



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2019 FASC. II

(ESTRATTO)

ALESSANDRO ROSARIO RIZZA

**LA CORTE COSTITUZIONALE, GIUDICE E PARTE
TRA DOTTRINA E PROPOSTE RICOSTRUTTIVE**

17 GIUGNO 2019

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Alessandro Rosario Rizza
La Corte costituzionale, giudice e parte
tra dottrina e proposte ricostruttive

SOMMARIO: 1. Una (apparente) divagazione. – 2. Gli orientamenti emersi e l’apertura giurisprudenziale. – 2.1. *Segue*. La legittimazione attiva e casi ipotizzabili. – 3. “*Nemo iudex in causa propria*” e l’elogio del paradosso. A margine del pensiero di Roberto Bin. – 4. La proposta di una soluzione nel rispetto del diritto a un giudice terzo e imparziale – 5. La legittimazione passiva. – 5.1. Il giudicato costituzionale tra *law in the books* e *law in action*. Cenni. – 5.2. *Segue*. Una soluzione. Per una gerarchia dei principi costituzionali. – 6. Conclusioni.

1. *Una (apparente) divagazione.*

Potrebbe apparire “eccentrico” trattare l’ipotesi della Corte costituzionale quale potere dello Stato, legittimato ad essere parte nel conflitto di attribuzione e contemporaneamente giudice di se stesso. Il problema ruota, come noto, intorno al decennale quesito se la Corte possa essere «il vero sovrano “legale” dotato persino della forza di contrapporsi alla volontà politica incorporata in atti formalmente costituzionali»¹, all’interno di un sistema come il nostro, che – per richiamare le osservazioni conclusive di Gustavo Zagrebelsky ne *Il diritto mite* – non conosce (o non dovrebbe conoscere) né servi né padroni².

Presupposto di ogni “giusto processo” è l’essere innanzi a un giudice che possa dirsi terzo e imparziale e, in questo senso, il problema riguarda trasversalmente ogni conflitto di attribuzione, a prescindere da quelle che possano essere le parti in giudizio, giacché questa possibilità «mina uno degli assi portanti del sistema concettuale che domina la matrice disciplinare»³ del principio *nemo iudex in causa propria*.

Prima di addentrarsi nel tema, merita qualche riflessione il ruolo che la Corte costituzionale occupa. Essa si colloca in una posizione intermedia tra i soggetti della comunità civile (lo Stato comunità) e le istituzioni in senso proprio (lo Stato persona).

Nonostante sia indubbia l’attribuzione costituzionale, tipica dei poteri dello Stato autorità, la Corte è cerniera tra le esigenze sociali e quelle statali, giudice chiamato a garantire la verifica delle leggi ai principi costituzionali non in astratto, ma – appunto – qualora vi sia una concreta applicazione della legge e la questione appaia rilevante.

Se l’attività della Corte persegue anche un interesse astratto, cioè garantire la conformità dell’ordinamento al “sistema Costituzione”, nell’accesso in via incidentale, la Corte risponde a un’esigenza concreta: l’istanza sollevata dal giudice *a quo* (spesso su richiesta di parte) che sarà il primo operatore ad applicare la sentenza del Giudice delle Leggi, per garantire la situazione processuale e sostanziale da cui è scaturita la declaratoria d’illegittimità.

La sentenza dispiegherà, come noto, effetti *erga omnes*, ma non per questo appare trascurabile l’esigenza concreta cui ha dato soluzione. Analogamente accade, *mutatis mutandis*, per il giudice comune: l’autorevole precedente della Corte di Cassazione – risolvendo un caso concreto – fornirà importanti coordinate nomofilattiche (ed ermeneutiche) agli operatori del diritto ed egual ruolo svolgeràà, sebbene nel più piccolo contesto cui suole citarsi il “precedente locale”, una sentenza di merito.

Sebbene sia questione glissata dalla Corte, probabilmente perché essa ritiene pacifico collocare il potere giudiziario tra quelli dello Stato persona, un orientamento dottrinale – attraverso la ricostruzione del pensiero di Hans Kelsen – esclude *tout court* che il giudicante (dal Tribunale a

¹ Così A. RUGGERI, *La Corte costituzionale: un «potere dello Stato»... solo a metà*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale. Atti del convegno, Trieste 26-28 maggio 1986*, Milano 1988, 679.

² Proprio con riferimento al potere giudiziario, così conclude G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Milano 1992, 213.

³ R. BIN, *L’ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano 1996, 163.

Palazzo della Consulta) possa collocarsi nello Stato persona. Egli andrebbe qualificato come organo della società civile⁴. Il crollo della visione monolitica del giudiziario e l'imporre della magistratura come potere diffuso hanno enfatizzato la socialità del giudice⁵, considerato un punto tangente tra la giustizia sociale e le prerogative della società⁶. Egli è avamposto della legalità costituzionale, e ne sarebbe testimonianza il fatto che, nel promuovere il giudizio in via incidentale, è chiamato a valutarne la non manifesta infondatezza. Si è osservato come «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»⁷, e ciò è ravvisabile – senza soluzione di continuità – anche nel ruolo della Corte costituzionale e del Presidente della Repubblica, considerato quest'ultimo, nello stesso conflitto tra poteri, «soggetto interposto» della legalità e rappresentante delle esigenze collettive⁸.

2. Gli orientamenti emersi e l'apertura giurisprudenziale.

Il problema verte, come detto, sul rispetto del diritto ad avere un giudice terzo ed imparziale⁹. Sulla legittimazione del Giudice delle Leggi sono state avanzate in letteratura opinioni diverse e spesso discordanti tra loro. Jörg Luther ha sostenuto l'impossibilità che la Corte rivesti contemporaneamente gli abiti di giudice e parte nel conflitto, ritenendo prevalente il principio secondo cui nessun soggetto può rivestire contemporaneamente entrambe le posizioni¹⁰. Un secondo orientamento, che ha un valente esponente in Giovanni Pitruzzella, ritiene che la Corte costituzionale sia titolare della sola legittimazione attiva e non di quella passiva¹¹. Piero Calamandrei, invece, ispirato a un'esigenza di bilanciamento tra i rapporti statali¹², ha sostenuto che essa possa essere titolare sia della

⁴ In questi termini F. GALGANO, *Il diritto nella società post-industriale*, in *Italia oggi*, 12 novembre 1991. Cfr. per analoghe conclusioni F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Venezia 1967, 4a ed., 206-208. Il tema, come noto, non è di sola teoria generale del diritto, inserendosi all'interno della problematica su chi siano i soggetti legittimati ad accedere al conflitto tra poteri dello Stato, spostandosi l'attenzione sul significato da attribuire al termine nell'art. 134 c. 2 Cost. su cui già V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano. (La Corte costituzionale)*, II, Milano 2000², 431.

⁵ Così R. BIN, *L'ultima fortezza*, cit., 128.

⁶ G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova 1968, 54, nota 70.

⁷ R. BIN, *L'ultima fortezza*, cit., 128.

⁸ Cfr. in questi termini A. SPADARO, *Prime considerazioni sul Presidente della Repubblica quale garante preventivo della Costituzione ed eventuale parte passiva in un conflitto per interposto potere*, in A. ANZON, B. CARAVITA, M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino 1993, 285, ma anche in *Pol. dir.*, 1992, 219 ss.

⁹ In questi termini E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino 2016, 248, secondo cui non esiste «dubbio alcuno che essa non possa inserirsi in uno dei poteri tradizionali», essendo «facilmente rinvenibile in positivo il fondamento costituzionale delle relative attribuzioni».

¹⁰ J. LUTHER, *Cenni di diritto comparato sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in A. ANZON, B. CARAVITA, M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *La Corte costituzionale*, cit., Torino 1993, 109 ss.

¹¹ G. PITRUZZELLA, *La Corte costituzionale giudice e parte nei conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, in AA.VV., *Strumenti*, cit., 598 ss. Analogamente si v. anche autorevolmente A. RUGGERI, *La Corte*, cit., in AA.VV., *Strumenti*, cit., 658 ss. ed ancora A. RUGGERI, *Storia di un falso. L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano 1990, 90.

¹² Solo storicamente, però, l'istituto mira alla realizzazione del *checks and balances*. Ancora oggi si tende ad ammettere il conflitto quando sia finalizzato a questo obiettivo, ma si tratta di una convinzione diffusa che affonda le sue origini nell'elaborazione teorica di cui è debitore lo stesso istituto, il riferimento non può che essere a M. MAZZIOTTI, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, I e II, Milano 1972. Non mancano sempre più autorevoli voci che pongono l'istituto in rapporto al pluralismo democratico, intrecciandosi il tema con l'apertura del conflitto, ai poteri esterni allo Stato persona. Cfr. per tutti, per le coordinate principali di questo profilo, P. PINNA, *I conflitti di attribuzione*, in R. PINARDI (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. Atti del seminario di Modena svoltosi il 13 ottobre 2006*, Torino 2007, 13 ss., spec. 14.

legittimazione attiva che di quella passiva¹³. Antonio Ruggeri ha ravvisato questa necessità nell'esigenza volta a garantire il conflitto anche agli altri poteri interessati: negare la legittimazione della Corte vorrebbe dire precludere *ab initio* quella degli altri soggetti¹⁴. La Corte costituzionale è intervenuta sbrigativamente¹⁵ sul tema, statuendo che essa possa rientrare «potenzialmente, fra gli organi legittimati ad essere parte in conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato»¹⁶. Si è immediatamente osservato che sul principio della terzietà e imparzialità del giudice è prevalsa un'esigenza pratica «coerente» con un sistema in cui «un giudice dei conflitti diverso dalla Corte non è configurabile»¹⁷; il diritto al giudice terzo e imparziale, si è detto, dovrebbe soccombere innanzi al rischio di privare l'accesso al conflitto¹⁸. A questa visione, si può controbattere che attraverso la rinuncia al giusto processo si verifica una garanzia di accesso solo formale¹⁹ all'altro potere, la cui posizione di convenuto imporrebbe almeno il rispetto del contraddittorio innanzi a un giudice che si trovi in una situazione, per ricorrere al linguaggio dei processualisti, di «non pregiudicatezza».

