi all'infinito".

³³ *On Reading the Constitution*, cit., 91-96, 111.

³⁴ *Proofs and Refutations: The Logic of Mathematical Discovery*, New York 1976.

Un sistema che si sviluppa per soluzioni del "caso" è necessariamente un sistema instabile: o meglio, è un sistema in cui la completezza è, allo stesso tempo, un postulato indiscutibile ed un risultato mai integralmente raggiunto.

E' un postulato³⁵, perché, se si colloca correttamente la completezza tra i valori "paradigmatici" della comunità degli interpreti, si deve ritenere che per ogni "caso" che si presenti vi sarà almeno una risposta capace di fissare, in relazione ad esso, il limite tra lecito e illecito: "la funzione dell'interprete non può variare secondo che sia chiamato ad applicare leggi «chiare»**Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.** oppure leggi «ambigue»**Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**, ma deve avere un compito unitario da perseguire in tutti i casi"³⁶. Di ciò non si è dubitato, in fondo, neppure quando l'antropoformismo faceva attribuire la qualità della completezza al legislatore: grazie ad *escamotage* come la norma generale (esclusiva o inclusiva che fosse), in ogni circostanza la risposta al "caso" è stata possibile.

Tuttavia la completezza è un risultato soltanto tendenziale, perché le soluzioni prodotte ragionando sul "caso" son sempre sottoposte alla clausola *rebus sic stantibus*: sono cioè destinate ad essere superate da altre soluzioni capaci di "incorporare" le specificazioni o le eccezioni che alla regola vengono imposte dal nuovo "caso", dalle diverse circostanze che esso propone. Tracciare un confine significa determinare l'appartenenza di ogni possibile punto del territorio. E' un problema ben noto ai geografi: quanto misurino i confini, in fondo, "è una questione di grado di risoluzione"³⁷. Altrettanto vale per la giurisprudenza costituzionale, il cui sviluppo segue spesso la progressione nel grado di definizione del problema: capita, per esempio, che un filone si apra con una decisione storica, la cui *ratio* esprime un principio importante in termini di attribuzione di significato al testo costituzionale, e poi prosegua per successivi aggiustamenti, di regola condotti con le tecniche del giudizio di ragionevolezza³⁸. Così il principio iniziale, magari affermato con nitida assolutezza nella pronuncia inaugurale, viene progressivamente adattato, arricchito, attenuato o condizionato dalla continua (e

³⁵ Cfr. ad es. VAN DE KERCHOVE - OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris 1988, 87.

³⁶ BETTI, *Interpretazione* cit., 285.

³⁷ MANDELBROT, *Les objets fractals*, tr.it. Torino 1987, 15.

³⁸ Un esempio, tra i tanti possibili, di decisioni della Corte che sviluppano progressivamente la "regola" adattandola a successive specificazioni delle condizioni del "caso" lo si può trovare nel recente filone delle sentenze sull'obiezione al servizio militare: si veda la "successione" delle sentenze 409/1989, 343/1993 (che della precedente afferma di applicare la *ratio*) e 422/1993 (che articola ulteriormente il già articolato dispositivo "additivo" della precedente, dando luogo ad una "regola" ricca di specificazioni sulle condizioni di applicazione). Esempi evidenti di incorporazione delle eccezioni sono probabilmente riscontrabili in gran numero nel filone di giurisprudenza in cui l'uso "microchirurgico" del principio di eguaglianza ha consentito di pronunciare sentenze di illegittimità parziale di disposizioni legislative, "nella parte in cui" esse trascurano di prevedere una disciplina differenziata di ipotesi particolari (l'eccezione, appunto). In questi casi, seguendo le indicazioni di TRIBE e DORF, la motivazione della sentenza dovrebbe riformulare la *ratio* della legge in modo da incorporarvi la *ratio* dell'eccezione: il che, a dire il vero, di regola avviene, dato che il ragionamento "trilaterale" con cui si svolge il giudizio di eguaglianza ha la sua fase cruciale proprio nel confronto tra la *ratio* della disciplina assunta come *tertium comparationis* e la *ratio* della disciplina impugnata, preliminare alla valutazione delle giustificazioni di un trattamento differenziato o parificato: cfr. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano 1988, 275 s.; ID., *Diritti e argomenti*, cit., 45 s.

tendenzialmente incessante) opera di applicazione a casi sempre più specifici (aumento del grado di risoluzione) o sempre più ai margini del nucleo iniziale (precisazione della soglia di applicazione della *ratio decidendi*).

6. Valutare le teorie interpretative

Se le teorie interpretative hanno come loro limite "negativo", di falsificazione, il "senso proprio" del testo normativo, non mancano però anche parametri "positivi" di valutazione della loro pregevolezza.

"Sistema" è la parola chiave. Il pregio della teoria interpretativa dipende in parte da quelle caratteristiche di coerenza interna, semplicità, economia ecc. cui tendono tutte le teorie: in più, come elemento specifico, è correlato alla capacità della teoria di spiegare il testo come "sistema", in cui ogni disposizione acquista il significato che meno si discosta dal "senso proprio" del testo e che maggiormente concorre a comporre una teoria esplicativa del testo stesso. La ricorsività è evidente: è la teoria la misura della teoria. Ma la circolarità non è evitabile né disprezzabile, dato che segna profondamente i processi ermeneutici. Il testo assume significato man mano che la teoria si corrobora attribuendo significato al testo³⁹.

Nel campo dell'interpretazione giuridica, e dell'interpretazione costituzionale segnatamente, vi è però un fattore che spezza la circolarità, perché introduce un terzo elemento tra testo e teoria del significato del testo. La teoria interpretativa non serve solo lo scopo di "spiegare" il testo: essa ha uno scopo essenzialmente pratico, serve anzitutto a fornire la soluzione del "caso". La qualità dell'interpretazione costituzionale dipende quindi principalmente dalla sua capacità di offrire ai casi che si prospettano soluzioni tutte coerenti con la teoria: ogni nuovo caso (ogni nuovo punto rispetto al quale di deve tracciare il confine) deve essere decidibile sulla base della teoria, incorporando in essa, quando fosse necessario, anche la spiegazione delle eccezioni o delle revisioni che la teoria dovesse eventualmente subire quando posta "alla prova dei fatti".

Questo spiega la fortuna che nel lavoro interpretativo del giurista incontra la *reductio ad absurdum*⁴⁰. Essa costituisce una sorta di laboratorio mentale in cui l'interprete controlla la tenuta della propria teoria, confrontando l'"astratto" della norma (che la teoria ha delineato) con un aspetto del "concreto" che non è legato al "caso" *de quo* (o, quantomeno, non lo è necessariamente), ma è costruito artificialmente per saggiare se e sino a che punto la norma in questione (e la teoria che la sostiene) soddisfi i requisiti della ragionevolezza. E' l'estensione della regola che sta controllando, per riscontrare sino a che punto essa possa valere e quali aggiustamenti deve subire per incorporare il caso limite⁴¹. E' comprensibile quindi che all'argomento *ab absurdo* sia

³⁹ Cfr. ECO, *I limiti* cit., 34 s.

⁴⁰ Sulla specifica fortuna che ha ottenuto nella giurisprudenza costituzionale cfr. BIN, "Al cuor non si comanda" cit., 331 ss.

⁴¹ "Anche il peggiore dei casi si avvera di quando in quando. Siamo uomini, dobbiamo tenerne conto, armarci contro questa realtà, e soprattutto avere ben chiaro in mente che riusciremo ad evitare il naufragio

usuale ricollegare una certa forza anti-formalista, perché spinge chi sta interpretando il testo a preoccuparsi delle conseguenze della norma che ritiene di avvalorare, anche al di là di quello che sarebbe il suo ambito "normale" di applicazione⁴².

VIII

LA METATEORIA DELL'INTERPRETAZIONE COSTITU- ZIONALE AL BANCO DI PROVA DELLA TEORIA DEI CONFLITTI. I QUESITI

nell'assurdo, che per forza di cose risulta sempre più netto e schicciante, e a costruirci su questa terra un'esistenza abbastanza confortevole, solo incorporandolo tacitamente nel nostro pensiero": DÜRRENMATT, *Das Versprechen*, tr.it. in *Un requiem per il romanzo giallo*, Torino 1991, 135.

⁴² Cfr. PERELMAN, *Logica giuridica, nuova retorica*, Milano 1979, 102; TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, 369.

Spero di aver chiarito a sufficienza come sia solo apparente il paradosso di predicare contemporaneamente, da un lato, una teoria minima di quello che la costituzione dice e obbliga, e, dall'altro, l'obbligo dell'interprete e, segnatamente, della Corte di dare comunque una risposta in termini di diritto ogniquale volta sorga una questione di *sua competenza*¹. Questo paradosso è sciolto in forza di due mosse chiave già fatte: distinguere con rigore tra il testo costituzionale e l'opera dell'interprete; collocare nell'opera dell'interprete i valori-obiettivo della completezza e della coerenza. Un terzo passo va però compiuto ora, perché è collegato a quell'inciso sulla "competenza": quali sono le questioni di competenza della Corte? Parlando dei conflitti di attribuzione, in particolare, chiarire quali conflitti siano di competenza della Corte significa aver già risolto buona parte dei problemi in questione.

E' già a questo punto, dunque, che deve scendere in campo una teoria dei conflitti di attribuzione. Ad essa dedicherò le pagine successive: sarà un tentativo di applicare le premesse di metateoria delineate nelle pagine precedenti ad un settore che, per caratteristiche che verranno ricordate subito, sembra avere particolare bisogno di una teoria forte che consenta di generare soluzioni coerenti dei casi che si vanno ponendo. Allo stesso tempo, la teoria dei conflitti costituirà un buon banco di prova per saggiare la tenuta della metateoria dell'interpretazione costituzionale.

Il primo dato con cui fare i conti è la scarsità delle indicazioni testuali fornite dalla costituzione. Non mi riferisco, una volta di più, alle disposizioni che riguardano direttamente il conflitto, come oggetto specifico di attività del giudice costituzionale; è tutta la "forma di governo" ad essere scarsamente "picchettata" dalla costituzione, come è a tutti noto e continuamente ripetuto. Può il Presidente del Consiglio revocare un Ministro (o proporre la revoca al Presidente della Repubblica)? può il Governo rifiutarsi di rispondere al Parlamento di comportamenti o esternazioni compiuti dal Presidente della Repubblica? può il Presidente del Consiglio avocare a sé la controfirma di atti presidenziali ricadenti nelle competenze del Ministro di grazia e giustizia? può il Parlamento, sciolto anticipatamente, continuare a trattare affari già istruiti come, per esempio, una procedura di *impeachment* a carico del Capo dello Stato? Sono, questi tutti, quesiti non decidibili sulla base del "senso proprio" del testo costituzionale: bisogna percorrere un lungo tragitto, partendo dai "picchetti" costituzionali, per stabilire dove, in ognuna di quelle zone, debba passare il confine della legalità costituzionale.

La scarsità dei "picchetti" in tutta l'ampia zona da recintare provoca alcuni dubbi di grande rilevanza. Non ho intenzione di dirigere la teoria verso l'ennesimo tentativo definitorio delle nozioni-chiave della teoria dei conflitti (potere, attribuzione costituzionale, ecc.). Già nelle premesse ho preannunciato che l'indefinibilità di queste nozioni va assunta come primo dato positivo su cui impiantare la teoria. I dubbi rilevanti per la teoria che ho intenzione di esporre non hanno dunque natura definitoria, ma guardano aspetti operativi del giudizio sui conflitti. Provo ad elencarne i principali (probabilmente

¹ Questo apparente paradosso era già stato intuito da Cfr. CHIARELLI, *Il conflitto* cit., 77 s., quando prevedeva che "è forse più probabile che il conflitto nasca dalla mancanza di una norma espressa che non dall'esistenza di una norma di dubbia formulazione" e riconosceva perciò al conflitto "una funzione di integrazione dell'ordinamento costituzionale".

al lettore non sembreranno affatto questi i quesiti principali della teoria dei conflitti: ma *questa* teoria non pretende certo di essere l'unica possibile, e seleziona i *suoi* problemi con un criterio, interno alla teoria stessa - operativo, anziché definitorio, appunto - che solo in questa fase può apparire arbitrario, ma la cui utilità dovrà essere giudicata alla luce dei risultati prodotti).

Anzitutto: nei giudizi sulle leggi la Corte può esimersi dal giudicare ritenendo la questione proposita non decidibile in base a costituzione, ma legata a valutazioni discrezionali riservate al legislatore; esiste anche nei conflitti una simile possibilità? In altri termini, può la Corte rifiutare di decidere per carenza di rilevanza costituzionale (di "tono costituzionale", come si usa dire) del conflitto? Preannuncio che la risposta cui perverrò è essenzialmente negativa² (dovrò quindi fare i conti con una giurisprudenza costituzionale apparentemente avversa).

In secondo luogo: nei giudizi di legittimità, ma anche e forse ancora di più nei conflitti tra Stato e Regioni, la Corte usa spesso pronunce di inammissibilità per carenza di requisiti *lato sensu* processuali (irrilevanza o carenza d'interesse, difetti dell'atto introduttivo o mancato rispetto dei termini di impugnazione, ecc.); nei conflitti di attribuzione gli aspetti processuali assumono la stessa rilevanza? Anche in questo caso preannuncio una risposta sostanzialmente negativa (i profili processuali non sono *né devono*

² Temo che questa affermazione rafforzerà le convinzioni di Vittorio ANGIOLINI, che mi ascrive ai sostenitori di una costituzione "totale", capace cioè, in forza di un potenziamento della "creatività" dell'interpretazione, di "coprire qualunque lembo della società" (*Costituzione tollerante, costituzione totale ed interpretazione della disciplina della libertà*, in *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, a cura di R. Romboli, Torino 1994, 15 ss., 20). Ho però l'impressione che, se è vero che alla Corte costituzionale spetta di sorvegliare i confini della legalità costituzionale, e perciò di dichiarare, per ogni possibile punto che le venga sottoposto, se esso stia dentro o fuori tali confini, ciò possa fare soltanto parlando il linguaggio del diritto costituzionale: anche l'eventuale *self-restraint* deve essere motivato sulla base di una *norma* costituzionale, cioè dell'interpretazione costituzionale. Il modo di ragionare di ANGIOLINI mi sembra rovesciare il prisma attraverso cui vedere le cose: se il fatto che tutti i più diversi rapporti sociali possano un bel giorno finire davanti ad un giudice non significa affatto che il diritto abbia la pretesa di stringere la società in un abbraccio "totale", allo stesso modo il fatto che ogni rapporto sociale (e, per quanto riguarda il nostro tema, ogni conflitto politico) possa bussare alla porta della Corte costituzionale non prelude affatto ad una concezione totale della costituzione. Ovviamente la Corte può operare un *self-restraint* (dire che l'argomento è affidato alla "discrezionalità del legislatore" o che il conflitto è tutto politico e sta quindi fuori del confine della legalità costituzionale), ma con ciò ci dà comunque una regola costituzionale. Che poi la regola costituzionale che ci dà nel caso opposto, quando accolga invece la domanda di giustizia costituzionale, possa sembrare assai lontana dalle disposizioni costituzionali, da ciò che la Costituzione positivamente dice, non può stupire nessuno che incominci a ragionare partendo da questo semplice dato: che con 139 picchetti il costituente ha preteso che fosse possibile "riconoscere" il confine della legalità costituzionale, tracciandolo su un terreno popolato attualmente da oltre 500.000 leggi vigenti, e su cui i casi e i conflitti che possono sorgere sono (come i punti di una superficie) infiniti. E' una questione di grado di definizione: che si possa ridurre il rapporto tra il numero di cippi confinari e lunghezza del confine è un vecchio sogno, che si è verificato, con un ideale rapporto 1:1 (ottenuto moltiplicando i cippi, anziché diminuendo la lunghezza dei confini, come vorrebbe ANGIOLINI), in due casi storici: la Grande muraglia e il Muro di Berlino. Quanto a "visione totale", due ottimi precedenti davvero!

essere rilevanti); ma, siccome il processo per conflitto è nella disponibilità delle parti³, cosa che non avviene nel giudizio di legittimità, e ciò parrebbe rafforzare le aspettative di una forte influenza di regole che disciplinino il gioco processuale delle parti (che nel processo incidentale invece non c'è, o quasi), di tale apparente eccezione bisognerà cogliere la causa, in modo da "incorporarla" nella teoria.

In terzo luogo: spesso si è ricollegata alla carenza di "picchetti" costituzionali la tendenza della Corte ad assumere un ruolo "arbitrale" (usualmente il fenomeno, che è messo in relazione con la perdita del "tono costituzionale" del conflitto, è visto criticamente, in quanto la perdita di un aggancio costituzionale da parte della Corte-arbitra ne minerebbe la legittimazione⁴); quale giustificazione può darsi all'assunzione di compiti arbitrali, anziché di decisione in base alla costituzione? Preannuncio che la teoria che propongo cercherà di "incorporare" il ruolo arbitrale che, talvolta, la Corte sembra assumere, mostrandone la coerenza con la funzione che essa è chiamata ad assolvere, e giustificandolo perciò con il fatto stesso di poterlo ricondurre a sistema (va da sé che anche per questa via emergerà quanto poco possa funzionare il "tono costituzionale" come parametro, sia pure solo indicativo, di valutazione dei conflitti e del comportamento della Corte in essi).

In quarto luogo: sin dall'inizio, la composizione giudiziale dei conflitti insorti tra soggetti che si dividono il potere politico è stata vista con un atteggiamento misto di diffidenza e commiserazione (per il ruolo della Corte), sembrando che le armi del diritto poco possano contro la forza della politica⁵. Una variante, o più spesso una conseguenza di questo atteggiamento è la convinzione che la stessa regolazione costituzionale dei rapporti tra poteri debba essere letta come norma "a fattispecie aperta", suscettibile di essere integrata dai "fatti" prodotti, per prassi, per convenzione o per consuetudine, dalla politica. Ho già discusso questa convinzione sotto il profilo metodologico, come problema di scelta tra metodi di interpretazione della costituzione⁶; essa ha però anche importanti risvolti operativi. In che rapporto sta la asserita prevalenza della politica sulla legalità costituzionale (della costituzione materiale su quella formale) con il carattere dispositivo del processo (le parti, componendo politicamente il conflitto, evitano la sua regolazione "secondo costituzione") e con la stessa improcedibilità d'ufficio? In che misura le "regolarità" entrano a far parte del parametro di giudizio, magari sotto forma di "diritto costituzionale vivente"? In che misura le deformazioni che la fisionomia costituzionale del governo subisce in forza dello stabilizzarsi dei rapporti politici possono a loro volta stabilizzarsi sino al punto di divenire metro di valutazione dei successivi rapporti?

Vorrei iniziare da quest'ultima questione, anche perché essa serve a saldare la teoria dei conflitti con le questioni metodologiche esaminate sinora. Una riflessione sulla regolazione giudiziale dei conflitti di attribuzione non può prescindere, del resto,

³ Osserva però PISANESCHI, *I conflitti* cit., 2, che il carattere dispositivo del giudizio incide sulla ricerca di legittimità da parte della Corte, che sarà portata ad elevare il grado di prevedibile certezza delle sue decisioni e a mantenere tra esse la necessaria coerenza.

⁴ Vedi sopra § IV.2.

⁵ Vedi sopra, § I, nota 5.

⁶ Vedi sopra, § VI.2.

dalla considerazione del contesto costituzionale in cui essa si colloca, appartenendo alle convinzioni più comuni che essa si articoli in modi assolutamente diversi secondo che il contesto sia fornito da una costituzione "rigida" o da una "flessibile".

Benché questa appartenga, appunto, alle affermazioni più comuni, non v'è dubbio però che la cesura segnata dal passaggio dal regime statutario - da una costituzione "flessibile", dunque - a quello attuale, caratterizzato dalla "rigidità", non ha comportato una rottura netta degli schemi della dottrina. Non mi riferisco tanto alle considerazioni rivolte direttamente allo specifico strumento del conflitto, ché, sotto tale profilo, la novità assoluta dell'attribuzione di questi giudizi alla Corte costituzionale non potrebbe certo essere ignorata. Ma non si può far chiarezza sulla funzione del conflitto e sui modi di procedere del giudice di esso se non si bada alle regole che quel giudice deve applicare, e quindi alla funzione regolatrice che la costituzione formale esercita nei confronti della forma di governo. Sotto quest'altro profilo, l'introduzione della costituzione rigida non sembra aver prodotto una frattura altrettanto evidente nei protocolli teorici: tant'è vero che all'esperienza statutaria si fa ancora continuo riferimento per rimarcare, per esempio, come l'esperienza istituzionale tenda a sottrarsi e a deformare le gabbie erette dalla costituzione formale.

Sorge allora tutta una serie di interrogativi. Possono le esperienze istituzionali maturate in regime di costituzione flessibile, e gli schemi teorici formatisi riflettendo su di esse, illuminarci circa le scelte metodologiche da applicare all'interpretazione della costituzione rigida? La funzione della costituzione rigida è compatibile con il riconoscimento della "normatività del fattuale" e con il dinamismo imposto alle istituzioni dalle forze politiche? Quale connessione sussiste tra le opzioni metodologiche in tema di interpretazione costituzionale e la funzione che si assegna ai conflitti di attribuzione nella costituzione?

Proverò a rispondere a questi quesiti iniziando con il porre a confronto i sistemi a costituzione "flessibile" con quelli a costituzione "rigida", per comprendere se e in quale misura, nei due regimi, vari la funzione della costituzione scritta e, con essa, il modo di concepire e di disciplinare i conflitti tra i poteri dello Stato. Quanto corrisponde a realtà, innanzitutto, il luogo comune per cui il conflitto è garanzia della rigidità? E che cosa significa, per la teoria del conflitto di attribuzione, l'essere rivolto alla garanzia della rigidità costituzionale?

Come sempre accade alle grandi dicotomie, anche la coppia dicotomica flessibile/rigida, che si usa per qualificare e differenziare le costituzioni, ha subito, nell'uso quotidiano, un processo di sclerosi, che ha fatto perdere quel tanto di elasticità critica che poteva avere all'inizio. La "flessibilità" dello Statuto albertino, buon esempio delle costituzioni ottocentesche, viene oggi predicata dimenticando invece quanto il problema del se e del come lo statuto potesse subire cambiamenti fosse discusso dai contemporanei. La opposizione flessibilità-rigidità, nell'uso attuale, guarda essenzialmente ad aspetti formali e procedurali relativi ai rapporti tra le fonti⁷, e tralascia invece un aspetto assolutamente centrale, cioè quale sia l'oggetto della disciplina costituzionale e quale la

⁷ Sull'insufficienza di questo modo di accostare il problema della rigidità costituzionale, cfr. ora PACE, *La "naturale" rigidità delle costituzioni scritte*, in *Giur.cost.* 1993, 4085 ss., 4086, che anticipa molte delle cose sostenute nel capitolo successivo.

sua *ratio*. Chiarire il punto mi sembra invece preliminare. E per meglio farlo, mi servirò di un apologo in due tempi.

IX

APOLOGO I

Fosse per la durezza dei tempi o per la sua incapacità, il giovane imprenditore stava rapidamente avviandosi verso il fallimento. Già da qualche tempo aveva interrotto di pagare gli impiegati e gli operai, il clima all'interno della fabbrica si stava infiammando; la minaccia di uno sciopero ad oltranza, forse persino dell'occupazione della fabbrica (prospettiva che molto preoccupava gli impiegati), era ormai attualissima. Allora il giovane imprenditore si decise a compiere un passo che mai avrebbe desiderato compiere (pare, anzi, che avesse giurato al suo predecessore, vero "padrone della ferriera", che mai lo avrebbe fatto: ma cosa possono tali giuramenti davanti all'incalzare della Storia?). Convocò le maestranze e pronunciò un bel discorso, in cui le citazioni del più noto apologo di Menenio Agrippa abbondavano, tanto più patetiche perché inconsapevoli.

Dopo un' estenuante discussione, in cui accuse e rimproveri reciproci si intrecciarono incessanti, un risultato fu raggiunto: si strinse un patto tra imprenditore e maestranze (il giovane imprenditore, in realtà, non accettò mai di considerare il patto come tale, pretendendo, in nome della sacralità della proprietà privata, che esso altro non fosse che una sua decisione unilaterale: ma i sottili problemi giuridici di qualificazione del fatto, lungamente dibattuti in seguito, qui non interessano; come pure non interessa il paradosso dell'autoreferenzialità che si nasconde nella dichiarazione di chi, in forza del suo potere esclusivo, ordina che da un certo giorno non bisogna più ubbidire ciecamente ai suoi ordini). I dipendenti avrebbero accettato di sopportare gli ulteriori sacrifici derivanti dalla crisi dell' impresa («siamo tutti sulla stessa barca, o viviamo insieme o periamo insieme»**Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**, «siamo come una grande famiglia»**Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.**, continuava a ripetere il giovane imprenditore), ma il giovane imprenditore doveva accettare una condizione assai pesante (almeno dal suo punto di vista): non avrebbe più potuto prendere di testa sua alcuna decisione riguardante la gestione dell'impresa; d'ora in poi tutto sarebbe stato deciso in accordo con le rappresentanze sindacali.

Il contenuto del patto, al di là di una serie di clausole non essenziali, dettate solo dalla diffidenza reciproca, era estremamente ristretto, come si vede. Si risolveva in una formula procedurale che avrebbe assicurato, per tutte le decisioni importanti, il consenso delle parti coinvolte nel patto, il giovane imprenditore, gli impiegati e gli operai. I termini dell' accordo erano così semplici che, se la storia delle relazioni sindacali in fab-

brica non avesse posto le premesse di una insuperabile sfiducia reciproca tra le componenti, il patto avrebbe potuto anche non essere scritto, almeno finché non fosse stato messo seriamente in discussione, come pure era avvenuto in altre fabbriche¹. Ma la diffidenza era profonda, e giustificata, date le evidenti riserve mentali che il giovane imprenditore manifestava "concedendo" le nuove regole di gestione della "sua" proprietà, riserve mentali che erano retaggio assai poco nobile della casata e che in lui si erano tradotte in comportamenti così poco lineari da meritargli epiteti non proprio lusinghieri. Il patto, quindi, fu scritto e sottoscritto: il giovane imprenditore fu anche costretto a giurare che non avrebbe mai revocato le concessioni fatte dalla proprietà, neppure quando le condizioni economiche dell'impresa fossero migliorate. Questo, in fondo, era il significato più intimo dell'accordo: mettere un termine al passato, alla vecchia gestione padronale, dichiararla superata e non più ripristinabile.

In effetti, la gestione dell' accordo non fu semplice, in seguito. Insieme, le tre componenti decisero molti mutamenti nell' organizzazione dell' impresa, sempre rispettando però il principio per cui le decisioni dovevano essere concordate. Nel linguaggio comune spesso si indicava il Consiglio, che era l'organo che riuniva le assemblee sindacali e l'imprenditore, come il vero padrone della fabbrica. Molte delle clausole accessorie del patto furono modificate dalla semplice delibera del Consiglio oppure di fatto, ma mai venne tolta o seriamente infranta la regola principale, che le decisioni, anche quelle che derogavano al patto iniziale, si dovessero prendere esclusivamente con l'accordo, magari implicito, delle tre componenti.

Ma i rapporti tra di esse non furono mai del tutto privi di tensione. Il giovane imprenditore si sentì spesso forzare la mano dai sindacati, sotto la minaccia di una riapertura delle ostilità. Più spesso però fu lui a provare di recuperare terreno ed imporre la sua volontà: allora i sindacati additavano il pericolo di essere sopraffatti dall' ala più radicale del movimento, che non aveva mai accettato la gestione "costituzionale" delle relazioni sindacali, ed anzi contestavano in radice lo stesso diritto di proprietà dell' impresa e la legittimità del patto. Non si sa però se le minacce dell' ala radicale facessero più paura al giovane imprenditore o alla componente "costituzionale" del sindacato. Ormai i contrasti più duri sembravano essersi trasferiti nei rapporti interni alle assemblee sindacali. Forse un nuovo accordo si stava già delineando?

