



**CONSULTA ONLINE**

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2023 FASC. II

(ESTRATTO)

**ALESSANDRO ROSARIO RIZZA**

**IL RICORSO PER CONFLITTO TRA POTERI DELLO STATO E  
L'ECESSO GIURISDIZIONALE. LIMITI E PRESUPPOSTI**

20 LUGLIO 2023

**IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO**

**Alessandro Rosario Rizza**  
**Il ricorso per conflitto tra poteri dello Stato e l'eccesso giurisdizionale.**  
**Limiti e presupposti\***

**ABSTRACT:** *The paper addresses the problem of excessive jurisdictional power. In particular, the possibility of appealing to the Constitutional Court to have the violation ascertained is analysed.*

SOMMARIO: 1. Il labile confine tra la *legis latio* e la *legis executio*. – 1.1. L'apertura della Corte costituzionale e la configurazione dell'eccesso del potere giurisdizionale. – 2. La legittimazione del giudice e la sentenza come oggetto del giudizio. Cenni. – 2.1. La possibilità giuridica e la soggezione del giudice soltanto alla legge. – 3. La differenza tra “disapplicazione” e “non applicazione della legge” ai fini dell'ammissibilità del conflitto tra poteri. – 3.1. Una ipotesi di eccesso giurisdizionale sindacabile: la disapplicazione della legge (ritenuta) incostituzionale dal giudice ordinario e il diverso caso della non applicazione. – 4. *Segue*. La “non applicazione” della legge quale inammissibile ipotesi di sindacato nel merito. Il rischio di una Corte costituzionale come giudice dell'impugnazione. – 5. Luci e ombre sul binomio disapplicazione/non applicazione della legge: l'opportunità di un approccio sostanziale.

### 1. *Il labile confine tra la legis latio e la legis executio*

Un tema dibattuto, specie nella teoria generale del diritto, riguarda la possibilità di sindacare, innanzi alla Corte costituzionale (nella sua veste di giudice dei conflitti – chiamata dunque ad accertare il perimetro esterno del corretto esercizio del potere, ai sensi dell'art. 37 della legge n. 87 del 1953) l'eccesso del potere giurisdizionale, che vedrebbe contrapposto il legislatore (statale o regionale) al giudice comune (inteso come potere dello Stato diffuso) che, andando a risolvere una data controversia *z*, sia finito per eccedere la sfera tipica della propria *potestas*, sconfinando dalla “interpretazione” del diritto alla “normazione” sostanziale.

Prima di passare in rassegna la posizione assunta dalla Corte costituzionale, e il *discrimen* individuato dalla stessa tra esercizio legittimo e illegittimo del potere giurisdizionale da parte del giudice ordinario (che sarà oggetto di precipua trattazione a partire dal terzo paragrafo), nei primi due paragrafi del presente contributo si illustrerà in breve, sotto un profilo teorico, la figura dell'eccesso del potere giurisdizionale quale ipotesi deducibile innanzi alla Corte costituzionale.

Come noto, la problematica è stata delineata da Hans Kelsen che, nella sua opera sui problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, era andato ad individuare una linea di demarcazione tra il potere del Parlamento e quello dell'organo giudizio<sup>1</sup>.

Tuttavia, nei suoi *Lineamenti di teoria*, ha osservato che tra il momento della produzione astratta e quello della applicazione concreta della legge (il c.d. salto “*disposizione-norma*”) non può esistere un confine netto, ma qualcosa di decisamente più sfumato: ciò in quanto tra le due figure si può intravedere, sostiene il giurista, una “*gerarchia interscambiabile*”, perché esse finiscono per influenzarsi l'una con l'altra, modellandosi e determinandosi nella loro concretezza applicativa<sup>2</sup>.

D'altra parte, come noto, il giudice, andando ad applicare i criteri di risoluzione delle antinomie normative, *de facto* tende ad adattare l'astrattezza del diritto alla peculiarità del caso, e, attraverso questa operazione esegetica, va a colmare le lacune dell'ordinamento: un ruolo non molto dissimile - verrebbe da dire - da quello svolto dal formante dottrinale, dedito alla “*integrazione del diritto, ove questo sia lacunoso*”, tendente alla ricerca della corretta “*soluzione di antinomie*” ove il sistema “*sia*



<sup>1</sup> H. KELSEN, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico* (1911), Napoli, 1997, 21.

<sup>2</sup> Nello specifico, ritiene Hans Kelsen che il contrasto tra la *legis-latio* e la *legis-executio* “*non rappresenta che il rapporto fra due tappe successive del processo di produzione del diritto. In ogni caso, però, non si tratta di un accostamento di funzioni più o meno prive di relazioni, o addirittura essenzialmente differenti, ma di una gerarchia, di una sovra e sott'ordinazione di gradi di diritto, che*” – osserva ancora il giurista – “*si determinano reciprocamente*”: H. KELSEN, *Lineamenti di teoria generale dello Stato* (1926), Torino, 2004, 81.

*antinomica*” e, soprattutto, mirante alla “*sistematizzazione, cioè alla rappresentazione del diritto come sistema unitario, relativamente completo e coerente*”<sup>3</sup>.

Nell’epoca moderna e contemporanea, il ruolo interpretativo, rimesso alla prudenza del giudice, ha effetti indubbiamente positivi. Tuttavia, sotto un diverso prisma, esso potrebbe provocare (in tesi) uno straripamento del potere giurisdizionale nella sfera, invece, di più tipica competenza del legislatore: in altri termini, il fenomeno interpretativo (*recte*: la tecnica interpretativa del giudicante) rischierebbe (o potrebbe rischiare) d’introdurre, tra i due poteri, una sorta di “*intollerabile concorrenza*”<sup>4</sup>, che l’ordinamento interno cerca di arginare conferendo al legislatore la possibilità di intervenire con una legge di interpretazione autentica, la quale tuttavia rischia di aumentare il ventaglio delle interpretazioni ammissibili su un dato testo normativo<sup>5</sup>.