2.1. Segue. *La legittimazione attiva. Casi ipotizzabili.*

Con questo approdo, la Corte conferma la sua legittimazione attiva, il che pone un quesito successivo: l'individuazione dei casi che possano far ritenere violata l'attribuzione del Giudice delle Leggi. Una prima ipotesi potrebbe verificarsi avverso la discussa, quanto inammissibile, *interpretatio abrogans* ad opera del potere giurisdizionale, si tratta, per richiamare Giovanni Tarello, di quella strategia argomentativa tradizionale «che consiste nel diniego che a un particolare enunciato del discorso legislativo sia attribuibile un qualche significato precettivo, cioè che l'esito dell'attività dell'interprete consista nell'asserzione che quel particolare enunciato del discorso legislativo non esprime alcuna norma»²⁰, ipotesi ancora più rischiosa qualora avvenga ad opera del giudice di ultima istanza.

Una seconda ipotesi potrebbe verificarsi nel caso in cui l'Autorità giudiziaria non sollevi una questione di legittimità costituzionale su una legge «macroscopicamente» lesiva della Costituzione, quando il comportamento sia reiterato nel tempo e posto in essere anche dal giudice di legittimità, ultimo soggetto capace di essere giudice *a quo*.

Se è vero che la valutazione della non manifesta infondatezza è appannaggio esclusivo del giudice ordinario, è altrettanto vero che il giudizio finale spetterebbe comunque alla Corte costituzionale, costituendosi una lesione di un'attribuzione spettante al Giudice delle Leggi, a seguito del cattivo (non) uso del potere da parte del giudice *a quo*. Il conflitto rappresenterebbe l'ultimo baluardo (per

¹³ P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 45 ss.; in questi termini anche F. PERGOLESÌ, *La Corte costituzionale giudice e parte nei conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 11 ss.; A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato. Presupposti e processo*, Milano 1992, 218. Per ultimo cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova 1976, 1457.

¹⁴ A. RUGGERI, *La Corte*, cit., in AA.VV., *Strumenti*, cit., 661.

¹⁵ Ma, con riferimento particolare alla legittimazione passiva della Corte, è «troppo repentino» il modo in cui si sono superati i problemi interpretativi legati alla questione, secondo P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte. "Cattivo uso" del potere e sindacato costituzionale*, Milano 1999, 271.

¹⁶ [Corte cost., 26 maggio 1981, n. 77](#), con nota di F. CERRONE, *Considerazioni in tema di ammissibilità e fondatezza di un conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato*, in *Giur. cost.*, 1982, 476. Per alcuni profili su questa pronuncia cfr. anche S. BARTOLE, *La Corte, la sua storia e le tentazioni della Justice retenue*, in *Giur. cost.*, 1981, spec. 1666.

¹⁷ E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia*, cit., 248.

¹⁸ Per questa impostazione v. F.P. BONIFACIO, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in G. MARANINI, *La giustizia costituzionale*, Firenze 1966, 51.

¹⁹ In tal modo si lede il principio dell'effettività della tutela, che trova fondamento nel combinato disposto degli artt. 3 c. 2 Cost. e 24 Cost. secondo V. DENTI, *Voce Azione (Diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, 1988, 7; in giurisprudenza [Corte cost., 6 marzo 1974, n. 55](#), con note di R. DE LUCA TAMAJO, *Il campo di applicazione dell'art. 18 del titolo III dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 110; G.U. RESCIGNO, *Sentenze in materia di lavoro e previdenza. Lo Statuto dei lavoratori*, in *Quale giust.*, 1975, 302.

²⁰ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, 37.

parafrasare Roberto Bin) a tutela della garanzia costituzionale, salvo non volere accedere a quella dottrina che, in casi simili, sostiene la possibilità del cittadino di potere disapplicare la legge²¹, nonché, nel caso in esame, il problema sembra trascendere, considerandosi decisiva la forza vincolante della pronuncia giudiziaria. In questo caso, il conflitto diverrebbe valvola di sicurezza del sistema, per evitare un possibile “colpo di Stato”, che potrebbe realizzarsi attraverso una collusione tra il potere legislativo e il giudiziario, né l’ordinamento potrebbe offrire un diverso strumento per risolvere una simile ipotesi. E che il conflitto tra poteri miri, in fin dei conti, ad evitare questo caso-limite lo evidenziò già Orazio Condorelli²². Peraltro, in dottrina, si è messo in luce come un eventuale conflitto tra l’autorità giudiziaria e la Corte costituzionale avrebbe sempre natura di conflitto tra poteri, data la non riconducibilità della giustizia costituzionale a semplice funzione giurisdizionale²³. Un’altra menomazione del potere attribuito alla Corte potrebbe verificarsi qualora un organo pubblico disapplicasse una legge ritenuta incostituzionale. Se è vero che la legge incostituzionale è, secondo l’orientamento maggioritario, efficace e momentaneamente valida (fintanto che non sopraggiunga una declaratoria di illegittimità costituzionale)²⁴ ben potrebbe accadere che un organo pubblico decida volutamente di non dare applicazione a una legge ritenuta non conforme a Costituzione, a fronte di una proposta, autorevolmente sostenuta in dottrina da Alessandro Pace, secondo cui graverebbe un obbligo, in capo a ciascun soggetto pubblico, ivi compreso il giudice, di non dare esecuzione a una legge manifestamente incostituzionale, accedendo alla teoria secondo cui essa, ancora prima della declaratoria di illegittimità costituzionale, sarebbe nulla, efficace, ma non obbligatoria²⁵. Lungi dal porsi quale problema di scuola, l’argomento tange uno dei cardini fondamentali dello Stato di diritto e si inserisce nel controverso tema sul rapporto tra nullità e inesistenza della legge priva dei suoi elementi essenziali, ivi collocandovi anche quella della conformità a Costituzione. Questa tesi minoritaria, sebbene sostenuta da un importante orientamento, è fondata sulla crisi dello stato²⁶ e dell’atto normativo²⁷, ed accede alla teoria della legge “in senso sostanziale”, secondo cui può considerarsi legge non ogni atto che rechi questa denominazione, ma solo quello che possiede alcune caratteristiche, appunto sostanziali e diversamente individuate dagli Autori²⁸. La mancanza di questi elementi legittimerebbe il giudice a disapplicare la legge,

²¹ La letteratura sul punto è molto vasta, ma cfr. per tutti G. ZAGREBELSKY, *Illegittimità costituzionale delle leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giur. cost.*, 1965, 521.

²² Quest’uso dell’istituto, cioè finalizzato ad evitare un possibile colpo di Stato, era già evidenziato nella discussione in Assemblea Costituente; cfr. l’intervento di O. CONDORELLI, nel *Resoconto stenografico della Commissione per la Costituzione*, seduta del 28 novembre 1947.

²³ In questo senso A. PIZZORUSSO, *Voce Conflitto*, in *Nov. dig. it.*, II, Torino 1981, 369, spec. par. 3 e par. 20. Cfr. su questo specifico profilo anche F.P. BONIFACIO, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 238 ss.

²⁴ Per tutti P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi (1950)*, ora in IDEM, *Opere giuridiche*, III, Napoli 1968, 395 ss.

²⁵ A. PACE, *Superiorità della Costituzione e sindacato delle leggi*, in *Riv. AIC*, 2015, 6; l’A. parte dall’assunto per cui «la legge costituzionale è quindi nulla ed efficace, ma non obbligatoria; non è quindi “annullabile”, come invece ritenuto da dottrina autorevole»; conseguentemente, per non incorrere in responsabilità di alcun tipo, i pubblici poteri dovrebbero procedere a una previa disapplicazione, in quanto «nell’ipotesi della dichiarazione d’incostituzionalità di una legge che sia stata pervicacemente applicata sia dall’amministrazione statale sia da un ente pubblico (...), non dovrebbe né potrebbe essere aprioristicamente preclusa la possibilità di ottenere la condanna di tali enti al risarcimento del danno, a titolo di colpa, per le conseguenze pregiudizievoli del loro comportamento» (13).

²⁶ Così V. ZANGARA, *Limiti della funzione legislativa nell’ordinamento italiano*, Milano 1964, 40, secondo cui la legge non può essere onnipotente, perché neppure lo Stato può essere tale.

²⁷ Già sulla crisi della legge, per demerito del legislatore e per la complessità dei rapporti sociali, v. F. CARNELUTTI, *La crisi della legge (1937)*, in ID., *Discorsi intorno al diritto*, Padova 1953, 280 e F. PERGOLESÌ, *La Costituzione come fonte di validità dell’ordinamento giuridico (1937)*, in G. DE VERGOTTINI (a cura di), *Scritti minori*, Bologna 1988, 457.

²⁸ Secondo F. MODUGNO, *L’invalidità della legge*, Milano 1970, 297, tra le ipotesi sarebbe immaginabile la legge emessa al di fuori della sfera di attribuzioni e, dunque, con vizio di incompetenza assoluta ed analogamente C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia (1950)*, in IDEM, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954, 277; secondo A.M. SANDULLI, *Legge, forza di legge, valore di legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 269 caratteristica imprescindibile sarebbe l’innovatività; mentre per V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 24 ogni fonte del diritto, per dirsi tale, dovrebbe essere sempre generale ed astratta.

considerandola *tamquam non esset* decidendo la lite senza tenerne conto. Questa dottrina ritiene superfluo l'intervento della Corte costituzionale²⁹, ricollegandosi a quella giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo cui il ricorso avverso un atto inesistente è da considerarsi inammissibile³⁰. In questo modo – di converso – si priverebbe il Giudice delle Leggi della sua attribuzione costituzionale³¹. Il fenomeno non ha alcun punto di contatto con l'abrogazione, perché, nel caso in esame, «l'interprete riconosce la formale vigenza dell'atto, ma ritiene che esso sia sostanzialmente nullo o inesistente»³². Questa tesi, spogliando la Corte costituzionale del potere attribuitogli dall'ordinamento, applica al diritto costituzionale la categoria amministrativistica per cui l'atto nullo «è semplicemente un non-atto, di cui non ha bisogno di occuparsi la scienza giuridica»³³. Esso può essere oggetto solo di una sentenza dichiarativa³⁴, come già prospettava Hans Kelsen, secondo cui l'atto non riconducibile alla legge è “contrario al diritto”, dunque non riconducibile alla volontà statale³⁵. Specularmente, si dice, graverebbe in capo al giudice comune l'onere di verificare se sta applicando una legge, intesa come atto esistente del potere legislativo³⁶.