¹ Ma anche nella mitica "fabbrica" inglese la reciproca fiducia è stata un risultato di assai difficile acquisizione, dato che la Magna Carta fu scritta e riconfermata per iscritto dai monarchi inglesi non meno di 32 volte in quattro secoli, come ricorda COKE, che scriveva durante la crisi che condusse alla *Petition of Right* (1628) (cfr. SANDOZ, *Foundations of American Liberty and Rule of Law, in Revolution & Constitution*, Atti delle Giornate atlantiche di Storia costituzionale, Macerata, 15-18 aprile 1993, in corso di stampa).

X

E' MAI ESISTITA LA COSTITUZIONE FLESSIBILE?

1. *Il nucleo rigido della costituzione flessibile*

Non credo di falsare i dati della Storia affermando che l'oggetto delle Costituzioni "flessibili" del XIX sec. - ed assumo lo Statuto di Carlo Alberto come campione esemplare di tutta la categoria - era molto preciso e molto circoscritto: "le costituzioni si concepivano piuttosto quali barriere al passato irrevocabile, anziché regolamenti giuridici della futura azione degli organi pubblici"¹. In fondo, il loro contenuto si risolveva nella determinazione di una regola sul procedimento decisionale, tale per cui tutte le decisioni di rilievo dovevano essere assunte attraverso l'intesa e la collaborazione tra il Re e le Camere. La legge formale era l'incarnazione di questa regola², il procedimento legislativo la sua trascrizione; nel Parlamento - "organo unico" (come talvolta la dommatica lo definiva³), composto dalle Camere e dal Re - poteva essere indicato il titolare (necessariamente "unico", appunto⁴) della sovranità.

Oggi appare scontato che, in regime di costituzione "flessibile", la costituzione scritta non offra resistenza alle modifiche, siano esse prodotte dalla legislazione ordina-

¹ RACIOPPI-BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, I, Torino 1909, 194. Cfr. anche MARCHI, *Lo statuto albertino ed il suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. pubbl.* 1926, I, 187 ss., 190 (sul significato di "irrevocabile") e 194 (lo Statuto come "soluzione di continuità giuridica", "barriera insormontabile...una barriera per il passato, ... che impedisce di tornar indietro al sistema assoluto, non una barriera che impedisca di procedere innanzi per la gran via delle libere forme").

² "Se politicamente è proprio della legge soprattutto la collaborazione della rappresentanza popolare, si spiega allora l'inversione politicamente semplice, anche se logicamente falsa: ciò che è prodotto con la collaborazione della rappresentanza popolare, è una legge. Imperio della legge significa quindi collaborazione o in definitiva predominio della rappresentanza popolare": SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., 201.

³ Cfr., ad es., MARCHI, *Sul concetto di legislazione formale*, Milano 1911, 95-115. Riferimenti ulteriori e critica di questa tesi in ROMANO (Santi), *Osservazioni cit.*, 124 s.

⁴ Ma l'unicità dell'organo sovrano non sempre è considerata conseguenza necessaria del definire il Parlamento come organo unico: cfr. MARCHI, *Sul concetto cit.*, 116 ss.

ria o dalla consuetudine⁵: ma tale convinzione è solo il prodotto di quella sclerosi delle grandi dicotomie a cui si è accennato in precedenza. Che lo Statuto fosse interamente revisionabile con legge ordinaria, e che essa, di conseguenza, non trovasse nello Statuto alcun argine, è solo la tesi che ha finalmente prevalso, dopo un lungo e assai tormentato dibattito.

E' noto, infatti, che la modificabilità dello Statuto con legge ordinaria era molto discussa e contestata dai contemporanei⁶ e, talvolta, dalla stessa giurisprudenza⁷. Come osservava Silvio TRENTIN - quando ormai il fascismo aveva reso irreversibile la vittoria della tesi della completa modificabilità dello Statuto - in regime statutario si deve "riconoscere la legittimità delle modificazioni concernenti le regole fondamentali fissate dalla costituzione (sia che esse siano prodotte dalla consuetudine, sia che vengano realizzate indirettamente, attraverso il normale esercizio della funzione legislativa) quando esse possono essere valutate come il *risultato di uno sviluppo indispensabile, necessario, dei principi generali ai quali queste regole si ricollegano e sulle quali si*

⁵ La classificazione di BRYCE (*Studies in History and Jurisprudence*, Oxford 1901, II, 145 ss.) e DICEY (*An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*¹⁰, London 1960, 91, 126 ss.: come osserva BARTOLE, *Costituzione [dottrine generali]* cit., 298, DICEY è responsabile della versione semplificata, oggi generalmente accolta, della divisione tracciata da BRYCE), e la conseguente affermazione della modificabilità dello Statuto, in quanto "flessibile", con legge ordinaria, è recepita senza esitazioni dalla manualistica giuspubblicistica italiana attuale (ma, per più approfondite indicazioni, cfr. PACE, *La "naturale"* cit., note 3 e 4); cfr., ad es., BALLADORE PALLIERI, *Diritto* cit., 141; VIRGA, *Diritto costituzionale*⁸, Milano 1975, 7; BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto* cit., 232 s.; BARILE, *Istituzioni* cit., 77; RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*³, Bologna 1990, 206; MARTINES, *Diritto* cit., 227 s.; CICONETTI, *Appunti di diritto costituzionale*², Torino 1992, 72 (vedi però pagg. 88 ss.); ARCIDIACONO-CARULLO-RIZZA, *Istituzioni* cit., 86; ROLLA, *Manuale di diritto pubblico*, Torino 1994, 151. Sorprende di più che ad essa si adegui acriticamente anche la manualistica che si colloca in una prospettiva storico-giuridico: cfr., ad es., ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana*, Bologna 1989, 407-411. Scontata appare poi la questione a chi si occupa, più in generale, della storia delle idee costituzionali: cfr., ad es., REBUFFA, *Costituzioni e costituzionalismi*, Torino 1990, spec. 42; FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, I, Torino 1991, spec. 114 ss.: ad essi si aggiunga ora, anche se solo per un accenno, ANGIOLINI, *Costituzione tollerante, costituzione totale ed interpretazione della disciplina della libertà*, in *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, a cura di R. Romboli, Torino 1994, 15 ss., 21 s., il quale, proprio sulla base della divisione tradizionale tra costituzioni flessibili e rigide, letta in termini di rapporto formale tra fonti anziché di contenuti e scopi della costituzione stessa (come a me sembra invece preferibile, per i motivi che cercherò di illustrare in queste pagine), giunge a formulare ipotesi sugli atteggiamenti interpretativi che possono accreditarsi in uno e nell'altro ordine.

⁶ Basti, per tutti, la famosa nota del libro I, cap. VI, della *Démocratie en Amérique* di TOCQUEVILLE, in cui - a proposito dell'analogo problema sorto per le costituzioni francesi del '14 e del '30 (a cui lo Statuto di molto è debitore), che non indicavano procedure di revisione - si negava che il re e le due camere potessero procedere a mutare la costituzione, "in virtù della quale soltanto essi governano", e fuori della quale "essi non sono nulla", per cui "distruggendo la carta, distruggono se stessi" (tr. it., Milano 1992, 180 s.).

⁷ Per indicazioni sulla giurisprudenza, cfr. UGO, *Sulle leggi incostituzionali*, cit., 160 ss. Il problema postosi ai giudici era ovviamente quello della sindacabilità delle leggi per violazione dello Statuto: va notato che anche l'UGO, pur fermissimo nel ritenere inammissibile (e, in prospettiva, inopportuno) un sindacato di legittimità delle leggi, ammetteva però che i giudici potessero disapplicare le leggi "improprie", intendendo per esse le leggi "meramente formali" come l'approvazione del bilancio (*ivi*, 189 ss.)

*fondano*⁸: ciò ben spiega perché il parlamento avesse sempre mascherato gli eventuali interventi che toccavano l'organizzazione fondamentale dello Stato, attribuendo ad essi "un carattere strettamente interpretativo" dello Statuto⁹. Del resto, lo stesso Santi ROMANO, nel celebre saggio sui limiti della funzione legislativa, era giunto già a conclusioni assai simili: la competenza a modificare lo statuto *doveva* essere riconosciuta al Parlamento solo perché non v'erano altre procedure possibili che quella legislativa. "Il che vuol dire che tale competenza esso ha, ma non illimitatamente"¹⁰. I limiti egli li individuava anzitutto nella *necessità* del mutamento (indicando la richiesta dell'opinione pubblica come un'ipotesi "qualificata" di necessità), nel fatto che il mutamento seguisse ciò che già la *consuetudine* aveva avvalorato, e nel *carattere "integrativo"* dello Statuto che esso doveva mantenere: "una legge d'integrazione, in questo senso, (essendo) qualcosa che sta di mezzo fra la legge modificatrice e la legge di interpretazione"¹¹.

Queste osservazioni mi sembrano illuminanti. Da esse vorrei muovere per proporre un'ipotesi ricostruttiva che, in termini teorici aggiornati, provi a ricomporre il

⁸ *Les transformations récents du droit public italien*, tr. it. di A. Pizzorusso con il titolo *Dallo Statuto albertino al regime fascista*, Venezia 1983, 17 (corsivo aggiunto).

⁹ *Les transformations* cit., 18. Va comunque considerato che l'obiettivo esplicito dell' A., che scriveva in esilio nel 1929, era di delegittimare le modifiche costituzionali introdotte per via legislativa dal fascismo: per cui, pur non aderendo alle tesi dell'assoluta immutabilità dello Statuto, egli rifiutava anche la tesi, accolta poi dal fascismo, della completa modificabilità di esso tramite legislazione ordinaria (per la quale cfr. ad es. ORLANDO, *Principii* cit., 136-141). Tuttavia, in epoca anteriore, era normale il giudizio sulla limitata incidenza che aveva avuto la legislazione ordinaria nella modificazione dello Statuto: cfr., ad es., UGO, *Sulle leggi incostituzionali*, cit., 14 s., che, per sottolineare la prudenza del parlamento "a sovvertire inconsultamente le disposizioni della Carta", nota come "quando le modificazioni veramente s'imponessero si fecero, pur dicendosi di voler rispettare lo Statuto". E Santi ROMANO conferma che le innovazioni legislative dello Statuto "non hanno mai abrogato né interamente né parzialmente alcuna sua norma: ne hanno esteso o ridotto le applicazioni; ne hanno date interpretazioni che possono essere giudicate molto ardite, ma che non cessano di essere tali; ne hanno talvolta lasciato cadere i presupposti, in modo che praticamente qualche articolo è rimasto inattivo, ma, sia pure formalmente, non è stato abolito" (così nell'opera postuma, pubblicata solo di recente, *Il diritto pubblico italiano*, Milano 1988, 235).

¹⁰ *Osservazioni* cit., 142.

¹¹ *Osservazioni* cit., 144. Che questo sia il metodo corretto di procedere, lo conferma UGO, *Sulle leggi incostituzionali*, cit., 16 s.: "Ed è questo il sistema da seguirsi: i cambiamenti, potendolo, si devono compiere piuttosto per via di interpretazione, quando si elaborano quelle leggi riguardo alle quali si trova ostacolo nella Carta fondamentale, anziché con previe variazioni al testo di questa". Lo stesso A. aggiungeva poi che il giudice, nell'interpretare le leggi, dovesse giovare di qualsiasi appiglio per leggerle in senso conforme a Costituzione, in questo modo svolgendo un sindacato legittimo sulla costituzionalità delle leggi (*ivi*, 190). E' interessante notare, dunque, come proprio chi si era espresso nei termini più netti a favore del principio della modificabilità dello Statuto per via di legislazione ordinaria e, per converso, contro il riconoscimento di un potere di controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi, finiva però con smussare la rigidità delle proprie affermazioni appellandosi all'interpretazione: le leggi devono porsi come interpretazione dello Statuto, piuttosto che come sua riforma, ed i giudici, attraverso la *verfassungskonforme Auslegung* delle leggi, devono assicurare il maggior grado possibile di conformità allo Statuto. Quanto alla consuetudine costituzionale, che essa, nell'ordinamento statutario, potesse sorgere solo come consuetudine interpretativa (delle leggi, oltre che dello Statuto) è sostenuto autorevolmente da RANELLETTI, *La consuetudine come fonte del diritto pubblico interno (costituzionale e amministrativo)*, in *Riv. dir. pubbl.* 1913, I, 146 ss., 165 ss.

quadro del problema, mettendo in luce se e come il tema dei conflitti tra poteri si poteva porre in regime statutario.

Tra gli interpreti dello Statuto prevale la tesi che esso *debba* in qualche modo essere rivedibile¹². Questa - allora si diceva¹³ - era la forza della costituzione flessibile, che, al contrario di quelle rigide (a lungo ritenute un fenomeno storico recessivo¹⁴), garantivano, con la loro "pieghevolezza" e "rinnovazione tacita"¹⁵, la stabilità dell'ordinamento: perché "una generazione non può assoggettare alle sue leggi le generazioni future"¹⁶. L'ordinamento non prevede però alcun procedimento specifico per la revisione, per cui si accredita come ovvio che, se lo Statuto deve essere modificato, ciò può farsi o in via consuetudinaria o con la legislazione ordinaria¹⁷, e comunque nel rispetto di un qualche limite. Qui si aprono, quindi, due ordini di considerazioni (gli *strumenti* e i *limiti*), fortemente intrecciati (e, perciò, assai spesso confusi).

2. Legge, consuetudine e limiti alla revisione

Quanto agli *strumenti*, in *regime statutario* la contrapposizione tra la consuetudine, che si fonda sul principio di effettività, e la legge, che è invece manifestazione somma della volontà "sovrana", non è affatto radicale come potrebbe sembrare a prima vista.

La legge, come si è detto, è l'oggetto specifico dello Statuto: non tanto (o non solo) per una visione gradualistica delle fonti, ma perché lo Statuto ha come suo stesso senso istituire una procedura decisionale che incanali il consenso degli "organi supremi", procedura che si organizza nello schema fondamentale dell'iter legislativo. In

¹² Già nel marzo del 1848, CAVOUR affermava che "sarebbe un concetto talmente assurdo" la immodificabilità dello statuto, ed assegnava il potere di revisione al Parlamento ("il Re col concorso della Nazione"): se tale potere fosse esercitato dal Re da solo, vi sarebbe violazione costituzionale. Questo, dunque, era il significato da dare al termine "irrevocabile" (*Risorgimento*, n. 60 del 10.3.48, riportato da BRUNIALTI, *Formazione e revisione delle costituzioni moderne*, in *Biblioteca di scienze politiche e amministrative*, II, Torino 1894, LXXII s.: a commento del passo di CAVOUR cfr. ora LUTHER, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'ottocento*, Torino 1990, 170 ss.). E' l'indirizzo interpretativo che prevarrà (cfr. per tutti, il più accreditato commentario dello Statuto: RACIOPPI-BRUNELLI, *Commento* cit., 50-52, 191-201; per ulteriori indicazioni, cfr. PACE, *La "naturale"* cit., note 3 e 4), anche perché forte era l'esempio, giudicato assai negativo, della Francia, dove il mito della immodificabilità della Costituzione era accompagnato dalla continua sostituzione delle Carta costituzionali: cfr., per es., UGO, *Sulle leggi incostituzionali*, cit., 10. Del resto, che fosse "assurdo" che una generazione vincoli con le proprie decisioni le generazioni future era un'affermazione munita di solide basi, risalenti quantomeno alle considerazioni di BLACKSTONE sulla successione dei Parlamenti (v. sopra, § V.2), ed a quelle, più specifiche, di JEFFERSON e PAINE (*The Rights of Man*, tr.it., Roma 1978, 276 s.) sulla revedibilità delle costituzioni.

¹³ Emblematica è la prolusione modenese di Santi ROMANO del 1906: *Le prime carte costituzionali*, ora in *Lo Stato* cit., 153 ss.

¹⁴ Cfr. ROMANO (Santi), *Le prime* cit., 162.

¹⁵ Le espressioni sono ancora di Santi ROMANO, *Le prime* cit., 164.

¹⁶ Come affermava la costituzione rivoluzionaria del 24 giugno 1793.

¹⁷ Secondo V.E. ORLANDO (citato sopra, § V, note 29 e 30) la stessa modificabilità dello Statuto con legge si fonda su una consuetudine.

base allo stesso Statuto, si potrebbe dire dunque, tutto poteva essere fatto (e modificato) con il procedimento pattizio¹⁸. Disse una volta MINGHETTI, "la Camera sa che io non ho mai mostrato un'assoluta ripugnanza al concetto di una modificazione allo Statuto: per me *quando i tre poteri dello Stato sono d'accordo*, credo che questa riforma, come ogni altra, possa eseguirsi"¹⁹. E ZANARDELLI confermò: "presso di noi venne accettato il principio generale e conservativo in pari tempo, che lo Statuto possa modificarsi dai tre poteri costituiti", con tale principio identificando l'idea dell'onnipotenza parlamentare²⁰.

Anche le prerogative dei singoli "organi che partecipano della sovranità" potevano essere riviste con legge, perché il procedimento legislativo garantisce comunque l'acquisizione del loro consenso²¹; in esso, oltretutto, la sanzione regia²² consente di non sconfessare l'imputazione al Re delle eventuali modifiche dello Statuto, così da non drammatizzare la discussione sul dogma del principio monarchico, ossia dell'appartenenza al Re del potere costituente²³. Si risolve per tal via, sul piano pratico del compromesso, l'impossibile paradosso logico di un potere assoluto che un bel giorno dichiara, nei termini propri dell'"assolutezza", di non essere più assoluto, ma "limitato"²⁴. Come spesso è avvenuto dei principali nodi teorici dei sistemi costituzionali, scritti e non, la loro soluzione non sta in una chiarificazione esplicita, testuale, ma, tutto all'opposto, nell'ambiguità della norma costituzionale e nella possibilità che essa offre alla soluzione compromissoria di conflitti potenzialmente laceranti e destabilizzanti²⁵.

¹⁸ Da qui il mito dell'onnipotenza della legge, alla quale, come diceva LABAND (*Staatsrecht*, II, 63), "nessun oggetto di tutta quanta la vita statale, anzi si può dire, nessuna idea" poteva essere negato come contenuto. Naturalmente l'onnipotenza della legge, la pluralità degli organi sovrani, la modificabilità "in forma di legge" della costituzione, in mancanza di specifiche previsioni costituzionali, formano un sistema coerente di idee che viene accettato o respinto in blocco: la critica più efficace l'ha condotta, probabilmente Karl SCHMITT (cfr. in particolare *Verfassungslehre*, cit., 197 s. (sulla pretesa onnipotenza della legge), 79 ss. (sulle costituzioni "dualistiche"), 144 ss. (sulla modificabilità della costituzione).

¹⁹ Dal discorso di MINGHETTI del 2 gennaio 1871, a proposito della legge sulle Guarentigie (citato da UGO, *Sulle leggi incostituzionali*, cit., 156: corsivo aggiunto).

²⁰ Così nel discorso tenuto alla Camera dei deputati il 23.6.1881, a proposito della proposta di introdurre l'indennità parlamentare: in *Discorsi parlamentari*, I, Roma 1905, 664.

²¹ Assai contestata, anche in Parlamento, era invece la potestà dell'esecutivo di autodisciplinarsi e di variare la propria organizzazione, incidendo in tal modo sul complesso della forma di governo: ma proprio per superare queste contestazioni si ricorse alla legge, prima (con la legge Crispi del 1888) per riconoscere la "riserva di regolamento" e poi (con la legge del 1904) per affermare invece la riserva di legge. Cfr. MOSCA, *Appunti di diritto costituzionale*³, Milano 1921, 86-89.

²² Anche se il rifiuto della sanzione era, in epoca statutaria, una mera ipotesi mai realizzatasi, mentre frequenti erano gli interventi interdittivi del sovrano sulla formazione del governo: cfr. UGO, *Sulle leggi incostituzionali*, cit., 87-89.

²³ Cfr. SCHMITT, *Verfassungslehre* cit., 77 ss.; ma lo stesso A. avverte che il potere di revisione non coincide affatto con il potere costituente (144 ss.). Proprio per questo motivo si è finito con accettare l'appartenenza del potere di revisione alla funzione legislativa ordinaria, cfr. ORLANDO, *Principii* cit., 136: infatti, "se il Re, da solo, non può fare una legge ordinaria, molto meno potrà fare una legge costituzionale" (ivi, 140).

²⁴ Sul paradosso, del tutto analogo, della onnipotenza del parlamento, quando esso voglia limitare la sua competenza legislativa, cfr. TAMMELO, *The Antinomy of Parliamentary Sovereignty*, in *ARSP* 1958, 495 ss.

²⁵ Questa è la tesi centrale di FOLEY, *The Silence of Constitutions*, London-New York 1989.

Ecco che allora nell'ambito dello Statuto, pur ritenuto "flessibile", c'è un oggetto (che poi è *il vero oggetto* della costituzione) che offre una certa resistenza alla modificazione: il principio consensuale, che si incarna nel procedimento legislativo. A tal punto questo principio è radicato e "irrigidito" nella teoria costituzionale, che assai autorevolmente si ammetteva che l'interprete esercitasse un sindacato relativo al rispetto di esso, verificando che nel procedimento di formazione della legge si fosse "formata quella volontà collettiva del Re e delle due Camere, che è necessaria perché una legge esista", e giungesse, in caso contrario, a disapplicare la legge "perché non esiste una legge"²⁶.

Non è vero, dunque, che la legge, in un sistema a costituzione "flessibile", sia equivalente alla costituzione (come può affermare chi assuma un punto di vista esclusivamente "formale"²⁷): ma anzi essa è l'oggetto specifico della costituzione, che proprio nel riconoscere lo schema procedimentale incarnato dalla decisione legislativa si annuncia "perpetua e irrevocabile"²⁸. Qui, *in nuce*, è già contenuto il problema della distinzione tra la "materia" costituzionale in senso proprio e le norme che solo occasionalmente sono ospitate nella Carta²⁹; qui si profila anche il problema dei limiti "logici" alla revisione costituzionale, il *puzzle* che intratterrà Alf ROSS per tutto l'arco della sua attività³⁰, e che si può porre per la costituzione flessibile per le stesse ragioni che valgono per la costituzione rigida³¹: perché, come riconosceva chi pur sosteneva con maggior fermezza, di fronte ai dati positivi, l'emendabilità dello Statuto, da un punto di vista logico "una costituzione o è rigida, o non è"³².

Ogni ragionamento sulle limitazioni costituzionali della legislazione ordinaria si scontra però con una serie di problemi difficili. Anzitutto si deve fare i conti con l'as-

²⁶ RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1929, 289. In senso conforme, cfr. anche ORLANDO, *Principii* cit., 260 s.

²⁷ "L'essenziale caratteristica giuridica delle leggi costituzionali sta esclusivamente nella loro più elevata forza di legislativa formale": JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, tr. it., Milano 1949, 114; in senso fortemente critico alla riduzione della costituzione al solo aspetto formale cfr. SCHMITT, *Verfassungslehre* cit., 28-37.

²⁸ Nota Silvio TRENTIN (*Les transformations* cit., 13) che "l'applicazione delle norme emanate mediante lo statuto albertino non ha dato luogo in tre quarti di secolo ad alcuna controversia di rilievo", e che solo nel (primo) dopoguerra si pose il problema della modificazione dello Statuto: problema sul quale le opinioni erano divise, forte essendo il pregiudizio per cui l' "irrevocabilità" e l' "immutabilità" dello Statuto ponessero questo su un piano di assoluta immodificabilità. In sede di teoria generale, a favore della tesi per cui in assenza di specifiche norme sulle procedure di revisione la costituzione debba essere ritenuta immodificabile, se non con atto del potere costituente, cfr. SCHMITT, *Verfassungslehre* cit., 34; ma Alf ROSS (*On Law and Justice*, tr. it., Torino 1965, 79) richiama proprio la dichiarazione del sovrano circa il carattere irrevocabile della sua concessione come esempio di "rottura" della costituzione assolutistica e creazione di una costituzione nuova, che non può ritenersi "derivata" dalla sovranità del re.

²⁹ ESPOSITO, *La validità* cit., 52 s., 76, 206-211.

³⁰ ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, Leipzig-Wien 1929, 360-364; *On Law* cit., 77-80; *On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law*, tr. it. in *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. Febbrajo e R. Guastini, Bologna 1982, 205 ss. Cfr. a proposito le considerazioni di MODUGNO, *Il problema* cit., 1656-1659.

³¹ Come suggerisce RANELLETTI nel passo citato alla successiva nota 38 di questo §.

³² RACIOPPI-BRUNELLI, *Commento* cit., 196.

senza di un organo giurisdizionale che, al di fuori dell'ipotesi dei vizi formali del procedimento di formazione, possa far valere tali presunti limiti:

Nel diritto italiano, a non tener conto, nel modo con cui comunemente vien posta, della vessata questione circa la modificabilità dello Statuto per mezzo del potere legislativo ordinario, sembra che esista tutta una serie di principi, numerosi ed importanti, che possono concepirsi come limiti degli organi parlamentari, cui questi non possono trasgredire nemmeno per mezzo dell'atto - la legge - che reca con sé la presunzione assoluta di essere conforme al diritto, senza che ciò importi che esso sia l'emanazione di un potere assolutamente illimitato. L'osservanza di tali limiti sfugge ... al controllo degli organi che hanno per l'appunto la competenza di contenere nei confini del diritto tutto ciò che da questo è regolato, cioè dei giudici: il che non vuol dire che essi siano privi di qualsiasi sanzione. La pluralità degli organi di cui consta il Parlamento e il carattere collegiale di questi singoli organi tendono per l'appunto ad istituire dei controlli per dir così interni a ciascuna Camera, di una Camera sull'altra, della Corona su ambedue le Camere, che impediscono la violazione per mezzo di una legge di quei principi che la legge stessa deve rispettare³³.

Così impostato, il problema non è però già risolto. Se il controllo dei limiti della legge è affidato al gioco degli organi supremi, il sistema di *checks and balances* fissato nella forma di governo è a sua volta modificabile con legge? E se la legge incontra tali limiti, perché invece la consuetudine appare in grado di plasmare a suo piacere la forma di governo, sino al punto di trasformare una monarchia costituzionale in un regime accentuatamente parlamentare?

La spiegazione è più semplice iniziando dalla consuetudine. La consuetudine - sempre *in regime statuario* - non è antagonista al procedimento legislativo, non segna, cioè, un processo di produzione normativa che ignori il principio consensuale che "dà senso" alla formazione della legge. Essa nasce spesso da una convenzione tra gli organi "che partecipano della sovranità": ma comunque non potrebbe instaurarsi se osteggiata da essi³⁴. Il consenso è la condizione della legittimità delle consuetudini: "come se ne può dubitare [della loro legittimità] quando non vennero contraddette da alcuno dei

³³ ROMANO (Santi), *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione* (1901), in *Lo Stato moderno* cit., 43. Sulla sanzione "interna" per la violazione di questi limiti, ROMANO torna nel famoso saggio *Osservazioni* cit., 117 ss.