Il labile confine che intercorre tra la produzione della legge (la *law in the books*) e la sua operatività *in motu* (la *law in action*) porta ad interrogarsi su quali siano i limiti cui vada sottoposto il potere giudiziario, e travalicati i quali sarebbe possibile sollevare un conflitto di attribuzione<sup>6</sup>.

Senonché, un tale piano di verifica non potrebbe prescindere dall’individuare, *ex ante*, le premesse giuridiche entro cui innestare un valido ragionamento sull’esistenza ontologica dell’eccesso di potere giurisdizionale, e cioè sulla sua configurabilità come figura patologica e non mero riflesso fisiologico dell’interpretazione giuridica<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> M. BARBERIS, *Il diritto come discorso e come comportamento*, Torino, 1990, 298-299. Seguendo questa linea di tendenza, l’*economic analysis of law* ha inteso l’attività svolta dal giurista come la predisposizione di “*schemi di soluzione*” delle controversie giudiziali, suscettibili, una volta recepiti dal giudice, di “*massimizzare l’efficienza economica*” del sistema giuridico (P. TRIMARCHI, *L’analisi economica del diritto: tendenze e prospettive*, in *Quadr.*, 1987, 563). Se guardiamo al passato, il ruolo del giudice – da parte sua – ricorda quello svolto dal giureconsulto classico, che risolveva il problema giuridico attraverso un tendenziale “*approccio casistico*” (M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 18) proprio perché, come avviene *mutatis mutandis* ai tempi d’oggi, “*il sistema romano, anche nel diritto giustiniano, non offriva una dottrina o una disciplina unitaria*” (G. ASTUTI, voce *Obbligazioni*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 104) e il diritto era, nel suo complesso, una grande “*fucina*” sperimentale, che andava ad adeguare continuamente la realtà all’esigenza sociale attraverso lo sviluppo e la cristallizzazione del diritto pretorio (sia permesso rinviare, anche per i riferimenti bibliografici, ad A.R. RIZZA, *La lex Aquilia. Profili evolutivi della responsabilità extracontrattuale nel diritto romano*, Roma, 2018, 11).

<sup>4</sup> Così G. D’AMICO, *Problemi (e limiti) dell’applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, 484.

<sup>5</sup> Per arginare alla discrezionalità del giudice, l’ordinamento giuridico italiano ammette il ricorso al peculiare strumento dell’interpretazione autentica, che, innestata nel sistema dei pesi e contrappesi costituzionali, servirebbe a limitare – sebbene con i noti limiti ad essa connessi e di seguito accennati – l’eccesso della funzione giudiziaria (F. BIONDI, *Soggezione alla legge e limiti della funzione giudiziaria*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 917). Tuttavia, secondo una certa visione, l’auspicabile proclama della interpretazione autentica rappresenterebbe, appunto, un solo manifesto: un istituto ad oggi insoddisfacente, che rischia di aggravare il problema di fondo: “*il legislatore stesso cade di solito*” – si è osservato – “*in questo equivoco e, nell’intento di rendere chiaro il proprio pensiero e la propria volontà, abbonda in parole che dovrebbero chiarire il senso di altre parole, moltiplicando così e non riducendo le possibilità interpretative del suo prodotto. Così, la mera esegesi dei testi risulta, alla fine, la più aperta di tutte le interpretazioni*” (G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992, 202).

<sup>6</sup> Ai sensi dell’art. 37 della legge n. 87 del 1953.

<sup>7</sup> La discrezionalità del potere giudiziario nell’interpretazione della legge, d’altra parte, sebbene corollario del *rule of law*, ha sempre preoccupato, in modo e con intensità differenti, sotto una prospettiva storica, i legislatori nazionali. L’esperienza del *common law*, fondata sulla responsabilità politica del magistrato ha ispirato la dottrina italiana a voler riflettere sull’applicabilità di un simile modello anche nell’ordinamento moderno nazionale (su cui M. BUSSANI, *Il diritto dell’occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010, *passim*). Ad Autori che hanno espresso perplessità su un simile assetto (M. BUSSANI, *Il diritto dell’occidente*, cit., *passim*) od opinioni sostanzialmente negative (N. ZANON, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2006, 175) anche richiamando l’art. 101, comma 2. della Costituzione (M. RAMAT, *Responsabilità politica della magistratura*, in *Foro amm.*, 1969, 15) se ne sono contrapposti altri che, invece, hanno guardato con particolare simpatia all’istituto della responsabilità politica del magistrato (D. MARAFIOTI, *Metamorfosi del giudice. Riflessioni su giustizia e potere*, Soveria Mannelli 2004, 4) pur domandandosi innanzi a quale diverso potere il giudiziario sarebbe chiamato a rispondere anche a fronte di una normativa sulla responsabilità del magistrato considerata eccessivamente blanda (ci si riferisce alla responsabilità di cui alla legge n. 117 del 1988, per come anche modificata, in accoglimento degli indirizzi eurounitari, dalla legge n. 18 del 2015, a fronte dell’approdo di Corte giust., 13 giugno 2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*). Secondo un diverso orientamento, l’ordinamento italiano già conoscerebbe una peculiare forma di responsabilità (politica s’intende) del magistrato: essa consisterebbe nel potere,

### 1.1. L'apertura della Corte costituzionale e la configurazione dell'eccesso del potere giurisdizionale

La Corte costituzionale si è pronunciata sulla controversa questione in sede di conflitto di attribuzione, andando ad affermare, in primo luogo, che anche una sentenza possa originare, divenendone oggetto, un conflitto tra poteri dello Stato, in quanto idonea ad ingenerare un'ipotesi ascrivibile al concetto della *vindicatio potestatis*.