Il problema si ripropone, restando questa volta irrisolto, nel caso in cui la legge si collochi, contenutisticamente, alla periferia dell'ordinamento democratico. Si tratta di quelle leggi «che, non solo introducano cambiamenti bisognevoli di un procedimento di revisione della Carta, ma contengano, addirittura, disposizioni incidenti sul funzionamento degli organi costituzionali o mirino al sovvertimento della forma di governo», collocati «ai margini dello studio dell'ordinamento costituito»³⁷. Diversamente dall'ipotesi dianzi passata in rassegna, si è registrata maggiore propensione nel considerare queste leggi come “non applicabili”, creandosi una zona grigia tra ipotesi in cui la Corte potrebbe declinare la sua competenza (riconoscendo la legge nulla o inesistente) e

²⁹ La tesi è sostenuta da E. REDENTI, *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Milano 1957, 19; concorda sul punto C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale*, cit., 273.

³⁰ *Ex multis v. Cons. St.*, ad. plen., 12 ottobre 1991, n. 9, in *DeJure*; Cons. st., sez. V, 16 aprile 1987, n. 239, *ivi*; Cons. St., sez. V, 20 maggio 1993, n. 603, in *Giur. it.*, 1994, 104.

³¹ Ad oggi si è generalmente riconosciuta la tesi della legge formale, secondo cui l'atto che ha caratteristiche formali di legge è tale, con indifferenza totale per il suo contenuto, salvo quanto si dirà in narrativa. Ad integrare l'atto è sufficiente la volontà delle due Camere e la sanzione del Capo dello Stato. Il giudice ordinario non potrebbe ricorrere alla disapplicazione della legge, in quanto appannaggio esclusivo della Corte costituzionale. In questi termini cfr. C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., 1407 e C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano 1964, 5; G. JELLINEK, *Legge e bilancio – Legge e decreto*, Milano 1997, 179; D. DONATI, *La forza formale della legge*, Pisa 1911, 90; A.M. SANDULLI, *Voce Legge (diritto costituzionale)*, in *Nov. dig. it.*, IX, Torino 1963, 632; C. ROEHRSEN, *Supremazia del Parlamento e legge formale*, in AA.VV., *Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesaurò*, II, Milano 1986, 766; GABBA, *Nota*, in *Foro it.*, 1886, 705. Ancora a favore della legge in senso formale cfr. J.C. BLUNTSCHLI, *Diritto pubblico universale*, Napoli 1873, 182; O. RANELETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano 1948, 148 e G. AZZARITI, *L'invalidità della legge per i motivi di forma e di sostanza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 114 ss. e G. AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano 1951, 191. La legge andrebbe considerata tale anche in assenza della delibera di una o entrambe le Camere secondo A. LENTINI, *Voce Legge*, in *Enc. giur. it.*, IX, Milano s.d. ma 1940, 262-263; *contra* C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Milano 1934, 45 e A.M. SANDULLI, *Considerazioni in tema di sindacato della Corte costituzionale sul profilo formale delle leggi*, in AA.VV., *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, Firenze 1969, 451-452. Secondo la tesi ad oggi maggioritaria, l'apparenza dell'atto promulgato e pubblicato, e il relativo affidamento dei consociati nella sua esistenza, fa sì che si debba soprassedere sulle considerazioni dei requisiti in senso sostanziale e bisogna ritenere sussistere la giurisdizione della Corte costituzionale, l'unica a disporre degli strumenti più idonei a chiarire quale sia il diritto vigente. Secondo C. MORTATI, *Questioni sul controllo di costituzionalità sostanziale della legge*, in *Foro amm.*, 1948, 326 a questa ricostruzione non fa salvi i casi di una “non-legge”. Afferma l'A. che «il giudice infatti non può applicare una legge, la quale sia sfornita di quei requisiti di validità che la fanno essere legge»; e analogamente si riferisce a una «non-legge» anche E. ALLORIO, *Una questione di legittimità costituzionale rispetto alla legge silana*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, 25.

³² C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano 2008, 35.

³³ P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano 1972, 392.

³⁴ Cfr. la tesi di A.M. SANDULLI, *Diritto amministrativo*, Napoli 1984, 669.

³⁵ H. KELSEN, *L'illecito dello Stato*, Napoli 1988, 13. In questi termini anche J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden 1980, 49.

³⁶ Così G. SABINI, *La funzione legislativa e i decreti-legge*, Roma 1923, 263.

³⁷ C. PAGOTTO, *La disapplicazione*, cit., 40.

ipotesi in cui potrebbe affermare la sussistenza della sua giurisdizione³⁸. Ma chi potrebbe definire una legge “sovversiva” se non la stessa Corte costituzionale?

Altre situazioni potrebbero ravvisarsi nel caso in cui il potere legislativo continui a replicare, *ad infinitum*, una disposizione già dichiarata incostituzionale, in un susseguirsi tra declaratorie d’illegittimità e riapprovazioni della disciplina, ipotesi che presenterebbe gli stessi problemi della reiterazione del decreto legge, amplificati però dalla “gravità” connessa al libero esercizio del potere legislativo, non vincolato a un obbligo di “legiferare conforme a Costituzione”.

Come caso limite, potrebbe immaginarsi quello che i giudici comuni, magari di ultima istanza, continuino ad applicare leggi dichiarate incostituzionali. Ciò potrebbe verificarsi nel caso di una delegittimazione della Corte, dato che l’effettività delle sue decisioni non è intrinseca o connaturale alla funzione esercitata, ma si fonda, come è stato osservato, sul consenso dei giudici verso l’autorità della Corte³⁹, in modo simile a quanto avviene per il rispetto della “norma fondamentale” su cui si fonda l’ordinamento costituito (*Grundnorm*), che si auto-qualifica come legittima, e, allo stesso tempo, fonda la sovranità dell’ente politico⁴⁰. Il problema si fa ancora più acuto se si considera che la sentenza, emessa in violazione del diritto a un giudice terzo e imparziale, non avrebbe quell’autorità tipica con cui si vuole risolvere una delicatissima questione di equilibrio tra poteri, capace di compromettere l’intero assetto costituzionale: la Corte ne uscirebbe delegittimata per antonomasia.

3. “Nemo iudex in causa propria” e l’elogio del paradosso. A margine del pensiero di Roberto Bin.

L’Autore parte dal presupposto che l’ipotesi in cui la Corte costituzionale sollevi d’ufficio un conflitto rappresenta un caso limite dell’ordinamento che – verosimilmente – troverebbe soluzione a livello politico. Osserva 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»⁴¹. Specularmente al pensiero dell’Autore, si potrebbe sostenere che la risoluzione a livello politico riguarda il mondo del *Sollen* (o del “dover essere”). Se così fosse, non si verserebbe in quelli stessi casi limite che si vorrebbero evitare e, dunque, il mondo del *Sein*. Le ipotesi sopra passate in rassegna vanno *oltre* la possibilità di una risoluzione politica, in cui il conflitto è ultima valvola di sicurezza innanzi al fallimento di ogni diverso tentativo di conciliazione. Portando all’estremo il pensiero dell’Autore, con il ricorso ad una *reductio ad absurdum*⁴², potrebbe concludersi per la completa inutilità dell’istituto *tout court*, in quanto ogni conflitto è astrattamente suscettibile di risolversi all’esterno di uno schema giuridico⁴³, come – in fin dei conti – ogni lite civile (e ogni procedimento penale avviato su querela). Il conflitto, ma la lite in sé, è la risposta patologica del sistema. Sfociando il conflitto sono, per antonomasia, falliti gli altri, per quanto auspicabili, tentativi di conciliazione. La tesi proposta da Roberto Bin è tangente alle riflessioni di Sergio Bartole,

³⁸ Accenna al problema, ma questa volta optando per la nullità o inesistenza della legge, C. MORTATI, *Atti con forza di legge*, cit., 8, non ritenendo più sufficiente, per l’esistenza, la mera promulgazione della legge. Cfr. sul problema anche A. CERRI, *Ancora sui limiti di sindacabilità dell’atto del giudice in sede di conflitto*, in *Le reg.*, 1991, 1047; secondo F. MODUGNO, *L’invalidità*, cit., 310, la Corte dovrebbe sempre declinare la propria giurisdizione.

³⁹ In questo senso R. BIN, *La Corte costituzionale tra potere e retorica: spunti per la costruzione di un modello ermeneutico dei rapporti tra Corte giudici di merito*, in A. ANZON, B. CARAVITA, M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *La Corte costituzionale*, cit., 16.

⁴⁰ In questo senso v. G. MARAZZITA, *Io solo sono il tuo sovrano. Per una teoria complessa del diritto*, Napoli 2016, 161. L’A. osserva che la norma fondamentale «posta ma non prodotta, diviene poi oggetto delle adesioni dei cittadini i quali, credendo nella sua legittimità, rispettano i precetti di quel determinato ordinamento politico».

⁴¹ R. BIN, *L’ultima fortezza*, cit., 165.

⁴² Su molteplici esempi circa di questo ragionamento nelle argomentazioni giuridiche, G. GIADROSSI, *Materiale del corso di teoria e tecnica dell’interpretazione e della normazione*, Corso tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Trieste, 2016.

⁴³ Per queste riflessioni si rimanda alla teoria di R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino 1980, *passim*.

secondo cui non sarebbe mai possibile, nel caso in esame, poter garantire l'ultima parola alla Corte costituzionale, perché potrebbe sempre intervenire la soluzione definitiva della controversia per opera del legislatore costituzionale, l'unico ad avere «poteri realmente e definitivamente dirimenti nel caso di conflitti che coinvolgono direttamente la Corte»⁴⁴.

Tuttavia, non è particolarmente limpido il modo in cui il legislatore costituzionale possa risolvere i casi sopra proposti, se non – a propria volta – stravolgendo, con la stessa legge costituzionale, principi democratici non suscettibili di revisione. Né si comprende bene come la legge costituzionale possa imporsi sulla *interpretatio abrogans*. Qualora poi non si sollevasse la questione di legittimità costituzionale sulla norma palesamente tale (il che, in fondo, preluderebbe a un colpo di Stato in cui il potere esecutivo sia riuscito ad assorbire prima il legislativo e poi il giudiziario), la legge costituzionale non farebbe che aggravare un simile caso. Potrebbe escludere apertamente e sanzionare i soggetti che si ritenessero legittimati a disapplicare una “non-legge”, senonché laddove non si riuscisse ad approvare la legge costituzionale, il conflitto si tradurrebbe, di nuovo, nell'ultima via praticabile. Alla tesi avanzata dal Professore tergestino si potrebbe forse obiettare che rischia di introdurre un *regressum ad infinitum*, perché spetterebbe pur sempre alla Corte giudicare se le stesse leggi costituzionali non oltrepassino i limiti cui soggiacciono e, dunque, il problema si riproporrebbe nuovamente.

