



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2022 FASC. III

(ESTRATTO)

PAOLO BONINI

**LA QUESTIONE DELL'EVOLUZIONE DELLA FUNZIONE GIURISDIZIONALE
(ALCUNE RIFLESSIONI SULL'ECCESSO DI POTERE GIURISDIZIONALE)**

19 SETTEMBRE 2022

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Paolo Bonini

La questione dell'evoluzione della funzione giurisdizionale (alcune riflessioni sull'eccesso di potere giurisdizionale)*

ABSTRACT: *The article aims to investigate the evolutions of the judicial function in the contemporary constitutional system. Starting from the doctrine's considerations on the "leaps forward" of jurisprudence, the contribution proposes to resort to the figure of "excess of jurisdictional power," a case of abuse of right, to explain the ongoing dynamics. Case law on the subject is also analyzed. In conclusion, it proposes some preventive or subsequent hypotheses in order to rationalize the dynamics proper to the judicial function in relation to the legislative function as well.*

SOMMARIO: 1. Il dibattito sulla 'creatività' della giurisprudenza. – 2. Il tentativo di ricorrere all'istituto dell'eccesso di potere giurisdizionale. – 2.1. La genetica dell'eccesso di potere giurisdizionale: l'abuso del diritto. – 2.2. Configurabilità e conseguenze dell'abuso del diritto. – 2.2.1. Nozione "atecnica" di abuso. – 2.3. L'eccesso di potere come fattispecie pubblicistica di abuso del diritto. – 3. La tradizionale dogmatica dell'eccesso di potere giurisdizionale. – 4. La giurisprudenza in tema di eccesso di potere giurisdizionale. – 5. – Considerazioni conclusive. Le due alternative: la prevenzione in Parlamento e il conflitto innanzi alla Corte costituzionale. – 5.1 La prevenzione: il momento legislativo, specialmente i meccanismi di raccordo previsti dai Regolamenti di Camera e Senato. – 5.2. Il conflitto tra poteri e l'eccesso giurisdizionale. – 5.3. Spunti conclusivi.

1. Il dibattito sulla 'creatività' della giurisprudenza

Nel dibattito contemporaneo, ciclicamente¹, si tende a riconoscere al giudice ordinario una funzione sempre più svincolata dal paradigma formalmente ancora vigente nel sistema costituzionale italiano². Sembra, infatti, emergere una legittimazione del giudice ordinario ad articolare nuove soluzioni giuridiche, in termini di diritti o principi, prescindendo, in modo minore o maggiore, dal momento rappresentativo politico-legislativo di inquadramento assiologico e giuridico della nuova situazione soggettiva che il giudice si trova a 'creare'³, 'inventare'⁴, 'desumere'. Nel complesso, la produzione del diritto oggettivo appare sempre più analitica e meno sistematica, tipica di una riflessione culturale e giuridica propria della mentalità giurisprudenziale, a scapito di quella propria, invece, delle istituzioni politico-rappresentative⁵. Al fine di mettere in luce l'evoluzione della funzione del giudice ordinario nell'ordinamento italiano, dei



¹ Si pensi al [Convegno "Giudici e legislatori"](#), tenuto il 7 novembre 2016 presso la Sala delle lauree della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "Sapienza": cfr. [Questione Giustizia](#), 4, 2016.

² Da ultimo sul tema cfr. S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, Bari-Roma, 2022; G. VERDE, *Giustizia, politica, democrazia. Viaggio nel Paese e nella Costituzione*, Soveria Mannelli, 2021; G. CANZIO, F. FIECCONI, *Giustizia. Per una riforma che guarda all'Europa*, Milano, 2021; in senso problematico A. CARRINO, *La Giustizia come conflitto. Crisi della politica e stato dei giudici*, Milano-Udine, 2011. Il tema è oggetto di indagine da molteplici punti di vista; tra gli altri per considerazioni comparate cfr. R. BORK, *Il giudice sovrano*, Macerata, 2008; classicamente sul tema M. CAPPELLETTI, *Giudici e legislatori*, Milano, 1984; M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino, 2015.

³ Non è la sede per poter procedere ad una adeguata disambiguazione del termine. Per una condivisibile opera di progressivo inquadramento del termine cfr. L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in [Questione Giustizia](#), 4, 2016, 18.

⁴ Cfr. P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017.

⁵ Le cause di queste insufficienze sono da ricercare sul piano dell'atto che i soggetti del circuito politico-rappresentativo producono, seguendo l'indirizzo di analisi sulla c.d. "crisi della legge", su cui cfr. F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in *Discorsi intorno al diritto*, Padova, 1931, 167 ss.; F. MODUGNO, *A mo' di introduzione. Considerazioni sulla «crisi» della legge*, in F. Modugno (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, Milano, 2000, 2; F. MODUGNO, A. CELOTTO, M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla «crisi» della legge*, in AA. VV., *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2000, 325 ss.; ovvero sul piano istituzionale, sia nell'ambito della rappresentatività parlamentare sui cui cfr. F. LANCHESTER., *Crisi della rappresentanza in campo politico e divieto di mandato imperativo*, in *Osservatorio AIC*, 2020, 1.

confini della sua principale attività, cioè l'interpretazione giurisdizionale⁶, nella consapevolezza di trovarsi in un momento di snodo, è utile interrogarsi sui possibili rimedi di queste 'fughe in avanti' della giurisprudenza.

La domanda di fondo sull'evoluzione della funzione giurisdizionale in Italia, molto legata alle vicende della rappresentatività politica propria delle istituzioni parlamentari, si palesa in alcuni casi emblematici decisi dalla Corte di Cassazione⁷ ovvero dalla Corte costituzionale⁸. Tali casi evidenziano le tendenze "evolutive" in concreto della funzione giurisdizionale nell'ambito del sistema costituzionale, mostrando una relazione diretta tra il giudice ordinario, la Costituzione e le Carte europee che sembra confliggere con la funzione giurisdizionale come concepita, ormai, in astratto, dal modello costituzionale. La preoccupazione di fondo avvertita nel dibattito è che la giurisdizione ordinaria possa porsi come un nuovo circuito anche rappresentativo delle istanze politiche dei cittadini, nonostante il paradigma costituzionale la ponga, formalmente, come subordinata al contesto normativo nel quale il giudice si trova ad operare. È infatti percepibile una generale tendenza, sospinta soprattutto anche dalla posizione del giudice comune rispetto al diritto eurounitario, all'emersione di un modello di giurisdizione funzionalmente ed istituzionalmente in cammino verso esiti originali, non troppo distanti dal modello astratto di giudice di *Common law*⁹.

Al fine di inquadrare queste tendenze, si potrebbe ricorrere alle categorie proprie dell'istituto dell'abuso del diritto, specialmente nella sua configurazione di eccesso di potere giurisdizionale. Verificando tale ipotesi sarà possibile comprendere se l'interpretazione 'creativa' della giurisprudenza possa o meno essere contenuta secondo i rimedi propri di questa dogmatica, ovvero se siano percorribili ulteriori rimedi.

2. Il tentativo di ricorrere all'istituto dell'eccesso di potere giurisdizionale

Questa espressione, che oggi trova maggiore utilizzo nell'ambito del processo civile e amministrativo, attiene alla attribuzione della Corte di Cassazione di decidere sui motivi di giurisdizione o su quelli di legittimità, in caso di impugnazione di una decisione giurisdizionale.

È stata purtuttavia ripresa e sviluppata dal conteso del diritto amministrativo, in relazione alla funzione nomofilattica della Corte di Cassazione rispetto alle decisioni del Consiglio di Stato. Un'ulteriore accezione del tema, quella che in questa sede si ritiene privilegiata, è di segnare il superamento del confine tra il potere giurisdizionale e quello legislativo.

⁶ Sulle diverse teorie e dottrine dell'interpretazione (a partire da quella illuministica, passando per quella c.d. 'realista' o 'scettica' e arrivando alle più avanzate c.d. ermeneutiche), su cui non è possibile soffermarsi in questa sede cfr. M. CAPPELLETTI, *Giudici e legislatori*, cit. e M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato*, cit. Cfr. anche F. MANNELLA, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, Napoli, 2011.

⁷ Cfr. tra gli altri G.P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Diritto pubblico*, 2018, 2, 323 ss.; N. LIPARI, *Giudice legislatore (Nota a Cass. civ., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, Proc. gen. Cass.)*, in *Foro it.*, 2017, 2, I, 493.

⁸ Si pensi alla c.d. 'giurisdicizzazione' della politica, ai casi della [sentenza n. 1 del 2014](#) sulla legge elettorale e alla [sent. n. 242 del 2019](#) che chiude l'intero meccanismo relativo al caso Cappato. L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, 2009, 64 ss. tratta di "Repubblica giuridicizzata"; espressioni con cui si tende ad indicare più fenomeni attinenti alla c.d. "crisi della politica" e al vuoto di potere che lascia il suo ritirarsi dalla scelta.

⁹ G. SILVESTRI, *L'integrazione tra l'ordinamento italiano e quello europeo*, in *Nuova Antologia*, 2020, 1, 95, secondo il quale "il giudice nazionale è anche giudice europeo e che [...] il giudice europeo è anche giudice nazionale". A. AMATO, *Giudice comune europeo e applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'UE: Corte di Giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2020, 1, 445 ss. a proposito della funzione del giudice comune tra applicazione diretta della Carta europea e remissione alla Corte costituzionale, sostenendo la "attribuzione propria degli organi esercenti la funzione giurisdizionale nello Stato costituzionale" che consiste nell'essere, il giudice comune, "unico organo posto direttamente a presidio delle situazioni giuridiche soggettive; egli è, prima ancora, il giudice del fatto alla luce del quale, successivamente, applica – o, addirittura, "inventa" – il diritto". Del resto, anche in ambito di *Common law* statunitense si osservano tendenze uguali e contrarie in direzione continentale, cfr. J. LYN ENTRIKIN, *The Death of Common Law*, in [Harvard Journal of Law & Public Policy](#), 2019, 42, 2, 351-487.

Più esattamente il termine assume tre accezioni. In riferimento alla giurisdizione in senso proprio (cioè come attribuzione del potere giurisdizionale in capo al singolo ufficio), significa «*invasione della giurisdizione propria di un altro giudice, ordinario o speciale*»¹⁰. In riferimento alla giurisdizione amministrativa specialmente, ma con suscettibilità di riferirsi ad ogni altra giurisdizione, soprattutto in casi particolari di sindacato forte o sindacato nel merito, ovvero di giudizio di ottemperanza¹¹, significa «*invasione della c.d. riserva di amministrazione*» (figura comunque problematica per il diritto costituzionale ma accolta nel sistema di diritto amministrativo¹²), «*per sconfinamento nel merito dell'attività amministrativa*»¹³. Infine, in riferimento alle attribuzioni costituzionali del potere giurisdizionale e nei confronti del legislatore che pone la disposizione, può significare «*invasione del potere legislativo, per appropriazione di un ruolo autenticamente creativo di norme giuridiche*»¹⁴.

Tenendo presente che la dogmatica sull'eccesso di potere rischia di separare ambiti tra loro interconnessi, e nella consapevolezza della parzialità di un approccio limitato ad una soltanto delle accezioni del termine, ai fini di questa analisi occorre concentrarsi sulla terza accezione dell'eccesso di potere giurisdizionale sopra ripercorsa¹⁵. Come avvertito all'inizio, ciascuno dei significati del termine, ivi

¹⁰ È un ambito ampiamente dibattuto da molto tempo, che trascina considerazioni sull'unità o pluralità di giurisdizioni tra ordinaria e amministrativa. Come nota A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti*, in occasione dell'incontro di studio tenutosi in Roma, Corte di Cassazione, 21 settembre 2017, 2-4, origina dalla stessa legge n. 3761 del 1877; cfr. anche G.A. ANSALDI, *Eccesso di potere e unità della funzione giurisdizionale*, in F. Tigano, S. Licciardello, A. Barone (a cura di), *Amministrazione e giustizia. Scritti degli allievi per Ignazio Maria Marino*, Ariccia, 2015, 9-24; B. MAMELI, *Considerazioni sull'eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo in materie rientranti nell'ambito della sua giurisdizione esclusiva*, Nota a Cass. sez. un. civ. 1° agosto 1994, n. 7148, in *Giustizia civile*, 1995, fasc. 9, 1, 2203-2211.

Sul punto la Corte di Cassazione è intervenuta di recente con diverse pronunce conformi, tra le altre cfr. Corte di Cassazione, Sez. Un. civili, sent. del 15 maggio 2018, n. 11851.