I giudici della Consulta, pronunciandosi sul tema ed accogliendo una interpretazione ampia di conflitto, hanno osservato che *“la figura dei conflitti di attribuzione non si restringe alla sola ipotesi di contestazione circa l'appartenenza del medesimo potere, che ciascuno dei soggetti contendenti rivendichi per sé, ma si estende a comprendere ogni ipotesi in cui dall'illegittimo esercizio di un potere altrui consegua la menomazione di una sfera di attribuzioni costituzionalmente assegnate all'altro soggetto”*<sup>8</sup>, ammettendo, per tale via, la configurabilità dell'eccesso giurisprudenziale.

L'ammettere un rimedio all'eccesso del potere giurisdizionale trova giustificazione nella maggiore tutela dei diritti da garantire al cittadino, destinatario finale del provvedimento giudiziario e soggetto pretensivo dei principi che ispirano e innervano il giusto processo, inteso come corollario trasversale e informatore dell'intero sistema<sup>9</sup>. Né di giusto processo sembra possa parlarsi, laddove una pronuncia che voglia dirsi *“giusta”* sia il prodotto dell'esercizio di un potere spettante ad un organo diverso dal giudiziario<sup>10</sup>. È allora in un quadro ove – come accennato in nota – la disciplina sulla

---

riconosciuto al cittadino, di criticare, anche pubblicamente, l'operato del giudice (G.U. RESCIGNO, *La responsabilità politica*, Milano, 1967, 65) peculiare declinazione, questa, del diritto alla libera manifestazione del pensiero (G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento*, in *Giur. cost.*, 1982, 780). Diversamente dal sistema giuridico d'oltremarica, l'esperienza storica francese ha, ad esempio, cercato di arginare la discrezionalità del giudice attraverso il rafforzamento del positivismo giuridico. In questo sistema, infatti, non può che rammentarsi la diffusione dell'idea del giudice come *“bocca della legge”*, anche se essa, nell'Antico Regime, *“significava che la legge parlava soltanto attraverso l'attività dei magistrati e che quindi essa era destinata a restare muta senza la mediazione patriarcale dei giuristi”* (G. PERLINGIERI, *L'attualità del discorso preliminare di Portalis. A proposito dei miti della certezza del diritto e della cosiddetta crisi delle fattispecie*, in G. Conte, S. Landini (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti, obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, Mantova, 2017, 318). È invece con l'avvento della Rivoluzione francese che il significato del concetto cambiò, iniziando ad indicare il (diverso) tentativo di voler circoscrivere l'interpretazione del giudice. Su questa mutazione semantica del concetto, è stato osservato che, nel periodo rivoluzionario, *“non s'intese più quel che avevano inteso i giuristi di Antico Regime, ma esattamente l'opposto: il giudice avrebbe dovuto essere solo la bocca, non lo spirito della legge. La sua funzione sarebbe stata puramente dichiarativa, limitata cioè a tradurre in provvedimenti giudiziari (e non giurisdizionali) la volontà di un testo normativo. Da principio-manifesto del potere giurisdizionale trionfante, l'espressione giudice bocca della legge divenne allora il manifesto funebre del potere togato”* (F.D. DONATO, *La Costituzione fuori del suo tempo. Dottrine, testi e pratiche costituzionali nella Lunga durata*, in *Quad. cost.*, 2011, 909). Secondo poi un recente e diverso orientamento, anche nel periodo della Rivoluzione, il giudice avrebbe continuato a conservare il suo potere interpretativo (C. AMODIO, *Au nom de la loi. L'esperienza giuridica francese nel contesto europeo*, Torino, 2012, 24).

<sup>8</sup> *Corte cost.*, 26 giugno 1970, n. 110, con nota di V. GUCCIONE, *La giurisdizione contabile: bilancio di un conflitto e nuove prospettive*, in *Giur. cost.*, 1970, 1943.

<sup>9</sup> G. GIORGIO, *La via del comprendere. Epistemologia del processo di diritto*, Torino, 2015, 275.

<sup>10</sup> *“Vi è sempre il rischio”*, ha osservato riflettendo sul problema Mauro Barberis, *“che dove non arriva il diritto creato dal legislatore, subentra quello creato dai giudici”*. In tal modo *“la creazione giudiziale del diritto svincolerebbe il giudice dalla soggezione alla legge, renderebbe vana la produzione di diritto da parte del Parlamento legittimato democraticamente”*, violando *“il diritto del cittadino a essere giudicato in base a un diritto preconstituito al giudizio”* (M. BARBERIS, *Il diritto*, cit., 293). Il problema s'innesta in un clima ove la crisi dello Stato civile è avvertita, dalla società, con sempre maggiore insistenza (cfr. L. SCIOLLA, *La sfida dei valori. Rispetto delle regole e rispetto dei diritti in Italia*, Bologna, 2004) dove *“la sfiducia nelle istituzioni democratiche assume tutti i tratti di un basso continuo, di un bordone di fondo che disegna il deficit di legittimità delle istituzioni democratiche e pregiudica la nostra dotazione di capitale sociale”* (R. CARTOCCI, *Diventare grandi in tempo di cinismo. Identità nazionale, memoria collettiva e fiducia nelle istituzioni tra i giovani italiani*, Bologna, 2002, 137). In questo trend, si è registrato come il cittadino sembra essere sempre più diffidente verso il potere giudiziario (S. LAVADIOTTI, *Magistrati. L'ultracasta*, Milano 2011), mentre i dati

responsabilità civile del magistrato viene avvertita come non adeguata da alcuni Autori<sup>11</sup>, trova spazio la “*possibilità di ricorrere alla stessa Corte costituzionale, in sede di conflitto di attribuzioni fra poteri*”, allorquando “*il Parlamento ritenesse che il magistrato abbia oltrepassato i confini dell’attività interpretativa giudiziaria, usurpando in tal modo le funzioni legislative*”<sup>12</sup>.