Pur rimarcando l'importanza del principio di un giudice terzo e imparziale, Roberto Bin ne giustifica la deroga ravvisandola nella «conseguenza della finitezza delle cose umane»⁴⁵: la coerenza del sistema costituzionale non può rinvenirsi all'interno di esso. L'Autore, allora, “elogia il paradosso”, perché «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». La Corte costituzionale «ha, in fondo, solo il potere di nominare le cose, di dire ciò che è legittimo e ciò che non lo è. Il potere di nominare le cose – come si sa – è un potere divino». Dopo avere richiamato un passo biblico, l'Autore accetta la rinuncia del diritto ad essere giudicati da un giudice terzo e imparziale perché «l'intero sistema giuridico è ricorsivo e tautologico: la legge regola l'uso della forza sin dove la forza si sottopone alla legge». Per ultimo, si ribadisce il limite come intrinseco al sistema delle «costruzioni umane» e «giuridiche» che «come non possono raggiungere l'infinito», così «non possono neppure essere definitive»⁴⁶.

4. La proposta di una soluzione nel rispetto del diritto a un giudice terzo e imparziale.

Le ipotesi della Corte giudice e parte, sebbene estreme⁴⁷, sono idonee a modificare l'assetto costituzionale e democratico, privando il Giudice delle Leggi del compito supremo cui è preposto. Tuttavia, l'estrema delicatezza della questione imporrebbe il rispetto del principio fondamentale ad avere un giudice terzo e imparziale⁴⁸. Ancora prima di trovare un precuo fondamento nell'art. 111 Cost., il diritto a un processo equo affonda le sue radici nei principi fondamentali della Costituzione, insuscettibili di deroga o revisione. In dottrina, si è sostenuto come il diritto ad avere un giudice terzo e imparziale trovi fondamento direttamente nel rispetto del principio d'eguaglianza⁴⁹, con la conseguenza che la Corte costituzionale non potrebbe sottrarsi, come ha osservato Sergio Bartole,

⁴⁴ S. BARTOLE, *La Corte*, cit., 1680.

⁴⁵ R. BIN, *L'ultima fortezza*, cit., 166.

⁴⁶ R. BIN, *L'ultima fortezza*, cit., 167.

⁴⁷ Che potrebbero verificarsi in ogni occasione di crisi degli altri «poteri dello Stato», così S. BARTOLE, *La Corte*, cit., 1676.

⁴⁸ Dubitano che questa regola possa essere infranta dalla Corte costituzionale A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *Il conflitto di attribuzione*, Milano 1957, 170, nota 74; M. CAPPELLETTI, *Intervento*, in G. MARANINI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, cit., 396 e J. LUTHER, *Cenni*, cit., 109.

⁴⁹ In questo senso V. VIGORITI, *Garanzie costituzionali del processo civile. «Due process of law» e art. 24 Cost.*, Milano 1970 ma soprattutto M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Bologna 1969, 501.

«alla osservanza di antichi principi, che per altro essa ritiene applicabili ai giudici del nostro ordinamento»⁵⁰.

La Corte, ancora prima della travagliata “novella costituzionale”, aveva affermato il diritto sulla base di un’interpretazione evolutiva dell’art. 24 Cost.⁵¹, mentre oggi lo si desume pianamente dalla lettura sistematica degli artt. 24 c. 1 e 111 c. 2 Cost., da cui deriva «il principio del diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti davanti ad un giudice terzo ed imparziale»⁵².

In questo contesto, il principio riveste un’importanza tanto più indefettibile, in quanto mira a garantire, a propria volta, il rischio di un uso distorto dell’istituto da parte della Corte costituzionale, la quale potrebbe sollevare la questione d’ufficio, per imporre il suo arbitrio sugli altri poteri. La violazione di un principio fondamentale, che ispira l’ordinamento democratico in modo trasversale, potrebbe far ritenere nulla la sentenza costituzionale⁵³, stante, come noto, l’applicazione delle disposizioni del rito civile laddove compatibili. La pronuncia, lesiva dell’art. 47 della Carta di Nizza, che dopo Lisbona ha assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati⁵⁴, potrebbe considerarsi straordinariamente ricorribile a Strasburgo⁵⁵, tanto palese sarebbe, infatti, la violazione.

⁵⁰ S. BARTOLE, *La Corte, la sua storia e le tentazioni della justice retenue*, in *Giur. cost.*, 1981, 1674.

⁵¹ [Corte cost., 13 febbraio 1985, n. 41](#), con nota di M. IRRERA, *Amministrazione straordinaria, società consortile e gruppo SIR*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 192; [Corte cost., 25 luglio 1986, n. 220](#), con nota redazionale in *Foro it.*, 1985, 2818 e [Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26](#), con note di S. BARTOLE, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1999, 190; F. FIORENTIN, L. DELLI PRISCOLI, *I diritti fondamentali delle persone detenute fra giurisprudenza costituzionale e disciplina europea*, in *Riv. pen.*, 2010, 231. Secondo [Corte cost., 1° ottobre 1997, n. 306](#), con nota di P.P. RIVELLO, *Tre concomitanti pronunce di inammissibilità della Corte costituzionale: l’astensione e la ricasazione come alternative*, in *Giur. cost.*, 1997, 2882, per cui nell’ordinamento costituzionale «un posto centrale occupa l’imparzialità-neutralità del giudice, in carenza della quale tutte le altre regole e garanzie processuali perderebbero di concreto significato».

⁵² [Corte cost., 3 luglio 2002, n. 305](#), con nota di G. MAZZULLO, *Tribunali delle acque: una revisione mai attuata*, in *Foro it.*, 2003, 723.

⁵³ È proprio in forza del principio fondamentale che anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono giunte ad applicare l’art. 178 c. 1, lett. a e l’art. 179 del Codice di rito per sostenere come il difetto di imparzialità del giudice, violando un principio informatore dell’ordinamento costituzionale, determini una incapacità specifica dello stesso giudicante ad essere tale, e da ciò discende la nullità assoluta della pronuncia. Cfr. l’importante pronuncia di Cass. pen., sez. un., 9 giugno 2011, n. 23122, in *CED Cassazione rv 249735*. La questione non cambia neppure guardando al diritto processuale civile, le cui disposizioni si applicano, come noto, anche al processo costituzionale laddove non incompatibili. Qualora la sentenza sia stata pronunciata da un giudice nell’ipotesi in cui egli abbia un interesse diretto, che è in pratica quello di cui alla prima parte del n. 1 dell’art. 51 c.p.c. (il caso esemplificativo è proprio quello del giudice in causa propria o del giudice titolare di un rapporto connesso o dipendente alla causa), il motivo di astensione può essere invocato come motivo di nullità della sentenza. In giurisprudenza cfr. Cass. civ., 12 luglio 2012, n. 11822, in [Dejure](#); Cass. civ., 12 gennaio 2007, n. 565, in *CED Cassazione rv 593765*; Cass. civ., 27 febbraio 2004, n. 3974, in *Gius.*, 2004, 2862; Cass. civ., 16 aprile 2004, n. 7252, in *Giur. it.*, 2005, 96. L’orientamento è condiviso in dottrina da L. DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricasazione del giudice civile*, Padova 1991, 53. L’A. offre un supporto argomentativo basato sull’interpretazione analogica dell’art. 33 c. 2 c.p.p., che lascia fuori solo i casi di interesse diretto del magistrato nella causa tale da non farlo essere terzo e imparziale. Peraltro, essendo la terzietà ed imparzialità del giudice un diritto fondamentale, esso si dovrebbe applicare trasversalmente ad ogni settore del diritto, ivi compreso il processo costituzionale, giacché la Costituzione non avrebbe accolto la classica divisione dei settori giuridici ma si sarebbe ispirata a un’ottica unitaria; in questo senso cfr. in dottrina A. FLAMINI, *Responsabilità civile e Costituzione*, in *Annali della facoltà giuridica dell’università di Camerino*, 2013, spec. 3.

⁵⁴ Sulla garanzia offerta dall’art. 47 della Carta di Nizza v. R. ROMBOLI, *La giustizia nella Carta dei diritti di Nizza. Osservazioni sull’art. 47*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2003, 24 e M. D’AMICO, *Sub art. 49*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L’Europa dei diritti*, Bologna 2001, 323.

⁵⁵ Talmente manifesta sarebbe la violazione con l’art. 6 CEDU che garantisce l’*impartial tribunal* quale profilo fondamentale di un giusto processo. Secondo la Corte di Strasburgo non può essere trascurato il convincimento del giudice verso le parti (cfr. [C. Edu, 29 ottobre 2004, San Leonard Ban Club c. Malta, § 58](#); [C. Edu, 22 aprile 2004, Cianetti c. Italia, § 36](#); [C. Edu, 26 febbraio 1993, Padovani c. Italia, § 26](#); [C. Edu, 1 ottobre 1982, Piersack c. Belgio, § 30](#), secondo cui l’imparzialità corrisponde all’assenza di ogni pregiudizio. Spetta all’ordinamento, secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, garantire che il giudice offra ogni garanzia volta a escludere ogni legittimo dubbio sulla sua imparzialità. Cfr. ancora in questo senso C. Edu, 20 maggio 1998, *Guatrin e altri c. Francia*, § 58; [C. Edu, 26 ottobre 1984, De Cubber c. Belgio, § 24](#)) Nell’ultima pronuncia la Corte osserva che «when applied to a body sitting as a bench, it means determining whether, quite apart from the personal conduct of any of the members of that body, there are ascertainable facts which

Si violerebbe sia l'imparzialità, intesa come la funzione esercitata nel processo che «impone non vi siano legami tra il giudice e le parti», sia il diverso requisito della terzietà, cioè lo *status* sul piano ordinamentale, secondo cui il giudice non può cumulare altre funzioni processuali⁵⁶.

Il Giudice delle Leggi attribuisce all'imparzialità il significato di «non pregiudicatezza»: si verificherebbe nel caso in esame una situazione psichica caratterizzata dalla “forza della prevenzione”, aggravata dall'assenza di ogni garanzia procedimentale volta ad estromettere la stessa Corte dal giudizio⁵⁷.