¹¹ Sul tema la Corte di Cassazione si è pronunciata recentemente in più di un'occasione, chiarendo anche i limiti dell'eccesso di potere giurisdizionale nel caso dei poteri del giudice dell'ottemperanza: cfr. Corte di Cassazione Sez. Un. civili, sent. 30 maggio 2018, n. 13702; sent. 30 maggio 2018, n. 13699;

¹² È infatti dubbio che esista la riserva di amministrazione, almeno formalmente, in capo ad alcuni soggetti, ovvero in alcune materie. Altrettanto chiaro è, tuttavia, il ragionamento che, in virtù del principio della separazione dei poteri, ammette l'esistenza di un dominio privilegiato degli organi della Pubblica amministrazione rispetto alla funzione amministrativa, ex artt. 97 e 98 Cost. - che compongono il Titolo III ("La Pubblica Amministrazione"), Parte II ("Il Governo"), della Costituzione. Nell'esame di un altro istituto di faglia, questa volta tra il potere legislativo e quello esecutivo, le leggi provvedimento, la dottrina ha chiarito che, tuttavia, non esiste alcuna disposizione che vieterebbe al Parlamento, teoricamente, di entrare in questo tendenziale riservato dominio dell'amministrare: cfr. sul punto S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007.

¹³ Cfr. sul punto A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della cassazione sulle sentenze del consiglio di stato*, in federalismi.it, 5, 2018; anche R. DIPACE, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, in *Diritto Online Approfondimenti Enciclopedici*, Enciclopedia Treccani, Roma, 2013: «l'eccesso di potere giurisdizionale è configurabile quando l'indagine svolta non sia rimasta nei limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, ma sia stata strumentale a una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, o quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima una volontà dell'organo giudicante che si sostituisce a quella dell'amministrazione, nel senso che, procedendo a un sindacato di merito, si estrinsechi in una pronuncia autoesecutiva». Cfr. anche S. DE NITTO, *A proposito della proporzionalità come criterio giuridico*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc.4, 2017, 1035 ss.

Tra le altre pronunce amministrative, v. anche Cons. St., VI, 14 agosto 2013, n. 4174: «Il giudice invece non può sostituirsi all'autorità amministrativa nelle valutazioni opinabili di fatti (in caso di discrezionalità tecnica) né nel merito dell'azione amministrativa, cioè nelle scelte di opportunità (in caso di discrezionalità amministrativa). [...] In definitiva, il giudice amministrativo, al di fuori dei casi di giurisdizione estesa al merito, può sindacare le scelte irragionevoli dell'amministrazione, anche sul piano tecnico, ma non può sovrapporre proprie valutazioni a quelle che, per le ragioni indicate, sono riservate all'amministrazione stessa».

¹⁴ Le espressioni sono di F. DINELLI, G. PALAZZESI, *Sindacato per motivi di giurisdizione. La tendenza all'estensione del sindacato per motivi di giurisdizione: una "innovativa conferma"*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2015, 4, 939 ss., spec. 941-942.

Su quest'ultima fattispecie la Corte di Cassazione interviene costantemente per chiarire la portata del principio dell'eccesso di potere giurisdizionale, in diverse occasioni, da ultimo cfr. Corte di Cassazione, Sez. Un. civili, ord. 5 giugno 2018, n. 14437; sent. del 3 maggio 2018, n. 10538;

¹⁵ Su cui peraltro la Corte di Cassazione ha affermato essere una "*figura di rilievo affatto teorico, in quanto - dovendosi ipotizzare che il giudice applichi, non già la norma esistente, ma una norma all'uopo creata - detto eccesso potrebbe ravvisarsi solo a condizione di poter distinguere un'attività di produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice, da un'attività interpretativa; attività quest'ultima certamente non contenibile in una funzione meramente euristica, ma risolvendosi*

compreso il terzo, è a sua volta suscettibile di essere letto da diversi punti di vista: processuale, civilistico, amministrativistico.

Quello che interessa cogliere è la sua attitudine a descrivere la dinamica di relazione tra legislazione e giurisdizione a volte caratterizzata da interferenza, e la possibilità di estendersi all'ambito «costituzionale» di tale relazione, vale a dire la possibilità di traslare questo istituto sul piano dei poteri in sé considerati, anche per il tramite delle relazioni tra le istituzioni in cui si inverano, e secondo quale particolare declinazione.

2.1 – *La genetica dell'eccesso di potere giurisdizionale: l'abuso del diritto*

Seguendo sicura dottrina, è possibile ricostruire la genetica della figura dell'eccesso di potere giurisdizionale, prendendo le mosse dalla constatazione che essa esprime una relazione: dal punto di vista logico, dunque, si tratta di un «concetto parametrato»¹⁶. Per determinare l'eccesso è necessario verificare la normalità, per constatare l'abuso si deve prima definire l'uso. È richiesto un metro di paragone alla luce del quale leggere l'eccesso-abuso.

Occorre una precisazione sulla morfologia di abuso e dunque sotto quale profilo è possibile considerare l'eccesso di potere una specie di abuso¹⁷, tenendo presente come la moderna teoria di abuso sorga in Francia, come elaborazione prettamente giurisprudenziale¹⁸.

Il termine abuso ricorre in modo diverso in ambito legislativo e in sede scientifica; da tale macroscopica distinzione è possibile isolare due principali accezioni dogmatiche del termine abuso. La prima è quella di abuso in senso tecnico, che attiene alla correzione delle più palesi alterazioni del sistema, che si manifestano in comportamenti, «al tempo stesso, “conformi e contrari” al disposto normativo e quindi non sanzionabili espressamente»¹⁹. La seconda è l'abuso in senso atecnico, volto ad individuare il «contenuto della forma qualificativa in termini di illiceità» di una situazione giuridica, vale a dire l'esercizio di un diritto o di un potere in modo difforme dal paradigma normativo, al cui esercizio sono ricondotte conseguenze negative dallo stesso ordinamento positivo²⁰.

Per cogliere la portata abusiva dell'eccesso di potere giurisdizionale, dunque, è necessario indagare questi due ambiti dogmatici.

La nozione tecnica di abuso del diritto appartiene naturalmente all'ambito civilistico e si struttura nell'ordinamento sotto forma di divieto: il divieto di abusare di un diritto dato. Con l'evidente paradossale, ma necessaria, conseguenza della attribuzione della qualità di fonte della responsabilità ad un atto di per sé lecito. Sottesa a tale configurazione vi è l'idea che sia necessario con tale istituto abbandonare la concezione individualistica del diritto soggettivo, al centro, peraltro dello Stato liberale e delle sue certezze.

in un'opera creativa della volontà della legge nel caso concreto", cfr. sentenza Sez. Un., 23 dicembre 2014, n. 27341, a sua volta in coerenza con la sentenza Sez. Un., 10 settembre 2013, n. 20698.

¹⁶ A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, Padova, 1997, 4. Si tratta di un'opera che comprende una parte di teoria generale sull'abuso del diritto molto solida e ancora valida, a cui sembra necessario fare riferimento per un esatto inquadramento del tema in analisi.

¹⁷ Se non altro per confermare sotto il profilo giuridico le definizioni nei dizionari della lingua italiana che descrivono l'abuso come un eccesso. La figura di abuso del diritto in Italia è stata esplorata nel corso del Novecento da autorevole dottrina: cfr. M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 105 ss.; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 37 ss.; S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. del diritto*, I, Milano, 1958, 168 ss.; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1987, 2 ss.; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. del diritto*, II, Milano, 1998, 1 ss.; C. SALVI, *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; A. GAMBARO, *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; AA.VV., *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997*, Padova, 1998; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 13 ss.

¹⁸ A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 10, nota 24; cfr. voce *Abus de droit*, in *Nouveau Répertoire de droit Dalloz*, II, Parigi, 1962, 21.

¹⁹ Così già P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, I, 206.

²⁰ A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 5.

Già da tempo la dottrina civilistica discute sulla portata del divieto dell'abuso del diritto, se sia un principio generale dell'ordinamento, ovvero se questo istituto possa assurgere a limite di una situazione giuridica solo in casi singoli e specifici, aprendo alla possibilità di interpretazioni analogiche ovvero estensive ma senza arrivare a poter determinare una categoria generale. Per sostenere la tesi del principio generale, la dottrina utilizza una serie di dati positivi codicistici, ma anche gli artt. 2 e 3, comma 2, Cost. In questa prospettiva si argomenta dalla definizione del «diritto come libertà di agire con effetto sull'altrui sfera giuridica e del rapporto giuridico come misura astratta di potere e dovere», e quindi, osservando l'art. 2 Cost. si può cogliere come questa dualità sia presente anche nella norma costituzionale che affianca alla garanzia dei diritti l'adempimento dei doveri. Mentre l'art. 3, comma 2, Cost., enunciando l'eguaglianza sostanziale sottolinea che ad essa costituiscono impedimento i diversi ostacoli di natura economica e sociale²¹. In ogni caso, si tratterebbe di un principio non espresso, come invece accade in altri ordinamenti²² e da tenere distinto da altre figure concettuali affini la cui indagine esula dal presente discorso²³. La portata dell'abuso che è utile richiamare ai nostri fini è la sua sostanza evocata per determinare «un rifiuto di tutela da parte dell'ordinamento ai poteri (...) esercitati in violazione delle (...) esigenze delle attività di esercizio»²⁴.

La constatazione che in molti ambiti del diritto civile (in particolare nell'ambito dei diritti potestativi), per esempio nell'ambito del diritto commerciale (abuso di brevetto, del marchi, del potere di voto, di potere della maggioranza nelle delibere assembleari, dello schema delle società di capitali), del diritto del lavoro (ipotesi di licenziamento ingiustificato, divieto di condotta antisindacale, abuso del diritto di sciopero, dei licenziamenti collettivi, dell'utilizzo dei permessi, dell'esercizio del potere disciplinare da parte del datore di lavoro), e nel diritto processuale civile tale istituto ha assunto evidenza, consentono la dottrina di ipotizzare la sussistenza di un principio generale²⁵.

Tuttavia, in questa sede, al di là della sua configurabilità come principio generale dell'ordinamento, comprensibile come istanza per tutelare l'esercizio normale (l'uso, rispetto all'abuso) del diritto soggettivo e dei diritti potestativi, rileva mettere a fuoco quando è possibile che ricorra e a quali conseguenze conduce il ricorso a tale fattispecie.

2.2 – Configurabilità e conseguenze dell'abuso del diritto

La dottrina individua una serie di condizioni al verificarsi della quali si determina l'insorgere dell'abuso del diritto, le quali sono variamente categorizzate. Sempre tenendo ferme le conclusioni di Celotto²⁶, si possono riassumere in due circostanze: la «non esorbitanza «del comportamento da precisi limiti di esercizio»; la «alterazione nella funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere di autonomia che lo configura» sia sotto il profilo di una alterazione causale, sia come condotta contraria alla buona fede²⁷.

Se l'abuso del diritto è l'istituto con cui si riconduce l'esercizio delle situazioni giuridiche soggettive alle finalità proprie per le quali sono sorte nell'ordinamento, e ciò, in assenza di limiti positivi, per comprendere in quali casi sarebbe possibile ricorrere a tale (discussa) categoria generale dell'ordinamento, è necessario individuare le finalità proprie che l'ordinamento riconosce alla situazione giuridica.

²¹ Cfr. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., 1965, I, 205, 280, 282.

²² Cfr. art. 2 codice civile svizzero: «Ognuno è tenuto ad agire secondo buona fede così nell'esercizio dei propri diritti come nell'adempimento dei propri obblighi. Il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge»; par. 226 BGB: «Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen» (L'esercizio di un diritto è inammissibile se può avere solo lo scopo di danneggiare un altro), e poi anche i parr. 242 e 826 BGB; art. 281 codice civile greco secondo cui «L'esercizio di un diritto è proibito se eccede manifestamente i limiti imposti dalla buona fede o dai costumi o dal fine sociale o economico del diritto stesso»

²³ La dottrina civilistica distingue il conflitto di interessi, l'illecito, l'atto emulativo, la fonde alla legge, lo sviamento di potere.

²⁴ S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. del diritto*, I, Milano, 1958, 169.

²⁵ Si rinvia ad A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 11-18 per ulteriori considerazioni più specifiche sulla materia.

²⁶ A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 19 ss.

²⁷ Cfr. S. ROMANO, voce *Abuso del diritto* c) *Diritto attuale*, cit.168; cfr. A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 19.

L'eccesso-abuso si comprende tenendo a mente la finalità determinata dall'ordinamento per quella tipica situazione di diritto, in modo da valutare se nello specifico il suo esercizio risulti esorbitante rispetto a tale finalità²⁸, ovvero «destinazione sociale e (...) missione che l'ordinamento gli riconosce»²⁹.

Mentre nella fattispecie dell'illecito (civile, penale o amministrativo) il limite ordinamentale all'esercizio del diritto è esplicito e posto in modo palese dallo stesso ordinamento, nella fattispecie dell'abuso, invece, tale limite non espresso, è implicito. Pertanto, ove c'è illecito, non vi è abuso e viceversa. Laddove esistono precisi limiti, in caso di violazione, oltre all'illecito, potrebbero aversi altre «figure sintomatiche» di violazione dell'ordinamento per quanto attiene a quella fattispecie limitata, più o meno intense fino a costituire un illecito.