Sulla scia di questa riflessione, un certo orientamento ha ritenuto che la sede del conflitto tra poteri dello Stato – sebbene, come noto, esso sia uno strumento processuale di tipo residuale – possa rappresentare la sede più idonea per avanzare simile doglianza<sup>13</sup>, sempre che avverso il provvedimento giudiziario non siano esperibili diversi rimedi processuali. Ciò in quanto – come confermato dalla Corte costituzionale in una recente pronuncia in materia – il conflitto sollevato su un provvedimento giudiziario non può intendersi come nuova sede nella quale far valere *errores in iudicando*<sup>14</sup>.

## 2. La legittimazione del giudice e la sentenza come oggetto del giudizio. Cenni.

Affrontando alcuni aspetti processuali, non sembrano esservi problemi sulla legittimazione passiva del giudice innanzi alla Corte costituzionale: essa, invero, pare trovare fondamento nel crollo del potere giudiziario quale struttura monolitica, lasciando spazio a quella che è stata definita, con una fortunata terminologia, la “*polverizzazione*” del potere<sup>15</sup>.

Approfondendo il profilo oggettivo, cui si è fatto sopra breve, va detto come la Corte costituzionale ha stabilito che oggetto del giudizio possa essere anche una sentenza.

La prima pronuncia, in questo senso, risale già al 1964<sup>16</sup>.

In quel giudizio, si era revocato in dubbio il potere del giudice di conoscere, in un giudizio ordinario, gli atti sui rapporti di impiego dei dipendenti dell’assemblea regionale siciliana. La Corte costituzionale ritenne ammissibile il conflitto tra poteri sollevato, che ebbe ad oggetto una ordinanza emessa dal Consiglio della Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia.

La Corte costituzionale, attraverso questo *leading case*, inaugurò un’importante stagione, il cui principio di diritto sarà spesso richiamato anche nelle successive pronunce: “*secondo la costante*

---

statistici vanno ad evidenziare un tasso di sfiducia che tange ormai i massimi storici (M.L. GHEZI, M.A. QUIROZ VITALE, *L’immagine pubblica della magistratura italiana*, Milano, 2006, 45).

Secondo gli ultimi dati completi a disposizione, che risalgono all’indagine “*Demos 14*”, la credibilità del potere giudiziario risulta in forte calo (passando dal 50% del 2010 al 33% nel 2014), con una perdita di sette punti percentuale dal 2013 al 2014. Ancora più allarmante risulta essere la tendenza grafica, confermata dal Rapporto Eurispes 2015, secondo cui la fiducia verso la magistratura (pari al 41% nel 2014) sarebbe scesa al 28% nel 2014 (I. DIAMANTI, *Partiti, istituzioni, Europa: la fiducia va a picco, cittadini sempre più soli. Il Papa unica speranza*, in [la Repubblica](#), 28 dicembre 2014), dati che hanno subito un lieve miglioramento che emerge dall’indagine Istat 2022, ove si registra che è “*in crescita la quota di coloro che si fidano del sistema giudiziario, da meno del 40% nel 2018 al 47,4% nel 2021*” (Comunicato stampa dell’Istat 2022 – “*La fiducia nelle istituzioni del paese*”, consultabile al sito web dell’[ISTAT](#), Sezione “*Vita quotidiana e opinioni dei cittadini*”).

<sup>11</sup> V. VIGORITI, *La responsabilità civile del giudice: timori esagerati entusiasmi eccessivi*, in *Foro it.*, 2015, 287.

<sup>12</sup> F. BINDI, *Soggezione*, cit., in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario*, cit., 917.

<sup>13</sup> N. ZANON, *La responsabilità dei giudici*, in *Riv. ass. it. cost.*, 2004, 236.

<sup>14</sup> [Corte cost., 6 luglio 2023, n. 137](#) che ho commentato, se si vuole, in *Judicium*, [La sospensione dell’atto amministrativo e la disapplicazione della legge. La Corte costituzionale ritorna sull’eccesso del potere giurisdizionale in sede di conflitto di attribuzione](#).

<sup>15</sup> R. BIN, *L’ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996, 15. La Corte costituzionale, con riferimento al singolo giudice, ha osservato che “*la cerchia degli organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartengono è più larga di quella degli organi comunemente detti supremi in quanto strutturalmente collocati al vertice di un potere*”. Da ciò, come noto, è conseguito che “*i singoli organi giurisdizionali, esplicando le loro funzioni in situazione di piena indipendenza, costituzionalmente garantita, sono da considerare legittimati attivamente e passivamente ad esser parti di conflitti di attribuzione*” ([Corte cost., ord. 17 luglio 1975, n. 228](#), con nota di F. CUOCOLO, *Corte costituzionale e magistratura (profili organizzativi)*, in *Giur. cost.*, 1976, 1709).