Si potrebbe obiettare che la Corte costituzionale mirerebbe al conseguimento di un interesse astratto e di salvaguardia dell'ordinamento, senonché, la scissione tra la Corte “organo” e la Corte “persona” (e la finitezza tipica delle cose umane *à la* Bin), ripropongono l'inconciliabilità tra *Sein* e *Sollen*. Per descrivere la peculiare posizione della Corte costituzionale giudice e parte, Antonio Ruggieri ha parlato di uno «sdoppiamento funzionale dell'organo»⁵⁸.

L'attuale assetto si pone poi in contrasto con la stessa funzione dell'istituto, che, attraverso la devoluzione del conflitto alla Corte costituzionale, mirerebbe ad evitare la violazione del principio di terzietà e imparzialità del giudice⁵⁹. Sul problema della legittimazione attiva è possibile avanzare una soluzione solo *de lege ferenda*, ma che, a parere di chi scrive, sembra l'unica astrattamente percorribile per evitare i rischi peculiari che nascerebbero qualora si verificasse una simile ipotesi. Si potrebbe ammettere la Corte costituzionale a delibare (sia la propria legittimazione sia il contenuto decisorio) in composizione allargata, in modo simile a quanto già avviene per i giudizi di accusa. La “doppia delibazione” potrebbe scongiurare la delegittimazione della Corte e avrebbe il pregio di “sdoppiarne il ruolo” senza comprometterne la terzietà. Il Giudice delle Leggi potrebbe estrarre a sorte i giudici aggregati dall'elenco dei quarantacinque cittadini formato ogni nove anni dal Parlamento in seduta comune, magari prevedendosi la partecipazione del Presidente della Repubblica, quale garante del sistema costituzionale. Peraltro, la scarsa probabilità che si pervenga a un simile conflitto scongiura sia l'ipotesi di una *flood of litigation* sia il rischio di un aggravamento eccessivo delle casse erariali.

5. La legittimazione passiva.

Se la legittimazione attiva della Corte crea una zona d'ombra, quella passiva è una zona franca. L'opinione maggioritaria ritiene che il sistema di chiusura si fa apprezzare in quanto si riconosca la

may raise doubts as to its impartiality. In this respect even appearances may be of some importance. What is at stake is the confidence that the courts in a democratic society must inspire in the public.

⁵⁶ Sulla differenza tra i due concetti, sebbene si sia sostenuta anche la tesi della sinonimia, v. P. FERRUA, *Il “giusto processo” in Costituzione*, in *Dir. giust.*, 2000, 78 e anche G. FRIGO, *Così le scelte sulla valutazione delle prove vanificano le conquiste sul giusto processo*, in *Guida dir.*, 1999, 48. In giurisprudenza cfr. per tutti [Corte cost., 15 settembre 1995, n. 432](#), con note di P.P. RIVELLO, *Un significativo mutamento d'indirizzo della Corte costituzionale: finalmente riconosciuta l'incompatibilità del magistrato chiamato a partecipare al dibattimento dopo aver adottato quale g.i.p. una misura cautelare personale*, in *Giur. cost.*, 2014, 4189; F. CALLARI, *Incompatibilità del giudice e procedimento cautelare: il valore incompressibile dell'imparzialità nell'esercizio della funzione giurisdizionale*, *ivi*; P. GAETA, G. TEL, *I pregiudizi sul pregiudizio ovvero il falso mito della verginità del “giudice del merito”*, in *Foro it.*, 1996, 411; A. GIARDA, *Affermati come valori costituzionali contenuti nel “giusto processo”*, in *Corr. giur.*, 1996, 26; G. ICHINO, *Principio di imparzialità e pre-giudizio del giudice*, in *Quale giust.*, 1995, 1401; O. MAZZA, *Il progressivo ampliamento delle incompatibilità del giudice*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 1401; A. FRAIOLI, *La decisione della Consulta n. 432 del 1995: possibili sviluppi di giurisprudenza costituzionale della nuova causa di incompatibilità*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1996, 30.

⁵⁷ Su questo profilo v. anche P. TONINI, *Procedura penale*, Milano, 2014, 95.

⁵⁸ In questi termini A. RUGGERI, *La Corte*, cit., in AA.VV., *Strumenti*, cit., 660.

⁵⁹ R. BIN, *L'ultima fortezza*, cit., 130. Si osserva che il conflitto trova ragion d'essere, perché «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 attribuzione in senso oggettivo, lo stesso accade quando a generare il conflitto è l'atto o il comportamento di un'autorità giurisdizionale».

legittimazione solo attiva del Giudice delle Leggi⁶⁰. Giovanni Pitruzzella ritiene che questa legittimazione “a metà” conferisca al rimedio un «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»⁶¹.

Sul versante opposto, Damiano Florenzano sostiene che la Corte costituzionale potrebbe essere giudice e parte del conflitto solo quando esso scaturisca da comportamenti e non da atti: il Giudice delle Leggi potrebbe rivestire la parte di convenuto nell’ipotesi in cui abbia omesso un’attività costituzionalmente dovuta⁶². Analogamente, si è detto che andrebbero distinte le ipotesi in cui si domanda «sotto qualsiasi forma» la revisione della sentenza da quelle in cui la Corte «abbia travalicato i limiti ad essa assegnati dalla Costituzione, interferendo illegittimamente con competenze costituzionalmente riconosciute ad altri soggetti o poteri dello Stato»⁶³. A questa tesi si potrebbe obiettare che, nella pratica, sembra difficilmente tracciabile una linea di demarcazione tra le due ipotesi, potendo ben accadere che la seconda (il travalicamento dei limiti costituzionali) possa verificarsi attraverso una sentenza (che è poi l’atto tipico della Corte costituzionale), mentre sarebbe difficilmente immaginabile una diversa violazione delle attribuzioni costituzionali e, laddove anche ciò si verificasse, si sarebbe innanzi a una violazione del principio d’eguaglianza, ammettendosi il conflitto tra poteri solo quando la violazione delle attribuzioni trovi fondamento all’esterno del provvedimento giudiziario, pur potendosi trattare, in tesi, della medesima violazione⁶⁴.

Intervenendo in questa complessa disputa dottrinale, la Corte costituzionale ha escluso la sua legittimazione passiva. Passando velocemente in rassegna i fatti, il conflitto era stato sollevato avverso una pronuncia della stessa Corte, che avrebbe leso le prerogative costituzionali delle Regioni ricorrenti di concorrere alla volontà statale, attraverso il alcune iniziative referendarie che – a seguito della pronuncia impugnata – erano state dichiarate inammissibili⁶⁵. Il problema che affronta la Corte è improntato, come può immaginarsi, sulle problematiche connesse all’art. 137 Cost. che vieta di sottoporre a gravame le sentenze costituzionali. Osservano i giudici che questa regola preclude «in modo assoluto ogni tipo di gravame diretto a contrastare, annullare o riformare, in tutto o in parte, le decisioni della Corte». La preclusione opera sia nei confronti dei «gravami devoluti ad altri giudici» sia nei confronti della «stessa Corte contro le decisioni che essa ha emesso». L’affermazione ha portata generale, riguarda «qualsiasi tipo di impugnazione, qualunque sia lo strumento con il quale è richiesto il sindacato sulle decisioni della Corte», compreso il conflitto di attribuzioni, che serve «a censurare il modo in cui si è concretamente esplicata la giurisdizione della Corte».

La sentenza estende l’insindacabilità della pronuncia sia all’iter logico sia alla motivazione, fornendo un’interpretazione estremamente rigida dell’art. 137 Cost., in cui la Corte costituzionale si pone come organo supremo, le cui pronunce non sono sindacabili né da altri giudici né da un altro diverso organo, ivi compresa la Corte costituzionale. Si osserva, infatti, che la regola è «priva di eccezioni» e «non si limita ad interdire gravami devoluti ad altri giudici (...), ma impedisce anche il

⁶⁰ Cfr. A. RUGGERI, *La Corte*, cit., in AA.VV., *Strumenti*, cit., 658.

⁶¹ G. PITRUZZELLA, *La Corte costituzionale*, cit., 596.

⁶² D. FLORENZANO, *L’oggetto del giudizio sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, Trento 1994, 303 ed in termini simili cfr. anche L. PESOLE, *A proposito della legittimazione della Corte costituzionale nei conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in *Giur. cost.*, 1998, 2531.

⁶³ E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia*, cit., 249. Analoghe osservazioni anche in ROMBOLI, *È ammissibile un conflitto contro la Corte costituzionale?*, in *Foro it.*, 1998, 1364, secondo cui «denunciare che la Corte, nell’ambito delle funzioni ad essa spettanti, ha travalicato i limiti ad essa assegnati dalla Costituzione e dalle leggi attuative, interferendo illegittimamente con competenze costituzionalmente riconosciute ad altri soggetti o ad altri poteri dello Stato» non corrisponde all’impugnazione di una sentenza costituzionale.

⁶⁴ In questo senso A. RUGGERI, *La Corte*, cit., in AA.VV., *Strumenti*, cit., 670 secondo cui non sarebbe possibile distinguere le impugnazioni in senso stretto dai conflitti contro le decisioni della Corte costituzionale, producendosi, in entrambi i casi, gli stessi effetti. Analogamente anche M. MEZZANOTTE, *Referendum abrogativo, giudicato costituzionale e Regioni promotrici*, in *Giur. cost.*, 1998, 1771. *Contra*, e dunque a favore della possibilità di distinguere l’impugnazione della sentenza costituzionale dalla *vindicatio* del potere v. P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte*, cit., 269.

⁶⁵ [Corte cost., 26 febbraio 1998, n. 29](#), con note di M. MEZZANOTTE, *Referendum abrogativo*, cit.; R. ROMBOLI, *È ammissibile*, cit.

ricorso alla stessa Corte contro le decisioni che essa ha emesso»; disattendendo le osservazioni di un'autorevole dottrina, secondo cui il Giudice delle leggi sarebbe stato l'unico soggetto capace di revisionare le proprie sentenze⁶⁶. Una parte della dottrina, che qui non si condivide, ha accolto positivamente la statuizione della Corte, notando che, in caso contrario, la violazione dell'insindacabilità delle pronunce costituzionali «pare manifesta dato che è appunto il contenuto della pronuncia che si contesta, di norma assumendolo lesivo di una competenza costituzionalmente attributiva»⁶⁷. Secondo Paolo Veronesi, invece, la Corte costituzionale si è proclamata «giudice tra i giudici» ed «organo tra gli organi»⁶⁸, mentre Massimiliano Mezzanotte ha osservato come le argomentazioni usate sarebbero finalizzate «ad evitare sentenze contrastanti che causerebbero la perdita di credibilità nell'azione del giudice costituzionale»⁶⁹.