Inoltre, chiudendo l'analisi dei presupposti, si ritiene necessario che il disposto normativo su cui interviene abbia una portata precettiva, altrimenti divenendo un costrutto superfluo.

Per quanto attiene alle conseguenze dell'applicazione dell'istituto dell'abuso del diritto, si deve considerare come tanto varie sono le ipotesi di abuso, tanto saranno le reazioni che l'ordinamento può generare in risposta rispetto «all'atto di esercizio abusivo»³⁰.

In via generale, si osserva come anche la reazione dell'ordinamento è «negativa», nel senso tuttavia che l'ordinamento nega tutela «ai poteri, diritti ed interessi esercitati abusivamente»³¹, generando dunque un «impedimento a conseguire o a conservare i vantaggi ottenuti – e i diritti connessi – mediante atti di per sé strutturalmente idonei»³². Questo paradigma può assumere la forma «dell'inefficacia, rescindibilità, annullabilità, decadenza, rifiuto dell'azione» ovvero «dell'efficacia dell'atto, della permanenza in vita di un rapporto, del risarcimento dei danni, dell'illiceità»³³; anche la conseguenza, o il rimedio, insomma, è da parametrare alla fattispecie concreta.

2.2.1 – Nozione “atecnica” di abuso

In alcune branche dell'ordinamento è possibile riscontrare l'utilizzo da parte del legislatore del termine «abuso», tuttavia con una portata non esattamente sovrapponibile con quella elaborata nella sede privatistica e ricostruita in chiave di teoria generale già analizzata.

Infatti, scegliendo di qualificare direttamente l'abuso, il concetto esce dalla categoria strettamente abusiva e viene a coincidere con la fattispecie delineata dal legislatore. Questa dinamica di mutazione è chiara se si osserva la portata dell'abuso nel sistema penale. In questo ambito, infatti, l'abuso, ovvero l'elemento abusivo aggiunto come aggettivo, avverbio o vero e proprio verbo, diviene elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice e quindi concorre a delimitare l'elemento oggettivo del reato, qualificando quindi una parte (fondamentale) dell'illecito. Infatti, atteso il principio di legalità, *sub specie* di tassatività e determinatezza della fattispecie, non potrebbe essere altrimenti³⁴.

Inoltre, emerge la distinzione tra abuso naturalistico ed abuso giuridico. Non può non considerarsi come, in fondo, ogni reato consiste in uno sviamento di un bene o di una facoltà, di una posizione di libertà dalla sua originaria configurazione. Questo uso abnorme, sviato, resta sul campo meramente naturalistico e non rileva sul piano giuridico, in quanto ciò che l'abuso giuridico intende evidenziare non è il

²⁸ Il riferimento è al concetto di “parametricità” della nozione di abuso del diritto, su cui v. V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963, 193. L'autore, (ivi, 172 ss.) spiega che è possibile configurare l'abuso del diritto laddove esista una norma o un principio generale che esplicitamente o implicitamente qualifichi come abusivo un certo comportamento, ad un tempo, dunque prescrivendone il divieto: questa è la condizione fondamentale perché emerga la divergenza del comportamento rispetto al «valore che sta a criterio della qualificazione che di esso fa appunto un esercizio del diritto», cfr. A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 19 ss.

²⁹ Così P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit. 269.

³⁰ S. PATTI, voce “*Abuso del diritto*”, cit., 7.

³¹ A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 22, in riferimento a E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, II, Napoli, 1994, 383 ss.

³² S. ROMANO, voce “*Abuso del diritto*”, cit., 169.

³³ A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 22.

³⁴ A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 23.

disallineamento della destinazione naturale degli oggetti, ma dalla direzione teleologica che il diritto stabilisce. Mentre l'abuso "ontologico" o "naturalistico" osserva la dinamica delle *res*, l'abuso giuridico dà rilevanza alla relazione giuridica e quindi assume come termine di riferimento della dinamica "abusiva", come proprio «oggetto», non la realtà, ma «il potere»³⁵. Questa distinzione consente di non attribuire alla fattispecie penalistica dell'«abuso di potere»³⁶ il significato di abuso in senso proprio, essendo sempre un elemento legislativamente previsto della fattispecie penale, e quindi uno degli elementi "di fatto" che rilevano ai fini della ricostruzione della fattispecie (sia astratta, sia in concreto). Così, l'«abuso d'ufficio» (art. 323 cod. pen.)³⁷, oltre al ricorso all'elemento dell'abuso di potere per determinare i confini della fattispecie generando incertezze interpretative in punta di tipicità, comunque lascia emergere il concetto di eccedenza, dell'azione del pubblico ufficiale, dai limiti della competenza; una deviazione dell'atto o del comportamento dalla causa tipica della sua attività determinata dal legislatore e dunque determinante la lesione del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, che è, non a caso, il buon andamento della pubblica amministrazione.

La stessa accezione atecnica si riscontra anche nel diritto privato e nel diritto della concorrenza³⁸.

Il codice civile rinvia alla categoria dell'abuso in una serie di casi in cui il titolare del diritto (di godimento o di garanzia) eserciti facoltà che da esso non conseguono e ad egli non possono essere riferite, in particolare «la facoltà di disporre»³⁹. Da una parte emerge il dato che interessa cogliere ai nostri fini, e quindi il carattere della parametricità e la "sanzione" o reazione dell'ordinamento al manifestarsi dello sviamento della situazione soggettiva dal corso giuridico previsto dall'ordinamento. Il parametro, nel sistema del diritto civile, è a volte indicato espressamente dal legislatore (ad esempio agli artt. 10 e 1015, comma 1, cod. civ.), a volte richiede un'attività di ricostruzione del «livello fisiologico» della situazione giuridica soggettiva, l'uso, alla luce del quale determinare l'abuso (ad esempio, l'abuso della cosa da parte del creditore pignoratorio, abuso della potestà sui figli o del potere del tutore). Inoltre, ancora in senso conforme alla nozione di abuso in senso tecnico, l'atto in cui si concreta l'abuso appare conforme alla espressa disciplina, infatti, la violazione censurata dal codice, si rinviene «nei confronti delle finalità dell'istituto, valutato nel suo complesso e di norme che regolano l'intero ordinamento o comunque un settore di attività più ampio di quello strettamente riferibile al diritto considerato»⁴⁰. Tuttavia, si tratta di casi di abuso in senso atecnico in quanto nonostante la natura e la dinamica, la determinazione degli effetti dell'abuso è predeterminata dal legislatore⁴¹.

2.3 – *L'eccesso di potere come fattispecie pubblicistica di abuso del diritto*

L'abuso del diritto, sia nella sua qualificazione propria (peraltro problematica, non espressa e discussa), sia nell'accezione atecnica, si manifesta come rimedio dell'ordinamento per contrastare un uso di una situazione giuridica soggettiva non conforme alle finalità proprie configurate dall'ordinamento stesso per quella data situazione giuridica.

³⁵ Cfr. L. STORTONI, *L'abuso di potere in diritto penale*, Milano, 1976, 6 s., cit. da A. CELOTTO, *op. ult. cit.*

³⁶ Cfr. ad esempio l'art. 31 cod. pen. «Condanna per delitti commessi con abuso di un pubblico ufficio o di una professione o di un'arte. Interdizione».

³⁷ Ma il discorso vale anche per altre fattispecie come, a titolo di esempio: «rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio» (art. 326 cod. pen.); «esercizio abusivo di una professione» (art. 348); «somministrazione di medicinali in modo pericoloso per la salute pubblica» (art. 445); «inquinamento ambientale» (art. 452-*bis*) e «disastro ambientale» (452-*quater*); «uso abusivo di sigilli e strumenti veri» (art. 471); «falsità in foglio firmato in bianco» (art. 487); «usurpazione di titoli o di onori» (art. 498); «abuso di mezzi di correzione o di disciplina» (art. 571).

³⁸ Si pensi al grande tema dell'abuso di posizione dominante, su cui, tra gli altri cfr. V. CAPUANO, *Abuso di posizione dominante e proprietà intellettuale nel diritto dell'Unione Europea*, Napoli, 2012.

³⁹ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit. 259.

⁴⁰ Cfr. E. BONASI BENUCCI, *Abuso del marchio*, in *Riv. Dir. Com.*, 1964, 7-8, 255.

⁴¹ Ad esempio, cfr. l'art. 10 cod. civ. dove si prevede il risarcimento del danno per l'abuso dell'immagine altrui; l'art. 330 che reca la possibile perdita della responsabilità genitoriale in conseguenza dell'abuso dei poteri genitoriali; l'art. 1015 che comporta la cessazione dell'usufrutto in caso di abusi da parte dell'usufruttuario.

Tramite questo istituto è possibile comunque cogliere la ratio sottesa a tutte le figure previste o meno di abuso: la conformazione del pratico sviluppo delle situazioni giuridiche soggettive allo scopo teleologicamente posto dall'ordinamento. Laddove, come osservato, è comunque necessario osservare ovvero ricostruire un parametro "fisiologico" di uso, alla luce del quale definire l'abuso.

Avendo osservato come da un punto di vista lessicale abuso equivalga ad eccesso, è necessario verificare se la dogmatica dell'eccesso di potere può essere accostata, ovvero ne sia parte, a quella di abuso del diritto.

Sul piano del diritto pubblico l'abuso del diritto potrebbe configurarsi in modo diverso. Nell'ambito del diritto amministrativo, infatti, per indicare i casi di "abuso di potere" si ricorre all'istituto dello "eccesso di potere" per indicare il vizio dell'atto posto in essere quando un potere «è stato esercitato fuori dai limiti indicati dalla norma che lo attribuisce ad un determinato soggetto»⁴². Si tratta di una «categoria storica» e non di una categoria «logica»⁴³ in quanto è il prodotto di una sintesi giurisdizionale e dottrinale, tuttavia, si può ritenere, talmente antica da potersi ritenere consolidata nell'apparato logico-giuridico dell'ordinamento italiano⁴⁴. Il giudizio per "eccesso di potere" indica già una delle attribuzioni della Cassazione di Roma nel periodo preunitario a giudicare sulla incompetenza assoluta dell'autorità giudicante, sintomatica del difetto di attribuzione e dello straripamento di potere dei giudici speciali. Nel medesimo senso di "straripamento" di potere, e quindi di incompetenza assoluta, l'eccesso di potere compare anche nella legge istitutiva della giurisdizione generale di legittimità del Consiglio di Stato⁴⁵.

Come noto, la giurisprudenza e la dottrina ampliano poi la portata della nozione, che comincia ad includere il «vizio dell'esercizio della potestà discrezionale della pubblica amministrazione, sulla base delle elaborazioni del Consiglio di Stato francese», il quale, sulla spinta delle preoccupazioni post-rivoluzionarie orientate a dare effettività al principio della divisione dei poteri, definisce il «*détournement de pouvoir*» (sviamento di potere), per sanzionare gli atti compiuti dall'amministrazione, nell'esercizio di un potere discrezionale, con uno scopo diverso da quello in vista del quale i poteri stessi esano stati conferiti»⁴⁶. Successivamente, con il r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, il testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, l'ambito di applicazione e, in un certo senso, la tipologia dell'eccesso di potere, sono cresciuti anche a causa del giudizio amministrativo che si configura come sempre più ficcante rispetto alla motivazione del provvedimento⁴⁷ e della produzione dottrinale impegnata a definire l'istituto in riferimento alla teoria generale del negozio, volti a mettere a fuoco l'*iter* dello sviamento della funzione.

⁴² F. MODUGNO, voce "Eccesso di potere, I) Profili generali", in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1988, 2.

⁴³ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1413.

⁴⁴ Cfr. G. MANTELLINI, *I conflitti di attribuzioni in Italia dopo la legge del 31 marzo 1877*, Firenze, 1878, 224 ss, cit. da A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 45, il quale ricorda come l'istituto compare negli ordinamenti preunitari degli Stati più evoluti e come, nel lento processo di composizione della giurisdizione della Cassazione, sia poi stata affidata alla Corte di Cassazione di Roma «la competenza a giudicare dei conflitti positivi o negativi tra i tribunali ordinari e le giurisdizioni speciali e della nullità delle sentenze di tali giurisdizioni per incompetenza o per *eccesso di potere*» (corsivo dell'Autore). Cfr. anche E. CARDI, S. COGNETTI, voce "Eccesso di potere (atto amministrativo)", in *Digesto pubblico*, Torino 1990, V, 341 ss.; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Giuffrè, Milano 2008.

⁴⁵ Cfr. art. 3, comma 1, legge 31 marzo 1889, n. 5992: «Spetta alla sezione quarta del Consiglio di Stato di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non sieno di competenza dell'autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali». Cfr. G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali, modelli di sindacato sui poteri pubblici e sui poteri privati a confronto*, Napoli 2012; G. SALA, *Le clausole generali nell'età della codificazione del diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2012, 1191 ss.