<sup>16</sup> [Corte cost., 30 giugno 1964, n. 66](#), con nota di F. BILE, *Sul rapporto d’impiego dei dipendenti dell’assemblea regionale siciliana*, in *Giust. civ.*, 1964, 244.

giurisprudenza della Corte”, scrivono i giudici nel 1992 in una ipotesi di conflitto intersoggettivo, “*nulla vieta che un conflitto di attribuzione fra Stato e Regioni tragga origine da un atto giurisdizionale, quando la Regione non censuri il modo in cui il giudice amministrativo ha esercitato la giurisdizione*”<sup>17</sup>.

L’orientamento è stato riconfermato, da ultimo, in una [pronuncia del 2018](#), in cui la Corte costituzionale ha ritenuto ammissibile un conflitto che aveva ad oggetto una sentenza emanata dalla Corte dei conti<sup>18</sup> e nuovamente, in tempi recentissimi, da [Corte cost., 6 luglio 2023, n. 137](#).

La Corte costituzionale, infine, ha anche precisato come il suo sindacato sull’eccesso del potere giurisdizionale possa riguardare anche le sentenze emesse dal giudice di legittimità: disattendendo le eccezioni sollevate dall’organo giudiziario convenuto (nella specie la Corte di Cassazione – che, in quanto giudice supremo, si era ritenuta priva della legittimazione passiva ad essere parte convenuta in sede di conflitto tra poteri dello Stato), la Corte costituzionale ha avuto l’occasione di sancire che non assume neanche importanza, ai fini dell’ammissibilità del conflitto originato da provvedimento giudiziario, il grado ordinamentale del giudice che ha emesso il provvedimento, “*una volta ammesso il conflitto su di un atto giurisdizionale*”, infatti, “*nulla rileva quale sia il giudice che l’ha emanato*”<sup>19</sup>.

### 2.1. La possibilità giuridica e la soggezione del giudice soltanto alla legge

Accennati i profili afferenti alla legittimazione processuale del giudice quale parte del conflitto tra poteri dello Stato, il *punctum dolens* della vicenda pare più riguardare la “*possibilità giuridica*” dell’azione, inteso come “*primo requisito*”, senza la sussistenza del quale “*la domanda non è accoglibile, neppure ipoteticamente*”.

La possibilità giuridica (che è configurabilità in concreto dell’esistenza di un eccesso del potere giurisdizionale quale figura patologica) è considerata dalla dottrina come “*condizione limite*”, che, sebbene alle volte possa avere portata “*prevalentemente teorica*”<sup>20</sup>, assume un ruolo cardine in quello che è stato definito il “*diritto processuale costituzionale*”<sup>21</sup>, sotto forma di requisito per l’ammissibilità del ricorso.

La possibilità giuridica, nel caso di specie, sembra fondarsi sulla portata da attribuire all’art. 101, comma 2, Cost., secondo cui “*i giudici sono soggetti soltanto alla legge*”, e, più nello specifico, sul significato da attribuire a quest’ultima nozione – disposizione peraltro richiamata dalla Regione Veneto nel conflitto sollevato, recentemente, avverso due ordinanze cautelari emesse dal Tar Veneto<sup>22</sup>.

Un primo orientamento ritiene che il giudice sia chiamato a svolgere un’attività parallela a quella esercitata dal legislatore, limitando, in questo modo, il caos che deriva dall’incoerenza sistematica e dall’inflazione della produzione legislativa<sup>23</sup>. Il giudice, allora, potrebbe lecitamente travalicare anche i limiti della sua attribuzione costituzionale, per sconfiggere quello “*sconsolato ossequio alle leggi perché sono tali (...) anche se il cuore le maledice e ne affretta col desiderio l’abolizione*”<sup>24</sup>.

Questa idea muove le mosse da un ripensamento del sistema delle fonti, sostenendosi che, in un’ottica di tutela “*multilivello*”, la nozione di legge, per come accolta nell’art. 101, comma, 2 Cost.,

---

<sup>17</sup> [Corte cost., 26 marzo 1994, n. 113](#), con nota di R. FUZIO, *La prevenzione degli inquinamenti nei centri urbani: quale normativa?* in *Foro it.*, 1994, 1309.

<sup>18</sup> Cfr. [Corte cost., 16 febbraio 2018, n. 31](#), con nota redazionale di richiami in *Foro it.*, 2018, 1116.

<sup>19</sup> [Corte cost., 14 giugno 1990, n. 285](#), con nota di G. MARAZZITA, *Tre leggi regionali cassate*, in *Nomos*, 1991, 1.

<sup>20</sup> C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, Torino 2019, 36-37.

<sup>21</sup> L’espressione è di G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?* in AA.V.V., *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Milano, 1990, 105.

<sup>22</sup> [Corte cost., 6 luglio 2023, n. 137](#), cit.

<sup>23</sup> A. RIDOLFI, *Interpretazione costituzionale, positivismo giuridico ed opinione dissenziente*, in *Nomos*, 2006, 471.

<sup>24</sup> P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, 348.

non può riferirsi alla sola legge formale, bensì a quella che la dottrina ha definito come la *tota lege perspecta*<sup>25</sup>.

Secondo una diversa scuola di pensiero, la visione esposta rischierebbe, inevitabilmente, di condurre ad una “*ribellione del giudice al dettato normativo*”, una situazione giuridica, si è detto, “*evitabilmente inaccettabile*”<sup>26</sup>, con conseguente possibilità di sindacare la violazione innanzi alla Corte costituzionale come Giudice dei Conflitti.