³⁴ Cfr. ESPOSITO, *Consuetudine* cit., 470. Proprio l'origine consensuale della consuetudine spiega perché essa abbia assunto grande rilevanza nella disciplina dei rapporti tra gli organi costituzionali, mentre non si è affatto sviluppata per la parte dello Statuto attinente ai diritti fondamentali: cfr. FERRACCIU, *La consuetudine costituzionale*, II, Torino 1919, 8-10, che però imputa lo scarso sviluppo della consuetudine in materia di libertà all'articolazione per principi della disciplina statutaria, integrabile perciò per via legislativa. Analogo rilievo in CARBONE, *La consuetudine nel diritto costituzionale*, Padova 1948, 38, che però imputa il fenomeno al fatto che "i principi di libertà sono talmente radicati nel popolo che un comportamento tendente ad una loro violazione non può non trovare, in linea di massima, una opposizione nella Camera rappresentativa": osservazione assai interessante perché ribadisce una volta di più l'origine consensuale della consuetudine.

poteri dello Stato, quando hanno avuto la sanzione di tutte o quasi le legislature succedutesi dal 1848 ai giorni nostri?"³⁵. Per cui, il consenso, che è "procedimentalizzato" nella legislazione ordinaria, è implicito nella consuetudine, del cui sorgere costituisce anzi il presupposto³⁶.

La consuetudine si pone addirittura quale *limite* alla legislazione, come si può intravedere dalle stesse citazioni di TRENTIN e di ROMANO riportate sopra. La legge di revisione è legittima se "trascrive" una consuetudine; la legge non può contraddire la consuetudine^{36 bis}. La chiave per spiegare questa connessione ce la fornisce ancora ESPOSITO³⁷. Pur negando la teoria dei limiti naturali o essenziali al mutamento della costituzione, egli riconosce le ragioni della tesi che contesta la completa emendabilità della costituzione (e, in particolare, della forma di governo³⁸): ma esse valgono sul

³⁵ UGO, *Sulle leggi incostituzionali*, cit., 145 s.

³⁶ A proposito delle modifiche subite dallo Statuto, BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica* cit., 591, osserva: "E coteste modificazioni sono state sempre assentite, nella sostanza e nella forma, dai poteri dello Stato, e in cotal modo approvate dal popolo riunito nei comizi, né si potrebbe ammettere che un solo potere dello Stato, sia pure il giudiziario, avesse facoltà di mutare o modificare la costante consuetudine". In termini di teoria generale, sottolinea FERRACCIU, *La consuetudine costituzionale*, II, cit., 14, che le consuetudini costituzionali si dirà formata allorquando rispetto al comportamento di un organo costituzionale innovativo "sia intervenuto il *tacito* consenso degli altro organi statuali il cui concorso sarebbe eventualmente *necessario per l'introduzione legislativa* della norma in conformità alle prescrizioni costituzionali" (solo il primo corsivo è originale); per cui "sembra possa ritenersi che il fondamento della forza obbligatoria della consuetudine costituzionale *si accosti a quello assegnato alla legge*, nel senso che non vuolsi istituire una vera e propria differenza fra la volontà espressa e il consenso tacito con cui gli organi dello Stato procedono a regolare e svolgere le proprie attribuzioni ed i propri rapporti di natura costituzionale... (A)d una tale manifestazione tacita di volontà non potrà ascriversi una *efficacia vincolante* finché non sia intervenuto, nei casi e nei limiti in cui è richiesto, *il consenso di tutti quegli organi col cui concorso soltanto possa legittimamente prodursi un cambiamento od una integrazione qualunque nelle leggi fondamentali*" (*Ibidem*, 43 s.: corsivi aggiunti). "Legge e consuetudine costituzionale sarebbero pertanto ... da collocarsi allo stesso rango, *relativamente alla base della loro forza obbligatoria*" (*Ibidem*, 44: corsivo aggiunto). Che la consuetudine, quando derivi dal "concorso di più organi costituzionali" (e quindi non sia "interna" ad uno di essi, come lo sono le c.d. consuetudini parlamentari), si ponga "sullo stesso piano della legge" appare addirittura "intuitivo" a CARBONE, *La consuetudine* cit., 70 (nota 28). Infine, per la tesi della volontarietà della consuetudine, e in modo specifico di quella costituzionale (con particolare riferimento all'affermarsi della prassi della questione di fiducia nel nostro ordinamento attuale), cfr. TESAURO, *La consuetudine costituzionale e le norme di correttezza costituzionale*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E.Orlando*, II, Padova 1957, 489 ss., 495

^{36 bis} In questo senso, in termini espliciti, anche FERRACCIU, *La consuetudine costituzionale*, II, cit., 12: " (la consuetudine) è venuta affermandosi visibilmente con un complesso di norme sostanziali, come quelle regolanti l'istituto del governo di gabinetto, tali da limitare l'estensione della stessa competenza legislativa, che non potrebbe al riguardo esercitarsi per modificare od abolire quelle regole" (ma cfr. anche pag. 43).

³⁷ *La validità* cit., 204-211.

³⁸ "Un organo dello Stato, nell'esercizio delle sue funzioni, non può rinnegare la fonte della sua stessa esistenza e delle sue funzioni. Se le Camere esistono e funzionano in base allo Statuto, con quella forma di governo che esso consacra, non si capisce come si possa spingere la funzione legislativa fino a rinnegare la forma di governo, nella quale esse trovano la base della loro esistenza e delle loro funzioni": RANELLETTI, *Istituzioni* cit., 290 s. (il passo è rimasto intatto sino alla IX edizione delle Istituzioni, del 1942).

piano politico-fattuale, e non hanno una dimensione giuridico-formale. Il passaggio è importante:

la costituzione dello Stato designa un fatto oltre che una regola, contrassegna l'ordinamento valido ed efficace dell'organizzazione suprema dello Stato oltre che la legge di organizzazione; o, più sinteticamente, *il punto di incidenza tra il diritto e il fatto*. Per tal carattere le disposizioni costituzionali, a differenza da ogni altra disposizione giuridica, non sono legate solo a *condizioni giuridiche di validità*, ma anche a *condizioni di fatto di efficacia*, e non vigono solo che siano imposte giuridicamente nelle forme di legge, ma *se siano anche in grado di farsi valere concretamente* come regola sugli organi supremi dello Stato³⁹.

3. Effettività e legalità, consenso e conflitto

La qualificazione legislativa della forma di governo o di stato, la stessa elencazione statutaria degli organi "supremi" e delle attribuzioni rispettive⁴⁰ sono, dunque, solo "un sintomo" e non "un elemento decisivo per il (loro) valore *costituzionale materiale*":

sicché la validità delle disposizioni in tal materia resta subordinata, per la medesima natura del loro contenuto, alla loro *capacità di tradursi in atto* e alla *effettiva sussistenza e permanenza* del potere politico in quelli ai quali, considerati nel loro complesso, si è riconosciuto la capacità giuridica a possederlo⁴¹.

Le osservazioni di ESPOSITO (che vorrebbero avere, in verità, un ambito di validità più generale di quello qui accordato) mettono l'accento sulla stretta connessione tra *assegnazione formale* delle attribuzioni agli "organi supremi" (e della stessa qualificazione che ad essi viene accreditata) ed *effettività* dell'assetto dei poteri. In regime di costituzione flessibile, proprio questo è l'asse del problema, la questione quasi sempre irrisolta. Lo Statuto fissa una formula decisionale e nei fatti essa si corrobora, pur con gli adattamenti che i fatti stessi impongono: adattamenti, non tradimenti. La legge può rimodellare i processi decisionali, ma essa non può *di fatto* modificare *legalmente* l'assetto di base della formula statutaria (nessuna delle parti del processo decisionale

³⁹ *La validità* cit., 205 (corsivo aggiunto).

⁴⁰ Cfr. in questo senso (della conservazione degli organi creati dallo Statuto come "limite" alla revisione) MARCHI, *Lo statuto albertino* cit., 192 ss. Secondo BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica* cit., 588, incostituzionale "sarebbe una legge che mutasse l'ordine della successione al trono, che sopprimesse il Senato, che desse al Re la facoltà di far esso solo le leggi".

⁴¹ *La validità* cit., 210.

legale è di fatto disposta a sacrificare se stessa, mentre *la legalità implica il consenso*⁴²): l'ipostatizzazione normativa porta perciò a concludere affermando che la legge ordinaria, anche se può modificare lo Statuto, non può modificare la consuetudine, proiezione normativa dell'effettività. Ma il "limite" non vale tanto sul piano della legalità (come sarebbe se si trattasse di un rapporto tra fonti), ma su quello dell'effettività: il paradosso di ROSS (la modificabilità delle norme sulla revisione per mezzo delle norme sulla revisione) rivela in questo caso la sua consistenza politica e fattuale, prima ancora che logica⁴³.

Non si tratta - si badi - di questioni puramente teoriche. Alcuni episodi della nostra storia costituzionale possono essere riletti alla luce di questo schema.

Si prenda la storica questione dei decreti-legge, i quali, per la stessa natura di fonti concorrenziali alla legge, fonti che s'impongono al di fuori delle forme legittimanti proprie del procedimento legislativo, appaiono segnare un punto ottimale di verifica della tenuta teorica del quadro tracciato sin qui. Al di là delle profonde divisioni della letteratura dell'epoca in merito all'ammissibilità del decreto-legge e dei suoi possibili fondamenti nell'ordinamento, un dato certo è che la giurisprudenza "ha sempre ammesso incontestabilmente la [sua] legittimità"⁴⁴. E' pure assai significativo che parte della dottrina avesse concluso per ritenere il potere di decretazione d'urgenza fondato nella consuetudine⁴⁵, a ciò indotta anche dall'"acquiescenza del Parlamento"⁴⁶.

Tuttavia esistono almeno due importanti "rotture" nell'atteggiamento uniforme della giurisprudenza. Il primo episodio risale alla "crisi di fine secolo", quando i decreti anti-ostruzionismo di PELLOUX furono dichiarati inesistenti dalla prima sezione penale della Cassazione⁴⁷; la seconda vicenda è la più vasta reazione della Cassazione contro

⁴² Nota ancora ESPOSITO (*La validità* cit., 206: le parentesi sono aggiunte): "nell'ipotesi che l'ordinamento costituzionale sia innovato nelle vie prescritte [la legalità] basta che non prevalga la eventuale opposizione alla attuazione del cambiamento costituzionale [il consenso] perché la regola emessa divenga diritto positivo, nel caso invece che l'ordinamento sia instaurato fuori o contro le vie legali, si richiede positivamente che la forza si sia tramutata in diritto".

⁴³ Della qual cosa ROSS è peraltro del tutto consapevole: cfr. *On Self-Reference* cit., 211 s.

⁴⁴ FERRACCIU, *Per la disciplina giuridica dei decreti-legge*, in *Riv.dir.pubbl.* 1923, I, 1, 4.

⁴⁵ Cfr. CROSA, *La competenza regia nel diritto italiano*, Torino 1916, 96 e la letteratura citata, e criticata, da FERRACCIU, *La consuetudine costituzionale*, II, cit., 24 s, (e nota 3).

⁴⁶ Così FERRACCIU, *Per la disciplina* cit., 5, che pure contesta la teoria del fondamento consuetudinario. Già allora si era manifestato il fenomeno di una sollecitazione ad emanare il decreto d'urgenza da parte degli stessi organi parlamentari (*ivi*, 7, nota 2).

⁴⁷ Cassaz. di Roma, sent. 20 febbraio 1900 (in *Foro it.* 1900, II, 97 ss.): il motivo della decisione non era legato al merito del decreto-legge - di cui, anzi, la sentenza ribadiva l'insindacabilità - ma al fatto che il decreto era decaduto essendo stato presentato solo due giorni prima della chiusura della sessione parlamentare, mentre la stessa relazione al Re diceva espressamente che il Governo avrebbe atteso che il parlamento discutesse e deliberasse in proposito prima di dare ad esso applicazione: la questione che la Cassazione si era prospettata riguardava dunque la correttezza dei rapporti istituiti dal Governo con il Parlamento, e appare fuorviante assumere questa sentenza come dettata da motivi "meramente formali" (come afferma GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia 1848/1948*, II, Bari 258, il quale ricorda invece che la Corte dei conti aveva registrato con riserva il decreto-legge, per violazione dell'assoluta competenza in materia di stampa e pubblica sicurezza).

l'abuso della decretazione d'urgenza nel primo dopoguerra⁴⁸, attraverso alcune decisioni che anticipano i termini delle proposte di disciplina legislativa del decreto legge⁴⁹.

Notevoli sono in particolare le motivazioni di queste ultime sentenze, specie se rilette attraverso le chiavi che ho cercato di fornire. La struttura del ragionamento è semplice: non è pensabile che si sia formata una consuetudine legittimante l'uso del decreto-legge perché "gli organi legislativi, e la pubblica opinione in perfetto accordo con essi, protestano senza tregua contro simile anormalità e reclamano il ritorno alla osservanza delle sane regole costituzionali"⁵⁰. L'opposizione degli organi legislativi segna la rottura dell'ordine costituzionale nella sua parte forte, laddove esso definisce la struttura compromissoria del processo legislativo. Proprio l'opposizione parlamentare impedisce dunque di avallare la modifica "strisciante" della costituzione. I decreti-legge sono perciò da considerarsi atti di "usurpazione del potere legislativo da parte del governo", accettati dalla giurisprudenza sinché sono rimasti un fenomeno circoscritto e sempre sottoposto all' "immane sindacato parlamentare sulla responsabilità assunta dal governo", sindacato politico che esclude quello giurisdizionale; il governo emana i decreti sul presupposto dell'urgenza ("la suprema necessità, per il bene pubblico, di violare la costituzione") e con espressa promessa di chiederne immediatamente la sanatoria al parlamento; per cui, se ad una semplice indagine materiale appare non sussistere il requisito dell'urgenza⁵¹, o mancare la volontà di presentare il decreto alle Camere⁵², deve scattare il sindacato giurisdizionale, sia pure contenuto "dentro la linea dell'accertamento materiale", perché altrimenti non vi sarebbe alcuna reazione al trasferimento nel governo dell'esercizio illimitato della funzione legislativa⁵³.

Dunque: la costituzione "flessibile" non significa affatto che l'assetto costituzionale *fondamentale* possa essere modificato per via di consuetudine o di legislazione ordinaria, perché è proprio nella struttura compromissoria del procedimento legislativo che quell'assetto viene riassunto. La legge può fare (quasi) tutto, meno che modificare la

⁴⁸ La Cassazione (Presidente ed estensore MORTARA) compì un vero e proprio *revirement* in merito alla configurazione dei decreti-legge e alla loro sindacabilità, con le sentenze Cassaz. Roma, S.U., 24 gennaio 1922, in *Riv.dir pubbl.* 1922, II, 1.; Cassaz., S.U., 16 novembre 1922, in *Riv.dir pubbl.* 1923, II, 1 ss.; Cassaz., Sez.pen., 30 dicembre 1922, in *Riv.dir pubbl.* 1923, II, 8 ss. (quest'ultima con specifica attenzione agli effetti dei decreti-legge e della conversione, in materia penale e in materia civile).

⁴⁹ Vedi in particolare la proposta del sen. SCIALOJA sulla conversione in legge dei decreti-legge, pubblicata in *Riv.dir pubbl.* 1923, I, 593 ss.

⁵⁰ Questa, e le altre citazioni riportate, sono tratte da Cassaz., S.U., 16 novembre 1922, cit.

⁵¹ Un esempio può trarsi da Cassaz. Roma, S.U., 24 gennaio 1922, cit. (in cui la mancanza d'urgenza è dimostrata dal ritardo nella pubblicazione su G.U. e dalla mancata presentazione alle Camere).

⁵² Non vale l'obiezione della mancanza di un termine perentorio per la presentazione: "E' codesta una petizione di principio nella quale si annida un pericoloso errore. Non vi è termine perché non vi può essere, vale a dire perché non esiste nessuna norma autorizzante il governo ad emanare decreti-legge. Ed è precisamente questa la ragione categorica che impone sollecitudine e diligenza nel ripristinare, sulla materia che è oggetto dell'atto illegittimo, i poteri del parlamento" (Cassaz., S.U., 16 novembre 1922, cit., pag. 5). Nel caso di specie, il Governo aveva presentato il disegno di legge di conversione pochi giorni prima dello scioglimento della Camera (ma la Commissione competente aveva fatto in tempo a proporre di rifiutare la conversione), e poi per due legislature aveva ommesso di ripresentarlo (in realtà, nel complesso, erano passati solo quattro anni).

⁵³ *Ibidem*, 6.

propria genesi o la propria "forza" formale: e fuori dal rispetto sostanziale dell'assetto costituzionale, senza il consenso dei poteri che partecipano al procedimento legislativo, la consuetudine non può neppure formarsi.

Si comprende bene, perciò, perché in regime di costituzione "flessibile" i conflitti di attribuzione non si ponessero in termini analoghi agli attuali. Perché: a) le modifiche che la legge avesse introdotto al proprio procedimento, dato il carattere compromissorio di questo, avrebbero implicato il consenso (e non il conflitto) dei "poteri" (le due Camere⁵⁴ e il Re); per cui, presupposto il consenso preventivo, non avrebbe trovato alcuno spazio l'ipotesi del conflitto successivo; b) le modifiche che fossero introdotte con atti o comportamenti diversi dalla legge o non avvalorati da questa sarebbero sindacabili dal giudice ordinario come illegittimi: ciò soprattutto, come dice la Cassazione, se vi fosse l'opposizione di un organo costituzionale. Tali modificazioni non avrebbero potuto compiersi all'interno del quadro *attuale* della legalità: l'ordine legale avrebbe dovuto essere sovvertito ed un nuovo ordinamento instaurato *di fatto* per via rivoluzionaria. Il controllo preventivo della Corte dei conti sui decreti reali (decreti-legge inclusi) e il sindacato del giudice sulla validità formale degli atti basterebbero a preservare l'assetto costituzionale dei poteri, vale a dire l'unicità del procedimento legislativo. Possono restare esclusi da questo quadro i rapporti tra i due poteri incaricati della *legis-executio*, e perciò finitimi ed egualmente distanti dalla possibilità di incidere (legalmente) sull'assetto costituzionale dei poteri: ed è infatti dei possibili conflitti tra potere esecutivo e potere giudiziario che la legge ordinaria si è preoccupata di dettare la disciplina⁵⁵.

Ma, vale la pena ribadirlo, la particolare fisionomia del conflitto di attribuzioni nello Statuto non derivava affatto dalla "flessibilità" dell'assetto costituzionale delle competenze, ma dal fatto che esso era racchiuso tutto nel procedimento legislativo. Prova ne sia che lo schema compromissorio del procedimento legislativo era stato esteso ad altri procedimenti decisionali fondamentali⁵⁶: dalla formazione dei trattati⁵⁷ all'appro-

⁵⁴ Che le due Camere fossero a loro volta "poteri" diversi era ben chiaro già a MONTESQUIEU: il diritto di arrestare le iniziative reciproche garantiva l'equilibrio degli interessi da esse rappresentate, e, di più, la Camera dei nobili era vista come il "naturale" moderatore dei conflitti tra sovrano e Camera bassa: cfr. *Esprit des Lois*, XI, 6. Ma si tratta di un punto fermo sia per LOCKE (è perentoria l'affermazione che il legislativo è formato dalla "collaborazione di tre distinte persone", cioè dal re e dalle due Camere: *Two Treatises of Government*, II, 213), che, e soprattutto, per BOLINGBROKE ("il potere legislativo, che è supremo, viene dalla nostra costituzione ripartito fra tre organi, dei quali il re è uno. Fintantoché i membri degli altri due manterranno la loro separata indipendenza ... il controllo da essi esercitato sul primo sarà sempre sufficiente": *A Dissertation upon Parties*, tr. it., in *Antologia dei costituzionalisti inglesi*, Bologna 1962, 162).

⁵⁵ Sul rapporto tra conflitti di attribuzione e conflitti ex C.P.C., cfr. LUCIFREDI, *Attribuzioni* cit., 292 ss.; AZZARITI, *Problemi attuali* cit., 201-214; MANCA-BERRUTI, *Conflitto*, cit. redenti, rtdpc 1948

⁵⁶ Sulla "forma di legge" come "perifrasi abbreviante" che sta ad indicare la estensione della collaborazione delle assemblee rappresentative negli atti politicamente più importanti, cfr. SCHMITT, *Verfassungslehre* cit., 196.

⁵⁷ Benché lo Statuto prevedesse il consenso delle camere per i soli trattati che comportassero impegni finanziari o modifiche territoriali, "grazie a una pratica costituzionale derivante dall'instaurazione e dal progressivo sviluppo del regime parlamentare, si era potuto, un poco alla volta, far prevalere in Italia il

vazione del bilancio⁵⁸ (e, in un certo senso, anche alla formazione del governo, che, nella gestione "parlamentare" post-cavouriana, rispecchiava lo stesso assetto compromissorio del procedimento legislativo⁵⁹).

La capacità espansiva del principio di collaborazione dei "poteri" non può certo essere letta come causa o sintomo dell'introduzione di deroghe nell'ordine costituzionale delle competenze, invocandola a prova e sostegno di una concezione forte della "flessibilità" dello Statuto. Quel fenomeno, tutto al contrario, non era che il frutto dell'estensione progressiva dell'area coperta dal nucleo "rigido" dell'assetto costituzionale, estensione che ben poteva essere vista come prodotto di sviluppi "interpretativi" dei principi statutari. Sicché, quando SONNINO propose il *Torniamo allo Statuto*, cioè la riduzione dell'area di applicazione che aveva progressivamente conquistato la regola compromissoria tipica del regime parlamentare, FARINI poté giustamente ribattergli che ciò avrebbe significato istituzionalizzare l'illegalità⁶⁰.

principio secondo cui praticamente non esistevano trattati dei quali si potesse dire che non causavano - né direttamente, né indirettamente - un carico finanziario per lo stato contraente e che, perciò, l'intervento delle camere era sempre necessario per attribuire loro valore giuridico": TRENTIN, *Les transformations* cit., 30.

⁵⁸ Con l'affermazione in via di prassi della possibilità che il Parlamento rifiuti l'approvazione del bilancio preventivo, trattando la legge di approvazione come qualsiasi altra legge: cfr. TRENTIN, *Les transformations* cit., 72 s. Proprio il voto contrario sul bilancio aggravò la crisi di fine secolo: in risposta RUDINÍ cercò di ottenere lo scioglimento delle Camere e la facoltà di rendere esecutivo il nuovo bilancio con decreto reale, ma il Re fu persuaso da FARINI, Presidente del Senato, a "non violare la legalità costituzionale": CANDELORO, *Storia dell'Italia moderna*, VII, Milano 1974, 61 s.

⁵⁹ Quando SONNINO scrisse il famoso *Torniamo allo Statuto*, proponendo la restaurazione di una monarchia non parlamentare, il presidente del senato FARINI, consigliere autorevole del Re, annotò sul suo Diario: "Pretendere che dopo cinquant'anni lo Statuto sia interpretato diversamente e si diano al Re poteri, iniziative, facoltà, attribuzioni che mai ebbe, è una vera follia ... Non è usurpazione della Camera ciò che le si rimprovera nella designazione dei Ministri. Usurpazione è volere essa amministrare: usurpazione la pretesa dei deputati di volersi imporre anche fuori di Montecitorio... Insomma il Sonnino può avere un ideale di costituzione austriaca o tedesca in mente, ma non conosce né la storia, né la tradizione, né lo sviluppo dello Statuto italiano... E' stolido istituire cattedra di amputazione delle franchigie fin qui avute. Nel pericolo ciò si può fare ed avere il consenso ed il plauso, ma dell'illegalità non si può fare un'istituzione" (citato da CANDELORO, *Storia* cit., VII, 31 s.; corsivo aggiunto).

⁶⁰ Vedi il passo citato alla nota precedente. Sul "colpo di stato" inteso come violazione del diritto oggettivo da parte degli stessi organi sovrani dello Stato, cfr. ROMANO (Santi), *L'instaurazione* cit., 50-52.

XI

APOLOGO II

Anni dopo. L'imprenditore del nostro apologo, ormai non più giovane, si è definitivamente ritirato a vita privata. Non importa quali siano i motivi che lo hanno spinto a tale decisione, anche perché, per ricostruirli, si dovrebbero raccontare vicende davvero tristi. Fatto sta che il patto stipulato con i suoi ex-dipendenti non ha ormai più alcun significato per la regolazione dei rapporti e dei processi decisionali di cui vive l'impresa. Il pericolo di regredire ad una conduzione padronale dell'impresa non è più attuale, anche perché lo stesso "padrone" se n'è andato. Non essendoci più un passato al cui ritorno occorre contrapporre robusti argini, il vecchio accordo non serve ormai a risolvere alcuno dei problemi attuali che sorgono nella conduzione dell'azienda. Il problema di oggi non è più assicurare la partecipazione dei dipendenti alla gestione, così che nessuna decisione venga presa fuori del Consiglio, senza l'accordo delle parti. Ormai tutti i poteri sono nelle mani del Consiglio, e nessuno li contesta: il problema è, invece, sottoporre a regole il Consiglio, disciplinare i rapporti tra le varie componenti societarie coinvolte nella gestione dell'impresa, nella destinazione degli utili, nella rappresentanza consiliare, nelle strategie aziendali.

Il nuovo patto sarà negoziato tra i gruppi di azionisti, i nuovi proprietari, che in buona parte sono ancora gli ex-dipendenti di allora. L'oggetto è del tutto diverso dal vecchio patto, assai più complesso: non basta più un impegno delle tre componenti ad assumere sempre insieme le decisioni future. Il problema attuale è che le singole componenti degli azionisti vogliono assicurarsi che siano sottratte alla disponibilità della maggioranza le decisioni più importanti, quelle che possono incidere sulle scelte strategiche e modificare i fondamentali equilibri tra capitale e lavoro (la nostra impresa ha assunto ormai una struttura essenzialmente cooperativistica), tra investimenti e dividendi, e così via.

Il nuovo patto non è "irrevocabile" come il precedente, perché solo le cose "concesse" unilateralmente possono essere revocate. Apposite norme ne regolano la revisione. Infatti, ancora a differenza del vecchio patto, il nuovo non è rivolto solo al passato, come argine "irrevocabile" al ritorno di pretese monocratiche della proprietà: anzi, è tutto rivolto al futuro. I partner, ai quali un umano "velo d'ignoranza" impedisce di prevedere con sicurezza come si disporranno in seguito i giochi di maggioranza - minoranza¹, concordano che nessuna modifica delle decisioni strategiche possa essere

adottata se non con procedimenti e maggioranze particolarmente aggravate. Tutti la pensano allo stesso modo: meglio procedere insieme su una barca ragionevolmente appesantita nelle manovre dalla zavorra, che rischiare di ritrovarsi improvvisamente in mare alla prima strambata. Quindi si conviene sull'opportunità che alcune scelte non possano essere modificate con il solo consenso della maggioranza degli azionisti e che, per evitare che gli amministratori incaricati della gestione dell'impresa erodano le garanzie scritte nel nuovo patto, si costruisca anche un complesso assetto di organi che devono garantire la trasparenza e la controllabilità della gestione.

E' comparabile questo nuovo patto con il precedente? Con molta difficoltà. In fondo, è l'oggetto stesso ad essere diverso. Il patto di allora si limitava a dire come si sarebbero dovute prendere le decisioni future: si potrebbe essere tentati di dire che la funzione di esso si fosse esaurita nell'istituzione della nuova procedura decisionale. Era in fondo proprio questo quanto l'imprenditore aveva concesso, e la natura stessa della concessione, la "associazione" al potere, giustificava che ci si riferisse usualmente a quell'atto come ad un "patto", non come ad una decisione unilaterale.