5.1. Il giudicato costituzionale tra law in the books e law in action. Cenni.

È possibile sostenere che sono le peculiarità del ruolo che svolge il conflitto di attribuzione a permette di assumere un diverso punto di vista sul problema. Già Vezio Crisafulli metteva in luce come la Corte costituzionale, pronunciando una sentenza additiva, svolga un compito tipico del legislatore. In questi termini, l'Autore riteneva ammissibili le sole sentenze additive “a rime obbligate”, secondo la cui notissima definizione la Corte potrebbe pronunciarsi solo laddove la scelta che deve compiere non sia discrezionale, ma “imposta” dalla Costituzione.

Se questo è il mondo del *Sollen*, in un momento di crisi istituzionale ovvero per un più semplice errore di valutazione, la Corte potrebbe esondare da questo compito, travalicando le “rime obbligate” di crisafulliana esperienza e già il Professore genovese sottolineava come ciò si verificasse nella pratica: si può ricordare le critiche che furono mosse alla “storica” [Corte cost., 23 maggio 1978, n. 69](#)⁷⁰. E sembra evidente come una situazione del genere, qualora si verificasse alle sue estreme conseguenze, dovrebbe dirsi intollerabile.

Bisogna domandarsi se esistano dei casi in cui è possibile “disattendere” il precetto di cui all'art. 137 c. 3 Cost. L'ipotesi non è di facile risoluzione. Un valido punto di partenza può essere l'osservazione della realtà, per domandarsi se la regola, a prescindere da una formale ottemperanza sia rispettata anche sostanzialmente. Le sentenze manipolative danno origine a una «situazione normativa» diversa rispetto a quella conosciuta dalla Corte nel giudizio. Può questa situazione normativa essere riportata all'attenzione del giudice? La Corte si è pronunciata negativamente, quanto meno rifiutando le questioni volte al ripristino della norma dichiarata incostituzionale, in quanto un assetto normativo «ormai caducato non può rivivere sotto forma di interpretazione, senza un intervento del legislatore»⁷¹.

In dottrina, però, si è messo criticamente in luce come il giudicato costituzionale sarebbe più vincolante per il Giudice delle Leggi che per il legislatore ordinario, Francesco Dal Canto osserva come «l'interpretazione della normativa di risulta o la sua impugnazione di fronte alla Corte (...) non costituiscono necessariamente una violazione del giudicato costituzionale, ma solo nei limiti in cui

⁶⁶ A. PIZZORUSSO, *Garanzie costituzionali. Art. 137 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Roma-Bologna, 1981, 695.

⁶⁷ G.P. DOLSO, *Sub art. 137 Cost.*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008, 1208.

⁶⁸ In questi termini P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte*, cit., 269.

⁶⁹ M. MEZZANOTTE, *Referendum abrogativo*, cit., 1771.

⁷⁰ in *Giur. cost.*, 1978, 626, con nota di V. CRISAFULLI, *Osservazione*. Tralasciando la portata innovativa della pronuncia, benché smentita dai successivi arresti della Corte costituzionale in tema di accesso al conflitto per i soggetti esterni allo Stato persona. L'A. evidenziava come l'abuso del legislatore non possa legittimare la sentenza additiva della Corte, poiché il modo di attuazione di una norma o di un gruppo di norme non è di per sé indice di un contrasto con la Costituzione; in questo senso il Giudice delle Leggi avrebbe travalicato i suoi poteri.

⁷¹ [Corte cost., 21 novembre 2000, n. 517](#).

con esse si intenda sollecitarne la Corte a ricreare esattamente la situazione preesistente»⁷². La possibilità di ripensare il giudicato costituzionale deriva da alcuni importanti arresti che hanno deciso nel merito delle questioni di legittimità costituzionale volte a contestare il risultato normativo di una precedente sentenza di accoglimento: la Corte costituzionale sembra avere dato corso a una «interpretazione autentica» delle sue pregresse decisioni⁷³. Cosicché Paolo Veronesi, citando la tesi sostenuta in un intervento seminariale da Gustavo Zagrebelsky⁷⁴, osserva come «la Corte si è trovata a decidere di questioni di legittimità costituzionale promosse contro il dispositivo additivo di una sua precedente pronuncia. La (assai più frequente) risposta stizzita con cui la Corte respinge l'ammissibilità di simili questioni, non ha escluso la presa in carico di domande che non sembravano polemicamente dirette a cassare le sue decisioni pregresse, bensì ad evidenziarne profili d'incostituzionalità. Un simile atteggiamento avrebbe modo di essere esportato anche ai (veri) conflitti con cui s'impugnano decisioni della Corte costituzionale. Ed anzi parrebbe incoerente non adottare uno stesso orientamento per profili di così evidente somiglianza»⁷⁵.

5.2. Segue. Una soluzione. Per una gerarchia dei principi costituzionali.

La ricerca di una soluzione al problema si rende doverosa già per l'ambito di estensione soggettivo dell'art. 24 Cost. La Carta costituzionale utilizza il termine «tutti», ciò vuol dire che il principio della tutela giurisdizionale deve trovare attuazione, oltre che per i soggetti dello Stato comunità, anche per le istituzioni dello Stato persona, cosa che non si verificherebbe negando a priori la legittimazione passiva della Corte costituzionale⁷⁶.

⁷² F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Torino 2002, 192. In dottrina si è osservato come il passaggio del tempo (e il mutato contesto sociale) potrebbero imporre una nuova valutazione del quadro normativo. Ciò si verificherebbe soprattutto in quelle ipotesi in cui la normativa è il risultato di una sentenza condotta sulla base del principio di eguaglianza. In questo senso, la pronuncia non potrebbe essere espressione di un bilanciamento che resti immutato nel tempo, giacché esso può essere ristabilito in molteplici modi. Su questi profili cfr. in dottrina A. RUGGERI, *Le attività «conseguenziali» nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore*, Milano 1988, 62; E. CATELANI, *Sull'ammissibilità della riproposizione di questioni già decise con sentenza di accoglimento (sent. n. 17/1992)*, in A. ANZON, B. CARAVITA, M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *La Corte costituzionale*, cit., 34 e G. DEMURO, *La soggezione del giudice alla legge e vincolatività per i giudici comuni delle sentenze "normative" della Corte costituzionale*, in P. CIARLO, G. PITRUZZELLA, R. TARCHI (a cura di), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino 1997, 121.

⁷³ Cfr. in questo senso [Corte cost., 11 dicembre 1995, n. 501](#), con nota di C. CONSOLO, *La Consulta e la sicura ammissibilità del reclamo anche nel possessoria (benché né processo cautelare, né sommario-esecutivo, né percorso bifasico culminante nel rito ordinario)*, in *Giur. it.*, 1996, 165; [Corte cost., 27 febbraio 1996, n. 58](#); [Corte cost., 24 marzo 2006, n. 121](#), con nota di L. FIORILLO, *Lavoro a tempo parziale verticale e indennità di disoccupazione involontaria: la funzione integrativa del reddito non rientra nella tutela previdenziale costituzionalmente obbligata*, in *Giur. cost.*, 2006, 2638. *Contra* [Corte cost., 22 ottobre 1997, n. 319](#), con nota redaz. di L. DI BISCEGLIE, in *Giur. cost.*, 2006, 2638, secondo cui «le censure (...) formulate nell'ordinanza di rimessione, pur formalmente rivolte contro le denunciate norme, mirano nella sostanza a sindacare le statuizioni contenute in detta sentenza»; [Corte cost., 24 gennaio 1992, n. 17](#), con nota di N. MAIORANO, *In tema di affidamento in prova al servizio sociale*, in *Cass. pen.*, 1992, 1979; [Corte cost., 23 dicembre 1999, n. 461](#); [Corte cost., 24 luglio 2000, n. 344](#); [Corte cost., 10 aprile 2001, n. 108](#), con nota di A. PACE, *Impugnazione (inammissibile) delle sentenze interpretative di accoglimento o, piuttosto, "riconsiderazione" del decisum*, in *Giur. cost.*, 2001, 715. Critico verso la giurisprudenza che non permette di sindacare le normative di risulta presunte incostituzionali e derivanti da sentenze manipolative cfr. A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente. Genesi, uso, implicazioni*, Milano, 1994, 606.

⁷⁴ G. ZAGREBELSKY, incontro seminariale su *La motivazione delle sentenze della Corte costituzionale*, svoltosi martedì 4 maggio 1999 presso il Dipartimento di diritto pubblico della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Padova.

⁷⁵ P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte*, cit., 270.

⁷⁶ Cfr. in dottrina L.P. COMOGLIO, *Il I comma dell'art. 24. Il diritto individuale alla tutela giudiziaria*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario*, cit., 12 e A. PIZZORUSSO, *Voce Garanzia costituzionale dell'azione*, in *Dig. disc. priv.*, VIII, Torino 1992, 610.

Non sembra convincente la teoria, seppur autorevolmente sostenuta, secondo cui si potrebbe ovviare al problema attraverso l'applicazione dell'istituto processualciviltistico della revocazione per errore di fatto⁷⁷, ritenuto l'unico motivo astrattamente applicabile alla giustizia costituzionale⁷⁸ (e diverso dall'errore meramente materiale, previsto dall'art. 21 delle Norme Interne⁷⁹). La Corte difficilmente potrebbe incorrere nella lesione dell'attribuzione del potere altrui a causa di una erronea valutazione delle circostanze fattuali. L'errore ricadrebbe, più spesso, sul diritto e cioè sull'interpretazione della norme che affidano il potere alla Corte costituzionale e, dunque, sullo stesso art. 134 Cost., un caso più simile, per chi scrive, all'errore di cui all'art. 360, n. 5 c.p.c.

Francesco Paolo Luiso ha osservato, con la linearità che lo contraddistingue, come «l'errore di fatto revocatorio è fondamentalmente un errore di percezione e non di giudizio (...). Esso consiste in una svista del giudice, che ha dato per esistente (o inesistente) quel che invece sicuramente non risultava (o risultava) esistente dagli atti di causa»⁸⁰.

Peraltro è solo il caso di ricordare come l'applicazione dell'istituto nel giudizio è tema molto dibattuto in dottrina⁸¹. Lasciato sostanzialmente impregiudicato dalla Corte⁸², ha visto eminenti studiosi, costituzionalisti e processualciviltistici, schierarsi a favore⁸³ ovvero contro⁸⁴ il ricorso all'istituto, spesso con argomenti profondamente diversi tra loro.