In tale modo, si è cercato di valorizzare la soggezione del giudice alla legge: l’art. 101, comma 2, Cost. prescriverebbe non solo l’indipendenza funzionale del giudice, ma servirebbe anche a circoscrivere l’arbitrio del potere giudiziario, obbligandolo a muoversi all’interno della medesima previsione legislativa<sup>27</sup>.

L’attività del giudice, influenzando anche sui diritti soggettivi del cittadino, dovrebbe indurre ad una intensificazione dei precetti costituzionali, che dovrebbero imporsi nei confronti del potere giudiziario, nell’esercizio del suo compito, “*in forma più rigida e rafforzata*”<sup>28</sup>.

Il giudice, in questa ottica (forse più) garantistica, sarebbe obbligato ad utilizzare un apparato interpretativo stabile<sup>29</sup>, la cui violazione dovrebbe essere sempre passibile di vaglio quanto meno “*per linee esterne*”, sul rilievo che l’attività ermeneutica tenderebbe ad incidere negativamente sul sistema delle fonti<sup>30</sup>, potendolo alterare se utilizzata in modo distorto.

L’art. 101, comma 2, Cost., andrebbe allora riferito anche alla legge “*processuale*”: in tal senso il precetto costituzionale sarebbe preordinato a regolare la “*modalità di esercizio del potere giudiziario*” e a limitare l’ampiezza dei poteri del singolo giudice nel provvedimento decisorio, inteso quale momento di sintesi dell’intero iter processuale<sup>31</sup>.

### 3. La differenza tra “*disapplicazione*” e “*non applicazione della legge*” ai fini dell’ammissibilità del conflitto tra poteri

L’apertura della Corte costituzionale, che ha così ammesso il conflitto avverso la figura dell’eccesso giurisdizionale del giudice, è avvenuta in sede di conflitto intersoggettivo, tuttavia l’approdo, che assume connotati generali, può ritenersi esportabile anche alla parallela ipotesi del conflitto tra poteri dello Stato.

In dottrina, si è peraltro osservato come il conflitto tra Stato e Regione, laddove verta su una sentenza giudiziaria, pare assumere “*la natura sostanziale di un conflitto tra poteri*”<sup>32</sup>, vedendo contrapposto, da un lato, il potere giudiziario, dall’altro, il legislatore regionale. Ciò a seguito di una evidente “*affinità tra l’organo esecutivo regionale e l’omologo statale, quando essi si contrappongono al giudice*”<sup>33</sup>.

La giurisprudenza costituzionale, allineandosi a questo argomento, ha osservato che “*il conflitto di attribuzione fra Stato e Regione è dato, al pari del conflitto fra poteri dello Stato, contro gli atti di qualsiasi giudice indipendentemente dalla definitività di essi*”, tuttavia specificando che “*l’atto o il*

---

<sup>25</sup> A. PIZZORUSSO, *Il libero convincimento del giudice*, in AA.VV., *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, 1454. Ciò induce, di riflesso, ad una rivisitazione del concetto poliedrico (L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, Milano, 1984, spec. 57) di “*fedeltà alla Repubblica*”, cui si riferisce l’art. 54 comma 1 Cost., da intendersi, in questa visione, come fedeltà all’ordinamento costituzionale nel suo complesso (P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 156).

<sup>26</sup> C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano, 2008, 367.

<sup>27</sup> S. FOIS, voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 683.

<sup>28</sup> Così C. PAGOTTO, *La disapplicazione*, cit., 367.

<sup>29</sup> A. PIZZORUSSO, *Pluralità degli ordinamenti giuridici e sistema delle fonti del diritto*, in S. Labriola (a cura di), *Valori e principi del sistema repubblicano*, Roma-Bari, 2006, 109.

<sup>30</sup> C. PAGOTTO, *La disapplicazione*, cit., 368.

<sup>31</sup> Per questa concezione, S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell’ordinamento giudiziario*, Padova, 1964, 232.

<sup>32</sup> R. ROMBOLI, *Storia di un conflitto “partito” tra enti ed “arrivato” tra poteri (il conflitto tra lo Stato e la Regione avente ad oggetto un atto giurisdizionale)*, in AA.VV., *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova, 1995, 594.

<sup>33</sup> R. BIN, *L’ultima fortezza*, cit., 21-22.

*comportamento invasivo denunciabile con l'uno o l'altro tipo di conflitto non può consistere nella mera sospensione o nel mero annullamento di un atto (...), ma deve concretare mediante atti non consentiti ad alcun giudice una interferenza nell'azione amministrativa idonea a condizionare l'attribuzione che in quell'azione si esprime e si svolge*<sup>34</sup>.

Un punto critico del percorso giurisprudenziale, tuttavia pare essere rappresentato dalla circostanza che la Corte costituzionale ha ravvisato un discrimine (ai fini di ammettere la sindacabilità del potere esercitato dal giudice nel provvedimento giudiziario) sulla differenza, già nota in dottrina<sup>35</sup>, tra la “disapplicazione” (operazione ermeneutica illegittima) e “non applicazione della legge” (operazione fisiologica connessa all'utilizzo dei criteri di risoluzione delle antinomie giuridiche).

La prima figura consisterebbe nel “*potere di non applicare ad una singola fattispecie un determinato atto*”<sup>36</sup>, facendosi ricorso ad una argomentazione estranea “*al sistema dei classici poteri di risoluzione delle antinomie*”<sup>37</sup>, e dunque a un elemento extra-giuridico. La disapplicazione, che sarebbe compiuta dal giudice con la volontà di non applicare un atto normativo, è spesso connessa alla percezione di invalidità dell'atto che si sarebbe applicato, come ad “*evocare vizi della norma*”<sup>38</sup> (es. una legge percepita come ingiusta, come incostituzionale, ecc.).