⁴⁶ Così A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 47, con riferimenti alla dottrina francese tra '800 e '900 che mette a fuoco questa figura dogmatica, e giurisprudenziali. Sugli sviluppi storici dell'istituto, in particolare sull'introduzione del concetto del "falso scopo" e quindi dell'atto viziato teleologicamente dallo sviamento, cfr. F. BASSI, *Lo straripamento di potere (profilo storico)*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1964, 245 ss.; A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano, 1976, 15 ss., O. ABBAMONTE, *L'eccesso di potere. Origine giurisprudenziale del concetto nell'ordinamento italiano (1877-1892)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1986, 68 ss.

⁴⁷ Cfr. l'art. 26: «Spetta al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici; quando i ricorsi medesimi non siano di

Tutto comincia a cambiare quando, a metà del secolo scorso, la dottrina si emancipa dalle conclusioni giurisprudenziali e comincia a strutturare i contorni dell'istituto definito da autorevole dottrina «lo strumento più sottile elaborato nel mondo contemporaneo per vincolare l'amministrazione pubblica al rispetto non formalistico del principio di legalità»⁴⁸, inquadrando l'eccesso di potere come vizio della funzione⁴⁹. Infatti, tale vizio si annida proprio su di una potestà discrezionale, dove il potere può essere esercitato dal soggetto a cui è attribuito scegliendo l'*an*, il *quomodo*, il *quando* e il *quid* dell'atto che l'esercizio del potere produce: un ampio spettro giuridico nel quale è possibile non tanto viziare l'atto in sé per una "eccedenza" dei «presupposti, del modo, della misura e della direzione» posti per l'esercizio del potere; bensì, in questo ampio confine della discrezionalità, è possibile deviare il potere dal canale concepito dall'ordinamento, dalla funzione per la quale la norma attribuisce il potere o la situazione giuridica soggettiva⁵⁰.

Ecco il nesso tra l'abuso del diritto in generale e l'eccesso di potere in particolare. Del resto, come già si nota classicamente, ricorre l'eccesso di potere nei casi di «violazione di principi giuridici che potrebbero riassumersi nel divieto di abuso e di frode»⁵¹.

È importante ai nostri fini sottolineare queste conclusioni della autorevole e classica dottrina, costitutive della dogmatica dell'eccesso di potere e che ne mostrano le affinità con la figura dell'abuso del diritto, discussa e incerta clausola generale: il provvedimento amministrativo risulta viziato quando devia dagli scopi stabiliti dalla legge (intesa come principio di legalità) e non per vizi dell'atto (dunque per violazione di legge in senso formalistico); è il medesimo paradigma dell'atto o comportamento in uno «conforme e contrario» alle norme civilistiche, dove rileva la «alterazione della funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere di autonomia che lo configura»⁵².

Infatti, come l'abuso del diritto, anche l'eccesso di potere è un vizio concettualizzato al di là della legge, che non rientra nelle tipologie tipiche di censura degli atti e dei provvedimenti, ancorché sia stato successivamente recepito, la sua dogmatica precede e supera gli scarni riferimenti testuali. Anche da una prospettiva logica, infatti, come afferma autorevole dottrina, se il vizio si potesse verificare senza ricorrere alla categoria extra-giuridica, si tratterebbe di violazione di legge e laddove si dovesse giudicare ricorrendo alle regole non scritte di buona amministrazione si finirebbe per dare luogo ad un sindacato di merito; «il *tertium genus* dell'eccesso di potere ha ragion d'essere allorché, essendo inibito l'accertamento dell'obiettiva corrispondenza dell'atto sottoposto al controllo ai fini di pubblico interesse cui è preordinato, si debba ripiegare sull'attività precedente all'atto, *sul processo volitivo da cui questo è emerso*»⁵³. Inoltre, accomuna le due figure anche la parametricità già analizzata, l'operazione logico-prognostica di verifica con un parametro "normale", "fisiologico" del potere non eccessivo. Infatti, il giudizio per determinare l'eccesso si caratterizza per essere «valutativo, talora sintetico, talora sintomatico»⁵⁴.

Trattandosi quindi di un «vizio occulto» dell'atto⁵⁵, in quanto non si manifesta in una palese violazione del diritto oggettivo positivo, come noto, ci si affida a figure sintomatiche per verificarne l'esistenza, riconducibili alla violazione di principi generali quali: la lesione del principio di ragionevolezza (manifesta

competenza dell'autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali». Cfr. M. D'ALBERTI, *La giurisprudenza amministrativa degli anni trenta*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo degli anni trenta*, Bologna, 1992.

⁴⁸ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, III, Milano, 1993, II, 321, cit. in A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 49.

⁴⁹ In questi termini F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. Pubbl.* 1950, 16 ss., il quale sottolinea lo scopo di garanzia della funzione amministrativa.

⁵⁰ Cfr. la classica definizione di A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 677, il quale sostiene che emerge il vizio dell'eccesso di potere quando «l'autorità amministrativa (...) si avvalga del potere di adottare un provvedimento per un fine (...) diverso da quello specifico pel quale il potere stesso fu conferito».

⁵¹ G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano*, II *Questioni di legittimità costituzionale promosse con ricorso*, Napoli, 1962, 206.

⁵² A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 51.

⁵³ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1991, 290, corsivo aggiunto.

⁵⁴ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 321.

⁵⁵ F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1924, I, 48.

illogicità e contraddittorietà della motivazione rispetto al dispositivo), del principio di giustizia sostanziale (manifesta disparità di trattamento), dell'organizzazione amministrativa (deviazioni di prassi consolidate)⁵⁶.

Qualora ricorrano le figure sintomatiche è possibile, per l'operatore giuridico, verificare se in quel caso, tale figura sia accompagnata una non sicura «convergenza tra risultato effettivo e risultato istituzionale e potenziale dell'atto»⁵⁷.

3 – La tradizionale dogmatica dell'eccesso di potere giurisdizionale

Come osservato all'inizio, vi sono tre possibili definizioni di eccesso di potere giurisdizionale, che si possono riassumere come eccesso tra giurisdizioni ordinaria e speciale, eccesso della giurisdizione nel merito amministrativo, eccesso di attività giurisdizionale che si sostituisce al legislatore.

Tradizionalmente, l'eccesso di potere giurisdizionale è identificato come ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, che assorbe tutte le diverse sotto-categorie delle prime due ipotesi riportate. La Cassazione, giudice dei conflitti di giurisdizione e tra giurisdizioni, ha sempre inteso il caso dell'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento dell'attività giurisdizionale ordinaria nell'ambito dei poteri di organi «amministrativi o legislativi o costituzionali» come ipotesi «meramente teoriche»⁵⁸. Per questo, la figura ancora oggi esprime piuttosto la deviazione dell'attività giurisdizionale nei confronti dell'azione amministrativa⁵⁹.

Tuttavia, da una prospettiva processual-civilistica è stato autorevolmente sostenuto che l'eccesso di potere giurisdizionale potrebbe sorgere sotto forma di «esercizio del potere processuale rivolto ad un fine non processuale (cioè a costituire, anziché ad accertare, il diritto obiettivo o ad esercitare il diritto subiettivo) rilevato dalla particolare gravità dell'errore del giudice»⁶⁰.

Potrebbe essere questo l'anello di congiunzione dogmatico tra l'impianto istituzionale dell'equilibrio dei poteri dello Stato e i casi di c.d. creatività della giurisdizione: intendendo dunque creatività nel senso di eccesso di potere, di interpretazione che, pur non essendo fisiologicamente mera applicazione, legandosi ai principi della Costituzione e della giurisprudenza sovranazionale, affianca al discorso normativo legislativo un circuito para-normativo tendenzialmente autonomo rispetto alle istituzioni politico-rappresentative. In

⁵⁶ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit., 22 e G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano*, cit., 199 s.

⁵⁷ A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 53.

⁵⁸ A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 55; cfr. F. MODUGNO, voce «Eccesso di potere, III) Eccesso di potere giurisdizionale», in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1988, 4 ss.

⁵⁹ Tra gli altri, cfr. gli interventi al seminario di studi «Eccesso di potere giurisdizionale e diniego della giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione», tenutosi in Roma presso la Corte di Cassazione, il 21 settembre 2017 con interventi di A. LAMORGESE, R. RORDORF, A. TRAVI, M.A. SANDULLI, *A proposito del sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni dei giudici amministrativi*, Intervento alla Tavola Rotonda su «Attualità e prospettive del riparto di giurisdizione», nell'ambito dell'Incontro di studi organizzato dalla SSM in collaborazione con l'Ufficio Studi massimario e formazione della giustizia amministrativa su «Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo: i settori controversi e l'esigenza di speditezza del giudizio civile», svoltosi al TAR del Lazio nei giorni 16 e 17 marzo 2017; R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «Cavalieri dell'apocalisse»?», in Riv. dir. proc.*, 2017, 106 ss.; R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per «i soli motivi inerenti alla giurisdizione» e ricorso per «violazione di legge»)*, in *Sipotra*; F. DINELLI, G. PALAZZESI, *Sindacato per motivi di giurisdizione. La tendenza all'estensione del sindacato per motivi di giurisdizione: una «innovativa conferma»*, in *Giur. it.*, 2015, 4, 939; R. VILLATA, *Sui motivi inerenti la giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 632 ss.; G. VERDE, *La Corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2, 367 ss.; M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1677 ss.; B. SASSANI, *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: complice la translatio, le Sezioni Unite riscrivono l'articolo 111 della Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1583 ss.

⁶⁰ F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, cit., 49: egli porta un esempio teorico: «se Tizio chiede lo scioglimento del matrimonio per la *impotentia generandi* della moglie, sebbene si possa ritenere errata la soluzione affermativa fondata dal giudice sulla interpretazione dell'art. 107 c.c. [del 1865], nessuno parlerà di eccesso di potere; ma se egli chiede e il giudice concede il divorzio, per quanto la concessione possa esser mascherata da uno sforzo di interpretazione della legge vigente, nessuno crederà a un errore involontario e il fine non giudiziario sarà manifesto».

questa attività giurisdizionale, dunque, non vi è una esplicita e manifesta violazione della legge (ovvero della legalità costituzionale), bensì, una azione ad un tempo “conforme e contraria” al complessivo assetto dei poteri costituzionali, da cui si genera una deviazione dal parametro rappresentato dal fisiologico atteggiarsi della giurisdizione rispetto agli altri poteri dello Stato.

Tuttavia, tale impostazione appare un po’ forzata, per quanto suggestiva, e necessita della ricognizione delle istanze giurisprudenziali in materia.

4. – *La giurisprudenza in tema di eccesso di potere giurisdizionale*

La Corte di Cassazione ha autorevolmente confermato il proprio costante orientamento, in cui ammette una nozione di eccesso di potere giurisdizionale nei confronti del legislatore come ipotesi teorica ed astratta. Recentemente sono intervenute diverse decisioni in materia.

In una recente ordinanza, le Sezioni Unite civili della Cassazione decidono un caso in cui emerge proprio la funzione della Corte come giudice dei conflitti tra giurisdizioni. Ai sensi dell’art. 111, comma 8, Cost., le Sezioni Unite definiscono il ricorso presentato avverso la decisione del Consiglio di Stato, ritenuta eccedente i limiti della giurisdizione amministrativa a danno del legislatore o dell’amministrazione. La Corte ritiene che il disposto dell’art. 111, comma 8, abiliti a ricorrere solo per la violazione dei limiti esterni della giurisdizione. Tali limiti sarebbero violati solo quando il giudice amministrativo «neghi o affermi la propria giurisdizione a favore o a danno di un altro plesso giurisdizionale». A proposito dei confini con il legislatore, infatti, al Corte afferma che ritenere «la mancata o inesatta applicazione di norme di legge» comporti «la creazione di una norma inesistente e, quindi, l’invasione della sfera di attribuzioni del potere legislativo (...)» costituisce un assunto «di natura paralogica». Nel contesto dell’art. 111, comma 8, e quindi in riferimento al giudizio sulla giurisdizione rispetto ai confini di una giurisdizione speciale o ordinaria, tale controllo «sulla giurisdizione non è in alcun caso estensibile alla prospettazione di pure e semplici violazioni di legge da parte del giudice speciale, l’incensurabilità delle cui valutazioni al riguardo, innanzi a questa Corte Suprema, è l’effetto di una precisa scelta costituzionale»⁶¹.

La Corte ha poi deciso una questione in cui al giudice amministrativo veniva contestato di aver prevaricato i limiti esterni della giurisdizione amministrativa e di aver provocato «la creazione di norme»⁶². Il collegio è piuttosto rapido nelle argomentazioni relative all’eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nelle attribuzioni legislative, spiegando che questa fattispecie sia «configurabile solo qualora il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un’attività di produzione normativa che non gli compete»⁶³. Solo in quel caso, quindi, sarebbe configurabile l’eccesso di potere giurisdizionale.