La tesi maggioritaria, accolta dalla Corte costituzionale e autorevolissimamente sostenuta, ha così escluso la possibilità di riconoscere la legittimazione passiva della Corte costituzionale, escludendo ogni qualsiasi richiesta volta al riesame di una pronuncia del Giudice delle Leggi⁸⁵. Si tratta, però, di una delle tante ricostruzioni ammissibili. Essa sembra fondarsi sul presupposto che le disposizioni costituzionali siano equi-ordinate e poste sullo stesso «tavolo di valori». Questa ricostruzione è avallata dalla raffigurazione del sistema delle fonti come una rete⁸⁶ o una matrice⁸⁷, esso «non è gerarchico, non ha un vertice che si impone sulla base; non ha neppure un centro che prevale sulla periferia»⁸⁸. Questa è la base su cui si esclude la legittimazione passiva della Corte costituzionale. Tuttavia, la piramide kelseniana non ha definitivamente abdicato al suo ruolo. Si possono ricordare due esempi: la teoria dei contro-limiti è utilizzata per impedire la prevalenza del diritto euro-unitario

⁷⁷ Art. 395 n. 4 c.p.c. secondo cui è revocabile la sentenza che è «l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti di causa. Vi è questo errore quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso se il fatto non costituì un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare».

⁷⁸ A favore di questa tesi, e sulla limitazione della revocazione al solo caso dell'errore di fatto, P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte*, cit., 272, nota 99. Analogamente v. F. DAL CANTO, *Giudicato costituzionale*, cit., 2690, secondo cui dato che «la legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari», allora «il giudicato incostituzionale impedisce ogni forma di impugnazione, salvo la revocazione per errore di fatto».

⁷⁹ Secondo cui «la Corte provvede alla correzione delle omissioni o degli errori materiali delle sentenze e delle ordinanze, anche d'ufficio, in camera di consiglio con ordinanza, previo avviso alle parti costituite».

⁸⁰ Autorevolmente F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano 2013, 506.

⁸¹ Per un *excursus* completo delle posizioni avanzate in dottrina cfr. C. CONSOLO, *La revocazione delle decisioni della Cassazione: profili storico-comparativi*, in *Giur. it.*, 1988, 173 e spec. nota 29.

⁸² La questione è rigettata ma senza una motivazione sul punto da [Corte cost., 9 marzo 1959, n. 17](#), con nota di E. CHELI, *Sulla correzione degli errori materiali e sulla ammissibilità della revocazione per le sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1959, 300, mentre in [Corte cost., 7 maggio 1993, n. 226](#), la Corte costituzionale ha motivato il rigetto in modo più dubitativo, non escludendo in astratto la possibilità di revocare le proprie sentenze.

⁸³ In questo senso G. ZAGREBELSKY, *Errore di fatto e sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1967, 1521; C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., 1456; R. ROMBOLI, *Decisioni di inammissibilità o fondate su errore di fatto e limiti alla riproposizione da parte del giudice a quo della stessa questione nel corso del medesimo giudizio*, in AA.VV., *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario (Roma, 13-14 novembre 1989)*, Milano 1990, 176.

⁸⁴ Così E. CHELI, *Sulla correzione*, cit., 303; E. CATELANI, *Sull'ammissibilità*, cit., in A. ANZON, B. CARAVITA, M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *La Corte costituzionale*, cit., 30.

⁸⁵ A. RUGGERI, *Storia di un falso*, cit., 78.

⁸⁶ Per una riflessione sull'ordinamento come *network* e per un'applicazione della teoria delle reti sui parametri delle questioni di costituzionalità v. G. MARAZZITA, *Io solo sono il tuo sovrano*, cit., 112-122.

⁸⁷ Per questa rappresentazione dell'ordinamento v. D. ELAZAR, *Idee e forme del federalismo*, Milano 1998, 12.

⁸⁸ P. PINNA, *I conflitti di attribuzione*, cit., 15, continua l'A. che in questo senso il sistema reticolare o matriciale «non ha una base, né un vertice, né un centro, né una periferia».

sui principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale. Come noto, sia il diritto internazionale consuetudinario sia i regolamenti europei possono derogare a disposizioni costituzionali, ma incontrano limite invalicabile nei principi fondamentali, che rappresentano il “nocciolo duro” della Costituzione. Si potrà a lungo discutere su quali disposizioni siano fondamentali e quali no, sulla modalità in cui possa avvenire la loro lesione o non possa avvenire, ma sull'esistenza di alcuni principi dotati di una maggiore «forza attiva» non sembra esservi dubbio.

Conseguentemente, si può tracciare una gerarchia all'interno delle disposizioni costituzionali, ne sarebbe ulteriore indizio l'interpretazione estensiva dell'art. 139 Cost., secondo cui non può essere oggetto di revisione costituzionale non solo la forma repubblicana, ma la stessa forma democratica. Il Giudice delle Leggi ha osservato che «la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana»⁸⁹.

In termini ancora più netti, il Giudice delle Leggi avvalorava questa ricostruzione ed afferma che essa «ha già riconosciuto in numerose decisioni come i principi supremi dell'ordinamento costituzionale abbiano una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale, sia quando ha ritenuto che anche le disposizioni del Concordato, le quali godono della particolare “copertura costituzionale” fornita dall'art. 7, comma secondo, Cost., non si sottraggono all'accertamento della loro conformità ai “principi supremi dell'ordinamento costituzionale” (...), sia quando ha affermato che la legge di esecuzione del Trattato della CEE può essere assoggettata al sindacato di questa Corte “in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana”»⁹⁰.

⁸⁹ [Corte cost., 29 dicembre 1988, n. 1146](#), con note di S. BARTOLE, *La Corte pensa alle riforme istituzionali?*, in *Giur. cost.*, 1988, 5570, anche con nota di N. ZANON, *Premesse ad uno studio sui “principi supremi” di organizzazione come limiti alla revisione costituzionale*, *ivi*; M. DOGLIANI, *La sindacabilità delle leggi costituzionali, ovvero la sdrammatizzazione del diritto costituzionale*, in *Le reg.*, 1990, 774 e analogamente [Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366](#), con nota di G. DE GREGORIO, *Diritti inviolabili dell'uomo e limiti probatori nel processo penale*, in *Foro it.*, 1992, 3257.

⁹⁰ [Corte cost., 29 dicembre 1988, n. 1146](#), cit. Sul rispetto dei principi fondamentali da parte delle disposizioni concordatarie v. [Corte cost., 1 marzo 1971, n. 30](#), con note di R. BACCARI, *Il sindacato di legittimità costituzionale sull'efficacia civile del matrimonio canonico*, in *Dir. eccl.*, 1971, 273; P. CIPRIOTTI, *Alcuni particolari aspetti delle recenti sentenze della Corte costituzionale sull'art. 34 del Concordato*, *ivi*; F. FINOCCHIARO, *Il matrimonio “concordatario” nelle sentenze della Corte costituzionale*, *ivi*; P. GISMONDI, *I principi della recente giurisprudenza della Corte costituzionale sui matrimoni concordatari*, *ivi*; M. PETROCELLI, *I matrimoni religiosi e la Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 299; C.A. JEMOLO, *Primo confronto della Costituzione col Concordato davanti alla Corte costituzionale*, *ivi*; P. BELLINI, *Sul sindacato di costituzionalità delle norme di derivazione concordatarie*, in *Giur. it.*, 1971, 86; F. MODUGNO, *La Corte costituzionale di fronte ai Patti lateranensi*, in *Giur. cost.*, 1971, 404; [Corte cost., 2 febbraio 1972, n. 12](#), con nota di S. GRASSI, *Il diritto di indire sottoscrizioni e di effettuare raccolte di fondi: una “libertà atipica”?*, in *Giur. cost.*, 1972, 54; [Corte cost., 11 dicembre 1973, n. 175](#), 53, con note di F. FINOCCHIARO, *Matrimonio “concordatario”, giurisdizione ecclesiastica e divorzio civile davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. eccl.*, 1974; P. GISMONDI, *Esigenze di armonizzazione costituzionale*, *ivi*; A. VITALE, *La giurisdizione ecclesiastica nell'ordinamento italiano*, *ivi*; C. MIRABELLI, *Problemi e prospettive in tema di giurisdizione ecclesiastica matrimoniale e di divorzio*, in *Giur. cost.*, 1973, 2321; [Corte cost., 5 gennaio 1977, n. 1](#), con note di R. BACCARI, *“Copertura costituzionale” e legislazione concordataria*, in *Dir. eccl.*, 1977, 501; E. CAMASSA, *Matrimonio, Corte costituzionale e revisione*, *ivi*; A. D'ATENA, *Disposizioni riproduttive di clausole concordatarie e giudizio costituzionale*, in *Giur. it.*, 1977, 1429; cfr. anche [Corte cost., 24 gennaio 1982, n. 18](#).

Sulla teoria dei controlimiti cfr. tra le più importanti sentenze [Corte cost., 27 dicembre 1973, n. 183](#), con note di P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, 2406; M. CAPURSO, *Le ideologie giuridiche dello Stato nazionale moderno e l'ordinamento comunitario nella giurisprudenza italiana*, in *Stud. parl.*, 1975, 247; S. CASSESE, *Ordine giuridico europeo e ordine nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 419; *Corte cost.*, 8 giugno 1984, n. 170, con note di M. BERRI, *Composizione del contrasto tra Corte costituzionale e Corte di giustizia delle comunità europee*, in *Giur. it.*, 1984, 1521; G. GEMMA, *Un'opportuna composizione di un dissidio*, in *Giur. cost.*, 1984, 1222; la sentenza è menzionata anche in A. RUGGERI, *Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quali*

Così ricostruito il quadro, è possibile ritenere che l'art. 137 c. 3 Cost. debba porsi, all'interno di una gerarchia dei diritti, al di sotto dell'art. 134 Cost. per due ragioni. Negare la legittimazione passiva della Corte provoca la lesione del diritto "a un giudice", annoverato «tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio»⁹¹. Il diritto alla tutela giurisdizionale rientra, in altri termini, tra i diritti «inviolabili dell'uomo, che la Costituzione garantisce all'art. 2 Cost.»⁹². Sia la dottrina⁹³ sia la giurisprudenza⁹⁴ riconoscono il diritto in questione come fondamentale e supremo, «una delle norme più notevoli della Costituzione»⁹⁵. Mentre l'art. 137 c. 3 Cost. ha incontrato dei limiti applicativi, il diritto al giudizio è stato considerato assoluto, inviolabile e universale⁹⁶. Si può dire, richiamando un'osservazione di Claudio Consolo, che l'art. 137 Cost. va inserito in una scala di principi costituzionali, all'interno dei quali andrebbe subordinato a quelli che appaiono «assai più irrinunciabili» rispetto ad esso⁹⁷.