La non applicazione, al contrario, sarebbe una diversa figura assorbita nel campo dell'esclusione interpretativa dell'applicabilità. Essa è il risultato dell'applicazione, più o meno corretta ad opera del giudice, dei criteri di risoluzione delle antinomie. Un'eventuale doglianza su questo profilo non sarebbe mai sindacabile innanzi alla Corte costituzionale in sede di conflitto tra poteri dello Stato, trattandosi di un qualcosa più vicino all'*error in iudicando* (da farsi valere con gli ordinari mezzi di impugnazione e che incontrerebbe come limite invalicabile quello della sentenza passata in giudicato), come sembra, peraltro, alludere lo stesso Codice di rito civile, che, nell'erronea o *falsa applicazione* di norme, individua specifici motivi di ricorso<sup>39</sup>.

### 3.1. Una ipotesi di eccesso giurisdizionale sindacabile: la disapplicazione della legge (ritenuta incostituzionale dal giudice ordinario e il diverso caso della non applicazione)

La Corte costituzionale ha avuto modo di “sanzionare” la disapplicazione della legge ordinaria ad opera del giudice ordinario, sostanzialmente “cassando” una sentenza della Corte di Cassazione. Per tale via, la Corte costituzionale ha ritenuto che la disapplicazione della legge, laddove il giudice ritenga quest'ultima incostituzionale senza sollevare una previa questione di legittimità, rappresenti una ipotesi di eccesso nella giurisdizione, da risolversi in sede di conflitto.

Nello specifico, nel 1990, la Corte di Cassazione aveva disapplicato una normativa regionale che andava a stabilire la depenalizzazione di un reato, sul presupposto che si fosse trattato di disciplina non conforme, sotto vari profili, alla Costituzione.

Secondo il contenuto del provvedimento giudiziario di legittimità, il quadro normativo sarebbe stato affetto da un vizio “*palese*” da rendere “*superfluo*” sollevare la questione di legittimità costituzionale. In quell'ipotesi, la Corte costituzionale ha annullato la pronuncia del giudice di legittimità, sul presupposto che possa ritenersi sussistente, nell'ordinamento italiano, un giudice, diverso dalla stessa Corte costituzionale, abilitato a dichiarare l'illegittimità di una disposizione<sup>40</sup>,

<sup>34</sup> [Corte cost., 2 marzo 1991, n. 99](#), con nota di A. PISANESCHI, *Conflitto di attribuzione e questioni di giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 1991, 1096.

<sup>35</sup> R. NIRO, *Disapplicazione di norme e declaratoria di illegittimità di provvedimento*, in S. Cassese, C. Franceschini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 207.

<sup>36</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1991, 299.

<sup>37</sup> C. PAGOTTO, *La disapplicazione*, cit., 80.

<sup>38</sup> [Corte cost., 18 aprile 1991, n. 168](#), con nota di A. CELOTTO, *Un ulteriore passo in avanti nell'affermazione della prevalenza del diritto comunitario (considerazioni a margine della sentenza 18 gennaio 1991, n. 168)*, in *Giur. it.*, 1992, 1651.

<sup>39</sup> Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Padova, 2009, 495.

<sup>40</sup> [Corte cost., 14 giugno 1990, n. 285](#), cit.

neppure laddove essa presenti una manifesta incostituzionalità (è evidente che la problematica possa assumere una portata più ampia aprendo la riflessione sulla natura della legge incostituzionale, quale atto nullo ma momentaneamente efficace).

Un nuovo caso di disapplicazione della legge, [nel 2004](#), è stato riproposto all'attenzione del Giudice dei conflitti costituzionali<sup>41</sup>.

In quella diversa circostanza, il GIP aveva ritenuto incostituzionale la normativa emanata dalla Regione Lombardia, giacché quest'ultima non avrebbe potuto validamente inserire alcune eccezioni, in materia di divieto di caccia venatoria, ulteriori rispetto a quelle contemplate dalla legislazione statale.

Esercitando un potere estraneo a quello di normale competenza, il giudice aveva emesso un'ordinanza attraverso la quale, su considerazioni di illegittimità costituzionale della normativa della Regione, procedeva alla sua disapplicazione, incorrendo, però, nella scure della Corte costituzionale, che – in sede di conflitto – nuovamente annullava il provvedimento giudiziario in quanto esorbitante dall'ambito dei poteri riservati al giudice ordinario.

La giurisprudenza costituzionale è giunta a diverse conclusioni, quando ha dovuto sindacare ipotesi di non applicazione di una legge. In un [caso](#), il giudice amministrativo aveva annullato un provvedimento dirigenziale, che aveva ad oggetto il diniego di una concessione edilizia, sul rilievo che la normativa regionale, sulla quale l'atto stesso si fondava, fosse stata abrogata<sup>42</sup>.

La Regione sollevava così un conflitto tra poteri dello Stato per eccesso di potere giurisdizionale, osservando come il giudice, in realtà, stava tentando di “*mascherare*” una disapplicazione (sostanziale) della normativa regionale, ricorrendo, solo formalmente e apparentemente, ai criteri di risoluzione delle antinomie (nelle specie, al criterio cronologico). Sarebbe stato sottaciuto, in realtà, un giudizio implicito sulla legittimità costituzionale della legge regionale che il giudice amministrativo non avrebbe deliberatamente voluto applicare.