Ma il patto di oggi ha natura e contenuti del tutto diversi. Non è stipulato tra soggetti così eterogenei come potevano essere l'imprenditore, da una parte, e le rappresentanze sindacali, dall'altra. Al contrario, esso è stretto da soggetti in tutto equivalenti, addirittura anonimi, come lo potrebbero essere gli azionisti, nelle cui mani risiede l'intero potere. Perciò non si può certo pensare che il nuovo patto possa esaurirsi nell'individuazione di una qualche procedura decisionale. Tutt'altro: deve disciplinare anche i limiti e, in parte, i contenuti delle decisioni da prendere, indicando chi, come, con quali esclusioni o a quali condizioni potrà, in un futuro indeterminabile, compiere scelte capaci di incidere sui delicati equilibri interni - scelte che potrebbero sempre tradursi, ed è questo il timore, nella sopraffazione di minoranze che, anch'esse, oggi, attraverso il "velo d'ignoranza", non sono individuabili.

Quanto agli organi, il vecchio patto non poneva assetti complessi, limitandosi a fissare le regole di collaborazione delle tre componenti chiamate a concordare le decisioni. Il "Consiglio", come sede comune cui partecipavano i soggetti dell'accordo, era l'unico organo istituito in forza del vecchio patto. Il nuovo costruisce invece un sistema molto articolato di organi e di competenze, di procedure e di contrappesi, tale, soprattutto, da non essere modificabile se non con il concorso delle minoranze. Naturalmente, diverse sono anche le garanzie che assicurano il rispetto del patto: ma le differenze non sono decisive. Allora, si poteva andare dal giudice solo per bloccare singoli atti assunti in violazione del patto, ma il mantenimento di esso era affidato alla "politica", ai rapp-

¹ L'ignoranza causata dall'opacità del velo spinge a preoccuparsi non tanto dello sviluppo di un futuro più o meno lontano, quanto dell'immediato, degli esiti possibili della prima mano che si farà con le regole nuove: che potrebbe risultare anche l'ultima, se la fragilità di quelle regole non consentirà di mantenere aperta la partita. Ciò può spiegare certi disequilibri che vi possono essere tra una parte e l'altra della costituzione: osserva per es. Donald DEWEY (*Truly the Weakest Branch: the U.S. Supreme Court, 1789-1803*, in *Revolution & Constitution* cit.), che il peso dedicato dalla Convenzione del 1787 all'esecutivo, relativamente scarso in proporzione all'attenzione prestata al legislativo, si spiega con il fatto che tutti i partecipanti sapevano per certo che il primo presidente sarebbe stato George WASHINGTON, è ciò consentiva di avere la massima fiducia nello sviluppo futuro della presidenza, cioè di bucare il "velo d'ignoranza".

orti di forza in quelle che oggi si chiamerebbero le "relazioni industriali"; il nuovo patto affida al giudice il controllo su tutti i limiti posti dall'accordo, riguardino essi i contenuti delle decisioni o l'assetto organizzativo. Insomma, anche per questo profilo, la differenza vera è l'estensione del controllo del giudice sui giochi "politici".

XII

NATURA RESIDUALE DEI CONFLITTI DI ATTRIBUZIONE

1. *Pluralismo e indecidibilità*

Le costituzioni, soprattutto le costituzioni moderne, non sono riducibili ad un unico principio, ad un unico scopo: farebbe torto alla loro natura intimamente pluralista, di corpi normativi composti e mai ridotti ad unità, ogni tentazione di organizzarle secondo uno schema gerarchico culminante in un valore o in un principio dominante¹. Ciò vale anche per l'istituto dei conflitti, che non serve ad *uno* scopo preciso (il che non significa ovviamente che non abbia *alcuno* scopo preciso). Si dice spesso che esso sia mirato a garantire la rigidità delle norme costituzionali di organizzazione e, in particolare, la rigidità del principio di divisione dei poteri². Che così sia mi pare indiscutibile: tutto sta, però, nell'intendersi su cosa siano le norme di organizzazione e la divisione dei poteri. Di quali organi e di quali poteri si parla?

Come si è detto, il primo dato "positivo" che ci offre il testo costituzionale per procedere alla formulazione di una teoria dei conflitti è l'assenza di ogni nozione utile ad organizzare i termini chiave della teoria stessa. Naturalmente diverse interpretazioni possono essere date di questa presunta "lacuna" e diverse vie per colmarla potrebbero essere indicate. Ma ha senso questa ricerca?

Si potrebbero immaginare tre ipotesi di fondo: che il costituente avesse una idea abbastanza precisa di che cosa fosse il conflitto di attribuzioni e del significato dei suoi

¹ Cfr. SCHAUER, *An Essay on Constitutional Language* cit., 814 ss., che critica le teorie nordamericane (per es., quelle di RICHARDS, di ELY e di DWORKIN) che ricercano il "vero" significato della costituzione, pronunciandosi a favore di un approccio "pluralista", che ammetta il conflitto tra i diversi "principi" costituzionali, e neghi che esista una teoria superiore che lo possa risolvere; TRIBE-DORF, *On Reading the Constitution*, cit., 24 ss., che criticano l'atteggiamento di *Hyper-Integration* che assumono spesso gli interpreti della Costituzione, nel tentativo di ridurla all'espressione di una singola idea o principio; ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992, spec. 9 ss., che riconosce valore assoluto al solo meta-principio del mantenimento del pluralismo dei valori.

² Vedi sopra, § I, nota 3. Osserva giustamente PISANESCHI, *I conflitti* cit., 151 che "la rigidità della costituzione deve essere garantita attraverso il rispetto delle competenze che la costituzione stessa prevede. I soggetti risultano essere dei tramiti qualificati per l'attivazione di un giudizio che non avrebbe potuto essere altrimenti attivato e che serve a garantire la rigidità costituzionale in una zona «franca» **Errore. L'origine riferimento non è stata trovata.** dal controllo di costituzionalità".

termini chiave (essenzialmente della nozione di 'potere'), ma che non l'abbia voluta esprimere nel testo, perché la riteneva scontata o per qualche altro motivo; che il costituente non avesse affatto un'idea precisa, ma ritenesse che il disegno dovesse emergere o nell'attuazione legislativa della costituzione o nella sua applicazione giurisprudenziale; che il costituente non avesse alcuna nozione né alcuna idea su come l'istituto si sarebbe forgiato.

Mi sembra che, dal punto di vista della teoria costituzionale (diversamente, per esempio, da quello dello storico della cultura giuridica), ci sia del tutto indifferente sapere quale delle tre ipotesi sia quella corretta. In ogni caso l'*intentio auctoris* non influisce sulla *intentio operis*³ o, per usare terminologia più usuale parlando di diritto, la *mens legis* non incide sulla *ratio legis*. Anche nell'ipotesi più forte - il costituente aveva un proprio modello di conflitto, così radicato da non aver bisogno di essere espresso - solo un'accanita applicazione della *Versteinerungstheorie* potrebbe accontentarsi di affermare l'immutabile rilevanza interpretativa delle nozioni originali condivise dai costituenti. Nelle altre ipotesi non si fa che constatare che il legislatore storico non aveva da dire nulla più di quello che ha detto (magari perché lo rinviava ad un momento successivo, che però non c'è stato). Ed è da questo risultato che, appunto, bisogna partire.

Nulla è chiaro della fisionomia del conflitto, ma è senz'altro chiaro che esso costituisce uno strumento di garanzia. Come tale esso condivide la funzione dei giudizi sulle leggi, pur coprendo un piano diverso, che per il momento, in via provvisoria, chiamerò il piano della decisione politica. Il conflitto di attribuzioni è un tentativo di rendere giustiziabili le controversie insorte a proposito del funzionamento del circuito politico. Naturalmente questo - che appare facilmente leggibile nell'*intentio operis* - non è un obiettivo finale, perché si pone a sua volta come strumento per la garanzia delle minoranze e del loro ruolo costituzionale, della divisione dei poteri e, anche tramite questa, delle libertà.

Ma il carattere pluralista della costituzione non si limita a ciò⁴. Proprio perché pluralista, la costituzione non difende un unico meccanismo decisionale o il sistema delle relazioni che legano solo determinati organi, come potrebbero essere quelli eretti a protagonisti nei "figurini" elaborati dalla teoria delle forme di governo. A differenza dello Statuto (che, come si è visto, difendeva esclusivamente l'equilibrio dei soggetti compresi nella locuzione sintetica 'il re in parlamento'), il testo costituzionale attuale non ci consente alcuna restrizione o selezione *a priori* dei potenziali soggetti o dei possibili processi decisionali che godono della garanzia del conflitto. Se il testo - il suo "significato proprio" - non ce lo consente, non permette la costruzione di categorie concettuali abbastanza stabili e precise, conviene allora muoverci per la strada opposta.

La strada opposta ci porta a ritenere che tutti i meccanismi decisionali ed i loro protagonisti, purché trovino in disposizioni costituzionali il loro fondamento (e su questo passaggio converrà ritornare), sono potenzialmente "coperti" dalla garanzia del conflitto. Sono predeterminabili i termini soggettivi ed oggettivi del conflitto?

³ Per questa terminologia, vedi sopra § VII.1.

⁴ GRASSI, *Conflitti* cit., 366: "Con il giudizio sui conflitti la Corte diveniva, infatti, tutore (ed arbitro) del pluralismo istituzionale affermato come valore fondamentale del nuovo assetto costituzionale".

Probabilmente no, perché la casistica è imprevedibile. Il sistema di *checks and balances*, per la sua stessa logica, moltiplica all'infinito le occasioni in cui un organo può intervenire nell'esercizio delle funzioni di un altro; così come la tutela sistematica del ruolo (oltre che degli interessi) delle minoranze moltiplica le occasioni in cui ad esse sono affidati compiti o ruoli insostituibili nella conduzione costituzionale dei processi decisionali. Nel capitolo prossimo affronterò alcuni dei "casi limite", chiamati a fungere da banco di prova della teoria avanzata. Qui, invece, conviene valutare la possibilità che una qualche selezione "*a priori*" possa essere compiuta.

Preliminarmente vorrei insistere sulla stretta relazione che lega una visione pluralista della costituzione, l'accettazione di una casistica irriducibilmente "aperta" dei conflitti e, infine, una concezione "residuale" del conflitto di attribuzione. Perché una visione pluralista della costituzione porta a respingere l'idea che vi possa essere un unico valore, principio, obiettivo o funzione cui sono preordinati il "sistema" costituzionale o le singole sue parti. La storia, ripetuta all'infinito, della genesi culturale e politica della costituzione italiana⁵, della sua natura compromissoria, quale punto di convergenza di programmi politici diversi e contrastanti, non consente di sovrapporre una visione unificatrice al testo costituzionale, in cui la frammentazione ideologica ha lasciato così ampi segni.

The undeniably plural and internally divided nature of the Constitution is not a sad reality; it may well be among the Constitution's greatest strenghts⁶.

La principale forza di una costituzione pluralista è di sapersi adattare alle circostanze e al loro mutamento. Quest'opera di adattamento, come è ovvio, spetta all'interprete e, con la particolare funzione che è riconosciuta alle sue decisioni, alla Corte costituzionale⁷. E' nel caso concreto che la Corte deve ricomporre l'equilibrio tra valori, principi, concezioni diverse: ciò comporta, come poi si vedrà, che assai spesso le decisioni della Corte, anche nei conflitti di attribuzione, si richiamino a criteri di ragionevolezza e di bilanciamento degli interessi, che sono le forme di soluzione dei conflitti tipiche dei sistemi pluralisti⁸.

2. Sul fondamento costituzionale delle "attribuzioni"

Non essendo accreditabili visioni unitarie che indichino lo scopo del conflitto di attribuzioni (quale strumento di mantenimento di qualche tratto della forma di governo, per esempio), è impossibile predeterminare per quali casi sarà possibile invocare questo strumento e per quali no, quali siano i soggetti legittimati a ricorrervi e quali no, quali attribuzioni possano essere difese per mezzo di esso e quali no. In una visione pluralista

⁵ Ma il problema non si pone solo per la nostra Costituzione: cfr. gli autori citati alla precedente nota 1 di questo capitolo.

⁶ TRIBE-DORF, *On Reading the Constitution*, cit., 25.

⁷ MEZZANOTTE, *Corte costituzionale* cit., 134 ss.

⁸ Cfr. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 170 s.

della costituzione, che è quella che meglio regge il confronto con il testo costituzionale, nessuna preclusione può essere fissata, perché non è individuabile *un* circuito decisionale, *un* ruolo, *una* dimensione problematica che prevalga sulle altre: le dinamiche istituzionali non hanno *un* senso.

Le definizioni diventano perciò impossibili - o almeno, lo diventano in astratto, al di fuori della considerazione del caso specifico. Potenzialmente tutti i soggetti che hanno un ruolo assegnato dal testo costituzionale possono difendere le proprie attribuzioni davanti alla Corte. Lo possono fare anche quando non siano in discussione attribuzioni espressamente indicate dalla costituzione⁹: si può trattare infatti di competenze o prerogative previste e disciplinate da disposizioni sub-costituzionali, ed anche di competenze e prerogative non disciplinate da alcuna specifica disposizione, ma attinenti al ruolo proprio del soggetto in questione - laddove le "proprietà" di quel ruolo non sono certo imposte da consuetudini, ma ricostruite in base ad una teoria interpretativa ed ai princìpi che essa accredita.

Lo possono fare anche i soggetti che partecipino a processi decisionali previsti dalla costituzione come "co-protagonisti necessari": con questa espressione intendo indicare i soggetti per i quali non c'è in costituzione un'esplicita menzione di attribuzioni o di ruolo, ma che partecipano a procedimenti decisionali previsti solo genericamente dalla costituzione e disciplinati invece analiticamente dalla legge ordinaria. In questa ipotesi - che si verifica, per esempio, nel procedimento relativo al *referendum* abrogativo e, in misura forse meno evidente, in numerose altre occasioni¹⁰ - può accadere che sia ammessa la difesa giudiziale di attribuzioni formalmente non-costituzionali, ma che risultano indispensabili al regolare funzionamento del meccanismo previsto dalla costituzione¹¹.

Opera in questo caso un ragionamento non dissimile a quello che, nel giudizio di ammissibilità del *referendum* abrogativo, ha portato talvolta la Corte costituzionale a non ammettere richieste che, pur non toccando direttamente norme costituzionali, né norme ordinarie che rappresentavano l'unica possibile applicazione della norma costituzionale, avrebbero rappresentato però, se coronate da successo, una minaccia per la necessaria funzionalità di istituzioni o congegni costituzionali. Anche per la legittimazione al conflitto può valere uno schema analogo¹². La legge ordinaria può introdurre procedimenti che definiscono la bilanciata presenza di organi nell'iter decisionale (se non fosse bilanciata, la legge stessa sarebbe illegittima, infatti¹³); anche se quello definito dalla legge non è l'unico ordine bilanciato possibile, qualsiasi atto diretto a romperlo incrina l'equilibrio esistente e lascia dietro di sé una situazione di sbilanciamento dell'assetto dei poteri che è costituzionalmente intollerabile: perciò può

⁹ Per questo problema, si veda anche sopra, § IV.3.

¹⁰ PACE (*Strumenti* cit., 163) ricollega alla legge ordinaria anche i poteri rivendicati dal giudice penale nei confronti della Commissione parlamentare d'inchiesta (sent. 231/1975) e i poteri relativi alla pesca del novellame rivendicati dalla pubblica amministrazione contro l'autorità giudiziaria (sent. 150/1981).

¹¹ In questo senso, per il referendum, MORTATI, *Istituzioni* cit., I, 463.

¹² In questo senso cfr. un accenno in ZAGREBELSKY, *Processo* cit., 702 s. E' probabile che a questo stesso ordine di idee fosse ispirata la proposta di estendere il parametro di giudizio alle norme "materialmente costituzionali", opinione alquanto frequente in dottrina (vedi sopra, § IV.2)

¹³ Vedi sopra, nota 8 del § IV.2.

innescare un conflitto di attribuzioni, diretto a ripristinare il (o se si vuole, *un*) necessario equilibrio¹⁴.

Applicando questi criteri si discrimina assai poco, è chiaro. Che essi possano delimitare efficacemente la casistica dei possibili conflitti di attribuzione è assai improbabile. Quale sia il motivo, il "valore" per il quale un ruolo o un'attribuzione siano state assegnate dalla costituzione, o un procedimento vi sia stato incluso, avrà importanza (e notevole) successivamente, quando si tratterà di comprendere che cosa la costituzione ha inteso preservare con la specifica disposizione, la sua *ratio*; ma non può essere assunto come fondamento dell'esclusione *a priori* della tutela giurisdizionale nella forma del conflitto.

Benché molto limitato, questo mi sembra però un buon risultato, coerente con il carattere "aperto" e sostanzialmente residuale che il conflitto sembra poter assumere senza fare torto al testo costituzionale e rivelandone anzi la *ratio*. Ne vedremo subito due applicazioni.

3. Conflitti "costituzionali" vs. conflitti "politici"?

Non v'è dubbio che l'introduzione di una giurisdizione costituzionale sui conflitti abbia segnato una tappa importante nel processo di "estensione del principio di legalità, proprio dello «Stato di diritto», alle determinazioni massime dei pubblici poteri e ai rapporti tra i poteri dello Stato"¹⁵. Analogamente a quanto è avvenuto per il nuovo patto sociale che ristruttura l'impresa del nostro apologo¹⁶, la costituzione ha individuato numerose garanzie "di posizione", di ruolo, che ha voluto contrapporre al naturale predominio delle maggioranze nel gioco politico. Sono "picchetti" posti dal diritto per consentire di tracciare i confini tra ciò che la politica può e ciò che non può fare¹⁷.

¹⁴ Nella sent. 379/1992, che si esaminerà nel paragrafo successivo, appare, a proposito del "concerto" tra C.S.M. e Ministro di grazia e giustizia, uno schema di ragionamento di questo tipo: cfr., a questo proposito, SICARDI, *Il conflitto di attribuzione tra C.S.M. e Ministro della Giustizia*, Torino 1993, 138-140.

¹⁵ MODUGNO, *La giurisprudenza costituzionale*, in *La Costituzione italiana. Il disegno originale e la realtà attuale*, Milano 1980, 202 (già apparso in *Giur.cost.* 1978, I, 1233 ss., 1234). Cfr. anche CRISAFULLI, *Lezioni cit.*, 224; MODUGNO, *La Corte costituzionale italiana oggi*, in *Scritti Crisafulli*, I, cit., 527 ss., 528 s.

¹⁶ Vedi sopra, § XI.

¹⁷ Sul conflitto come condizione di mantenimento della consuetudine democratica, cfr.: GUGLIELMI, *I conflitti cit.*, 400; PERGOLESÌ, *Corte costituzionale giudice e parte nei conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pr. civ.* 1960, 1 ss. Sulla funzione di tutta la giustizia costituzionale come estensione al politico e al legislativo del principio di Stato di diritto, cfr. anche PIZZORUSSO, *Art. 134*, in *Commentario della Costituzione cit.*, 1.

Nella prima letteratura era percepita con chiarezza la natura liminare del conflitto di attribuzione, anche se da ciò si evinceva soprattutto la struttura ambigua (in parte giuridica, in parte politica) del giudizio: cfr. PENSOVECCHIO LI BASSI, *Conflitti costituzionali*, cit. 1005. Cfr. anche GRASSI, *Conflitti cit.*, 365 s., ove si accenna al "mito della giurisdizionalizzazione dei conflitti politici, che per alcuni costituenti era la matrice profonda dello stesso controllo di costituzionalità della legislazione..."

Se così stanno le cose, ne deriva che nessun conflitto può essere rifiutato perché "politico", anziché "giuridico"¹⁸: dichiararlo inammissibile perché "politico" significa in realtà affermarne l'infondatezza nel merito, dato che si è constatato che la vicenda si svolge lontano dai confini tra diritto e politica, in territorio appartenente per intero a quest'ultima¹⁹. La decisione, quindi, sarebbe pienamente di merito, applicativa di una "regola" sostanziale circa il tracciato dei rapporti tra i soggetti protagonisti della controversia: regola però solo sottintesa, se la dichiarazione è di inammissibilità, a tutto detrimento della motivazione delle sentenze.

Ma vi è una considerazione ulteriore. Se due soggetti che in qualche misura concorrono alla formazione dell'indirizzo politico (se così non fosse, in che senso si potrebbe parlare di conflitto "politico"?) si trovano in una situazione di contrasto non superabile con gli strumenti elastici della mediazione politica, tanto da indurre uno di essi ad investire la Corte, questo contrasto potrebbe essere affrontato dalla Corte come questione politica, di per sé non suscettibile di essere sottoposta ad alcuna regola giuridica? Credo che la risposta debba necessariamente essere negativa, per motivi sia teorico-generalisti che pratici.

Sotto il profilo generale, se la Corte rinunciassero ad esprimere una regola giuridica quale base per la soluzione della controversia nel merito, ritenendo che il conflitto sia "politico", verrebbe arretrata la linea di espansione del principio di legalità, oltre alla quale si estende uno spazio sottratto alla regolazione in base a costituzione. Quale valutazione darebbe di un simile *self-restraint* la comunità degli interpreti, dominata dal paradigma della "completezza"? In fondo, alla Corte basta, per non far torto ad una delle funzioni fondamentali del conflitto, rigettare il ricorso nel merito con il più semplice dei dispositivi di rigetto, affermando cioè che spetta al resistente esercitare l'attribuzione in contestazione e che, per contro, le rivendicazioni del ricorrente non hanno base giuridica.

Del resto, sotto il profilo pratico, è assai improbabile che la Corte possa trovare un varco "libero" tra due principi complementari come quello di separazione e quello di collaborazione dei poteri²⁰. Se due soggetti "politici" si rivolgono alla Corte perché non riescono ad assumere una certa decisione in accordo (nel merito o sulla competenza dell'atto), sarà proprio l'espressione del punto di equilibrio tra questi due principi opposti l'oggetto della "regola" che la Corte dovrà elaborare^{20 bis}.

¹⁸ *Contra* cfr. GRASSI, *Conflitti* cit. 368, secondo il quale il potere della Corte di dichiarare inammissibile il conflitto le consente di definire "in via empirica il limite tra conflitto giuridico e conflitto politico".

¹⁹ Si vedano le considerazioni di GRASSI, *Conflitti* cit., 384, a commento dell'ord. 259/1987. Considerazioni analoghe sono state formulate a proposito delle sentenze della Cassazione che dichiarano il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, a causa dei poteri attribuiti dalla legge all'amministrazione: cfr. MAZZIOTTI, *I conflitti* cit., I, 138 (e autori ivi citati).

²⁰ Essi, in fondo, svolgono nell'ambito specifico dei conflitti (e, più in generale, dell'interpretazione della disposizioni sulla "forma di governo") una funzione assai simile a quella assegnata in passato alle norme generali esclusiva o inclusiva nella teoria dell'interpretazione.

^{20 bis} Probabilmente anche questa affermazione potrebbe essere letta da ANGIOLINI come esempio di concezione "totale" della Costituzione (cfr. *Costituzione tollerante*, cit.), poiché essa avvalorava l'idea che la Corte, in sede di giudizio di conflitto, debba comunque risolvere ogni questione applicando una regola di diritto costituzionale; ma questa mi pare la conseguenza inevitabile della costituzione: non tanto della sua

4. Giurisdizione vs. "mediazione degli interessi"?

Quando la Corte imposta la soluzione del conflitto sviluppando regole complesse in cui cerca di fissare, in relazione al caso specifico, il punto di equilibrio tra principi o interessi contrastanti (come sarebbero, al livello più generico, gli stessi principi di separazione e di collaborazione tra poteri), può sembrare che essa assuma, non i panni del giudice, ma quello del mediatore²¹. In effetti questa critica le è stata pure rivolta, sia in termini generali²², che con specifico riferimento ai conflitti²³. La preoccupazione è che la Corte venga distolta dall'applicazione delle norme costituzionali, per essere attratta invece verso la mediazione degli interessi in conflitti che, per di più, per l'assenza di nozioni certe con cui compiere la scrematura, sono spesso minimi, privi di "tono costituzionale", e sollevati da soggetti fortemente "parcellizzati". Un ruolo, questo, che impone alla Corte di cercare la propria legittimazione altrove rispetto al testo costituzionale, in una dimensione che è politica e non giuridica.

Non mi sembra che questo ragionamento sia del tutto persuasivo. A parte la questione del "tono costituzionale" del conflitto (cui è dedicato il paragrafo successivo), mi sembra che non sia produttivo contrapporre una giurisprudenza mitologica della Corte - che, nei giudizi di legittimità, sarebbe tutta legata alla rimozione di interi rami della legislazione pre-repubblicana - ad una prassi attuale di mediazione degli interessi. Altrove²⁴ ho cercato di mostrare come la giurisprudenza costituzionale abbia due marce diverse, non collocabili in due epoche storiche distinte: vi sono fasi (che coincidono più con i "casi" che con le "epoche") straordinarie, in cui la Corte si trova a dover fare un uso forte del testo costituzionale, perché è stato mosso un attacco diretto ad uno dei "picchetti" che esso ha impiantato; vi sono fasi ordinarie, in cui, invece, le controversie non richiedono forti prese di posizione in merito al significato del testo costituzionale. Nelle prime la Corte è tenuta a far valere il "limite invalicabile" posto dalla costituzione;

rigidità, intesa come caratteristica formale della costituzione in relazione alle altre fonti normative (come suggerisce ANGIOLINI), quanto della funzione che essa svolge come meccanismo di delimitazione dei territori rispettivi del diritto e della politica.

²¹ Sulle complesse differenze delle due tecniche di risoluzione dei conflitti cfr. ECKHOFF, *The Mediator, the Judge and the Administrator in Conflict-resolution*, in *Acta Sociologica* 1966, 148 ss., 158-166.

²² Il ruolo della Corte come "moderatrice" dei conflitti sociali è stato rilevato da larga parte della letteratura, in connessione con il consolidarsi di tecniche di giudizio basate su criteri di ragionevolezza: sia con toni critici (cfr. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari 1979, 149 ss., 171; ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., 103 ss., 155), sia con un giudizio non sfavorevole (cfr. ELIA, *Relazione di sintesi*, in *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna 1978, 163 ss., 168; CHELI, *Prefazione* a D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, Milano 1981, 9 ss.; ID., *Introduzione*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., 16 s.; MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, ivi 19 ss., 52 s.; ID., *La Corte costituzionale italiana* cit., 580 s.).

²³ MEZZANOTTE, *Comitato dei promotori e conflitto fra i poteri dello Stato*, in *Dem.dir.* 1978, 83 ss., 87; ID., *Le nozioni* cit., 119.

²⁴ *Diritti e argomenti*, cit., § 26; *Bilanciamento degli interessi* cit.

nelle seconde, si è in punti lontani dai "picchetti", in zone spesso equidistanti da essi, ed è necessario ricercare la linea assai flessibile dell'equilibrio tra gli interessi in gioco, attraverso tutti quegli strumenti che vengono racchiusi nella nozione di 'ragionevolezza'.

Anche nei conflitti di attribuzione l'impiego delle due marce è visibile, sebbene qui la struttura stessa del processo, per "parti necessarie", tenda comunque a drammatizzare il conflitto. Ma se guardiamo alla decisione del recente conflitto tra il Consiglio superiore della magistratura ed il Ministro di grazia e giustizia²⁵, troviamo un buon esempio di giurisprudenza per le "fasi ordinarie" (un cattivo esempio, se dovessimo però dar retta ai numerosissimi critici²⁶: ma non è del merito della decisione che qui ci importa).

Il primo dato notevole che si può trarre da questo caso è che il conflitto era sorto sull'applicazione non della costituzione, ma di una disposizione di legge ordinaria: l'art. 11, 3° c., della legge 195/1958, che disciplina il procedimento attraverso il quale si conferiscono degli uffici direttivi, prevedendo, in particolare, il "concerto" tra il Ministro e la Commissione del C.S.M. per formulare proposte al Consiglio in merito agli incarichi direttivi. E' la legge ordinaria, dunque, che ha fissato il punto di equilibrio tra opposti interessi, o se si vuole, le modalità di concorso tra due diverse attribuzioni "agganciate" in costituzione. Le potenziali connessioni tra conflitto di attribuzioni e questione di legittimità sono qui evidenti²⁷.