Con la sentenza n. 33659 del 2018, le Sezioni Unite, richiamando un principio espresso nel 2013, precisando che non è possibile configurare l’eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo avverso il legislatore qualora il giudice, «nell’esercizio del suo compito di rinvenimento della “*regula iuris*” applicabile», proceda ad una interpretazione estensiva del regolamento comunale⁶⁴.

⁶¹ Cfr. Corte di Cassazione, Sez. Unite civili, ordinanza 17 giugno 2018, n. 16974, punto 2 dei motivi della decisione.

⁶² Cfr. Corte di Cassazione, Sez. Unite civili, sentenza 12 dicembre 2018, n. 32175, punto 5 dei motivi della decisione.

⁶³ Cfr. Corte di Cassazione, sentenza n. 32175 del 2018, cit., punto 8, dove argomenta come nel caso di specie «l’assunto secondo il quale il giudice amministrativo avrebbe invaso la sfera di attribuzioni proprie del legislatore, creando una norma di nuovo conio laddove nessuna corrispondente disposizioni di legge sussisterebbe, non trova riscontro alcuno nella motivazione dell’impugnata sentenza, che si è attenuta alla stretta applicazione della norma sugli effetti del giudicato, applicazione che include l’attività interpretativa della norma stessa che è uno degli elementi caratterizzanti proprio l’attività giurisdizionale».

⁶⁴ Cfr. Corte di Cassazione, Sez. Unite civili, sentenza 28 dicembre 2018, n. 33659, che puntualizza come il giudice abbia correttamente individuato «il vero oggetto del contendere, vale a dire la verifica della applicazione o meno, da parte della commissione esaminatrice delle prove concorsuali, della *regula iuris* riconducibile ad una norma di legge già esistente, cioè il comma 4 bis dell’art. 26 della legge n. 109 del 1994, norma, questa, che consentiva di verificare l’esattezza o meno della risposta al quesito n. “33”. Né l’interpretazione, da parte del giudice amministrativo, di tale norma, allora vigente ed applicabile alla fattispecie in esame, implica la creazione di una disposizione inesistente, comportante un’invasione della sfera di attribuzione

Ancora più di recente, le Sezioni Unite tornano a fare il punto – per la nostra indagine utile per mettere a fuoco la definizione dell'eccesso di potere giurisdizionale e la possibilità di utilizzarla ai fini di questo studio – sul tema con una serie di pronunce. La prima riafferma l'inammissibilità del motivo relativo all'eccesso di potere in casi diversi a quello in cui la decisione del giudice amministrativo «abbia violato l'ambito della giurisdizione in generale, esercitando la giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa, oppure, al contrario, negando la giurisdizione sull'erroneo presupposto che la domanda non possa formare oggetto in modo assoluto di funzione giurisdizionale». Ancora, è ammissibile il ricorso avverso il provvedimento del giudice che «abbia violato i c.d. limiti esterni della propria giurisdizione (pronunciandosi su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale; o negandola o compiendo un sindacato di merito, pur trattandosi di materia attribuita alla propria giurisdizione limitatamente al solo controllo di legittimità degli atti amministrativi, e invadendo arbitrariamente il campo dell'attività riservato alla, P.A.»⁶⁵.

La Corte, inoltre, affronta il «concetto più ampio di giurisdizione» che è definito “dinamico” o “funzionale” o “evolutive”. In base a questa lettura, l'oggetto del sindacato giurisdizionale sulla giurisdizione e sul suo eccesso, si potrebbe estendere non solo alle «norme che individuano i presupposti» della funzione giurisdizionale, ma anche i casi in cui il giudice determini una violazione di legge a causa di «un'interpretazione “abnorme o anomala” (...), di uno “stravolgimento” (...) delle “norme di riferimento” (...) in particolare in caso di violazione di norme sovranazionali»⁶⁶.

Questa prospettiva è stata segnata da una importante censura della Corte costituzionale che, con [sentenza n. 6 del 2018](#) ha respinto la nozione di giurisdizione dinamica in caso di giudizio sull'eccesso di potere giurisdizionale, sulla quale vale la pena soffermarsi tra un attimo.

Infine, in senso conforme alla sentenza della Corte costituzionale e alle Sezioni Unite da ultimo richiamate, decide ancora la Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, sentenza 25 marzo 2019, n. 8311. Anch'essa, per quanto riguarda specificamente l'eccesso di potere giurisdizionale per lesione della sfera del legislatore afferma che si configura quando il giudice amministrativo applichi, invece della norma esistente, una «norma ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete». Fattispecie che non si realizza quando il giudice si limiti ad interpretare le disposizioni ancorché la propria attività ermeneutica dia luogo ad assurde conclusioni assolutamente disallineate con le funzioni del giudice e l'attività di interpretazione, seguendo, nella citazione meccanica il precedente del 25 marzo 2019.

Questi arresti della Corte di Cassazione confermano la prospettiva della dottrina sull'eccesso di potere giurisdizionale, anche se l'approccio relativo alla fattispecie di eccesso nei confronti del legislatore tende a considerare una nozione astratta di legislatore, come organo preposto alla posizione del diritto oggettivo e quindi il parametro della nozione di eccesso, essendo così stretto, inevitabilmente comporta l'esclusione della fattispecie in tutti i casi in cui il giudice non “crei” la norma in senso radicale. Infatti, non troppo tempo addietro, la stessa Cassazione individua una certa natura creativa della giurisdizione, ammettendo la distinzione tra interpretazione e normazione, soffermandosi sul fatto che «l'attività interpretativa è segnata dal limite di tolleranza ed elasticità del significante testuale»⁶⁷. Questo può voler indicare che la Cassazione ritiene esistere l'eccesso avverso il legislatore solo quando il giudice possa sostituirsi al legislatore, assumendo come parametro dell'eccesso, una nozione di attività legislativa per cui il legislatore pone le disposizioni, nel senso di meri significanti testuali, e il giudice intenda sostituirsi in questa attività al legislatore, cioè corrobora la propria interpretazione su basi testuali che egli stesso inventi.

Si tratta, dunque, di una nozione molto ristretta di creatività, che, al di là dei casi pratici oggetto di giudizio della Cassazione, sembra del tutto residuale rispetto alla funzione propria e tipica del giudizio ex

del potere legislativo sindacabile dalla Corte di cassazione ai sensi dell'art. 362, comma 1, c.p.c., non assumendo rilievo il risultato dell'interpretazione che ricade, come tale, in un eventuale errore di giudizio sottratto al sindacato delle Sezioni Unite».

⁶⁵ Cfr. Corte di Cassazione, Sez. Unite civili, sentenza 20 marzo 2019, n. 7926.

⁶⁶ Cfr. Corte di Cassazione, sentenza n. 7926 del 2019.

⁶⁷ Corte di Cassazione, Sez. Unite civili, sentenza 23 dicembre 2014, n. 27341.

art. 111, comma 8, Cost., che orienta la funzione di giurisdizione di legittimità a censurare l'eccesso di potere giurisdizionale in modo più efficace sotto il profilo di conflitti tra giurisdizioni.

La Corte costituzionale, con [sentenza n. 6 del 2018](#) è intervenuta sulla questione, dirimendo il dubbio se sia consentito il sindacato della Cassazione, avverso i provvedimenti del giudice amministrativo o contabile, per i motivi di giurisdizione, «solo» quando è richiesto di accertare lo «sconfinamento dai limiti esterni della giurisdizione» al fine di verificare l'esistenza di vizi attinenti «l'essenza della funzione giurisdizionale e non il modo del suo esercizio», e pertanto escludendo «ogni sindacato sui limiti interni», vale a dire le ipotesi, secondo il consolidato orientamento della Cassazione, «cui attengono gli *errores in iudicando* o *in procedendo*». Questa lettura dell'eccesso di potere comporta la possibilità di ricorrere in Cassazione nei casi di «violazione dell'ambito della giurisdizione in generale», vale a dire quando la funzione è esercitata in modo lesivo della «sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa» ovvero quando è «negata sull'erroneo presupposto che la domanda non possa formare oggetto in modo assoluto di funzione giurisdizionale», ovvero, infine, per invasione di altra giurisdizione da parte del giudice il cui atto è in discussione.

A questo indirizzo, si affianca nella più recente giurisprudenza della Cassazione, l'interpretazione c.d. dinamica del concetto di giurisdizione, che comporterebbe il sindacato anche sulle norme «che stabiliscono “le forme di tutela” attraverso cui la giurisdizione si estrinseca» e non solo quelle che «individuano i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale»⁶⁸.

La Corte afferma a chiare lettere l'incompatibilità con l'art. 111, comma 8 Cost. della nozione dinamica di giurisdizione che include i casi di *errores in iudicando* o *in procedendo* nei motivi di censura dei provvedimenti giurisdizionali. Il contrasto con «la lettera e lo spirito della norma costituzionale» emerge confrontando il comma 8 con il comma 7 dell'art. 111 Cost. Da tale confronto emergerebbe la divergenza tra un ricorso per violazione di legge, ex comma 7⁶⁹, ed uno per i «soli» motivi di giurisdizione al comma 8⁷⁰.

La Corte approfitta dell'occasione per sostenere l'unità della giurisdizione italiana, divisa istituzionalmente, ma da considerare un *corpus* unico sotto il profilo della attribuzione a più soggetti di un'unica funzione giurisdizionale. Questo è il dato della sentenza su cui generalmente la dottrina si è soffermata nel commentare la decisione che, da alcuni è stata definita come «un sostanziale schiaffone all'indirizzo seguito dalla Corte di cassazione, ritenuta responsabile di aver promosso un irragionevole ampliamento della portata del predetto ricorso»⁷¹. Anche la dottrina, infatti, negli ultimi tempi ammetteva una nozione più elastica dei limiti alla giurisdizione rilevabili sotto specie di eccesso di potere giurisdizionale, ricomprendendovi anche quelli “interni”, e dunque i casi di “cattivo esercizio”⁷².

Ai nostri fini, invece, interessa la definizione di «eccesso di potere giudiziario» che la Corte mette a fuoco nei termini seguenti: «denunciabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l'avvento della Costituzione, va riferito, dunque, alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto

⁶⁸ Cfr. Corte costituzionale, [sentenza n. 6 del 2018](#), punto 6 del considerando in diritto; la questione sottesa attiene alla decisione del Consiglio di Stato che interpreta norme del diritto interno in contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

⁶⁹ «Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra».

⁷⁰ «Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione».

⁷¹ F. DAL CANTO, *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 3, 1, 2018, 1537 ss.

⁷² Cfr. A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in [federalismi.it](#), 2018, 1, 1 ss.; P. PATRITO, *I “motivi interni alla giurisdizione” nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, Napoli 2016, 1 ss.; S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica*, Milano 2011.

relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici»⁷³.

Tale definizione non ammette letture diverse come quelle che vorrebbero il controllo di giurisdizione limitato «ai casi in cui si sia in presenza di sentenze “abnormi” o “anomale” ovvero di uno “stravolgimento”, a volte definito radicale, delle “norme di riferimento”»⁷⁴.

Anche dalla [sentenza n. 6 del 2018](#) della Corte costituzionale emerge dunque una concezione di eccesso di potere giurisdizionale più attenta alla relazione tra diverse “specialità” della giurisdizione, ma nel rapporto con la legislazione l'eccezione si astrae e diventa di fatto impossibile da proporre, in quanto è sempre configurata come ipotesi teorica⁷⁵.

La Cassazione, quindi, è il luogo e l'istanza di composizione della funzione giurisdizionale, dove trovano sintesi anche gli aspetti legati all'ambito di giurisdizione del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, ma non può interferire con la “gestione” della giurisdizione amministrativa o contabile svolta dalle Corti a cui essa è affidata⁷⁶.

5. – Considerazioni conclusive. Le due alternative: la prevenzione in Parlamento e il conflitto innanzi alla Corte costituzionale

La recente dinamica delle decisioni giurisdizionali, in particolare della Corte di Cassazione, mostra come l'attività-attivismo del giudice sia in parte causa delle inerzie e inefficienze del potere legislativo. Questioni che possono essere di natura istituzionale⁷⁷ ovvero di natura procedimentale⁷⁸, comunque legate a doppio filo all'organizzazione del Parlamento. Anche ammettendo, come comunque non sembra possibile sostenere, che tutte le ipotesi di interferenza tra giurisdizione e legislazione siano da imputare a tale inerzia, non è affatto detto che il vuoto determinato dal legislatore debba necessariamente provocare l'attivazione del giudice (di merito o di legittimità) per colmarlo.

I due momenti della produzione del diritto, infatti, non sono fungibili, in quanto rispondono ad esigenze diverse. La legislazione individua l'assetto normativo di un tema, sintetizzando l'indirizzo democratico della società rappresentata in Parlamento in fonti giuridiche normative, così dando all'ordinamento una direzione non solo giuridica, ma anche assiologica, nel rispetto di quella più generale garantita e approntata dalla Costituzione. Alla giurisdizione è invece affidata l'attribuzione di concretizzare la tutela dei diritti

⁷³ Corte costituzionale, [sentenza n. 6 del 2018](#), punto 15 del considerando in diritto.