In secondo luogo, la stessa previsione del conflitto tra poteri *sic et simpliciter* (cioè senza necessità di ricondurla all'art. 24 Cost.) potrebbe derogare all'insindacabilità del giudicato, in quanto norma volta a tutelare «il principio della tutela delle sfere di competenza costituzionale assegnate ai diversi poteri dello Stato», che rappresenta «un'ineliminabile esigenza dello Stato di diritto»⁹⁸, ancor più se si considera che oggi esso è funzionale all'inveramento del pluralismo civile (e non più solo del *checks and balances*), tangendo così una serie di principi supremi dell'ordinamento.

Due brevissime considerazioni conclusive. Anche laddove non si volesse accedere a questa ricostruzione "sostanziale" dei diritti, per porre l'art. 134 Cost. e 137 Cost. sul medesimo piano

i possibili "seguiti" della 238 del 2014?, in questa [Rivista, Studi, 2015/I; Corte cost., 18 aprile 1991, n. 168](#), con nota di A. CELOTTO, *Un'ulteriore passo in avanti nell'affermazione della prevalenza del diritto comunitario (considerazioni a margine della sent. 18-1-91, n. 168)*, in *Giur. it.*, 1992, 1651, che, con riferimento alla legge di esecuzione del Trattato CEE, indicava «il limite del rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana». *Contra* l'individuazione dei limiti impliciti alla revisione costituzionale v. S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione*, Bologna 2004, 355, secondo cui la Corte costituzionale, allontanandosi dal quadro positivo, introduce «un filtro originariamente destinato ad operare sul terreno dei rapporti fra ordinamenti, dove il problema non è quello di impedire al legislatore costituzionale di sovvertire le scelte fatte in sede costituente, ma di evitare che, per tramite diversi dalla revisione costituzionale, si incida su aspetti essenziali dell'ordine repubblicano».

⁹¹ [Corte cost., 2 febbraio 1982, n. 18](#), con note di C. CARDIA, *Una ridefinizione del matrimonio concordatario*, in *Giust. civ.*, 1982, 1450 e P. CARETTI, *Il principio di laicità in trent'anni di giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 761.

⁹² [Corte cost., 27 dicembre 1965, n. 98](#), con note di N. CATALANO, *Compatibilità con la Costituzione italiana delle legge di ratifica del Trattato CECA*, in *Foro it.*, 1966, 8; M. MAZZIOTTI, *Osservazione*, in *Giur. cost.*, 1965, 1329; G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale in materi comunitaria (1964-1976) e superamento della sovranità nazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 1175. Peraltro riconducono l'art. 2 Cost. ai principi supremi dell'ordinamento P. GROSSI, *Introduzione a uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, 145; R. NANIA, P. RIDOLA, *I diritti costituzionali*, Torino, 2006, 173; *contra* A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1994, *passim*.

⁹³ Cfr. I. ANDOLINA, G. VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, Torino, 1997, 63 secondo cui si tratta di un limite alla revisione costituzionale; mentre per M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, II, Milano 1984, 4 è il primo diritto fondamentale, nella scala gerarchica, da cui derivano tutte le altre garanzie processuali.

⁹⁴ *Ex multis*, v. [Corte cost., 21 aprile 1989, n. 232](#); [Corte cost., 21 aprile 1994, n. 155](#), annotata da G. COSTANTINO, *Prime note sul "fallimento" dei Comuni*, in *Foro it.*, 1994, 3345; [Corte cost., 8 maggio 1996, n. 148](#), con note di C. CONSOLO, *La Consulta e l'imparzialità del giudice della tutela cautelare civile in ambito fallimentare*, in *Corr. giur.*, 1996, 879; E. FABIANI, *L'art. 146 legge fallimentare: problemi di costituzionalità e di compatibilità con il procedimento cautelare uniforme ex art. 669 bis ss.*, in *Foro it.*, 1996, 2648; I. SCALERA, *Le misure cautelari ex art. 146, comma terzo, legge fallim., dopo la novella processualcivile e la sentenza della Corte*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 1996, 797.

⁹⁵ V. ANDRIOLI, *Scritti giuridici*, I, Milano, 2007, 6.

⁹⁶ Così [Corte cost., 3 luglio 1997, n. 212](#), con nota di M. TIRELLI, *A quando la risposta del legislatore alla sentenza costituzionale n. 26 del 1999?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 980; [Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26](#), cit.

⁹⁷ Così, ma con riferimento all'istituto della revocazione sull'insindacabilità del giudicato costituzionale, C. CONSOLO, *Le decisioni della Corte debbono essere suscettibili di revocazione?*, in *Corr. giur.*, 1989, 654.

⁹⁸ P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte*, cit., 272, di cui anche la precedente citazione.

processuale, non si ravvede una valida ragione giuridica per azzerare il contenuto di una disposizione per darne attuazione a un'altra dello stesso tipo⁹⁹.

Pe ultimo, si può chiudere proprio richiamando quella “base” che si è cercato di “sovvertire”: ritornando alla struttura reticolare dell’ordinamento, essa involge non solo la teoria delle fonti, ma – come ha osservato Pietro Pinna – anche gli stessi rapporti tra poteri, perché «nessuna istituzione è intrinsecamente superiore alle altre»; nessun potere, neppure la Corte costituzionale, potrebbe porsi «come unità o sintesi dell’intero sistema»¹⁰⁰, sottraendosi così all’essere convenuta davanti a un suo intollerabile abuso.

6. Conclusioni.

Al termine della discussione, si può ricapitolare la posizione assunta. La legittimazione attiva della Corte costituzionale è pacifica ma necessita, per più linee direttrici, del rispetto dell’art. 24 Cost. e dell’art. 111 Cost., affinché possa garantirsi un giusto processo, il che – come visto – avrebbe il beneficio di garantire l’autorevolezza della stessa pronuncia costituzionale, qualora si verificasse un caso talmente estremo.

L’impossibilità di individuare dei validi strumenti applicativi, unita alla constatazione per cui non può esistere nessun giudice dei conflitti che non sia la stessa Corte costituzionale, hanno permesso di avanzare un tentativo di soluzione *de lege ferenda*, prevedendosi una doppia delibazione (sia per l’ammissibilità del conflitto con ordinanza sia per la statuizione nel merito con sentenza) della Corte costituzionale in composizione aggregata, magari accentuando il ruolo di garanzia del Presidente della Repubblica nella scelta dei giudici aggregati.

Più complessa è risultata la possibilità di riconoscere la legittimazione passiva della Corte costituzionale. Innanzi a una sua netta presa di posizione negativa, andrebbe valorizzato il ruolo del conflitto tra poteri come ultimo baluardo dell’ordinamento democratico, come *L’ultima fortezza*, per richiamare il fondamentale lavoro di Roberto Bin. L’interprete, dottrina o giurisprudenza, dovrebbe partire dal presupposto che anche l’organo di massima garanzia, qual è la Corte costituzionale, può eccedere nel ruolo, può travalicare i limiti del suo potere.

Già Socrate si chiedeva, infatti, a chi spetterà l’arduo (o impossibile) compito di custodire i custodi. La storia giuridica fornisce molti esempi, basti ricordare gli intollerabili abusi cui si fecero portatori, secondo una certa ricostruzione, i *decemviri*. Espressione della plebe, trasformandosi in altrettanti tiranni, proclamarono le ultime due tavole inique¹⁰¹. Adottando questa prospettiva, si è ammessa la legittimazione anche passiva del Giudice delle Leggi. Questa conclusione incontra un importante limite nel giudicato costituzionale, che sembra apparentemente porsi in rotta di collisione con l’aspirazione avanzata.

Dopo aver dimostrato che non è sconosciuta, nel pensiero della Corte, la possibilità di sindacare i propri precedenti – come hanno sostenuto Gustavo Zagrebelsky e Paolo Veronesi – si è visto come non vi sia corrispondenza tra la *law in the books* e quella *in action*. Sfatato il “mito” dell’art. 137 Cost. come norma invalicabile, per richiamare un lessico tipico di Santi Romano, non si è ritenuto applicabile l’istituto processualciviltistico della revocazione per errore di fatto. Sia per non addentrarsi in un tema che vede la dottrina fortemente divisa, ma soprattutto perché la categoria dell’errore di fatto non sembra percorribile.

Si è preferito, di converso, rovesciare l’assunto che l’art. 137 Cost. rappresenti una disposizione speciale rispetto all’art. 134 Cost.; in un’ottica ispirata alla gerarchia delle disposizioni costituzionali, nota alla dottrina e alla giurisprudenza, si è concluso per la possibilità di adottare una visione opposta, concludendosi per la prevalenza dell’art. 134 Cost., con la precisazione che – anche laddove fossero

⁹⁹ In questi termini P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte*, cit., 273.

¹⁰⁰ P. PINNA, *I conflitti di attribuzione*, cit., 15.

¹⁰¹ Su questi profili mi sia permesso rinviare a A.R. RIZZA, *La lex Aquilia. Profili evolutivi della responsabilità extracontrattuale nel diritto romano*, Roma, 2018, spec. 20-22.

considerate disposizioni processuali equi-ordinate – non sarebbe altrettanto giustificabile la prevalenza assoluta di un principio su un altro.

Risolto in questi termini il problema, anche in questo caso si ripropone la necessità di garantire un *due process of law*. Qui, però, è possibile individuare due soluzioni differenti, a seconda della composizione del collegio costituzionale. Qualora non vi sia corrispondenza tra la composizione del Giudice delle Leggi accusato di aver leso le attribuzioni costituzionali di un altro potere e quello chiamato a giudicare, la terzietà e imparzialità non sembrerebbe lesa, richiamando la distinzione tra giudice “persona” e giudice “organo” e venendo meno quel fenomeno dello “sdoppiamento funzionale” di cui ha parlato Antonio Ruggeri. Diverse considerazioni, invece, nel caso in cui vi sia totale (o maggioritaria) corrispondenza del collegio giudicante, in tal modo si potrebbe nuovamente propendere per una integrazione della Corte, passando necessariamente da quella certezza che solo il *ius positum* può garantire.