Il problema sottoposto alla Corte è il delicato equilibrio tra divisione e collaborazione tra poteri, equilibrio in qualche modo perseguito dal legislatore ordinario attraverso la definizione di un complesso procedimento²⁸, ma incrinatosi in un episodio specifico. In linea di principio, la Corte aveva già affermato che il punto di equilibrio interpretativo tra le due distinte ma non nettamente separate attribuzioni costituzionali²⁹ sta

²⁵ Sent. 379/1992 (in *Giur.cost.* 1992, 2996 ss.).

²⁶ Cfr. GALLO, *Intervento a Dibattito sul ruolo del C.S.M.*, in *Giur.cost.* 1992, 3968 ss.; CARLASSARE, *La giustizia e il "suo" Ministro*, in *Giur.cost.* 1992, 3319 ss.; GRASSO, *Significato letterale della legge e prassi in un conflitto tra C.S.M. e Ministro di grazia e giustizia*, ivi 3336; SORRENTINO, *Un conflitto deciso ma non risolto*, ivi 3343 ss.; CARIOLA, *A proposito della sentenza cit.*, 3044 ss.; GRISOLIA, *C.S.M. e Ministro di grazia e giustizia: il punto della questione*, in *Giur.cost.* 1993, 3159 ss.; VERONESI, *Il sindacato sul modo di esercizio del potere nei conflitti di attribuzione*, cit., 162 ss.; a favore CERRI, *Brevi note sul conflitto fra C.S.M. e Ministro di grazia e giustizia*, *Giur.cost.* 1992, 3326 ss.; TARCHI, *Il conflitto cit.*, 278-285. Cfr. inoltre SICARDI, *Il conflitto di attribuzione cit.*, 117 ss.; ROSSI, *Brevi considerazioni cit.*, 217 ss.

²⁷ Ed infatti non sono sfuggite al ricorrente, che ha pure prospettato l'ipotesi che la Corte sollevi davanti a se stessa la questione di legittimità dell'art. 17 della legge 195/1958, se interpretato nel senso che il potere del Ministro di rifiutare di dar corso alle nomine sia inerente al suo potere di proposta del decreto presidenziale di nomina, oppure quella dell'art. 11, nella parte in cui impedisce al C.S.M. di procedere alla nomina in caso di diniego di concerto.

²⁸ E parzialmente modificato dal regolamento interno del C.S.M. allora vigente, che prevedeva che al "concerto" si procedesse dopo che il plenum si fosse espresso sulle proposte della commissione.

²⁹ Da un lato, l'esclusiva competenza del C.S.M. sui provvedimenti concernenti lo status dei magistrati, ex art. 105 Cost., dall'altro la responsabilità ministeriale per l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia, ex art. 110 Cost. Ovviamente l'esigenza di equilibrio e di collaborazione deriva dalla premessa interpretativa assunta dalla Corte (già in sue decisioni precedenti: cfr. sent. 168/1963 e 142/1973) per cui il conferimento degli incarichi direttivi tocca anche l'organizzazione e il funzionamento dei servizi, premessa contestata dal ricorrente (vedi la Memoria difensiva del C.S.M. pubblicata, in calce

nel "dovere di collaborazione" reciproca³⁰. Ma ora si tratta di valutare se sia ragionevole il bilanciamento concreto tracciato dal legislatore ordinario: diviene perciò inevitabile che si trasferiscano al giudizio per conflitto di attribuzioni le categorie tipiche del giudizio di ragionevolezza sulle leggi, di cui "il principio costituzionale di leale cooperazione" è specie particolare, di grande applicazione nelle questioni insorte tra Stato e regioni. Ne segue che, come è tipico nei giudizi sulla ragionevolezza delle leggi, il dispositivo non sarà "secco" (infondatezza della questione/illegittimità della norma - spettanza/non spettanza dell'attribuzione), ma richiede "una inevitabile articolazione della decisione"³¹, che esprimerà una più o meno complessa regola di prevalenza degli interessi³²: il C.S.M. non può procedere a nomine se, in fase di proposta, sia mancata un'adeguata attività di concertazione tra commissione e Ministro; ma questi, da parte sua, non può bloccare la decisione del C.S.M. se al "concerto" sulla proposta non si sia pervenuti in tempi ragionevoli.

Definire come "mediazione" la soluzione di questo conflitto ha senso solo se si assume un profilo esterno, descrittivo e sociologico. La Corte elabora regole giuridiche (che lo faccia bene o lo faccia male è ovviamente altra questione), attraverso le quali, in punti lontani dai "picchetti" costituzionali, cerca di fissare tratti nuovi o più precisi del confine della legittimità costituzionale. Come tutte le regole che si rispettino, anche le regole enunciate dalla Corte si esprimono in termini generali e astratti, non disdegnando il ricorso a formule elastiche ("adeguata" attività, "ragionevoli" tempi di concertazione): starà poi ancora alla Corte, in un conflitto futuro, applicarle tramite un procedimento per sussunzione³³, o arricchirle tramite "*lemma-incorporation*"³⁴.

5. Sul "tono costituzionale" del conflitto

La Corte diverrebbe "mediatrice", anziché giudice, perché costretta ad inseguire la microconflittualità generata da una eccessiva polverizzazione dei "poteri" dello Stato, a sua volta causata da un pluralismo istituzionale ormai esasperato: le controversie si risolvono spesso in "questioni minute, di ordinaria amministrazione", con il pericolo di un eccessivo scadimento del "tono costituzionale" dei conflitti, contro il quale è

alla sentenza, in Giur.cost. 1992, 3021 ss., 322 s.). Ma non è il merito della decisione che qui interessa, quanto l'applicazione di un metodo di bilanciamento degli interessi.

³⁰ Sent. 168/1963. Per l'applicazione del principio di leale cooperazione ai rapporti interorganici, cfr. ora la sent. 403/1994, che risolve il conflitto insorto tra il Tribunale di Napoli e la Camera dei deputati, in merito alla richiesta di autorizzazione a procedere. In questo caso, dal principio di collaborazione si ricava che il giudice inquirente non può procrastinare a dopo l'autorizzazione a procedere atti di indagini preliminari che potrebbero essere compiuti prima, integrando così gli elementi conoscitivi su cui deve basarsi la decisione della Camera.

³¹ Così, a proposito della sentenza in esame, SICARDI, *Il conflitto* cit., 120.

³² Vedi sopra, § VII.4

³³ Nella sentenza in commento, per esempio, la regola generale fonda il riconoscimento della legittimità del comportamento concreto tenuto dal Ministro.

³⁴ Vedi sopra, § VII.5.

necessario reagire con adeguati strumenti concettuali di tipo definitorio³⁵. Vorrei provare ora a rovesciare questo ragionamento.

Il pluralismo - come già ho cercato di mostrare³⁶ - è una chiave interpretativa fondamentale per "leggere" il testo della nostra costituzione, e non riguarda solo le istituzioni ed i "poteri", ma l'intera tessitura costituzionale. La prima conseguenza del pluralismo è un certo grado di agnosticismo: nel nostro caso, non si dispone di nessun misuratore dell'importanza delle controversie che insorgono. Ovviamente ce ne sono di più "scandalose", per la qualità politica dei soggetti contendenti o dell'oggetto conteso; ma tutt'altra cosa è la qualità giuridica del conflitto, che non si presta ad essere graduata, almeno nel contesto di una costituzione marcatamente pluralista. L'esperienza dei giudizi di legittimità ci ha insegnato con chiarezza che spesso è da controversie di nessuna importanza che originano questioni e decisioni che coinvolgono i massimi principi o che portano alla fissazione di principi destinati a produrre conseguenze imprevedibili.

Ma per i conflitti vi è una ragione ulteriore, che si riannoda alla trama più profonda della teoria della costituzione. Una costituzione pluralista, tutta pervasa dall'esigenza di regolare i rapporti tra maggioranza e minoranze, non può che partire dal presupposto che tutti i problemi relativi all'importanza delle cose che attengano agli interessi delle minoranze sia sottratta a qualsiasi valutazione della maggioranza, sia cioè indecidibile attraverso la regola maggioritaria che per principio presiede alle decisioni pubbliche. Questa considerazione, che ha tutta la forza dell'evidenza se l'ambientiamo nel terreno più tipico della tutela delle minoranze, i diritti di libertà, vale anche se trasferita sul piano dei giochi istituzionali. Il pluralismo istituzionale, la moltiplicazione dei centri cui la costituzione e leggi assegnano quote di potere pubblico, è spiegabile solo in ragione della tutela di interessi che si vogliono sottratti alla disponibilità della maggioranza e degli organi in cui essa si insedia. L'agnosticismo porta ad affidare alle procedure di voto e alla regola maggioritaria la scelta di ciò che è "meglio"; il pluralismo porta a tutelare determinati interessi dagli effetti di quelle procedure e di quella regola; l'importanza della tutela di tali interessi è *in se*, costituisce il motivo per cui una certa attribuzione viene assegnata e garantita; la valutazione della gravità del pericolo che gli interessi occasionalmente corrono e dell'opportunità della conseguente reazione non può che essere affidata alle istituzioni cui è attribuita la loro tutela; non v'è spazio per altre considerazioni (giuridicamente rilevanti, s'intende) sull'importanza, o sul "tono" del conflitto che viene promosso.

In altri termini, il "tono costituzionale" di un conflitto non è suscettibile di misurazione perché non sono disponibili categorie e nozioni che consentano di predefinire la "natura" del conflitto di attribuzioni, per cui qualsiasi graduazione del "tono costituzionale" rinvierebbe a criteri esterni al discorso giuridico, probabilmente di natura politica. La Corte, quindi, non può servirsi di parametri esterni al "caso" per operare una selezione dei casi ammissibili. Perciò non può ritenersi inopportuno che essa accetti di occuparsi di casi di scarsa rilevanza politica, né, d'altra parte, sembra corretto giudicare

³⁵ Per queste tesi, per altro ben note, cfr. MEZZANOTTE, *Le nozioni cit.*, 112 s.

³⁶ Vedi sopra § XII.1.

poco funzionale un congegno costituzionale solo perché la sua applicazione è limitata (o lo è stata per un lungo periodo) ad episodi di (apparente) scarso significato.

Un sistema istituzionale perfetto - sotto il profilo costituzionale - dovrebbe essere quello in cui non viene mai posto in questione il rispetto della costituzione scritta, semplicemente perché non ce n'è bisogno: le regole costituzionali sono in uno stato di semi-quiescenza, perché il gioco politico si svolge nel loro sostanziale ed implicito rispetto³⁷. In un regime costituzionale ideale, dunque, lo strumento del conflitto di attribuzione non avrebbe alcuna applicazione: almeno sino a quando permangano le condizioni ideali, perché dopo, è ovvio, tutti gli strumenti utili a tracciare i confini della legalità costituzionale, sino allora quasi dimenticati, riprenderebbero la loro importanza. La funzionalità di uno strumento costituzionale, insomma, non può essere giudicata sulla base di quanto e di come viene impiegato, dimenticando il contesto istituzionale.

Il contesto istituzionale italiano è stato per molti decenni segnato da una notevole stabilità del sistema politico, che è riuscito a gestire i conflitti al proprio interno e con propri strumenti: è quanto - credo - una buona costituzione si auguri accada nell'attimo stesso in cui disegna gli strumenti giuridici (non politici) di soluzione di quei conflitti che, malauguratamente, dovessero sfuggire alla mediazione politica (in seguito metterò in relazione questo obiettivo della costituzione con la regola della disponibilità processuale del conflitto, che, altrimenti, non si spiegherebbe³⁸).

Negli anni in cui il sistema politico ha funzionato a dovere (come movimenti della macchina, s'intende, perché tutt'altra questione sono i risultati prodotti), il conflitto è rimasto in uno stato, come si diceva, di semi-quiescenza. O meglio, è stato impiegato non *nell'ambito del sistema politico* e dei suoi conflitti, ma *contro il sistema politico*, per delimitarne il territorio. I conflitti si sono collocati al margine del sistema politico, come sua contestazione, mossa dai rappresentanti della società civile (come nel caso dei promotori del *referendum*, classico correttivo del sistema rappresentativo) o da coloro che ne dovrebbero difendere la legalità, cioè i giudici. Spesso è sembrato, questo, uno sviluppo deforme dell'istituto del conflitto, ma forse non lo è affatto. Per un certo verso è illuminante una felice intuizione che GALGANO³⁹ mette in bocca a HEGEL, che i giudici sarebbero organi della società civile, non dello Stato. Sta di fatto che i giudici, essendo la cerniera tra società e stato, si trovano con gran frequenza a reagire contro i tentativi del potere politico di paralizzare gli strumenti di cui dispongono per presidiare la linea di separazione tra stato e società civile. I giudici non appartengono - per definizione, verrebbe da dire - al novero dei poteri "politici", e quando agiscono a tutela delle loro prerogative agiscono sempre, in fondo, per ribadire i limiti del potere politico e la resistenza delle regole giuridiche. In questo, essi svolgono una funzione omogenea rispetto

³⁷ Ho sviluppato questa tesi in *Diritti ed argomenti*, cit., 158 s.

³⁸ Vedi *infra*, § XIV.

³⁹ *Il diritto nella società post-industriale*, in "Italia oggi" 12 dicembre 1991. In senso analogo cfr. già BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*⁴, Venezia 1967, 206-208 e, per un cenno, BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova 1968, 54 (nota 70). La struttura "diffusa" del potere giudiziario evoca la "socialità" dei giudici, e li distingue da tutti gli altri poteri dello Stato (anzi, proprio la eterogeneità del potere giudiziario, che rende inapplicabili ad esso buona parte delle categorie e delle nozioni del conflitto che valgono per gli altri poteri, è stata uno dei principali fattori di destabilizzazione concettuale).

al giudizio della Corte costituzionale, quasi fossero i naturali avamposti del presidio costituito dal giudice dei conflitti⁴⁰ (come lo sono, del resto, per il giudice della legittimità delle leggi).

Capisco che il conflitto non era stato pensato dai costituenti come uno strumento rivolto a questo uso. Ma le intenzioni del costituente poco importano; in attesa di comprare il martello, anche una pesante tanaglia può servire benissimo a ribattere un chiodo. Negli ultimi anni, dopo che il sistema politico ha perso ogni stabilità e capacità di autoregolamentazione, lo strumento del conflitto conosce una stagione di grande vitalità, dato che vi ricorrono (o minacciano di ricorrervi) istituzioni che in precedenza risolvevano con ben altri strumenti i loro contrasti. D'altra parte, i giudici hanno continuato a impiegarlo con frequenza, per contestare gli episodi (si pensi al problema delle autorizzazioni a procedere) in cui il sistema politico è riuscito ancora a fare blocco e a cercare di spostare a suo favore la linea della legalità - ormai non più per l'irrefrenabile energia del Leviatano, ma per una penosa difesa di privilegi corporativi.

6. Residualità

Che i giudici siano i protagonisti principali dei conflitti di attribuzione ha poi anche un'altra spiegazione. Il conflitto non è uno strumento a se stante, ma un tassello di un più complesso strumentario rivolto ad irrobustire la difesa della legalità. Da un lato esso si salda con gli altri strumenti che fanno capo alla Corte costituzionale, ma dall'altro è una logica continuazione degli strumenti giurisdizionali di controllo sulla regolarità dell'azione dei pubblici poteri, nelle varie forme che essa assume.

Dei due sistemi, direi anzi che è il logico completamento⁴¹, in almeno due sensi. Il primo è il più evidente: rispetto agli altri presidi della legalità ("costituzionale" o "ordinaria", non fa differenza), il conflitto è uno strumento, per così dire, di secondo grado, che serve ad impedire che il controllato (il sistema politico) paralizzi il controllo. I giudici vi ricorrono tutte le volte in cui è in qualche modo negato o impedito l'esercizio della loro funzione di regolazione dei limiti di legalità entro cui può esprimersi il potere politico. Allora, attraverso il conflitto di attribuzione, è la regolazione giuridica a prevalere sulla politica, come deve essere sinché si resti nell'alveo della filosofia dello Stato di diritto. Ne vedremo in seguito un'applicazione "al limite", a proposito della Corte costituzionale giudice delle sue stesse attribuzioni⁴².

Ma, in secondo luogo, il conflitto è un completamento del sistema giurisdizionale, nel senso che ad esso si può ricorrere laddove manchino altre risorse giuri-

⁴⁰ Sotto questo profilo, una funzione simile può essere riconosciuta nel Presidente della Repubblica, come osserva SPADARO, *Prime considerazioni sul Presidente della Repubblica quale garante preventivo della Costituzione ed eventuale parte passiva in un conflitto per interposto potere*, in *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, cit., 285 ss., secondo il quale la funzione di garanzia della legalità costituzionale esercitata dal Capo dello Stato può originare conflitti di attribuzione di cui il Capo dello Stato sarebbe "soggetto interposto".

⁴¹ ZAGREBELSKY parla di "carattere aggiuntivo" del conflitto rispetto al normale controllo giurisdizionale: *La giustizia* cit., 372.

⁴² Vedi *infra*, § XV.

sdizionali. In ciò sta la *residualità* (o la *marginalità*⁴³) dello strumento⁴⁴, ma anche il limite al suo esercizio. L'obiettivo della costituzione è che vi sia una composizione giudiziale delle controversie che riguardino la regolarità dei processi decisionali e il rispetto della legalità. Buona parte di questo compito è affidato ai giudici ordinari e speciali. Ma vi sono numerose zone in cui l'intervento dei giudici non è sufficiente: per esempio, quando l'atto o il comportamento è rivolto a bloccare l'attività del giudice, esso non è impugnabile davanti ad altro organo giurisdizionale, perché altrimenti verrebbe a perdersi la "terzietà" del giudice, chiamato a giudicare di una controversia di cui è parte il suo stesso "potere", la sua stessa attribuzione in senso oggettivo (il che può venire, ma per motivi unici ed irripetibili, metafisici quasi, solo per la Corte costituzionale, come vedremo più in là); lo stesso accade quando a generare il conflitto è l'atto o il comportamento di un'autorità giurisdizionale.

Forse può essere questa una seconda linea di spiegazione della presenza prevalente dei giudici tra i protagonisti del conflitto: mentre contro atti o comportamenti invasivi compiuti da o contro organi di altri "poteri" è quasi sempre dato il ricorso a rimedi giurisdizionali (si pensi, ad esempio, all'impugnabilità delle decisioni disciplinari del C.S.M. o al vasto armamentario di cui si dispone per reagire contro gli atti del potere esecutivo), il ricorso giurisdizionale diviene impossibile quanto l'oggetto del contendere sia proprio l'estensione della giurisdizione. Ma per comprendere a fondo come si ponga il problema della residualità, forse non basta badare al solo apparato giurisdizionale in senso stretto: l'attenzione andrebbe rivolta a qualsiasi sede di composizione giuridica del conflitto. Tali sono senz'altro i meccanismi di risoluzione dei conflitti di competenze istituiti all'interno dei classici "poteri"; tali sono forse anche le forme di autodichia della Camere nei confronti dei propri componenti (vedremo poi se e in che termini possono essere prospettati conflitti di attribuzione all'interno di questi organi).

E' la legge ordinaria, quindi, a svolgere larga parte del compito di delimitare l'ampiezza d'impiego del conflitto d'attribuzione: infatti, ad essa spetta la disciplina dell'organizzazione dei poteri, pur nell'ambito dei pochi "termini" reperibili in costituzione (quali le riserve di regolamento parlamentare o il principio che vieta la costruzione gerarchica del potere giudiziario); così come sta alla legge disporre in ordine all'impugnabilità degli atti davanti alle autorità giurisdizionali. Ovviamente alla Corte

⁴³ Che la delimitazione del conflitto dovesse effettuarsi con l'ausilio del *criterio marginale*, "escludendo cioè e in ogni caso quei conflitti che abbiano nell'ordinamento *un proprio meccanismo di soluzione*, sì da rendere superfluo il ricorso alla Corte costituzionale", era già chiaro a LAVAGNA, *Diritto pubblico*, cit., 1039.

⁴⁴ La concezione residuale era già avvalorata e pratica dal Tribunale costituzionale di Weimar, che aveva sintetizzato la teoria c.d. oggettiva (ogni controversia attorno all'interpretazione costituzionale) con quella c.d. soggettiva (solo controversie tra organi costituzionali) nella teoria c.d. mista (ogni controversia insorta tra soggetti titolari di funzioni costituzionali, inclusi partiti, comuni ecc.). "La giustizia costituzionale veniva quindi definita ... come riferita a tutte le controversie (giuridiche) relative alle norme costituzionali di organizzazione che non trovassero altrimenti una soluzione giurisdizionale": GRASSI, *Conflitti* cit., 365 s., il quale nota che l'art. 37 della legge 87/1953 proprio alla "teoria mista" avrebbe fatto riferimento (368). Nella letteratura italiana, nel senso di sottolineare la residualità dello strumento, cfr. MORTATI, *Istituzioni* II, cit., 1460 (a proposito dell'ammissibilità del conflitto promosso da organizzazioni del corpo elettorale, nel procedimento referendario, per mancanza in esso, al contrario che nel normale procedimento elettorale, di comuni rimedi di tutela).

rimane il compito di sindacare la legittimità di tali leggi: ma le resta anche la competenza residuale di regolare le controversie in cui venisse contestata, in relazione a particolari situazioni, la sussistenza o l'esercizio del potere, perché qui potrebbe non esservi altro giudice, o il giudice precostituito potrebbe trovarsi in una posizione incompatibile con il canone della "terzietà". La linea che delimita l'impiego del conflitto d'attribuzione è quindi mobile e, a ridisegnarla, sono spesso le fonti sub-costituzionali.

XIII

CASI DIFFICILI, CASI POSSIBILI

Le conseguenze di una concezione residuale del conflitto di attribuzione sono ovviamente nel segno di una notevole dilatazione delle ipotesi di ammissibilità del ricorso alla Corte. Rinvio al capitolo successivo le ricadute sugli aspetti processuali del giudizio, e la considerazione del peso che essi possono assumere nell'ambito della teoria del conflitto. Vorrei qui soffermarmi su alcuni problemi di ammissibilità del conflitto davanti alla Corte costituzionale, esaminando casi molto controversi in letteratura ed altri che, se possono rappresentare ipotesi limite, costituiscono però utili esperimenti mentali per saggiare la tenuta della teoria.

Va premesso che, di regola, la prospettazione dei problemi nella letteratura critica è condizionata dalle premesse teoriche da cui si muove. Per esempio, la "personificazione" dei poteri dello Stato fa sì che ci si interroghi sulla legittimazione processuale di un organo *come se* quell'organo incarnasse le sue attribuzioni e con esse si confondesse: si finisce perciò con riconoscergli o negargli la legittimazione una volta per tutte, senza alcuna considerazione delle particolari fattezze del caso. E' chiaro che questo atteggiamento deriva dalla aspirazione (non sempre consapevole o deliberata) a predefinire le nozioni del conflitto: ed insieme con questa aspirazione esso viene qui respinto.

Applicando le premesse teoriche delineate in precedenza, la formulazione dei "casi difficili" comporta l'impegno di maggiori dosi di prudenza e fantasia. Non basta (ne serve) interrogarsi sulla astratta possibilità che, per esempio, il CNEL sollevi un conflitto di attribuzione¹, perché sarà necessario valutare invece se vi sia almeno un'ipotesi limite in cui il conflitto sarebbe proponibile: ed allora, chi vorrebbe negare al CNEL la possibilità di opporsi all'atto del presidente di una Camera, con cui si dichiarasse irricevibile una proposta di legge presentata da questo organo, espressamente negando ad esso un potere che la costituzione gli riconosce²? Sarebbe un caso di "attacco diretto" al ruolo assegnato dalla costituzione ad un soggetto nell'ambito del procedimento di formazione delle leggi. Ma che questo conflitto sia ammissibile, perché altrimenti nessun'altra tutela sarebbe riconosciuta ad un'attribuzione direttamente

¹ Sulla legittimazione del CNEL, cfr., a favore, SANDULLI, *Legge*, in *N.mo Dig. it.*, 27; PISANESCHI, *I conflitti* cit., 288; *contra* MAZZIOTTI, *I conflitti* cit., 204; MORTATI, *Istituzioni* cit., II, 1458; PUGIOTTO, *La Corte dei conti* cit., 2177; in generale, che gli organi ausiliari non costituiscono poteri è sostenuto da FERRARI (Giu.), *Gli organi ausiliari*, Milano 1956, 345)

² In questo senso cfr. SANDULLI, *Legge*, cit., 27.

ancorata al testo costituzionale, non significa nulla sul piano della qualificazione dommatica del CNEL stesso - nulla, almeno, che abbia rilievo per rispondere ad ulteriori quesiti relativi ai conflitti di cui il CNEL potrebbe in altre circostanze essere protagonista. La decisione, del tutto inattesa, che ammette la legittimazione al conflitto dei promotori del *referendum* è un bell'esempio di come la esigenza di assicurare in concreto la giustiziabilità del conflitto prevalga su ogni costruzione dommatica, non per sostituirla con una dommatica nuova e diversa, ma per delegittimare lo stesso approccio definitorio.

I "casi difficili" devono essere perciò esaminati rigorosamente come "casi" da risolvere. Alcuni si sono posti concretamente, altri vengono prospettati in via puramente ipotetica, per mettere in luce angoli periferici, di frontiera, e perciò molto interessanti, della separazione tra diritto e politica. Ne ho scelto quattro, perché mi sembrano i più significativi e "estremi", almeno rispetto al campo dei conflitti possibili circoscritto dalla dommatica tradizionale.

1. *Può un Ministro sollevare conflitto contro il Governo (o sue componenti)?*

Questo primo interrogativo si è posto concretamente, come è noto, in occasione del conflitto sollevato dal Ministro di grazia e giustizia contro il Governo e il Presidente della Repubblica, in merito alla competenza a deliberare sull'esercizio del potere di grazia. La Corte non lo ha deciso però, perché il Ministro ha rinunciato al ricorso prima della decisione di ammissibilità³.

L'approccio "definitorio" incontra grosse difficoltà nell'affrontare questo problema. Una concezione contenutistica, "oggettiva", dei poteri, stenta a liberarsi dell'eredità teorica della divisione dei poteri⁴ al punto di poter ammettere che siano configurabili come soggettività diverse gli organi che concorrono a svolgere funzioni materiali della stessa natura. Specie se il problema della legittimazione sostanziale si fonda con quella processuale, diventa ovvio che per il Governo è il Consiglio dei ministri a dover decidere la costituzione in giudizio⁵. In fondo, è quanto vorrebbe indicarci l'art. 2, 3° c., lett. g), della legge 400/1988⁶.

³ Cfr. l'ord. 379/1991, con cui la Corte dichiara l'estinzione del processo, pubblicata, insieme al ricorso, in *Giur.cost.* 1991, 3035 ss. Sull'argomento cfr. GALLO, *Ancora sul potere di grazia*, in *Nomos* 1992, 73 ss.

⁴ Vedi sopra § II.