⁷⁴ Corte costituzionale, [sentenza n. 6 del 2018](#), punto 16 del considerando in diritto.

⁷⁵ Da ultimo, la Corte costituzionale è intervenuta sul tema con la [sentenza n. 184 del 2022](#). Chiamata a dirimere un conflitto promosso dalla Regione Siciliana che aveva ritenuta preclusa la competenza della Corte dei conti a parificare il rendiconto della Regione, la Corte ha negato che il potere giurisdizionale del giudice contabile incida «sulla potestà legislativa» delle «assemblee regionali», le quali «esercitano la propria competenza legislativa "in piena autonomia politica, senza che organi a ess[e] estranei possano né vincolarla né incidere sull'efficacia degli atti che ne sono espressione (...)». Sulle vicende della giurisdizione contabile, v. B. CARAVITA, E. JORIO, *La Corte costituzionale e l'attività della Corte dei Conti*, in [federalismi.it](#), 2014, 6, a commento della [sentenza n. 30 del 2014](#), con cui la Consulta aveva dichiarato illegittimo il potere di controllo attribuito alla Corte dei conti dall'art. 1 del d.l. n. 174 del 2012 per la «verifica annuale della gestione finanziaria delle regioni, all'esito delle quali, se necessario, i Presidenti delle regioni erano tenuti ad eliminare le irregolarità rilevate»; obbligo dichiarato incostituzionale perché «invasivo dell'autonomia legislativa regionale nonché travalicante i poteri riconosciuti alla Corte dei conti, dal momento che le attribuzioni di quest'ultima non possono spingersi sino a vincolare il contenuto degli atti legislativi o a privarli dei loro effetti».

⁷⁶ Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1978, 383 s.; E. CAPACCIOLI, *Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa*, in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978, 349 s.

⁷⁷ Relative all'articolazione stessa del bicameralismo, del bicameralismo perfetto, dell'assenza di forme di razionalizzazione della forma di governo (come, ad esempio, la sfiducia costruttiva).

⁷⁸ Si tratta delle inefficienze proprie del procedimento legislativo come articolato nei Regolamenti parlamentari, che potrebbe conciliare meglio le necessità di dibattito ed approfondimento, con le esigenze di inclusione delle istanze generalizzate e di speditezza dei procedimenti.

che emergono da quella direzione, combinando, se del caso, tali indirizzi normativi con quelli della Costituzione e delle altre fonti dell'ordinamento italiano e sovranazionale.

L'unica giurisdizione, comunque del tutto peculiare, fungibile in parte e per il resto sovraordinata al legislatore, è quella costituzionale. Si ritiene utile quindi, puntualizzare la specificità propria della giurisdizione ordinaria nell'ambito dell'equilibrio dei poteri, osservando le peculiarità della giurisdizione costituzionale e la sua "affinità" con il potere legislativo, evidenziando così "per sottrazione" qual è il campo nel quale il giudice ordinario non può entrare.

La possibilità di traslare sul piano del diritto costituzionale questa dinamica e parametrare la situazione di fibrillazione della giurisdizione che emerge dai casi esaminati, al paradigma dell'eccesso di potere giurisdizionale come forma di abuso del diritto, potrebbe consentire di sistematizzare questa dinamica in corso della funzione giurisdizionale. Dunque, la dinamica in corso che si tenta in questa sede di analizzare, potrebbe piuttosto essere considerata come un sintomo di una transizione in corso verso un diverso assetto, in concreto, dei poteri dello Stato.

Ammettendo l'ipotesi di poter davvero ricorrere alla figura di eccesso di potere giurisdizionale, come fattispecie dell'abuso del diritto, categoria comunque discussa, si può verificare in quali rimedi operativi potrebbe verificarsi.

La dottrina recente⁷⁹ rileva tre possibili direttrici: la prevenzione; l'ipotesi del conflitto tra poteri; la responsabilità del magistrato.

5.1 – *La prevenzione: il momento legislativo, specialmente i meccanismi di raccordo previsti dai Regolamenti di Camera e Senato*

È comunque assodato che il giudice trovi il suo vincolo naturale nella lettera della legge. Tale limite può essere superato, come ampiamente illustrato nei casi analizzati, con l'intervento della Corte costituzionale. Tale intervento legittima operazioni giuridiche che non potrebbero avere luogo senza decisioni costituzionali, tuttavia in modo non così meccanico e con tutti i problemi che le diverse tipologie di sentenze della Corte costituzionale comportano. Infatti, il giudizio di legittimità è la sede propria in cui un buon numero di questioni possono trovare una definizione, ordinando l'interpretazione giurisdizionale che, altrimenti, rischia, con le migliori intenzioni, di generare una confusione interpretativa⁸⁰.

Nell'impianto costituzionale «il principio esclusivo di organizzazione dello Stato»⁸¹ è il principio democratico, laddove la volontà dei cittadini, tramite gli strumenti democratici che la Costituzione predispone, è la linfa dell'intero ordinamento⁸². Il portato di questo orientamento è che il Parlamento sia la sede, appunto, in cui tali principi trovano estrinsecazione in modo pressoché immediato, tramite la funzione legislativa.

Il procedimento legislativo oggi non è sempre all'altezza della rapidità decisionale necessaria propria di quest'epoca⁸³, né si mostra sempre in grado di dibattere un tema nell'interesse generale⁸⁴ e in coerenza con

⁷⁹ M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino, 2015, 263 ss.

⁸⁰ Cfr. L. ELIA, *Sentenze «interpretative» di norme costituzionali e vincolo ai giudici*, in *Giur. Cost.*, 1966, 1715 ss., il quale sostiene come il giudizio di costituzionalità sia sostanzialmente un processo interpretativo, con le sue conseguenze nella dinamica complessiva dell'interpretazione giurisdizionale, a tutti i livelli.

⁸¹ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Stato, popolo, governo: illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, 91 ss.

⁸² Cfr. M. RUINI, *Relazione al Progetto di Costituzione della Repubblica italiana*, presentata alla Presidenza dell'Assemblea costituente il 6 febbraio 1947, in *Atti parlamentari*, Roma, 9 ss.: «la sovranità spetta tutta al popolo, che è l'organo essenziale della nuova Costituzione, la forza viva cui si riconduce ogni potere, l'elemento decisivo che dice sempre la prima e l'ultima parola».

⁸³ Cfr. di recente E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, 2017, il quale, attraverso la cifra della "precarizzazione" ripercorre i tratti della crisi della legge, arrivando a concludere per una sorta di mutazione della legislazione, da fenomeno per porre norme stabili e durevoli a produzione di norme "geneticamente" finalizzate a trasformarsi.

la Costituzione⁸⁵, non sembra intendere la propria funzione come primo momento di sviluppo delle norme costituzionali. Al contrario, nella legislazione, spesso si sceglie di non decidere, ovvero si decide utilizzando rinvii ad altre fonti, ovvero rinvii alla giurisprudenza stessa⁸⁶.

Si può dunque procedere alla prevenzione dell'eccesso di potere lungo due direttrici.

La prima⁸⁷, che costituisce il campo di azione tradizionale, è proprio intervenire nei margini lasciati aperti dal procedimento legislativo e dall'attività dei diversi uffici coinvolti, sui profili qualitativi della crisi della legge⁸⁸. Si tratta di una migliore e maggiore applicazione delle regole di *drafting*, delle "tecniche legislative"⁸⁹, al fine di consegnare testi legislativi coerenti con la funzione normativa, pertanto recanti disposizioni generali e astratte, e in grado di ridurre le incertezze degli interpreti con un testo chiaro e il più possibile tale da contribuire alla certezza del diritto.

La seconda, invece potrebbe essere una forma di raccordo e preventiva non tanto "nel" testo legislativo, bensì del raccordo istituzionale tra Corte costituzionale, legislatore e quindi, per riflesso, giudice ordinario. Chiaramente, si tratta di una prevenzione "di sponda", cioè che attiene al seguito delle sentenze della Corte costituzionale o delle Corti sovranazionali, ma che potrebbe prevenire "abusi", nel senso di eccesso di potere giurisdizionale, del giudice comune che si trova ad interagire con le norme colpite da sentenze della Corte costituzionale eventualmente generatrici di vuoti o di attese del legislatore.

I Regolamenti del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati, recependo nel 1971 quanto previsto dall'art. 136 Cost. e dall'art. 23, comma 4⁹⁰ e art. 30, comma 2⁹¹ della legge 11 marzo 1953, n. 87, prevedono alcuni strumenti per generare un circuito virtuoso tra funzioni e soggetti istituzionali del processo decisionale giuridico-politico.

Il Regolamento del Senato prevede all'art. 139, rubricato «Sentenze della Corte costituzionale – Invio alle Commissioni e decisioni consequenziali delle Commissioni stesse», una articolata procedura attraverso la quale il Senato ha l'occasione di conoscere e discutere il testo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale e sia messo nelle condizioni di attivarsi per adeguare l'ordinamento nella sede propria, quella legislativa.

Qualora la Corte decida ai sensi dell'art. 136 Cost., infatti, il Presidente del Senato comunica al Senato la pronuncia della Corte «non appena pervenutagli la relativa sentenza». È poi stampata, per regolamento, e trasmessa alla Commissione competente. Questo meccanismo garantisce la conoscibilità all'interno del

⁸⁴ Per una lettura delle recenti tendenze in merito all'evoluzione della funzione legislativa, cfr. G. FIORIGLIO, *La legislazione di mera formula. Considerazioni a partire da alcune intuizioni di Giovanni Tarello*, in *Nomos*, 2015, 3.

⁸⁵ Si pensi ai non più troppo eccezionali casi in cui il Presidente della Repubblica, nell'atto di promulgare una legge, la accompagni con una lettera ai Presidenti del Senato della Repubblica, della Camera dei Deputati, e al Presidente del Consiglio dei Ministri, in cui ne evidenzia alcune criticità: è il caso della legge di conversione del decreto legge 14 giugno 2019, n. 53 recante "*Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica*"; il caso della promulgazione della legge sulla legittima difesa; la legge istitutiva della Commissione di inchiesta sulle banche, con lettera indirizzata ai Presidenti delle Camere; il caso del in data 24 luglio la legge di conversione, con modificazioni, del c.d. decreto terremoto, pur manifestando profili di criticità con una lettera inviata al Presidente del Consiglio. Sul tema cfr. G. BASCHERINI, *Il controllo presidenziale sulle leggi. Prospettive della Presidenza Mattarella*, in *Rivista AIC*, 2018, 3, 20 luglio 2018.

⁸⁶ Cfr. recentemente a titolo di esempio: art. 5, comma 1, lett. g), legge 8 agosto 2019, n. 86; art. 2, comma 2, lett. a) legge 22 novembre 2017, n. 175; art. 1, comma 17, legge 4 agosto 2017, n. 124 di modifica dell'art. 138, comma 2 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209; art. 1, comma 3, lett. d), legge 16 marzo 2017, n. 30.

Si tratta spesso di leggi di delega, che richiamano il rispetto o l'adeguamento ai principi della giurisprudenza.

⁸⁷ Questa è la prospettiva di prevenzione espressa anche da M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, cit., 263 ss.

⁸⁸ Tra gli altri, di recente, v. anche V. ITALIA, *Le malattie delle leggi. Leggi speciali e leggi di principio*, Milano, 2014.

⁸⁹ Il tema è esplorato classicamente da F. Modugno (a cura di), *Trasformazione della funzione legislativa*, Milano, 2000; R. PAGANO, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Milano, 2004. Da ultimo, tra gli altri, cfr. L. TRUCCO, P. COSTANZO, *Le radici del "drafting" legislativo nel parlamentarismo liberale*, in *Rassegna Parlamentare*, 2018, 3, 679-697.

⁹⁰ La disposizione prevede che l'autorità giurisdizionale che solleva una questione di legittimità costituzionale ordini la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, nonché al Presidente del Consiglio dei ministri o al Presidente della Giunta regionale, in dipendenza che la questione di legittimità riguardi una legge statale o regionale, ed inoltre anche ai Presidenti delle Camere del Parlamento o al Presidente del Consiglio regionale.

⁹¹ Ove si prevede che, una volta resa la decisione, essa è comunicata, entro due giorni dalla data del deposito, alle Camere e ai Consigli regionali, «affinché, ove lo ritengano necessario adottino i provvedimenti di loro competenza».

Senato e l'istruzione minima all'interno dell'organo fondamentale del procedimento legislativo ordinario della decisione della Corte costituzionale. Il comma 2 precisa che il Presidente ha la facoltà di inoltrare alle Commissioni secondo questo meccanismo «tutte le altre sentenze della Corte» che egli «giudichi opportuno» sottoporre all'attenzione degli organi parlamentari.