⁵ La tesi per cui sarebbe legittimato solo il Consiglio dei ministri, che è l'organo le cui deliberazioni vincolano i componenti, è sostenuta da MAZZIOTTI, *I conflitti cit.*, I, 269-280, che esclude perciò sia la legittimazione dei singoli ministri, mancanti della *faculté d'empêcher*, tipica degli organi costituzionali (273), che quella del Presidente del Consiglio, che comunque deve fare appello al Consiglio quando intenda compiere atti di rilevanza politica (277 ss.). A conclusioni analoghe giunge anche CRISAFULLI, *Lezioni cit.*, II, 422. Così anche, pur per percorsi diversi RUGGERI, *Il Consiglio dei Ministri nella Costituzione italiana*, Milano 1981, 386 ss.; ID., *Un conflitto di attribuzioni cit.*, 272 ss. Ovviamente verso la risposta favorevole alla legittimazione dei ministri propendono invece coloro che muovono da una ricostruzione non monolitica del Governo, ed esaltano invece la funzione "costituzionale" dei ministri: cfr. ad es. RESCIGNO, *Corso cit.*, 430 e 483 (dove però si nega che siano prospettabili alla Corte *conflitti interni* al Governo), e, in termini anche più espliciti, nella prima edizione del *Corso*, Bologna 1979, 402. Ma in entrambi casi si imbecca la strada di un "atteggiamento definitorio", rivolto all'inqua-

Si deve tener presente che l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza costituzionale è stata attratta sinora (in prevalenza la prima, in via esclusiva la seconda) dal problema della legittimazione processuale dei ministri e del presidente in conflitti sorti con "poteri" estranei all'organizzazione dell'esecutivo, con la magistratura in primo luogo. Ma non è questa la prospettiva più interessante, perché pone in primo piano gli aspetti procedurali (della cui disciplina si occupa la legge 400) e quelli processuali (che, per le ragioni esposte nel capitolo seguente, appaiono di relativa importanza), e di poca luce illumina la teoria generale del conflitto. Su questo piano è di grande interesse invece l'altro aspetto del problema, quello evidenziato dal "caso Curcio": il conflitto tra soggetti che rientrano tutti in una nozione sostanziale di 'potere esecutivo'. E' proprio qui che il problema si fa serio.

Il riconoscimento della autonoma soggettività del Ministro Guardasigilli, operato dalla sent. 379/1992^{6 bis}, può infatti aprire la strada ad un possibile conflitto tra il

dramma dommatico del Governo, che è esattamente la strada che non s'intende qui praticare, rivolta com'è a ricercare una risposta generale e definitiva del problema, come se si potesse dire se il ministro possa o meno agire a tutela delle sue competenze prescindendo dal caso concreto, per ragionare invece, in termini assoluti, attorno alla posizione costituzionale del ministro e alla natura delle sue funzioni. Che questa non sia la strada praticata dalla Corte lo mette bene in luce NICCOLAI, *Fluidità delle relazioni intragovernative* cit., 1882-1885. Tuttavia, anche non seguendo una strategia definitoria, talvolta si perviene ad una risposta negativa, in ordine alla legittimazione del singolo Ministro, in considerazione del concreto atteggiarsi della lesione e, quindi, dell'interesse ad agire: cfr. ad es., a proposito dell'autorizzazione a procedere, PINARDI, *Sul carattere di "insindacabilità" della delibera parlamentare in tema di autorizzazione a procedere per reati ministeriali*, in *Giur.cost.* 1993, 3181 ss., 3194. Anche nella recente ord. 216/1995, in presenza di un conflitto sollevato dalla procura della repubblica di Napoli contro il regolamento sulla protezione dei c.d. collaboratori della giustizia, emanato dal Ministro degli interni, la Corte riafferma sì che "deve escludersi che la legittimazione passiva spetti al Ministro medesimo", ma la motivazione ("in quanto va ribadito che le attribuzioni dei singoli ministri non assumono uno specifico rilievo costituzionale") è seguita da un complemento di limitazione ("nei rapporti con gli organi giurisdizionali") che non chiude affatto la strada a diverse prospettazioni del conflitto.

⁶ Per un'interpretazione di questa disposizione che la salda all'interpretazione dell'art. 37 della legge 87/1953, con la conseguenza di accreditare la tesi che dopo la legge 400 siano da dichiarare inammissibili conflitti sollevati da organi dell'esecutivo senza una delibera del Consiglio, cfr. RUGGERI, *Un conflitto di attribuzioni* cit., 274, in nota (con riferimento al d.d.l.), ROMBOLI, *La presenza del Governo nei giudizi costituzionali dopo la l. 400/1988*, in *Foro it.* 1989, V, 317 ss, NICCOLAI, *Il conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-1989)*, Torino 1990, 239 ss., 256 s.; PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit., 785; ARCIDIACONO-CARULLO-RIZZA, *Istituzioni* cit., 463. Per una lettura più strettamente "processuale", cfr. PISANESCHI, *I conflitti* cit., 241-247, e SICARDI, *Il conflitto di attribuzione* cit., 131. In realtà, questa, alla pari di molte altre disposizioni della legge 400, naviga sullo stretto crinale tra il velleitarismo e l'inutilità: velleitario sarebbe il tentativo di dimezzare o ridurre per via di legge ordinaria i soggetti che possono rivendicare per sé la qualità (costituzionalmente rilevante) di "potere dello Stato", ed essere perciò ammessi al conflitto; ma se si accetta che, sotto un profilo sostanziale, diversi possono essere i soggetti che, all'interno del potere esecutivo, possono essere considerati "poteri" a sé stanti, inutile sarebbe invece il tentativo di unificare proceduralmente quello che è sostanzialmente diviso: giustamente osserva PISANESCHI, *I conflitti* cit., 245, che l'eventuale rifiuto dell'organo collegiale di autorizzare il conflitto potrebbe generare un conflitto ulteriore tra il Consiglio e il "potere" che l'autorizzazione ha chiesto.

^{6 bis} E confermato dalla sent. 383/1993 (in *Giur.cost.* 1993, 3127 ss.) che però ha dichiarato la cessazione della materia del contendere nel conflitto promosso dal giudice di sorveglianza contro il Ministro. Molto correttamente, invece, l'ord. 214/1995 ha negato la legittimazione a resistere al Ministro guardasigilli

Ministro e il Consiglio dei ministri⁷: cosa accadrebbe infatti se il Consiglio dei ministri rivendicasse a sé l'esercizio di quelle attribuzioni che la Corte sembra ritenere "esclusivamente affidate" al Ministro? Il problema non sarebbe affatto irrilevante, perché, come è accaduto proprio nel "caso Curcio", l'avocazione della competenza ministeriale all'organo collegiale si giustificerebbe solo in nome della rilevanza politica che assume l'atto di esercizio: rilevanza politica che, nei rapporti con il C.S.M., sembra non poterci né doverci essere, trattandosi di competenze che la Corte insistentemente riferisce alla dimensione tecnico-organizzativa. Ragione per cui la controversia si porrebbe nei termini più tipici del conflitto di attribuzione, quale strumento di regolazione dei confini tra diritto e politica⁸.

Pensare che la sua composizione debba essere trovata all'interno del potere esecutivo, per opera del suo organo di vertice - il Presidente o il Consiglio, secondo la ricostruzione dommatica che si preferisce - che ne è parte in causa, è un nonsenso, una petizione di principio: significa negare che la controversia tocchi i confini tra i separati domini della politica e del diritto costituzionale, collocandosi interamente all'interno del primo⁹. Soluzione questa che non può certo essere respinta a priori: ma dovrà costituire la risposta con cui la Corte costituzionale chiude l'esame di merito del conflitto, e non una preclusione pregiudiziale dettata da considerazioni tutte interne ai percorsi di un concettualismo astratto.

Insomma, non possiamo ritenere plausibile che la Corte, di fronte ad un conflitto di questo genere (o a quello sollevato a proposito della controfirma del decreto di grazia a favore di Curcio), ritenga il peso delle nozioni teoriche, o delle ipotesi dottrinali circa la natura monolitica o policentrica dell'organo Governo, prevalente rispetto alla esigenza di una regola che porti a chiarire un tratto ulteriore dei confini che corrono tra ciò che è giudicabile in termini di lecito-illecito e ciò che appartiene invece al libero gioco della politica. Che significato avrebbe infatti una decisione processuale di inammissibilità per carenza di legittimazione del ministro, se non quello di nascondere una decisione di merito (favorevole al Consiglio dei ministri, perché il conflitto non ha rilevanza giuridica e va risolto nella sede politica di vertice dell'esecutivo) dietro l'esile paravento del formalismo?

Sin qui si è ragionato in relazione alla particolare posizione che occupa il Ministro Guardasigilli; ma, una volta che si sia aperto un varco nel punto più favorevole all'attacco, è difficile che possa continuare a reggere l'esclusione degli altri ministri dal riconoscimento di una soggettività autonoma, quando, in relazione a specifiche vicende,

perché agiva, non in quanto investito delle competenze di cui all'art. 110 Cost., ma come commissario *ad acta* nominato dal giudice amministrativo (sicché il conflitto si è istituito tra C.S.M. e quest'ultimo).

⁷ Come è paventato da CARIOLA, *A proposito della sentenza cit.*, 3054.

⁸ Forse lo stesso C.S.M. avrebbe perciò interesse ad agire contro l'atto di avocazione, che preluderebbe ad una gestione "politica" della decisione che esso è chiamato ad assumere in "leale cooperazione" con il Ministro.

⁹ Come è pure opinione assai diffusa: cfr. per es. VIRGA, *Diritto costituzionale cit.*, 625; PENSOVECCHIO LI BASSI, *Conflitti costituzionali, cit.*, 1011 s. Nella letteratura più recente, per l'inammissibilità dei conflitti tra gli organi del Governo, oltre agli Autori citati alla precedente nota 6, cfr. per es. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova 1987, 535; RESCIGNO, *Corso cit.*, 483; CERRI, *Corso cit.*, 134 s.

la collisione tra uno di essi ed il resto del Governo mostri di superare la incerta soglia del gioco politico. Un esempio: larga parte della letteratura è dell'opinione (che non condivido) che il Presidente del Consiglio, nell'attuale quadro costituzionale e legislativo, non abbia il potere di rimuovere i ministri. E se provasse a farlo? Le stesse ragioni che spingono a negare il potere di rimozione porterebbero ad avvalorare l'ammissibilità del conflitto promosso dal ministro "dimissionato", e viceversa. Comunque, proprio perché la questione è incerta, conflitto si avrebbe, nei termini propri del diritto costituzionale: e, se investita, la pronuncia della Corte toccherebbe comunque il merito della questione, anche se si arrestasse alle formalistiche considerazioni circa la legittimazione processuale o sostanziale del ministro. O il conflitto è ritenuto ammissibile, ed allora andrà assunta una decisione di merito circa la sussistenza del potere di rimozione (e la sua titolarità) e, eventualmente, circa l'uso che di quel potere si è fatto in concreto; oppure è dichiarato inammissibile per carenza di legittimazione del ministro (altri eventuali motivi di inammissibilità qui non rilevando), e con ciò stesso, anche se formalmente non lo si dice (e non lo si motiva, di conseguenza, nei chiari termini della *ratio decidendi*), si risolve sostanzialmente nel merito la questione del ruolo costituzionale che il singolo ministro assume nell'organo complesso chiamato Governo.

E' però interessante notare che, in ogni caso, un *ad hoc approach* della Corte che trascurasse di soffermarsi su questioni definitorie circa i soggetti che, nell'ambito del Governo, possono essere qualificati come poteri, ci arricchirebbe di una regola in più con cui tracciare qualche segmento dei confini, senza che perciò venga seriamente intaccato il castello dogmatico che organizza la teoria del Governo: dal fatto che in un determinato episodio (si pensi, come il più banale degli esempi, all'ipotesi in cui ad un ministro fosse sistematicamente impedito di partecipare alle riunioni del Consiglio) possa sorgere un conflitto di attribuzione tra ministro e Governo nel suo complesso, non si può affatto concludere che il ministro diviene "potere" autonomo a tutti gli effetti (chi lo affermasse ricadrebbe nella "fallacia della personificazione dei poteri" descritta in precedenza¹⁰), e che perciò verrebbero pericolosamente incrinati i principi dell'unità, della collegialità ecc.¹¹ Al contrario, una risposta al conflitto "mascherata" con la pronuncia di inammissibilità non potrebbe essere giustificata se non attraverso un processo di deduzione che muove da una visione dommatica, olistica, e astratta del Governo e della "natura" delle relazioni interorganiche al suo interno: un *definitional approach*¹², della cui mancanza la Corte è spesso rimproverata¹³, ma in cui alla linearità (inevitabilmente solo momentanea) del ragionamento concettuale della Corte si sacrificerebbe la "leggibilità" delle linee di demarcazione tra politica e diritto e, nel campo di quest'ultimo, tra ciò che è legittimo e ciò che non lo è.

¹⁰ V. sopra, § III.4.

¹¹ In questo senso, cfr. ad es. VERONESI, "Tanto rumore per nulla" in un conflitto tra poteri sollevato dal Guardasigilli contro il Presidente del Consiglio dei Ministri e il Capo dello Stato, in *Giur.cost.* 1991, 4158 ss., 4160.

¹² Sulla contrapposizione dei due *approaches* nel diritto costituzionale statunitense, nel loro territorio di origine (il bilanciamento degli interessi), si rinvia a *Diritti e argomenti*, cit., 65-70.

¹³ Vedi sopra, § II.1 nota 7.

2. Può la minoranza parlamentare (o addirittura un singolo deputato) agire contro una Camera?

La dottrina ha incontrato molte difficoltà nella spiegazione dei rapporti che intercorrono, sotto il profilo della legittimazione al conflitto, tra le Camere e tra queste e i loro organi interni. Innumerevoli sono gli interrogativi: chi possa agire a tutela della funzione legislativa (ciascuna Camera¹⁴? l'ultima a deliberare¹⁵? entrambe, congiuntamente¹⁶?), chi per la verifica dei poteri¹⁷, chi per l'autonomia contabile¹⁸; e poi, se vi possa essere un conflitto promosso contro la Camera di appartenenza da parte di una commissione, di un gruppo parlamentare, da un singolo deputato ecc.

Il "caso difficile", dalla cui soluzione mi aspetto i risultati più promettenti per saggiare la "tenuta" operativa dell'impostazione data alla teoria del conflitto, è forse quello del conflitto promosso da una minoranza della Camera. Poniamo l'ipotesi che, con un colpo di mano, la maggioranza di una Camera introducesse regole capestro nel proprio regolamento: per esempio, limitazioni assai pesanti al diritto di parola o il divieto di presentare emendamenti a certi disegni di legge; oppure che, occasionalmente, il Presidente della Camera non desse corso a richieste specifiche delle minoranze, come il ritorno della discussione del progetto di legge al procedimento ordinario o la proposta di mozione di sfiducia al Governo regolarmente sottoscritta; o persino - ed è l'ipotesi più ardita - che, in sede di verifica dei poteri, la maggioranza imponga una decisione palesemente arbitraria al solo fine di consolidare le proprie posizioni. E' immaginabile che la Corte resti esclusa dal regolare il conflitto che sorgesse tra minoranza parlamentare e maggioranza per questi motivi? Non sarebbe in gioco, in ognuno di questi casi, uno dei "termini" cardine della forma di governo e di stato?

E' palese che, nei casi ipotizzati, nessun altro strumento di tutela giuridica sarebbe praticabile, perché tutti gli organi ed i procedimenti interni - quelli, cioè, cui dovrebbe essere affidata di norma la composizione dei conflitti "interni" - verrebbero attraversati dalla linea di scontro tra maggioranza e minoranza. Di fronte ad una situazione di tale gravità, non è certo pensabile che la Corte se ne resti trincerata dietro a preconcepite nozioni di potere, a formalistiche considerazioni in merito all'appiglio costituzionale delle attribuzioni rivendicate, a metafisiche riflessioni sull'essere o meno

¹⁴ In questo senso CRISAFULLI, *Lezioni*, II, cit., 423; PUGIOTTO, *La Corte dei conti* cit., 2179; ZAGREBELSKY, *Giustizia* cit., 384

¹⁵ Cfr. CRISAFULLI, *Lezioni*, II, cit., 423.

¹⁶ Cfr. PISANESCHI, *I conflitti* cit., 260.

¹⁷ Cfr. MAZZIOTTI, *Osservazioni sulla natura dei rapporti fra la Giunta delle elezioni e la Camera dei deputati*, in *Giur.cost.* 1958, 418 ss. (dove però non si affronta il problema specifico del conflitto); DI CIOLO, *Incompatibilità parlamentari e conflitto tra poteri*, in *Giur.cost.* 1966, 662 ss., spec. 674-677; LIPPOLIS, Art. 66, in *Commentario della Costituzione* cit., *Le Camere*, II, Bologna - Roma 1986, 115 ss., spec. 159 ss. (dove però si prende in considerazione la sola ipotesi di un accesso alla Corte attraverso un giudizio incidentale di legittimità costituzionale); PISANESCHI, *I conflitti* cit., 264 ss.

¹⁸ Cfr., in relazione valla ord. 150/1980 e alla sent. 129/1981 che hanno posto in concreto il problema, OCCHIOCUPO, *"Teologia dei corpi separati"*, cit.; LOMBARDI, *L'autonomia contabile* cit., 1283 ss.; PUGIOTTO, *La Corte dei conti* cit., 2179, PISANESCHI, *I conflitti* cit., 267 ss.

il ricorrente in grado di "esprimere in ultima istanza ecc.", o, per dire l'ultima, al rinverdito mito della insindacabilità degli *interna corporis*, regolamento parlamentare incluso. Equivarrebbe a rinunciare a svolgere il proprio compito, e proprio nel momento in cui ad esso viene richiesto di assumere il suo significato più intenso.

Se però si accetta l'idea che la Corte possa in questi casi essere adita, potremmo trovare almeno un'ipotesi in cui ripetere le stesse considerazioni per ogni soggetto, individuale¹⁹ o collettivo²⁰, che popola le Camere. Andando subito al più estremo, difficile e provocatorio degli esempi, che dire del parlamentare che si vede dichiarare una sua proposta di legge (attribuzione formalmente agganciabile al testo costituzionale) o un emendamento (attribuzione indirettamente agganciabile al testo costituzionale) o una proposta di risoluzione (attribuzione agganciabile soltanto al regolamento interno) inammissibile perché, sempre per ipotesi, per quella materia il regolamento "riformato" riserva l'iniziativa alla maggioranza? Qui avremmo, sempre in ipotesi, un *content-direct abridgments*, per mutuare una terminologia corrente in altri settori del diritto costituzionale²¹: un attacco diretto ad elementi qualificanti il ruolo stesso del parlamentare.

¹⁹ Sfavorevoli a riconoscere la legittimazione dei singoli deputati sono MAZZIOTTI, *I conflitti* cit., I, 234, che la esclude perché essi non sono in grado di frenare l'azione della camera di appartenenza; MORTATI, *Istituzioni* cit., II, 1459; MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna 1977, 244 (con riferimento all'azione a difesa dell'immunità parlamentare); DONATI, *Interrogativi vecchi e nuovi sulle immunità parlamentari*, in *Giur.cost.* 1988, II, 2377 ss., 2410; PINARDI, *Sul carattere di "insindacabilità"*, cit. 3191 (incidentalmente, ancora a proposito dell'azione a difesa dell'immunità). Aperture invece in ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari*, Torino 1979, 98 s.; MANETTI, *La legittimazione del diritto parlamentare*, Milano 1990, 164; ZANON, *I diritti del deputato "senza gruppo parlamentare" in una recente sentenza del BVfG*, in *Giur.cost.* 1989, II, 1147 ss., 1179-1187 (che opportunamente osserva che il problema non è ergere il deputato a "potere dello Stato", bensì "riconoscere che decisioni od omissioni della camera di appartenenza possono ledere i diritti del singolo rappresentante": 1180, ed avanza l'ipotesi di un conflitto promosso dal singolo deputato contro il "cattivo uso" dell'autonomia regolamentare spettante alla camera di appartenenza: 1181, o di violazione di norme regolamentari che concretizzano precetti costituzionali: 1186); *adde* ID., *Il libero mandato parlamentare*, Milano 1991, 312 ss.; in senso analogo anche LUTHER, *Cenni di diritto comparato sui conflitti di attribuzioni tra i poteri dello Stato*, in *La Corte costituzionale e gli altri poteri* cit., 99 ss., 111; PISANESCHI (*I conflitti* cit., 271-273), è molto esitante, non riuscendo forse a portare alle inevitabili conseguenze il rifiuto dell'entificazione delle attribuzioni e l'opzione per un ragionamento che prenda in considerazione solo le specifiche attribuzioni che vengano in rilievo nel caso particolare. Osserva TARCHI, *Il conflitto* cit., 289, nota 116, che la frequenza dei contrasti tra i membri delle assemblee elettive e le assemblee stesse si rivela assai elevata in questi sistemi in cui esiste uno strumento per farli emergere, come il ricorso in via di *amparo* in Spagna.

²⁰ MAZZIOTTI è propenso negare legittimazione a commissioni (*I conflitti* cit., I, 234-253), e gruppi (*ivi*, 253-259), con qualche apertura a favore delle minoranze (e per i gruppi che le rappresentano: *ivi*, 259-264); in senso analogo, ma ammettendo la legittimazione della c.d. "commissione inquirente", MORTATI, *Istituzioni* cit., II, 1459, che ammette anche le minoranze che siano titolari di "attribuzioni costituzionalizzate" o previste dal regolamento interno; così anche BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto* cit., 657 e PISANESCHI (*I conflitti* cit., 275 ss.), il quale estende la legittimazione alle commissioni, ma non ai gruppi, che tali attribuzioni non avrebbero; a favore, ma *de jure condendo*, PINNA, *La Corte costituzionale* cit., 156.

²¹ Per la quale, impiegata usualmente a proposito della libertà di espressione, cfr. TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola, N.Y. 1978, 580 ss.; STONE, *Content-Neutral Restrictions*, in 54 *U.Chi.L.Rev.* 1987, 46 ss.; SINGH, *The Indirect Regulation of Speech: A Time and a Place for Everything?*, in *Public Law* 1988, 212 ss.

Tramite suo, è attaccato il principio stesso della rappresentanza e sono compromesse le stesse prerogative del corpo elettorale, soprattutto in un sistema elettorale che si articola per collegi uninominali.

Ipotesi non dissimili si possono delineare anche a proposito dei gruppi parlamentari. Il fatto che qui non vi sia "copertura" costituzionale appare irrilevante di fronte al ruolo che i gruppi, in base ai regolamenti parlamentari stessi, assumono nell'organizzazione e nel funzionamento delle istituzioni parlamentari. Sarà pure vero che in molte funzioni i gruppi sono fungibili da raggruppamenti occasionali di alcuni parlamentari²²; ma che accadrebbe se un gruppo fosse escluso o fortemente discriminato nella composizione di Giunte o Commissioni che, per prescrizione di legge o del Regolamento debbano, essere composte "in modo da rispecchiare la proporzione dei Gruppi parlamentari"²³? E' chiaro che in tutte queste circostanze non è l'attribuzione astratta o il riconoscimento formale, ma la situazione concreta a creare il "potere"; ma questo, lungi da entificarsi, si costituisce e si dissolve con la situazione, nel "caso"²⁴.

3. Quanto dura il "potere" dei promotori del referendum?

Quest'ultima considerazione ci può guidare in un'altra questione difficile: che futuro avrà la legittimazione processuale del comitato dei promotori del *referendum*?

PACE²⁵ suggerisce l'idea che la Corte costituzionale, con la celebre sent. 69/1978, abbia compiuto un'operazione un po' disinvolta: essa avrebbe "sconvolto l'architettura costituzionale", legittimando poteri "esterni" allo Stato-autorità, ma tutto ciò sarebbe stato un passo puramente tattico in vista del vero obiettivo, dichiarare l'illegittimità della legge sul *referendum*; pertanto la portata innovativa di quella decisione è destinata ad essere fortemente ridimensionata, perché la Corte stessa "non andrà oltre i termini della sent. 69 del 1978", ma anzi si produrrà in futuro in interpretazione rigorosamente restrittive delle indicazioni rivoluzionarie in essa contenute. Tale previsione²⁶ verrebbe già corroborata dalle successive ordinanze della Corte, che hanno sistematicamente negato ai promotori del *referendum* di impugnare le decisioni interpretative dell'ufficio centrale.

Ma se la sent. 69/1978 ha sconvolto, come senz'altro è accaduto, molte ricostruzioni teoriche dell'architettura costituzionale, lo ha fatto per aver applicato con coerenza un principio architettonico fondamentale del sistema costituzionale: il principio per cui nessun organo dello Stato può produrre decisioni capaci di bloccare il funzionamento di

²² Vedi ad es. gli artt. 110-114 del Reg. Camera.

²³ Art. 56, 3° c., Reg. Camera.

²⁴ Osserva a ragione ZANON che "l'attribuzione al singolo parlamentare della qualità di «potere dello Stato» è decisiva solo da un punto di vista formale...: sostanzialmente decisivo è invece il rilievo che in gioco sia la tutela di un diritto costituzionale appartenente al «titolare di una pubblica funzione costituzionalmente rilevante e garantita»" (*I diritti del deputato* cit., 1185).

²⁵ *Strumenti* cit., 156-159.

²⁶ Condivisa per altro da GRASSI, *Conflitti* cit., 382. Ma la previsione è ora smentita dalla recentissima sent. 161/1995, con cui la Corte ha ammesso (e accolto) il ricorso dei promotori contro il decreto-legge sulla c.d. "par condicio" (di analogo tenore anche la successiva ord. 226/1995).

un soggetto o di un processo decisionale previsti dalla costituzione, senza che contro quelle decisioni sia possibile reagire contestandone la legittimità. In altri termini, ha applicato con coerenza lo stesso principio cui si ispira l'istituto del conflitto di attribuzione. E' noto che il passo compiuto dalla Corte non era privo di supporti autorevoli in letteratura²⁷. Si può dire²⁸ che due ragionamenti convergessero in tale direzione: da un lato, l'argomento "sostanziale" di MAZZIOTTI, che il referendum appartiene alle attività capaci di limitare i poteri spettanti agli organi dello Stato; dall'altro, l'argomento "processuale" di MORTATI, che non vi sarebbero altri modi per impedire l'eventuale menomazione dello strumento previsto dall'art. 75. Ma di convergenza, appunto, si tratta, nel senso che i due requisiti devono coesistere affinché possa attivarsi quel meccanismo residuale che è il conflitto.

Si noti anzitutto che l'Ufficio centrale della Cassazione non è certo un organo costituzionale, né è in alcun modo assegnatario di attribuzioni costituzionali. E' la legge ad istituirlo come arbitro della regolarità formale delle pratiche referendarie: era solo una delle moltissime scelte che il legislatore ordinario poteva compiere nel disegnare i meccanismi che conducono all'indizione del *referendum*. Tuttavia, una volta istituito, esso è divenuto un elemento centrale del procedimento, capace da solo di bloccarlo, impedendo così questa forma di esercizio della sovranità popolare: è diventato, quindi, un elemento determinante nel sistema concreto di far funzionare il meccanismo costituzionale²⁹. Per di più, le decisioni dell'Ufficio non sono impugnabili: ed anche questa è una scelta puramente legislativa. Terzo fattore, sempre la legge prevedeva (o sembrava prevedere) un blocco quasi automatico della procedura referendaria a seguito dell'esercizio del potere legislativo nella materia, sicché qualsiasi riforma legislativa, anche di pura facciata, avrebbe potuto frustrare i tentativi di attivare una consultazione elettorale.

Ha perfettamente ragione PACE nell'affermare che la decisione della Corte era essenzialmente rivolta ad innescare un giudizio incidentale in cui dichiarare l'illegittimità di quest'ultima previsione della legge ordinaria. Si conferma così, in fondo, la duttilità del conflitto di attribuzione e la sua complementarietà con il giudizio di legittimità³⁰, entrambi funzionalizzati all'obiettivo di garantire la legalità costituzionale contro ogni tentativo di straripamento del potere politico. Verrebbe quasi da dire, badando alla sostanza anziché alla esattezza formale, che il vero conflitto la Corte l'ha instaurato tra promotori del referendum e le Camere³¹, con oggetto la legge, quella legge "meramente manipolativa" con cui le seconde avevano tentato di bloccare l'iniziativa dei primi - mentre sempre la legge, ma questa volta quella dichiarata illegittima in via

²⁷ Vedi sopra, § III.2.

²⁸ E, in questo senso, cfr. BRANCA, *A prima lettura* (commento alla sent. 69/1978), in *Giur.cost.* 1978, I, 589 ss., 592.

²⁹ Vedi sopra, § IV.3.

³⁰ Su questo aspetto cfr. NOCILLA, *Brevi note in margine ad un conflitto fra poteri*, in *Giur.cost.* 1978, I, 744 ss., 752 ss.

³¹ Un acceno in questo senso in MAZZIOTTI, *Poteri esterni allo Stato-persona come parti dei conflitti di attribuzione e questioni di ammissibilità del referendum*, in *Giur.cost.* 1978, I, 977 ss., 988 s., ove si suggerisce che sarebbe stato opportuno che la Corte disponesse la notifica anche alle Camere.

incidentale, bloccava³² le mani all'organo deputato a controllare la correttezza dei comportamenti, non solo dei promotori del *referendum*, ma anche del potere legislativo.

Nata da un'occasione così specifica, ma collegata ad un senso così profondo dell'istituto del conflitto, l'estensione dei 'poteri dello Stato' quale conseguenze potrà avere? La risposta può articolarsi su tre livelli: ad un primo livello le previsioni devono guardare ai rapporti tra i protagonisti "formali" del conflitto, i promotori e l'Ufficio centrale; ad un secondo livello bisogna estendere l'osservazione all'altro protagonista "sostanziale" del conflitto, il potere legislativo; ad un terzo livello ci si può chiedere quali altri "poteri esterni" possono essere riconosciuti. Mi limito, in questo paragrafo, ad affrontare il primo e accennare all'ultimo livello, perché dell'altro dovrò occuparmi nel paragrafo successivo.

Dopo la storica sentenza del '78, la Corte non ha più ammesso conflitti tra promotori e Ufficio della Cassazione^{32 bis}. Perché? Non è mai stata rimessa in discussione la legittimazione del comitato dei promotori, anche se all'acuminata analisi concettuale può essere apparsa qualche fluttuazione della Corte nell'inquadrarne con esattezza i profili soggettivi³³.

In alcuni casi³⁴ la Corte ha respinto i ricorsi motivando l'inammissibilità per un motivo di ordine oggettivo: le contestazioni riguardavano il merito delle decisioni dell'Ufficio centrale, il suo "motivato apprezzamento", e non il potere in sé dell'Ufficio di prendere quelle decisioni, né la regolarità del modo da esso impiegato per arrivarvi. Si tratta del tipico problema che si pone ogniqualevolta il conflitto abbia come oggetto il "cattivo uso" del potere: e, come sempre capita in questi casi, inammissibilità e infondatezza del ricorso tendono a coincidere con maggior evidenza che nelle altre circostanze³⁵. I giudizi della Corte, del resto, sono disseminati un po' dovunque di situazioni di questo tipo: basti pensare a come il profilo dell'inammissibilità e quello dell'infondatezza si intreccino e si confondano ogniqualevolta la Corte, in sede di giudizio di legiti-

³² Come osservava CRISAFULLI, *A prima lettura* (commento a sent. 68/1978), in *Giur.cost.* 1978, I, 580 ss.

^{32 bis} Si veda però ora, a smentita di tutte le opinioni tendenti a sminuire la "tenuta" della legittimazione dei promotori, la recentissima sent. 161/1995, sulla c.d. "*par condicio*" (nonché la successiva ord. 226/1995).

³³ Cfr. per es. MAZZIOTTI, *Poteri esterni* cit., 979 ss., PISANESCHI, *I conflitti* cit., 292 s.

³⁴ Mi riferisco alle sent. 30e 31 del 1980 (in *Giur.cost.* 1980, I, 218 ss. e 232 ss.), precedute dalle ord. 1e 2 del 1979 (in *Giur.cost.* 1979, I, 3 ss. e 10 ss.), nonché alle ord. 42/1983 (in *Giur.cost.* 1983, I, 153 ss.) e 30 maggio 1990 (senza numero: in *Giur.cost.* 1990, 1613 ss., con in calce ricorso e memorie di parte, nonché nota di PISANESCHI). Il problema è toccato, sia pure solo di profilo, anche nelle ord. 43-45del 1983 (in *Giur.cost.* 1983, I, 157 ss.): ma in questi casi i promotori avevano cercato di sollevare il conflitto contro il Presidente della Repubblica, per l'atto di promulgazione di una legge che si presumeva viziata nel procedimento (ord. 43), o contro il Governi, in relazione ad un progetto di legge non ancora promulgato (ord. 44 e 45), assumendone l'irregolarità procedurale (perché il Governo aveva posto la fiducia su un disegno di legge teso a evitare il referendum), e cercando di usare la sede del conflitto per sollevare eccezioni di incostituzionalità; la Corte ha avuto buon gioco nel negare l'esistenza di *materia* di conflitto, ricordando che, comunque, le attribuzioni dei ricorrenti sarebbero tutelate, di fronte ad una legge perfetta tesa ad evitare il *referendum*, dagli accertamenti compiuti dall'Ufficio centrale.

³⁵ Perché se non vi sono segni evidenti, "esterni", del cattivo uso, il ricorso è ad un tempo infondato (l'uso non è "*manifestamente cattivo*") e inammissibile (il giudizio della Corte dovrebbe varcare la soglia di ciò che è *manifesto*). Più in generale, vedi sopra, § XII.3.

timità, non accolga le censure mosse contro la ragionevolezza delle scelte "discrezionali" del legislatore. Nel giudicare sulla discrezionalità del legislatore la Corte si trova in una situazione simile al giudizio sull'uso che l'Ufficio centrale fa delle proprie attribuzioni: in entrambi i casi la Corte prova l'imbarazzo di chi giudica dell'estensione delle proprie attribuzioni, sicché ad ogni avanzamento del proprio giudizio non può che corrispondere un eguale arretramento della sfera riconosciuta all'altro potere. Nei rapporti con l'Ufficio centrale questa situazione è particolarmente evidente, data la non precisa separazione che esiste tra il giudizio di legittimità, che spetta a quell'Ufficio, e il giudizio di ammissibilità, che spetta alla Corte: per cui il conflitto di attribuzioni, sorto in origine tra promotori del referendum e legislatore ordinario, corre sempre il rischio di scivolare sulla questione della ripartizione di compiti tra Corte e Ufficio centrale.

Con altre ordinanze, più interessanti³⁶, l'inammissibilità è stata pronunciata per carenza dell'elemento soggettivo del conflitto. In un caso il comitato dei promotori, in un altro un singolo elettore, avevano cercato di sollevare il conflitto contro il potere legislativo, per i contenuti e i modi dell'intervento legislativo diretto a correggere gli effetti del referendum abrogativo, lamentando in sostanza un'alterazione del risultato del referendum stesso. Quanto al ricorso del comitato dei promotori, la Corte ha negato che esso potesse "entificarsi", stabilizzando le proprie attribuzioni come una componente stabile dell'ordinamento: "la volontà manifestata dal responso favorevole all'abrogazione delle disposizioni legislative sottoposte a referendum esaurisce la sua rilevanza giuridica nell'effetto abrogativo", sicché, proclamati i risultati, firmatari e promotori non sono più qualificabili "come entità soggettiva" legittimata a sollevare conflitto. Tanto meno lo è il singolo cittadino, che "in nessun caso ... può, *in ordine al settore inciso dal referendum*, ritenersi investito di una funzione costituzionalmente rilevante".

Le due decisioni sono interessanti per motivi diversi. Affermare che un "potere dello Stato", in senso soggettivo, cessa di essere tale non appena si esaurisca il procedimento nel cui ambito esso appare titolare di un'attribuzione costituisce - come ho cercato sin qui di mostrare - una regola generale, valida cioè per tutti i conflitti di attribuzione e per tutti i loro protagonisti: significa negare che i "soggetti" siano percepibili come tali al di fuori dell'esercizio di specifiche attribuzioni. Non è dunque da leggere come un ripiegamento della Corte sul terreno dell'estensione *extra moenia* della legittimazione al conflitto: ma come applicazione anche ai "poteri" non strettamente imputabili allo Stato-autorità di un criterio generale di definizione del 'potere' - quello stesso criterio che, in fondo, ha consentito di legittimare i "nuovi" poteri, stessero essi fuori "dal palazzo" (come i promotori) o dentro i "poteri" tradizionali (i ministri).

Può essere che l'applicazione di questa regola, sommata al *self-restraint* che la Corte pratica di fronte alle richieste di sindacare l'uso che fa l'Ufficio centrale delle proprie competenze, porti ad una sorta di atrofizzazione dello strumento riconosciuto al comitato dei promotori con la sent. 69/1978. Tuttavia, come in ogni ipotesi in cui la Corte abbia riconosciuto la possibilità di sollevare conflitto per il cattivo uso del potere, il dato fondamentale è che lo strumento di reazione sia apprestato, e possa essere attivato almeno in quei casi di uso così distorto da presentarsi come un *direct*

³⁶ Si tratta delle due ordinanze 6 luglio 1988 (senza numero), in *Giur.cost.* 1988, I, 4797 ss.

abridgment nei confronti dell'esercizio di attribuzioni altrui^{36 bis}. Che, poi, le ipotesi in cui l'uso dello strumento verrà consentito in futuro siano definibili solo con grande vaghezza, è indubbiamente uno svantaggio per la certezza dei rapporti giuridici: svantaggio sicuramente inferiore, però, a quello che si produrrebbe se la Corte seguisse criteri più estremi, ossia la totale negazione o l'incondizionata affermazione del proprio potere di sindacare l'uso di tali attribuzioni. La Corte può graduare, incontestata, le sue attribuzioni: la prudenza è il minimo che le si può chiedere in cambio.

L'altra decisione sfiora - ma sfiora solo, come vedremo - il problema della legittimazione al conflitto del singolo cittadino, e quindi l'ipotesi estrema di diffusione dei poteri "esterni" allo Stato-autorità. Le circostanze sono delle più infelici: un magistrato pensa di promuovere, ma come semplice cittadino-elettore, il conflitto contro la legge che, accusata di essere infedele ai risultati del referendum, lo tocca nei suoi interessi di magistrato. Così impostata, la partita era persa in partenza: infatti la Corte afferma con perentorietà "che in nessun caso ... il singolo cittadino può ... ritenersi investito di una funzione costituzionalmente rilevante tale da legittimarlo ecc.". Tuttavia una certa prudenza suggerisce alla Corte di collocare questa affermazione nell'ambito specifico del ricorso, e quindi della possibilità di agire dopo la conclusione del procedimento referendario e "in ordine al settore legislativo inciso dal referendum".

La prudenza è apprezzabile, perché non è possibile *in astratto* né escludere né affermare la legittimazione del singolo cittadino. Se le cose sostenute sin qui sono corrette, non si può trattare di una questione di numero, ma della posizione che il singolo viene a ricoprire rispetto a certi meccanismi decisionali: e questa posizione non la si può afferrare guardando ai "poteri" disegnati dalla costituzione, ma a come i meccanismi e gli equilibri costituzionali sono fatti funzionare in concreto dalle leggi e dalle prassi. In altre parole, non è problema di numero, ma di qualificazione: il cittadino può essere legittimato quando cessa di essere un privato cittadino e assuma una determinata funzione (per esempio, quella di commissario d'accusa o di "giudice aggiunto" nei giudizi d'accusa). Ma, sotto questo profilo, anche quando assume la veste dell'elettore, il cittadino acquista una qualifica pregnante: se questa si accompagna poi all'esercizio di un'attribuzione specifica, difendibile in sede di giudizio, dipende soltanto dalle leggi in materia elettorale. Non lo si può decidere *a priori*, sulla base di schemi astratti, tracciati una volta per tutte.

4. Una (apparente) divagazione: può sorgere conflitto per un atto legislativo?

In nessuna delle decisioni relative al referendum abrogativo si è contestata la possibilità, pur sfiorata come si è visto, di un conflitto avente ad oggetto una legge³⁷.

^{36 bis} Ed infatti puntuale conferma della funzionalità dello strumento apprestato è stata data con la recente sentenza 161/1995 sulla c.d. *par condicio*, citata alla precedente mota 32 bis.

³⁷ Di assai scarso peso è infatti un accenno elittico (su cui richiama l'attenzione PUGIOTTO, *La Corte dei conti* cit., 2181, nota 28) contenuto nell'ord. 43/1983, in cui, accertato che i promotori intendeva in realtà muovere il conflitto nei riguardi del potere legislativo, si osserva che, "*a tacer d'altro*", la sfera delle loro attribuzioni è tutelata dall'Ufficio centrale.

Tuttavia, come si trova scritto nella sent. 406/1989³⁸, "la Corte ritiene che, *in linea di principio*, il conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato non possa ritenersi dato contro una legge o un atti equiparato"³⁹. La formula ha il tenore tipico delle affermazioni di principio, già munita della clausola (messa in corsivo nella citazione⁴⁰) che ne limita la portata e predispone la regola ad incorporare le future eccezioni⁴¹. La Corte, insomma, non chiude definitivamente la porta all'impugnazione delle leggi come oggetto di conflitto; sottolinea però la necessità di "bilanciare la relativa latitudine della cerchia degli organi abilitati al conflitto fra poteri (non necessariamente organi costituzionali) con una più rigorosa delimitazione dell'ambito oggettivo del conflitto stesso", e, d'altra parte, avverte il pericolo che ammettere la sperimentabilità del conflitto contro una atto legislativo costituisca "un elemento di rottura del nostro sistema di garanzia", imperniato com'è sul sindacato incidentale di legittimità⁴².

Sono argomentazione di indubbio peso: soprattutto se vengono ricondotte al caso che la Corte stava affrontando. Se fosse stato consentito alla Corte dei conti di impugnare in via diretta, attraverso il canale del conflitto, la legge 400/1988, nella parte in cui questa sottrae a controllo di legittimità gli atti con forza di legge del Governo, non avrebbero più tenuto i tratti di fondo (sindacato indiretto, incidentalità, "rottura" tra la concretezza del giudizio principale e "astrattezza" del giudizio costituzionale ecc.) che compongono la fisionomia del sindacato di legittimità nel nostro ordinamento

³⁸ In *Giur.cost.* 1989, I, 1831 ss., 1837 (corsivo aggiunto).

³⁹ Nella giurisprudenza costituzionale si ritrova qualche passaggio che può preludere a questa argomentazione: per es., nella sent. 358/1985 la Corte sembra negare l'impugnabilità del decreto-legge in sede di *conflitto intersoggettivo*, "trattandosi in ogni caso di operazione normativa, che, *per la sua natura legislativa*, si sottrae, e sottrae i suoi effetti, all'esperimento del conflitto di attribuzione" (in *Giur.cost.* 1985, I, 2505 ss., 2520: corsivo aggiunto; questo precedente è segnalato da PUGIOTTO, *La Corte dei conti* cit., 2189, nota 47); questa affermazione è ripresa, sempre nel contesto di un conflitto intersoggettivo, nella sent. 314/1990, dove però si aggiunge, mettendo ben in risalto la funzione residuale del conflitto, che la Regione non può sollevare conflitto contro il decreto-legge "*dal momento che*, al fine di ripristinare l'integrità delle proprie competenze costituzionali eventualmente lese da atti statali di carattere legislativo, ... *dispone del distinto strumento* del ricorso di legittimità costituzionale in via principale" (in *Giur.cost.* 1990, 1997 ss., 2010: corsivo aggiunto). E' vero però che in dottrina è pacifico che gli atti legislativi non possano essere oggetto di conflitto tra Stato e regioni (cfr. GROTANELLI DE' SANTI, *I conflitti* cit., 99; 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, 1869 ss., 1873 s.), al contrario di quanto si ritiene invece a proposito dei conflitti interorganici (vedi *infra*, nota 43 di questo §).

⁴⁰ Sottovaluta invece la portata di questo inciso, a fronte del tenore assoluto delle argomentazioni sviluppate poi dalla Corte, CICCONETTI, *L'esclusione* cit., 1870, nota 4.

⁴¹ Vedi sopra, § VII.5.

⁴² Osserva acutamente CICCONETTI, *L'esclusione* cit., 1874 s. che la Corte cade in contraddizione quando argomenta contro l'esperimento del conflitto con oggetto atti legislativi, in considerazione della difficoltà di applicare a tali atti la misura dell'annullamento ex art. 38, legge 87/1953, mentre poi ammette il ricorso promosso contro l'emanazione del decreto legislativo, per omessa sottoposizione a controllo di legittimità, ricorso che, se accolto, avrebbe comunque comportato l'annullamento dell'atto, che pure è equiparato alla legge. Ma questa contraddizione si comporrebbe se la Corte, come suggerisce CIRIELLO, *Corte dei conti e controllo sugli atti di normazione primaria del Governo*, in *Giur.cost.* 1989, I, 1875 ss., 1877, si limitasse a annullare l'atto esecutivo (nel caso: l'omessa sottoposizione a controllo), lasciando impregiudicata la legittimità della fonte primaria, salva la possibilità di sollevare difronte a se stessa la questione incidentale di legittimità.

costituzionale. Ma, soprattutto, nel caso di specie, riconoscere la ammissibilità del ricorso sarebbe stato perfettamente inutile. Lo dimostra il fatto che la Corte abbia potuto esprimersi in merito alla costituzionalità della legge 400 con la stessa sentenza in cui negava l'ammissibilità del conflitto contro quella legge: decidendo del conflitto promosso contestualmente contro l'omessa sottoposizione a controllo di un atto del Governo. Dunque, mancava la residualità del conflitto. Solo ragionando in termini formalistici, si può dire allora che quanto la Corte ha affermato in merito al conflitto contro gli atti legislativi costituisca una vera e propria *ratio decidendi*.

Il problema della esperibilità del conflitto contro atti legislativi, come è noto, trova invece la dottrina orientata in prevalenza verso una risposta positiva⁴³. Di tutte le argomentazioni che vengono addotte, le più persuasive, specie alla luce di quanto sin qui si è detto sulla funzione del conflitto, sono quelle che sottolineano l'esigenza di non negare la "giustiziabilità" di eventuali sopraffazioni delle altrui attribuzioni compiute con atti legislativi. Non sempre, infatti, le due forme di accesso al sindacato di legittimità delle leggi sono sufficienti ad assicurare la possibilità effettiva del controllo di costituzionalità; si pone perciò la necessità di individuare uno strumento residuale.

L'importanza della questione non è mai sfuggita alla Corte. E' stata questa, in fondo, una delle motivazioni esplicite della contestatissima sent. 266/1976, in cui la Corte riconobbe la natura giurisdizionale del controllo preventivo esercitato dalla Corte dei conti⁴⁴; ed è alla stessa ragione che si ispira il "suggerimento"⁴⁵ che la Corte inserisce nella sent. 18/1970, indicando la possibilità di impugnare in via diretta, in sede di giudizio di legittimità, la delibera del Consiglio regionale che tentasse di adottare con regolamento ciò che va invece approvato con legge, in frode alla regola costituzionale

⁴³ Cfr. LUCIFREDI, *Attribuzioni* cit., 297 (che porta il classico esempio della legge che esonera dalla pena il reo condannato con sentenza irrevocabile); PENSOVECCHIO, *Conflitti* cit., 1006; GROTTANELLI DE' SANTI, *I conflitti* cit., 16, nota 30, 26; MAZZIOTTI, *I conflitti* cit., II, 33 ss.; LAVAGNA, *Diritto pubblico*, cit., 1038; SORRENTINO, *I conflitti* cit., 754 s.; ID., *Commento* cit., 465 s.; CRISAFULLI, *Appunti di diritto costituzionale. La Corte costituzionale*, Roma 1967, 195 s.; MORTATI, *Istituzioni* cit., II, 1454, 1457 ss.; BERTI, *Interpretazione costituzionale*, cit., 531; ZAGREBELSKY, *La giustizia* cit., 226 e 380; PIZZORUSSO, *Conflitto*, cit., 387; PISANESCHI, *I conflitti* cit., 262-264; ZANON, *A proposito di un'ipotesi particolare di conflitto fra giudici e legislatore*, in *La corte e gli altri poteri* cit., 303 ss.; CERRI, *Corso* cit., 135. Prevalente critici sono stati quindi i commenti alla sent. 406/1989: cfr. CICCONE, *L'esclusione* cit.; PUGIOTTO, *La Corte dei conti* cit.; PISANESCHI, *Conflitto* cit.; non così invece ROLLA, *Manuale di diritto pubblico*, cit., 131.

⁴⁴ Che "si giustifica anche con l'esigenza di ammettere al sindacato della Corte costituzionale leggi che, come nella fattispecie in esame, più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte" (in *Giur.cost.* 1976, I, 1822 ss., 1829); le stesse considerazioni sono poi ribadite ed ampliate nella sent. 384/1991 (in *Giur.cost.* 1991, 3055 ss., 3061). Questo argomento è ripreso da tutti i commentatori della sentenza citata: cfr., per es., PERGAMENO, *Funzione di controllo della Corte dei conti e instaurazione del processo di legittimità costituzionale*, in *Giur.cost.* 1976, I, 2031 ss., 2036-2038; PIZZETTI, *Corte dei conti fra Corte costituzionale e Parlamento*, *ivi*, 2042 ss., 2052-2055; SAITTA, *Nuovi problemi in tema d'instaurazione incidentale dei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi*, *ivi*, 2056 ss., 2061 s.; SANDULLI (A.M.), *La Corte dei conti nella prospettiva costituzionale*, in *Dir.soc.* 1979, 55 s.

⁴⁵ Così lo chiama, nel suo commento alla sentenza, PACE, *In tema di regolamenti interni dei Consigli regionali trattati come leggi. (Riflessioni su un "suggerimento" della Corte costituzionale)*, in *Giur.cost.* 1970, 161 ss.

sui controlli⁴⁶; così come la stessa esigenza ha spinto la Corte ad ammettere il conflitto sull'atto di promulgazione della legge, se questo "sia l'unico mezzo del quale (si) dispone per provocare una decisione di questa Corte che restauri l'ordine delle competenze"⁴⁷; ed è in fondo per assicurare una più completa (seppure indiretta⁴⁸) tutela dei diritti individuali che la Corte ha ammesso di intervenire in sede di conflitto per valutare l'uso che il potere politico fa della prerogativa dell'insindacabilità parlamentare⁴⁹. D'altra parte, la Corte non ha mai evitato di occuparsi, in sede di conflitto sugli atti applicativi di una legge, né dell'interpretazione "adeguatrice"⁵⁰, né della legittimità di quest'ultima⁵¹.

Ma allora, se la Corte si è sempre mostrata così attenta nel portare sotto controllo anche quelle zone in cui non sarebbero potuti arrivare facilmente, impiegati nei modi ordinari, gli strumenti d'intervento ad essa attribuiti, sarebbe davvero paradossale che essa ritenesse di per sé preclusa l'esperibilità di un conflitto di attribuzione, laddove il soggetto leso nelle sue attribuzioni da un atto legislativo non potesse reagire eccependo davanti ad un giudice l'incostituzionalità di esso. Perché le ipotesi in cui l'accesso ad un giudizio di legittimità potrebbe risultare non praticabile non sono né poche né di poco conto, ed alcune di esse potrebbero toccare la Corte stessa, come la dottrina ha da tempo avvertito⁵². Vorrei citarne giusto due: che accadrebbe se la legge ordinaria - magari un decreto-legge, giusto per rendere più provocatoria l'ipotesi⁵³ - riducesse ad una cifra puramente simbolica il fondo di dotazione della Corte, impedendone di fatto il funzionamento, come palese reazione a qualche decisione della Corte poco gradita? Quale

⁴⁶ Sent. 18/1970, in *Giur.cost.* 1970, 160 ss., 171 s.

⁴⁷ Sent. 40/1977, in *Giur.cost.* 1977, I, 139 ss., 143; che si tratti di uno strumento residuale è poi confermato, in epoca più recente, nella sent. 357/1991, in cui si repinge il ricorso promosso dal Governo contro la promulgazione della legge regionale perché il Governo aveva mancato di esercitare in tempo il potere di rinvio (in *Giur.cost.* 1991, 2848 ss., 2852).

⁴⁸ Cfr. ZANON, *La Corte e la "giurisprudenza" parlamentare in tema di immunità: affermazioni di principio o regola del caso concreto?*, in *Giur.cost.* 1988, I, 5595 ss., 5601 s.

⁴⁹ Sent. 1150/1988, in *Giur.cost.* 1988, I, 5588 ss., 5593 s.

⁵⁰ Un bell'esempio si trova nella sent. 466/1993, in cui la Corte ha dovuto affrontare la delicata questione della permanenza del controllo sulla gestione finanziaria da parte della Corte dei conti sugli enti pubblici trasformati in società per azioni dal decreto-legge 333/1992

⁵¹ Né è esempio significativo il caso che ha originato le due storiche decisioni in tema di "abrogazione sufficiente" della legge su cui è stato richiesto il referendum (sentt. 68e 69 del 1978: vedi sopra, al § precedente). Sui limiti di operatività che però incontra il meccanismo dell'impugnazione incidentale della legge in sede di conflitto mosso contro gli atti applicativi, cfr. le giuste e preoccupate considerazioni di PUGIOTTO, *Corte dei conti cit.*, 2198 ss.

⁵² Cfr. MORTATI, *Istituzioni cit.*, II, 1457 porta l'esempio di una legge ordinaria che diminuisca le garanzie di indipendenza della Corte e dei suoi membri; più in generale cfr. PITRUZZELLA, *La Corte costituzionale giudice e parte nei conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, in *Strumenti e tecniche cit.*, 583 ss.; RUGGERI, *La Corte costituzionale cit.*, 655 s.; PUGIOTTO, *La Corte dei conti cit.*, 2192-2196. Un ipotesi particolare di conflitto avente per oggetto una legge - una legge rivolta palesemente a rendere impossibile il referendum, in frode alla Costituzione - è indicata, sulla scorta di un episodio concretamente avvenuto in sede regionale, da CARLASSARE, *Un referendum regionale negato: conflitto senza giudice?*, in *Le Regioni* 1988, 31 ss., 36.

⁵³ Perché verrebbe "lesa" la riserva di legge formale, impropriamente introdotta con legge ordinaria (art. 14, 2° c., legge 87/1953, come emendato dall'art. 4 della legge 265/1958).

atto applicativo attenderebbe la Corte per reagire attraverso la tortuosa strada del giudizio incidentale? E se, sempre in un clima di scontro aperto tra Corte e potere politico, passasse una riforma della legge costituzionale che consentisse l'elezione dei giudici di nomina parlamentare con la maggioranza assoluta, e ad essa si accompagnasse una modifica della legge 87/1953, art. 4, che precisasse che la nomina dei giudici da parte del Presidente della Repubblica deve avvenire su designazione del Governo, quali comportamenti assumerebbe la Corte?

Credo che improvvisamente la Corte rivaluterebbe in pieno quell'inciso "*in linea di principio*" lasciato nella motivazione della sent. 406/1989, non si sa se per caso fortunato o per incorporare il dissenso⁵⁴. Con buona pace di tutte le raffinate argomentazioni contrarie ed i solidi ragionamenti sistematici, elementari doveri di difesa della legalità costituzionale devono pur prevalere, perché del sistema sono il caposaldo. Il principio generale, più che corretto, della non impugnabilità delle leggi con il ricorso per conflitto si completerebbe, allora, incorporando la sua eccezione⁵⁵: eccezione facilmente giustificabile, del resto, perché l'eccezionalità del caso sarebbe manifesta.