Ricevuta la sentenza, ai sensi del comma 3, sono previste due operazioni di “filtro” al fine di attivare il meccanismo vero e proprio di raccordo. Infatti, la Commissione competente procede ad una valutazione discrezionale: verifica se le norme dichiarate illegittime costituzionalmente «debbono essere sostituite da nuove disposizioni di legge». La latitudine della discrezionalità della Commissione sembra chiara, avendo scelto la disposizione di esplicitare che tale valutazione è da compiere «allorquando ritenga» la Commissione stessa. La seconda verifica, che tuttavia è in realtà una vera e propria condizione, consiste in una ricognizione sulla presenza di iniziativa legislativa assunta «al riguardo». Qualora tale iniziativa risulti, infatti, il meccanismo si arresta. Sotto questo profilo si potrebbe discutere della latitudine della disposizione: «e non sia stata assunta al riguardo un'iniziativa legislativa». Chiaramente, interpretando in senso ampio il termine «iniziativa», si potrebbe paralizzare il procedimento: considerare una iniziativa in materia la mera presentazione di un disegno di legge sullo stesso tema della norma censurata, neutralizza il meccanismo, in quanto basti pensare che nella XVIII Legislatura, alla Camera dei Deputati, in circa un anno di durata a cavallo tra il 2018 e il 2019, sono stati presentati 2059 progetti di legge⁹², mentre al Senato della Repubblica nello stesso periodo 1412, per un totale di 3441⁹³. Invece, restringendo la portata e dando rilevanza al termine «assunta», si potrebbero considerare i progetti di legge non solo presentati, ma almeno che abbiano concluso l'iter di discussione in Commissione e siano pronti per essere trasmessi all'Assemblea.

Questa seconda lettura sembra preferibile, in quanto il comma 3 dispone una procedura da svolgersi in Commissione, in cui l'organo parlamentare è il regista e, pertanto, sia sotto il profilo soggettivo che sotto quello oggettivo, la valutazione sulla assunzione di iniziativa legislativa è da imputare alla Commissione parlamentare, non al ramo del Parlamento di cui è parte, e si riferisce all'attività propria della Commissione, la quale nell'assumere una iniziativa legislativa definisce il provvedimento assegnatole dalla Presidenza del Senato. Dunque l'iniziativa assunta potrebbe considerarsi quella della Commissione, ovvero, al limite, della Assemblea, ma in ogni caso, non sembra indicare la mera presentazione di disegni di legge.

Svolta questa verifica, sempre ai sensi del comma 3, la Commissione «adotta una risoluzione» tramite la quale «invita il Governo a provvedere»; risoluzione poi trasmessa dal Presidente del Senato al Presidente del Consiglio dei ministri, «dandone notizia al Presidente della Camera dei deputati».

La molto scarna prassi⁹⁴ al Senato ha dimostrato una lettura restrittiva dell'iniziativa, considerandola come presentazione di un disegno di legge in Senato sul tema oggetto della sentenza. Questa conclusione si può trarre dai lavori delle Commissioni che si sono confrontate con la procedura di cui all'art. 139 Reg. Sen. Tra queste, ad esempio, la Commissione Territorio, ambiente e beni ambientali, nella seduta del 30 ottobre 1996 afferma che l'adozione di una iniziativa legislativa significa l'intenzione di colmare il vuoto normativo generato dall'intervento della Corte costituzionale, pertanto da ciò si può ritenere superata l'adozione della risoluzione⁹⁵.

In ogni caso, si è evidenziato come quella prevista dall'art. 139 rappresenti «una procedura ormai desueta», e infatti, il caso più recente di adozione di una risoluzione ai sensi di tale disciplina risale al

⁹² Cfr. sul [sito](#) internet istituzionale della Camera dei Deputati le statistiche *Presentazione di progetti di legge – Riepilogo generale*, n. 25, 2 agosto 2019.

⁹³ Cfr. i dati presenti sul [sito](#) internet istituzionale del Senato della Repubblica, alla pagina “*statistiche sull'attività legislativa*”.

⁹⁴ Ripresa fino al 2008 in G. SCACCIA, *Il seguito delle decisioni della Corte che accertano l'esistenza di un'omissione del legislatore*, in CORTE COSTITUZIONALE, *Problemi dell'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale. Quaderno predisposto in occasione della Conferenza delle Corti costituzionali europee*, Vilnius 2-7 giugno 2008, 74-85, spec. 80

⁹⁵ Cfr. XIII Commissione Territorio, ambiente e beni ambientali del 30 ottobre 1996, ripresa poi dalla II Commissione Giustizia, seduta del 18 novembre 1998; cfr. G. SCACCIA, *Il seguito delle decisioni della Corte che accertano l'esistenza di un'omissione del legislatore*, cit., 80.

2012⁹⁶. Con tale risoluzione, la Commissione impegna il Governo «a prevedere il superamento di criteri rigidi» di assegnazione dei dirigenti scolastici, «ad avviare una riflessione comune sugli organici, ponendo criteri oggettivi per quantificare un bisogno condivisibile, al fine di trovare una convergenza progressiva in una logica di solidarietà e di sussidiarietà verticale», a garantire poi «la certezza dei criteri», prevedendo che questi siano «chiari, coerenti, trasparenti e ragionevoli». Il caso atteneva alla censura di una norma in materia di aggregazione di istituti scolastici di diverso ordine e grado con il coinvolgimento della competenza dello Stato e delle Regioni.

Il regime del recepimento alla Camera dei Deputati è parzialmente diverso. L'art. 108 Reg. Cam., che è l'unica disposizione del Capo XXIV «Seguito delle Sentenze della Corte Costituzionale», prevede un procedimento più articolato, con un tasso di discrezionalità della Commissione ridotto. La disposizione prevede un automatismo: le sentenze della Corte costituzione «sono stampate, distribuite e inviate» non solo alla Commissione competente per materia, ma anche alla Commissione affari costituzionali. Si prevede il termine di trenta giorni entro cui la Commissione «esamina» la questione. La disposizione non lascia spazio per valutazioni o condizioni, il procedimento si articola in una serie di attività teleologicamente orientate e stabilite dal Regolamento. Segnatamente, inoltre, il comma 2, prevede che la questione sia esaminata dalla Commissione con la partecipazione di un rappresentante del Governo. Questo dato è del tutto apprezzabile, in quanto coinvolge anche l'esecutivo «parlamentarizzando» il processo decisionale politico-giuridico. L'esito della discussione è un documento finale in cui è indicato l'avviso della Commissione «sulla necessità di iniziative legislative» insieme all'indicazione dei «criteri informativi» di tali iniziative. Ancora, il comma 4 dispone che tale atto sia «stampato e distribuito», ed anche comunicato ai Presidenti delle Camere, al Presidente del Consiglio dei ministri e al Presidente della Corte costituzionale. Infine, l'art. 108 dispone che nel caso in cui esista un progetto di legge «sull'argomento», ovvero nelle more della procedura fosse presentato, «l'esame dovrà essere congiunto», e dunque la Commissione non esprime il documento finale e non lo comunica, dunque, ai vertici di Governo, Parlamento e Corte costituzionale.

Nonostante la maggiore perentorietà della disposizione del Regolamento della Camera, anche nel Ramo più basso del Parlamento la prassi è davvero scarna⁹⁷. Sicuramente è rispettata la prima parte della disposizione, nel senso che tutte le sentenze della Corte costituzionale sono annunciate nell'Allegato A al resoconto di Assemblea e sono assegnate alle Commissioni di merito e Affari costituzionali. Il resto della procedura, invece, resta sostanzialmente disatteso⁹⁸.

Si tratta dunque di un procedimento dall'alto potenziale ma dal basso rendimento pratico, che meriterebbe attenzione nell'ambito della prevenzione dell'eccesso di potere giurisdizionale. Infatti, si potrebbe recuperare la portata di raccordo istituzionale che è potenzialmente in grado di dispiegare tale procedimento di recepimento, migliorando la procedura.

Un'ipotesi di lavoro potrebbe essere di configurare i lavori parlamentari in modo da prendere atto della necessità di ricorrere a tale strumento. In questo senso, la predisposizione di un comitato di deputati e di senatori, magari nell'ambito della Commissione Affari costituzionali a cui demandare l'implementazione stabile della istruttoria e analisi delle sentenze della Corte costituzionale e compulsare l'attivazione dei soggetti interni preposti a tale circuito.

Tuttavia almeno tre fattori impediscono la strutturazione di questo, pur utile, organo intermedio più o meno formale. Il primo è la sussistenza di un numero rilevante di competenze in capo alla Commissione Affari costituzionale, che non facilita il disbrigo degli affari correnti e potrebbe costituire un primo rilevante ostacolo alla conduzione di ulteriori attribuzioni. Il secondo è il conseguente carico quantitativo di attività referente, redigente, consultiva che non consente di sottrarre manodopera o energie dalle attività

⁹⁶ Cfr. Senato della Repubblica, XVI Legislatura, Risoluzione della VII Commissione permanente (Istruzione pubblica, beni culturali, ricerca scientifica, spettacolo e sport), approvata il 10 luglio 2012, Doc. VII-bis, n. 1; si tratta di una risoluzione susseguente la [sentenza della Corte costituzionale n. 147 del 2012](#), che dichiara costituzionalmente illegittimo l'art. 19, comma 4, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 giugno 2011, n. 111.

⁹⁷ Cfr. R. BIN, C. BERGONZINI, *La Corte costituzionale in Parlamento*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotta, P. Veronesi (a cura di), *“Effettività” e “seguito” delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 215-237.

⁹⁸ G. SCACCIA, *Il seguito delle decisioni della Corte che accertano l'esistenza di un'omissione del legislatore*, cit., 75-76.

ordinarie. Il terzo è il coinvolgimento della Commissione in particolari momenti di congiuntura storico-politica, come sede di sintesi di questioni di primo piano per lo sviluppo dell'ordinamento, tale da trasformare l'attività ordinaria in una sorta di "sessione riformatrice permanente": quando l'organo si trova permanentemente mobilitato in un lavoro di predisposizione, istruttoria o consultivo ai fini della riforma dell'ordinamento costituzionale, tale da oberare ulteriormente le ordinarie attribuzioni⁹⁹.

Del resto non si può attribuire la carenza di attivazione alla scarsa informazione dei deputati, dalla lettura degli atti parlamentari emerge chiaramente che i rappresentanti della Nazione sono "costantemente aggiornati in tema di giurisprudenza costituzionale"¹⁰⁰. Piuttosto, tale inattività in questa sede, può significare la preferenza per gli altri strumenti indicati e dunque l'utilizzo di atti di indirizzo e controllo ovvero questioni pregiudiziali di costituzionalità¹⁰¹. Strumenti, peraltro, di poco impatto nell'economia complessiva del procedimento legislativo¹⁰².

Emerge dunque un quadro di scarsa deferenza dei membri delle Assemblee rispetto al raccordo tra giurisprudenza costituzionale e decisione politica¹⁰³.

Se infatti in teoria il Parlamento è l'interlocutore per eccellenza della Corte costituzionale, in pratica si tratta ancora nel XXI secolo di superare quella diffidenza politica nei confronti della *judicial review* del giudice delle leggi e quella spinta intrinseca del Parlamento a conservare la propria autonomia e discrezionalità politica non solo sul *quomodo* ma a monte sull'*an* della funzione legislativa. In un contesto ordinamentale in cui le istituzioni sono sempre alla continua ricerca della legittimazione, sia nei confronti della società, sia rispetto al contesto sovranazionale, sarebbe forse il momento di rivedere questo rapporto e sforzarsi di attivare ogni strumento che possa favorire l'ordinato sviluppo delle situazioni giuridiche soggettive, sia nella sede propria normativa di definizione e posizione democratica in generale e astratto, sia in quella particolare di applicazione e sviluppo in modo particolare e determinato.

5.2 – Il conflitto tra poteri e l'eccesso giurisdizionale

Si è già detto della più recente giurisprudenza costituzionale in merito alla nozione di eccesso di potere giurisdizionale e ai confini del sindacato possibile, inevitabilmente possibile, per la Corte, solo rispetto ai limiti esterni della giurisdizione e non rispetto ai limiti interni.

In effetti, la Corte costituzione distingue il giudizio sul modo di esercizio della funzione ed il controllo sulla riconducibilità dell'atto alla funzione¹⁰⁴. Mentre il primo è esclusivo appannaggio della giurisdizione comune, il secondo è azionabile anche nel giudizio sul conflitto tra poteri dello Stato, sia del tipo "interorganico" sia "intersoggettivo".

La Corte, infatti, ha sempre ribadito l'insindacabilità degli *errores in iudicando* nell'ambito del proprio giudizio; insindacabilità che peraltro ripara la Corte costituzionale dalla inopinata confusione del rimedio costituzionale rispetto alle sedi più prossime alle dinamiche della giurisdizione, quali il processo di merito e di legittimità ordinaria.

⁹⁹ Come nei casi in cui si prevede la lunga procedura di predisposizione ed attuazione di una riforma costituzionale; è il caso della XVII Legislatura.

¹⁰⁰ Resta valida questa affermazione, formulata a più di dieci anni di distanza, in R. BIN, C. BERGONZINI, *La Corte costituzionale in Parlamento*, cit., 222.

¹⁰¹ Anche se tali strumenti sono utilizzati nell'ambito di una azione politica in Parlamento, in cui le sentenze della Corte costituzionale sono utilizzate in modo improprio dai parlamentari, per fondare le proprie ragioni politiche; cfr. R. BIN, C. BERGONZINI, *La Corte costituzionale in Parlamento*, cit., 222-229.

¹⁰² Si pensi che nella XVII Legislatura sono state presentate 43 questioni pregiudiziali di costituzionalità, nella XVIII Legislatura 40, ma anch'esse assomigliano più ad un rito di opposizione che non ad un vero strumento efficace per rilevare le anomalie e criticità di aspetti degli atti esaminati, rispetto alla Costituzione.

¹⁰³ Gli stessi meccanismi brevemente richiamati, sono stati anche definiti, infatti, come «uno stanco rito» dell'Assemblea «secondo cui si interviene sempre contro e nel peggior modo possibile»¹⁰³.

¹⁰⁴ Cfr. M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato*, cit., 270.

Tuttavia, se la dottrina tradizionale, nel contesto costituzionale anch'esso tradizionale, ritiene questa distanza della Corte dal sindacato sul *modo* di esercizio della funzione giurisdizionale¹⁰⁵ coerente per non nuocere all'indipendenza della magistratura, oggi si potrebbe riconsiderare questo equilibrio, sempre ove si accettasse la nozione di eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nella funzione legislativa ipotizzata nei termini di abuso del diritto, alla luce dell'estensione dell'accesso al giudizio per conflitto tra poteri che la Corte ha determinato negli ultimi anni.

Certo, dal punto di vista logico-giuridico esiste la differenza tra le interpretazioni non esatte o le false applicazioni, da una parte, e gli elementi che segnano i confini esterni della giurisdizione. Tuttavia, è possibile che proprio una non esatta, cattiva, falsa interpretazione possa determinare il travalicamento dei confini tra funzioni¹⁰⁶. È noto il caso del giudice che, ritenendo parificabili la legge regionale e gli atti amministrativi, nel regime precedente alla riforma del Titolo V della Costituzione, abbia disapplicato l'atto normativo¹⁰⁷. In quel caso, la Regione solleva conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nei confronti della Corte di Cassazione che con sentenza disapplica le leggi regionali ritenute sostanzialmente dei provvedimenti amministrativi (c.d. leggi provvedimento), avendole ritenute costituzionalmente illegittime. La Corte costituzionale procede ad annullare la sentenza della Cassazione perché non spetta allo Stato e per esso al giudice di legittimità disapplicare le leggi regionali. Per giungere a questo esito, chiaramente, la Corte deve entrare nel merito della motivazione della sentenza della Cassazione.

Si tratta quindi di un esame «dall'interno» della giurisdizione comune¹⁰⁸, del modo di esercizio della giurisdizione rispetto alla funzione interpretativa. Infatti, in quel caso è stato necessario evidenziare la distorta interpretazione che il giudice di legittimità pone dell'art. 5, legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E, che legittima il giudice a disapplicare i provvedimenti amministrativi.

Non sembra peregrino ravvisare in questo e in casi analoghi un eccesso di potere giurisdizionale generato da un *error in iudicando*. Una deviazione del potere originata nell'esercizio della funzione stessa. Questa dinamica può essere letta secondo il paradigma dell'abuso del diritto, sempre qualora si accettasse tale principio generale, osservando come la norma sulla esatta definizione di interpretazione giurisdizionale non esista espressamente ma possa ricavarsi dal complesso di principi costituzionali che attengono alla legislazione, alla giurisdizione e all'equilibrio dei poteri; e utilizzando tale sistema implicito come parametro dell'uso fisiologico, normale, della funzione giurisdizionale.

Il confine tra sindacato interno e limiti esterni della giurisdizione potrebbe essersi assottigliato in tutti quei casi, analizzati in questa sede, in cui l'interpretazione giurisdizionale assume profili problematici anche, ma non solo, perché non si rivolge al Giudice delle Leggi laddove è necessario chiudere il circolo ermeneutico aperto in sede di merito.

La recente giurisprudenza in materia di accesso al giudizio sui conflitti di attribuzione conferma la tendenza della Corte, in questa fase della storia repubblicana e nel contesto costituzionale contemporaneo, a considerare questo giudizio come sede privilegiata di ricomposizione dell'equilibrio tra i poteri dello Stato anche in situazioni inedite fino a qualche tempo prima¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Cfr. C. MEZZANOTTE, *La nozione di potere e di conflitto nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1979, 131 ss.; A. PACE, *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale nel conflitto tra poteri*, in *Giur. cost.*, 1986, 797 ss.

¹⁰⁶ In questo senso M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato*, cit., 271.

¹⁰⁷ Cfr. Corte costituzionale, [sentenza n. 285 del 1990](#).

¹⁰⁸ M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato*, cit., 271.

¹⁰⁹ Di recente, infatti, la Corte ha avuto modo di pronunciarsi, in un caso che resterà "storico", sull'accesso al conflitto per attribuzioni del singolo parlamentare. La questione, dichiarata inammissibile con la [ordinanza n. 17 del 2019](#), ha generato un *obiter dictum* nella decisione resa dalla Corte, in cui ammette la possibilità dell'accesso del singolo parlamentare per lamentare la lesione di competenze fondamentali assolutamente comprese nelle fasi del procedimento legislativo. Cfr., tra gli altri, i commenti all'ordinanza presenti su [federalismi.it](#), 2019, 4: S. CAVINO, *La necessità formale di uno statuto dell'opposizione*; S. CURRERI, *L'occasione persa*; R. DICKMAN, *La corte dichiara inammissibile il conflitto di attribuzioni contro il testo della legge di bilancio 2019-21 approvato dal Senato e ribadisce che i singoli parlamentari sono poteri dello Stato*; S. LUCARELLI, *La violazione del procedimento legislativo "costituzionale" è una violazione grave e manifesta?*; N. LUPO, *Un'ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*; A. MANZELLA, *L'opposizione in regime di parlamentarismo assoluto*; A. MORRONE, *Lucciole per lanterne. La n. 17/2019 e la terra promessa*

Tuttavia, la stessa giurisprudenza, dimostra anche come la Corte assuma questo compito con riluttanza e preferisca, ove possibile, procedere a soluzioni che stabiliscano coordinate per l'esercizio delle funzioni in conflitto, ma senza agire direttamente per ristabilire la legalità costituzionale (che potrebbe coincidere, nell'ipotetica attualità della figura dell'abuso del diritto, con la fisiologia del potere di cui si eccede). Sembra del tutto condivisibile la prospettiva di chi ritiene questo rimedio «apparentemente perfetto ed idoneo (...) ad annullare la pronuncia viziata»¹¹⁰; tuttavia la Corte dovrebbe scegliere di assumere anche quest'onere, accettare la sfida di verificare, ed eventualmente sanzionare, l'interpretazione del giudice non in linea con la fisiologia della funzione giurisdizionale.

5.3 – Spunti conclusivi

Questa breve disamina del rapporto tra giurisdizione e legislazione, dalla prospettiva della figura dell'eccesso di potere giurisdizionale, consente di verificare la problematicità della situazione attuale dell'equilibrio tra i poteri dello Stato¹¹¹

Si tratta ormai apertamente del concetto di “giudice comune europeo”¹¹² nel senso di giudice ordinario come istituzione sia del circuito nazionale, sia di quello più ampio eurounitario, con caratteristiche funzionalmente predisposte per superare in radice le questioni anche assiologiche poste dal testo del legislatore, configurando l'interpretazione giurisdizionale come applicazione diretta delle Carte costituzionali (la Carta europea dei diritti fondamentali e la Costituzione della Repubblica italiana)¹¹³ che lo autorizza ad un'attività rappresentativa, oltre che strettamente giuridico-processuale.

Il giudice è sempre più vicino alle esigenze dei cittadini¹¹⁴ e i meccanismi giurisdizionali, come ad esempio il funzionamento del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la funzione nomofilattica e persuasiva della Corte di Cassazione, stanno entrando nell'orizzonte dell'opinione pubblica.

di quote di potere per il singolo parlamentare; F. SORRENTINO, La legge di bilancio tra Governo e Corte costituzionale: il Parlamento approva a scatola chiusa.

¹¹⁰ M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato*, cit., 272.

¹¹¹ Su cui rimane fondamentale l'insegnamento di G. SILVESTRI: cfr. Id., *La separazione dei poteri*, I, II, Milano, 1984; Id., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997; *Sovranità popolare e magistratura*, in Carlassare (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Padova, 2004; Id., *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2009, 10-13.

¹¹² Cfr. S. PAJNO, *Giudizi morali e pluralismo nell'interpretazione costituzionale. Un percorso tra Hart e Dworkin*, Torino, 2013, spec. 211; G. SILVESTRI, *L'integrazione tra l'ordinamento italiano e quello europeo*, in *Nuova Antologia*, 2020, 1, 95, secondo il quale “il giudice nazionale è anche giudice europeo e che [...] il giudice europeo è anche giudice nazionale”. Come sostiene ancora A. AMATO, *Giudice comune europeo*, cit., 8, il giudice comune europeo è l'istituzione centrale “costantemente e direttamente coinvolto nella tutela multilivello dei diritti fondamentali, nell'esercizio dei suoi tre poteri fondamentali: i) il potere di interpretazione conforme (giudice comune come interprete legittimato, al pari della Corte costituzionale, ad interpretare fonti costituzionali e paracostituzionali); ii) il potere di emettere un'ordinanza di rimessione (giudice comune come “introduttore necessario” del giudizio di costituzionalità-eurounarietà); iii) il potere di disapplicare norme interne in contrasto con il diritto europeo (giudice comune come decisore della questione di legittimità costituzionale)”.

¹¹³ Chiaramente si deve distinguere, da una prospettiva politico-costituzionale, la natura di Carta dei diritti, propria sia della Costituzione, sia delle Carte internazionali; e quella di Carta dei poteri, propria solo della prima. Una distinzione seria che non consente, ancora, di assimilare realmente entrambi i piani, ancora non risolvendo definitivamente, per di più, il grande tema della struttura monista o dualista del rapporto tra gli ordinamenti nazionale e sovranazionale. Si ritiene comunque condivisibile l'impostazione di parte autorevole della dottrina, che ritiene comunque prevalente il criterio della subordinazione del giudice nel contesto giuridico attuale: cfr. R. BIN, *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. Cost.*, 2019, 1, 24; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., 402 ss.; ID., *Certeza del diritto e clausole generali*, in *Questione Giustizia*, 2020, 1, 70; ID., *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, 2014, 4, 454. Registrano invece una progressiva spinta verso nuovi paradigmi sulla base delle dinamiche eurounitarie M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2016, 1, 18; G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2006, 1, 14.

¹¹⁴ Da ultimo, per una autorevole riflessione critica sull'evoluzione dell'organizzazione e della funzione del potere giurisdizionale in questa ultima fase storica cfr. S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, Roma-Bari, 2022; Per una articolata critica della funzione giurisdizionale nello Stato costituzionale contemporaneo, con indagine sulle radici giusfilosofiche e sulle cause

In questo senso, il circuito istituzionale giurisdizionale – che prevede rapporto tra giudice ordinario, Corti europee, Corte costituzionale – si affianca alle istituzioni politico-rappresentative tradizionali – Parlamento, Governo, e relative istituzioni dell’Unione europea – come interlocutore dei cittadini. Essi, infatti non solo richiedono al giudice per sé stessi la tutela o la dichiarazione di un diritto individuale (*ius-dicere*), ma, nel contesto di un caso che vale come momento di riflessione e definizione collettiva, pretendono la posizione di una nuova situazione giuridica o di una rinnovata comune interpretazione sulle situazioni giuridiche poste in precedenza dal legislatore.

Siamo quindi in un momento che necessita una riflessione sull’equilibrio tra i poteri dello Stato alla luce delle evoluzioni degli ultimi 40 anni. In senso ampio, il tema della “giustizia” resta una preoccupazione latente, come dimostrano anche i recenti referendum e l’approvazione della c.d. riforma Cartabia. In questo dibattito il pendolo delle riforme istituzionali potrebbe oscillare verso la ristrutturazione del modello costituzionale, intervenendo su nuove sedi di raccordo anche parlamentari tra i due momenti di posizione del diritto (legislativo e giurisdizionale); ovvero propendere per nuove originali formulazioni del rapporto tra legislazione e giurisdizione, guardando alla posizione del giudice comune come cerniera tra ordinamento nazionale ed eurounitario tendendo ad una sorta di ‘*Common law* all’italiana’.

storiche di tale evoluzione, cfr. A. CARRINO, *La Giustizia come conflitto. Crisi della politica e stato dei giudici*, Milano-Udine, 2011.