⁵⁴ Come suggerisce PISANESCHI, *Conflitto di attribuzioni tra Corte dei conti* cit., 285. C'è da dire che incisi di questo tenore sono frequenti nelle "regole" che la Corte enuncia per decidere il "caso": un altro esempio emblematico lo si trova nell'ord. 123/1979 (in *Giur.cost.* 1979, I, 844 ss., 849), in cui si afferma che "di norma" non assumono rilievo costituzionale le specifiche funzioni assegnate ai Ministri.

⁵⁵ La riprova ce la offre la recentissima sent. 161/1995, sulla c.d. "*par condicio*", in cui la regola della (tendenziale) esclusione della impugnabilità delle leggi per conflitto, *rebus sic stantibus*, viene ampliata per "incorporare" l'eccezione rappresentata dal decreto-legge, dato che: a) anche se l'atto è provvisorio, però la "perdita di efficacia (di esso) ... non può far venir meno i mutamenti irreversibili della realtà che lo stesso decreto abbia potuto produrre nel corso della sua precaria vigenza"; b) "il profilo della garanzia *si present(a) essenziale e tend(e) a prevalere ... su ogni altro*" (prevalenza della funzione garantista del conflitto su ogni formalismo concettuale o processuale); profilo che "verrebbe a risultare, se non compromesso, certamente limitato ove il controllo di costituzionalità dovesse ritenersi circoscritto alla sola ipotesi del sindacato incidentale" (residualità); c) di fronte al rischio che l'abuso della decretazione d'urgenza possa comprimere i diritti fondamentali (e in particolare i diritti politici), determinando nei confronti dei soggetti privati "situazioni non più reversibili né sanabili anche a seguito della perdita di efficacia della norma", il ricorso allo strumento del conflitto può "rappresentare la forma necessaria per apprestare una difesa in grado di unire all'immediatezza l'efficacia". La sentenza estende anzi l'ambito di operatività dell'eccezione incorporata oltre all'ipotesi del solo decreto-legge, ammettendo in via di principio che le stesse ragioni a favore dell'ammissibilità del conflitto possano sussistere anche nel caso di impugnazione della legge o del decreto delegato, quando si verifichino condizioni particolari come quelle sopra indicate (in particolare, si suppone, *sub b* e *c*). Il conflitto contro il Governo in relazione all'adozione di un decreto-legge è stato dichiarato ammissibile, in sede preliminare, anche dalla successiva ord. 226/1995.

XIV

UN COROLLARIO: UN PROCESSO SENZA DIRITTO PROCESSUALE

La sottolineatura fin troppo insistita della prevalenza delle esigenze di giustizia, ossia di tutela della legalità costituzionale, nei rapporti tra centri di potere, rispetto ad ogni tentativo di irrigidire le modalità del conflitto in precise architetture concettuali, prelude a conclusioni molto nette quanto ai profili processuali del conflitto.

Si sa che l'intero impianto processuale del conflitto presenta molti punti oscuri, su cui né la disciplina legislativa né la giurisprudenza della Corte hanno mai costituito regole dotate di tale precisione da originare cause certe di inammissibilità o vizi degli atti processuali. A parte i grandi (e indecidibili, come si è visto) problemi definitivi riguardanti la legittimazione sostanziale e la questione dell'individuazione delle parti processuali¹, è noto che: la precisazione del *thema* del conflitto e l'individuazione del soggetto passivo (*rectius*: degli "organi interessati") non sono contenuti necessari del ricorso, ma appartengono ai compiti che la Corte svolge in sede di deliberazione sull'ammissibilità del ricorso stesso²; l'azione non è vincolata al rispetto di un termine di decadenza³; dal momento del deposito, il processo sfugge, salvo il caso di rinuncia

¹ Ho trascurato sin qui il problema dell'individuazione dell'organo competente a stare in giudizio, perché esso mi pare del tutto sdrammatizzato dal fenomeno della "polverizzazione" dei poteri dello Stato e dalla scissione, operata con chiarezza dalla Corte, tra la legittimazione sostanziale e la legittimazione processuale: sicché la regola posta dall'art. 37 della legge 87/1953, in coerenza del resto con la posizione sub-costituzionale della fonte, serve soltanto da criterio per l'individuazione dell'organo competente a stare in giudizio per la difesa di quelle attribuzioni che facciano capo ad un potere complesso o pluriorganico (in questo senso, cfr. SORRENTINO, *Commento cit.*, 452).

² Cfr. già PENSOVECCHIO LI BASSI, *Il conflitto cit.*, 239, nota 20; sull'art. 37, 4° c., della legge 87/1953 cfr. inoltre MAZZIOTTI, *Il procedimento e la decisione sui conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova 1973, 1817 ss., 1822; ID., *I conflitti cit.*, II, 141; SORRENTINO, *Commento cit.*, 483; PACE, *Strumenti cit.*, 179 s.; PIZZORUSSO, *Conflitto cit.*, 388; ID., *Conflitto tra poteri e irregolarità processuali*, in *Riv.dir.proc.* 1977, 701; ZAGREBELSKY, *La giustizia cit.*, 387; GRASSI, *Conflitti cit.*, 379; PISANESCHI, *I conflitti cit.*, 176 s., 370.

³ Al contrario di quanto previsto, per es., dall'ordinamento tedesco: cfr. LUTHER, *Cenni di diritto comparato cit.*, 99 ss., 116. Proprio alla mancanza di un termine di decadenza si appella l'ord. 123/1979 (in tema di divieto di pesca del novellame: in *Giur.cost.* 1979, I, 844 ss., con nota critica "a prima lettura" di SORRENTINO), in cui la Corte, dichiarando ammissibile il conflitto promosso dal Ministro per la marina mercantile, rimette in termini il ricorrente per promuovere una delibera del Consiglio dei Ministri che sani l'irregolarità dell'atto introduttivo del giudizio. Però, nel senso che sarebbe ammissibile ed opportuno (in nome della certezza dei rapporti giuridici) che un termine di decadenza fosse introdotto, magari dalle stesse *Norme integrative*, cfr. SORRENTINO, *Commento cit.*, 482, cui *adde* ZAGREBELSKY, *La*

accettata da tutte le parti (art. 26, u.c., *Norme integrative*), alla disponibilità delle parti: la costituzione delle parti entro 20 giorni dall'ultima notificazione non riguarda il ricorrente, la cui mancata costituzione non comporta cessazione⁴; le parti possono costituirsi anche senza difesa tecnica; i termini per il deposito dei documenti sono ordinatori⁵; non valgono cause di inammissibilità o irricevibilità tipiche del giudizio amministrativo, come l'acquiescenza o il carattere confermativo del provvedimento impugnato⁶; si ritiene persino che sia ammissibile la deduzione di motivi ed anche domande nuove⁷; la disponibilità della prova è sottratta alle parti⁸; ecc.

Il tenore eccezionalmente basso della formalità del processo, testimoniata da questi dati, non è che il risvolto necessario della natura residuale dello strumento. Così come qualsiasi irrigidimento concettuale circa la determinazione dei poteri andrebbe a detrimento di un'operatività del conflitto adeguata alla funzione a cui esso è deputato nel sistema costituzionale, lo stesso risultato negativo verrebbe prodotto da un irrigidimento della formalità processuale. La residualità non sopporta la formalità, né quella concettuale, né, a maggior ragione, quella processuale: nell'uno come nell'altro caso, le

giustizia cit., 386, che ritiene "incerta" "la *ratio* di questo carattere estremamente «aperto» del conflitto tra poteri".

⁴ Cfr. MAZZIOTTI, *Il procedimento* cit., 1820 s., che suggerisce l'opportunità che la notifica sia compiuta direttamente dalla cancelleria della Corte (*I conflitti* II, cit., 150); in questo senso cfr. anche PACE, *Strumenti* cit., 799. PIZZORUSSO, *Conflitto*, cit. 388 e 389, ritiene comunque che il fatto che il ricorrente non abbia provveduto alle notifiche disposte dalla Corte potrebbe giustificare una decisione di estinzione del processo per inattività del ricorrente (pag. 388 e 389); in effetti, la sent. 87/1977 (in *Giur.cost.* 1977, I, 706 ss.) ha dichiarato inammissibile il ricorso per il mancato deposito della copia contenente la relazione di notifica: forti critiche su questo "indurimento" processuale della Corte sono avanzate da PIZZORUSSO, *Conflitto tra poteri e irregolarità processuali*, cit., il quale giustamente nota come vi sia incoerenza tra il principio per cui l'estinzione per rinuncia è possibile solo se vi è accettazione delle parti e la possibilità che il ricorrente giunga allo stesso risultato per pura inattività. A favore della posizione della Corte, cioè per una netta distinzione tra giudizio preliminare e costituzione in giudizio del ricorrente, cfr. SORRENTINO, *A prima lettura*, cit., 848; PISANESCHI, *I conflitti* cit., 377 ss., il quale ricorda però come la posizione assunta con la sent. 87/1977 sembra smentita (oltre che dalle decisioni precedenti della Corte: cfr. NOCILLA, *Brevi note* cit., 746 s.) dalla vicenda del conflitto in tema di controfirma al decreto di grazia (vedi sopra, § XIII.1), in cui la Corte ha ammesso la rinuncia al ricorso prima del giudizio preliminare (pag. 383). Osserva inoltre SORRENTINO, *Commento* cit., 485 ss., che la costruzione proposta dalla Corte in quella vicenda non regge, perché se vi fosse davvero separazione dei due giudizi, il mancato deposito dovrebbe comportare improcedibilità del giudizio, e non una chiusura dello stesso con sentenza di inammissibilità: la seconda fase del giudizio inizierebbe invece con l'ultima notifica del ricorso, con il che diverrebbe non più possibile l'estinzione del processo per atto unilaterale del ricorrente per omissione del o ritardo nel deposito del ricorso, dato che a ciò potrebbe provvedere il resistente.

⁵ Cfr. MAZZIOTTI, *Il procedimento* cit., 1826; ID., *I conflitti* cit., 150 s.; PIZZORUSSO, *Conflitto tra poteri e irregolarità processuali* cit., 703. Contra cfr. PISANESCHI, *I conflitti* cit., 377 ss.

⁶ Cfr. MAZZIOTTI, *Il procedimento* cit., 1823, nota 25; ID., *I conflitti* cit., 147 nota 25; CERRI, *Poteri dello Stato (conflitti tra i)*, in *Encicl.giur.* XXIII, 6.

⁷ Cfr. MAZZIOTTI, *Il procedimento* cit., 1827; ID., *I conflitti* cit., 152 s.

⁸ Cfr. MAZZIOTTI, *Il procedimento* cit., 1828; ID., *I conflitti* cit., 155; PISANESCHI, *I conflitti* cit., 393.

pronunce di inammissibilità mascherano quasi sempre una decisione nel merito non adeguatamente motivata⁹.

Ha ragione pertanto BETTINELLI¹⁰ quando critica l'uso che la Corte fa delle sentenze di inammissibilità. La Corte ha uno strumento liminare per liberarsi dei casi che sono *ictu oculi* fuori della sua giurisdizione, perché palesemente privi delle qualità del conflitto. Ma, una volta superata quella soglia, ed accertata quindi la natura "costituzionale" del conflitto, non può e non deve ripensarci e dichiarare il conflitto inammissibile, perché ciò significa lasciare il conflitto, che pur c'è, senza composizione. Le motivazioni "classiche" circa la natura solo interlocutoria del giudizio di ammissibilità, basate sull'esigenza di rispettare il principio di contraddittorio¹¹, appaiono assai deboli (la violazione del contraddittorio vi è comunque nel caso in cui la Corte dichiarasse il conflitto inammissibile già *in limine litis*, che è poi l'ipotesi in cui la "parte" subisce danno maggiore dalla pronuncia della Corte) e comunque insufficienti a bilanciare le conseguenze negative di un atteggiamento della Corte che, per evitare prudentemente di risolvere il conflitto, costruisce schermi concettuali e processuali che rischiano di "fissare" zone di non-operatività dell'istituto del conflitto.

Le tesi di BETTINELLI saranno pure "controcorrente", ma rappresentano un tentativo assai pregevole di ricostruire un tratto della teoria del conflitto coerente, oltre che con la lettera della legge, con la funzione del conflitto nel sistema costituzionale. Ed è proprio con questa funzione, che si esplica nella continua ridefinizione del campo di applicazione delle regole giuridiche come disciplina del gioco politico, che male si adatta ogni tentativo di spostare il conflitto dalle considerazioni di merito alle considerazioni processuali. Sarebbe però paradossale che l'esigenza prioritaria di far rispettare le regole giuridiche comportasse che proprio l'organo a ciò preposto - la Corte costituzionale - fosse indotto a disapplicare le regole giuridiche che governano il suo giudizio: ed è per questo motivo che è preferibile che tali regole siano ridotte al minimo.

La funzione residuale del conflitto di attribuzione, insomma, ostacola il formarsi di un "diritto processuale costituzionale". Per usare una distinzione chiarita di recente da ZAGREBELSKY¹², per i conflitti non c'è *processo*, ma solo *procedura*: non vi sono regole di procedimento inderogabili perché poste a tutela dei diritti delle parti, ma regole, poche regole in verità, derogabili da parte dell'organo decidente, perché subordinate all'interesse affidato alla sua cura. Queste considerazioni valgono, com'è ovvio, solo per i

⁹ Un caso esemplare è l'ord. 259/1986 (in tema di opposizione governativa all'autorità giudiziaria del segreto di Stato: in *Giur.cost.* 1986, I, 2163 ss.: al cui proposito è stato osservato (GRASSI, *Conflitti cit.*, 384) che la dichiarazione di inammissibilità del conflitto, perché non si è dimostrata l'effettivo pregiudizio per il concreto esercizio delle proprie funzioni, quando oggetto del giudizio sia proprio la valutazione della regolarità con la quale possono essere svolte le funzioni che si presumono lese, è motivata dalla carenza di interesse, ma equivale a una dichiarazione di manifesta infondatezza del ricorso.

¹⁰ *Qualche osservazione controcorrente sul valore non definitivo delle ordinanze di ammissibilità dei ricorsi relativi ai conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, cit., 1 ss.

¹¹ Cfr. SORRENTINO, *Commento cit.*, 480, che vede proprio nell'interlocutorietà del giudizio preliminare l' "attenuazione" della portata dei rilievi mossi dalla dottrina (e segnatamente da MAZZIOTTI, *I conflitti cit.*, II, 145 s.) alla mancanza, in questa fase, del contraddittorio.

¹² *Diritto processuale costituzionale?*, in *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano 1990, 105 ss., 108 s.

conflitti tra poteri: in relazioni ad essi si può affermare che il rispetto delle forme processuali cede al superiore "esigenza di un corretto ed equilibrato funzionamento della forma di governo", e di una "giusta collocazione" della Corte costituzionale in essa¹³.

Solo così si possono spiegare le apparenti contraddizioni del sistema processuale "debole" inventato per il conflitto. Conflitto che nasce come giudizio tra parti, ma le cui parti passive sono individuate dal giudice; in cui la possibilità di una composizione compromissoria dei contrasti è continuamente presente ed in ogni modo incentivata: non ponendo termini di decadenza per il ricorso (l'interesse al ricorso può nascere non da un atto o da un comportamento illegittimo, quanto piuttosto dalla rottura della prassi di mediazione politica), oppure ammettendo, pur in presenza di un contrasto che tocca i meccanismi più delicati dell'organizzazione costituzionale dello Stato, che le parti facciano cessare il giudizio se ritrovano l'accordo in sede politica. Tutto ciò ha una forte coerenza ed è perfettamente congruo rispetto al modello "residuale" di conflitto. Dunque, almeno in questo settore del diritto non mi pare affatto che "il passaggio dalla «procedura» al «processo»" diventi "un segno tangibile della raggiunta maturità"¹⁴. "Segno di maturità" sarebbe anzi - a mio modo di vedere - la rinuncia della Corte a mascherare con le forme del diritto processuali vere e proprie decisioni di merito non adeguatamente motivate.

¹³ MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, in *Giudizio "a quo"* cit., 63 ss., 67, sul quale si vedano le osservazioni critiche di ZAGREBELSKY, *Diritto processuale* cit., 118.

¹⁴ In questi termini, ma ovviamente sul piano generale e con specifico riferimento ai giudizi di legittimità, D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino 1991, 39.

XV

NEMO IUDEX IN CAUSA PROPRIA. ELOGIO DEL PARADOSSO

Temo proprio che la residualità non si concili mai con la purezza dei modelli concettuali: lo si è visto a proposito delle nozioni fondamentali che dovrebbero dare un volto preciso al giudizio; lo si è visto in particolare in relazione alla legittimazione sostanziale e processuale; lo si è visto per l'oggetto del ricorso, sia pure sotto l'aspetto apparentemente marginale dell'impugnabilità della legge; lo si è appena visto, infine, per le forme processuali. Tuttavia c'è un profilo ancora più grave da considerare, e mi riferisco alla questione se la Corte possa essere parte del conflitto.

L'ipotesi che la Corte costituzionale sia giudice di un conflitto di attribuzioni di cui è allo stesso tempo parte mina uno degli assi portanti del sistema concettuale che domina la matrice disciplinare, ben sintetizzato dall'antica massima: *nemo iudex in causa propria*. La Corte verrebbe così a sottrarsi infatti "alla osservanza di antiche principi, che per altro essa ritiene applicabili ai giudici del nostro ordinamento"¹: il che giustifica le perplessità manifestate a proposito nella letteratura antica e moderna², le evidenti cautele e ritrosie che trapelano, dietro a nette e immotivate dichiarazioni di principio³, nella stessa giurisprudenza costituzionale⁴, l'atteggiamento sempre assai prudente tenuto in ogni occasione di crisi dagli altri "poteri dello Stato"⁵.

¹ BARTOLE, *La Corte, la sua storia e le tentazioni della justice retenue*, in *Giur.cost.* 1981, I, 1665 ss., 1674.

² Cfr. PENSOVECCHIO LI BASSI, *Il conflitto* cit., 170 n. 64; CERETI, *Separazione* cit., 124 s.; CAPPELLETTI, *Intervento in La giustizia costituzionale* cit., 396 ss.; nella letteratura più recente, dubita che questa regola possa essere infranta a favore della Corte costituzionale (e lo esclude per ciò che riguarda il *Bundesverfassungsgericht*) LUTHER, *Cenni* cit., 109 s.

³ Dopo avere taciuto in un'occasione precedente (ord. 39/1968, con cui si dichiarava inammissibile il tentativo del pretore di Empoli di sollevare un conflitto "incidentale" tra Corte costituzionale e Corte di cassazione, per le divergenze insorte sul valore delle sentenze additive del giudice costituzionale), che la Corte rientri "potenzialmente" fra gli organi legittimati ad essere parti di un conflitto di attribuzione è invece affermato, senza alcuna motivazione aggiuntiva, dall'ord. 77/1981.

⁴ Come osserva, a proposito dell'ord. 94/1980, BARTOLE, *La Corte, la sua storia* cit., 1676.

⁵ Come osserva ancora, esaminando la casistica dei conflitti "mancati", BARTOLE, *La Corte, la sua storia* cit., 1677-1680.

E' interessante notare che le opinioni favorevoli a riconoscere alla Corte la qualità di parte potenziale del conflitto sono sì nettamente prevalenti⁶, ma si reggono esclusivamente su argomentazioni di carattere, per così dire, pragmatico: la necessità di tutelare la posizione costituzionale della Corte dall'esorbitanza di altri poteri, anche perché, se venisse meno la possibilità di tutelare le attribuzioni della Corte, si indebolirebbe di conseguenza anche la protezione che lo strumento del conflitto garantisce agli altri poteri⁷. Non intendo affatto svalutare il peso di questo tipo di argomentazione (l'idea stessa della funzione residuale del conflitto si nutre di esse, in fondo), ma merita sottolineare come si cerchi in tal modo di sfuggire alle evidenti difficoltà teoriche che pone la prospettiva della Corte "giudice e parte". Tanto è vero che assai spesso si avanza l'idea che la legittimazione della Corte sia solo "a metà", solo sul lato attivo, perché è in questa direzione che si fa apprezzare la "valvola di sicurezza" rappresentata dal conflitto di attribuzione; mentre, quando si pone l'ipotesi che la Corte sia parte resistente nel conflitto, tutte le controindicazioni teoriche tornano a riproporsi e prevalgono nettamente sull'argomento pratico della necessità⁸.

In estrema sintesi, il quadro teorico sembra comporsi di questi percorsi: l'argomento pratico ("se la Corte non potesse difendere le proprie attribuzioni verrebbe meno la stessa garanzia che il conflitto assicura alla difesa delle attribuzioni degli altri poteri") consente di arrivare solo fino al riconoscimento della legittimazione della Corte, ma innesci inquietanti interrogativi teorici a cui non può fornire alcuna risposta; per altro verso, tale argomento attenua la sua forza persuasiva di fronte ad altre considerazioni che gli sono omogenee, muovono cioè sul piano pratico. L'interrogativo teorico più difficile in cui si imbatte è se sia la Corte "il vero sovrano «legale» ... dotato persino della forza ... di contrapporsi alla volontà politica incorporata in atti formalmente costituzionali"⁹: ipotesi assai inquietante, perché va a toccare l'intero castello della teoria democratica, riproponendo tutti i mai sopiti dubbi sulla legittimazione della giustizia costituzionale in un sistema rappresentativo. Le controindicazioni pratiche nascono invece dalla constatazione che, a questi livelli, i conflitti trovano sempre una composizione politica, per cui la possibilità che la Corte investa se stessa in sede di conflitto resta un'ipotesi-limite, sostanzialmente irrealizzabile. Riaffiora con tutta la sua mole l'atteggiamento scettico che sin dall'inizio ha gravato sull'introduzione di uno strumento di composizione giudiziale dei conflitti politici¹⁰; oltretutto, sembra difficile garantire alla Corte l'ultima parola attraverso il conflitto, perché potrebbe sempre intervenire una soluzione definitiva della controversia per opera del legislatore

⁶ Cfr ad es. PERGOLESI, *Corte costituzionale giudice e parte nei conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, cit.; MORTATI, *Istituzioni* cit., II, 1457; BONIFACIO, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *La giustizia costituzionale* cit., 41 ss., 50 s.

⁷ Questo argomento è compiutamente sviluppato, ad es., da RUGGERI, *La corte* cit., 661.

⁸ Per la legittimazione solo attiva della Corte cfr. RUGGERI, *La Corte* cit., 658 ss.; PITRUZZELLA, *La Corte costituzionale* cit. 596 ss. (che giudica il ricorso della Corte al conflitto "un rimedio di carattere straordinario, come una sorta di valvola di sicurezza che soltanto l'organo di giustizia costituzionale potrebbe azionare in situazioni eccezionali ... allorché la razionalità del diritto tende a cedere il passo al dispiegarsi della forza": 608). Un accenno anche in PIZZORUSSO, *La magistratura* cit., 223 nota 44.

⁹ RUGGERI, *La Corte* cit., 679.

¹⁰ V. sopra, § I, nota 5.

costituzionale, che solo "ha poteri realmente e definitivamente dirimenti nel caso di conflitti che coinvolgono direttamente anche la Corte"¹¹.

Vorrei richiamare l'attenzione sul singolare isomorfismo che rivela il dibattito su questo problema e quello "storico" sulla modificabilità dello Statuto¹²: lo stesso intreccio tra considerazioni pratiche (allora si parlava della assurdità di concepire lo Statuto come regola intangibile e della necessità, invece, di un suo adeguamento ai tempi proprio per non rischiare di screditarne progressivamente la funzione regolativa) e problema dell'imputazione della sovranità. Non è affatto casuale, perché allora come ora (e in alcune altre occasioni: si pensi, ad esempio, al problema dei limiti attuali alla revisione costituzionale) il problema che si agita riguarda i meccanismi di chiusura del sistema: il sistema è cambiato, come è ovvio, ma non l'esigenza di assicurarne la coerenza. Le difficoltà teoriche nascono in fondo proprio da qui, da una pretesa indebita.

Che la Corte costituzionale si trovi ad essere parte e giudice, con violazione del principio *nemo iudex in causa propria*, è l'ovvia conseguenza della finitezza delle cose umane, che non tollerano il *regressus in infinitum*, ma non possono prescindere. Il sistema, come il Barone di Münchhausen, cerca di togliersi dal gorgo tirandosi per i suoi stessi organi; ma il sistema giuridico, in questa sua disperata impresa, non urta contro le implacabili leggi della fisica, con cui ha dovuto destreggiarsi il Barone: ci rimette soltanto in purezza concettuale. Che essa sia compromessa è del resto inevitabile. Anche ai sistemi giuridici può applicarsi il teorema di GÖDEL: le condizioni di coerenza di un sistema costituzionale non possono essere tutte contenute nel sistema costituzionale. Non sarebbe coerente con il sistema che tutta la costruzione delle garanzie unitarie della legalità costituzionale fosse crepata proprio per la mancata tutela delle attribuzioni del garante; ma anche la deroga dall'"assioma plurisecolare"¹³ del *nemo iudex in causa propria* non è coerente con il sistema, specie se si realizza a questo livello e con tanta evidenza; né, d'altra parte, vi potrebbe essere altro giudice che la Corte, anche perché, se pure lo si potesse individuare, comunque il *regressus* si riproporrebbe per esso¹⁴.

Benché la Corte giudice delle sue stesse controversie sia, per i principi del diritto, un paradosso, se si guarda da un'altra prospettiva non si può non ammirare la pregevolezza estetica della soluzione implicitamente accolta dal nostro sistema. Il giudice che giudica inappellabilmente delle sue stesse prerogative è infatti proprio l'organo più distante da qualsiasi fonte di potere "reale" (politico, sociale, militare), *the weakest branch*, come lo ha definito Hamilton. L'istanza più elevata di legalità si unisce perciò alla condizione più precaria di effettività - effettività che, alle decisioni della Corte, deve essere garantita dagli altri elementi del sistema¹⁵. La Corte può e deve difendere sino

¹¹ BARTOLE, *La Corte, la sua storia* cit., 1680.

¹² V. sopra, § X.

¹³ GRASSO, *Significato* cit., 3337.

¹⁴ Infatti, al suggerimento di BARTOLE (v. sopra, nota 10) per cui potrebbe essere il legislatore costituzionale a risolvere il conflitto di cui fosse parte la Corte costituzionale, si potrebbe obiettare che, in base alla stessa giurisprudenza costituzionale, spetta pur sempre alla Corte giudicare se le leggi costituzionali non oltrepassino i limiti cui soggiacciono. E quindi il problema si riproporrebbe.

¹⁵ In un altro scritto (*La Corte costituzionale tra potere e retorica* cit., 16 s.) ho cercato di mostrare come l'effettività (e la stessa legittimazione) delle decisioni della Corte, nel sindacato di legittimità, siano condizionate dal consenso, ed in particolare dal consenso dei giudici. In quella sede ho cercato anche di

all'estremo la legalità costituzionale, ma le condizioni del permanere di essa non sono controllabili dalla Corte, perché non sono giuridiche.

L'intero sistema giuridico è ricorsivo e tautologico: la legge regola l'uso della forza solo sin dove la forza si sottopone alla legge.: "(i)l principio della legittimità è limitato dal principio dell'effettività"¹⁶. Questo assioma regola tanto i modi in cui i poteri si controllano e bilanciano l'uno l'altro, quanto i modi in cui gli ordinamenti si fanno e disfanno. Le costruzioni umane, quelle giuridiche incluse, come non possono raggiungere l'infinito per fondarvi la propria giustificazione, così non possono neppure essere definitive. *Tout se tient*.

indicare le aporie che si opporrebbero all'uso dello strumento del conflitto da parte della Corte contro i giudici comuni.

¹⁶ KELSEN, *Reine Rechtslehre*, tr. it. di Losano, Torino 1975³, 238.