Il ricorrente, a sostegno della propria tesi, osservava come sarebbe stato inverosimile ritenere che il giudice amministrativo avesse potuto considerare la normativa regionale abrogata in forza di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, fonte amministrativa, secondaria e gerarchicamente subordinata, nel sistema delle fonti, alla fonte primaria regionale: il criterio cronologico, in altri termini, avrebbe rappresentato un pretesto, attraverso cui giungere ad una disapplicazione sostanziale della legge.

Il giudice amministrativo, osservava il ricorrente, “*avrebbe dovuto sollevare questione di legittimità costituzionale della legge*” e “*non decidere i ricorsi semplicemente dichiarando l'abrogazione, come invece ha fatto*”.

La Corte costituzionale è stata, però, di diverso avviso, dichiarando infondato il ricorso sollevato dalla Regione. Il Giudice dei Conflitti ha ritenuto di non potere sindacare la scelta del giudice amministrativo, in quanto egli ha fondato la propria decisione sull'effetto abrogativo, secondo cui “*le leggi della Repubblica che modificano i principi fondamentali nelle materie di competenza concorrente abrogano le leggi regionali che siano in contrasto con esse*” e “*nel dichiarare il suddetto effetto abrogativo, il Tribunale Amministrativo Regionale del Veneto non ha fatto altro che esercitare un potere strettamente inerente alla funzione giurisdizionale, che consiste nell'applicazione delle norme vigenti ai casi concreti*”.

Secondo la Corte, “*è del tutto evidente che il giudice deve previamente accertare se le norme che viene chiamato ad applicare nel procedimento di sua competenza siano ancora in vigore o eventualmente siano stata abrogate in modo esplicito o implicito da leggi successive, secondo quando stabilisce l'art. 15 delle disposizioni preliminari al Codice civile*”.

Si tratterebbe, in diversi termini, non di un eccesso di potere giurisdizionale, ma dell'esercizio di un effettivo “*dovere di verifica*” della validità normativa, inteso come “*conseguenza naturale e*

---

<sup>41</sup> [Corte cost., 28 aprile 2004, n. 129](#), con nota di G. SMURRA, *Conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni aventi ad oggetto un atto giurisdizionale: giudizio sull'atto o giudizio sulla competenza?* in *Giur. cost.*, 2005, 456.

<sup>42</sup> [Corte cost., 21 giugno 2007, n. 222](#), con nota di F. CORVAJA, *Abrogazione di legge regionale a mezzo di regolamento statale e conflitto di attribuzioni, in le Regioni*, 2007, 1055.

*necessaria del criterio cronologico, che, insieme a quello gerarchico ed a quello di competenza, disciplina il sistema delle fonti del diritto*”, con conseguente impossibilità di sindacare, neppure per linee esterne, la decisione del giudice di merito.

#### 4. Segue. *La “non applicazione” della legge quale inammissibile ipotesi di sindacato nel merito. Il rischio di una Corte costituzionale come giudice dell’impugnazione*

Il giudice costituzionale ha, poi, esplicitato la *ratio* del discrimine, che intercorre tra disapplicazione e non applicazione di una legge.

Il Giudice dei Conflitti ha ritenuto che, laddove si ammettesse un giudizio nel caso della “non applicazione” della legge da parte del giudice ordinario, la Corte costituzionale rischierebbe di svolgere un giudizio di merito sul contenuto decisorio, esercitando “*un ruolo di giudice dell’impugnazione che, all’evidenza, non le compete*”<sup>43</sup>, con evidenti preoccupazioni anche connesse alla inflazione del contenzioso.

Questo principio si desume, anche, dal modo attraverso cui la Corte costituzionale ha risolto un conflitto, sottoposto alla sua attenzione già nel 2003<sup>44</sup>.

In quell’occasione, la Regione Lombardia aveva proposto un conflitto in relazione ad una sentenza della Corte di Cassazione, con cui era stato disposto l’annullamento, senza rinvio, di un’ordinanza emessa dal Giudice del Riesame.

Quest’ultimo provvedimento, a sua volta, aveva disposto l’annullamento di un sequestro preventivo di un cantiere edile, in quanto il sequestro si sarebbe attuato in violazione della normativa sulla concessione edilizia, e, più nel dettaglio, dell’art. 20 della legge n. 47 del 1985. La Corte di Cassazione, nella sua pronuncia, aveva stabilito che, per le opere già eseguite, il regime concessorio non potesse sostituirsi con la denuncia di inizio attività, così riconducendo la normativa regionale di settore ai principi fondamentali in materia urbanistica.

Tuttavia, secondo la Regione, ricorrente innanzi alla Corte costituzionale in sede di conflitto tra poteri, un simile ragionamento celava un tentativo, sottaciuto, di disapplicazione della disciplina regionale, “*in nome di generiche esigenze di riconduzione della medesima nell’alveo dei principi fondamentali enunciati da leggi dello Stato*”, aggirandosi l’obbligo di sollevare la *quaestio* di legittimità costituzionale nei confronti della normativa regionale.

La Corte costituzionale, nel dichiarare inammissibile il conflitto, osservava che non si era trattato “*tanto di una vera e propria disapplicazione di una norma regionale, quanto piuttosto di una interpretazione palesemente erronea di essa da parte della Corte di Cassazione, la quale ha fornito un’interpretazione alquanto restrittiva, fino a sostanzialmente disapplicarla, almeno parzialmente*”. La pronuncia ha comunque una portata innovativa, perché – implicitamente – la Corte costituzionale riconosce l’esistenza dell’eccesso giurisdizionale, ma, non potendolo formalmente ascrivere alla figura della “*disapplicazione*”, è costretta a dichiarare il giudizio inammissibile. E ciò sebbene l’istituto del conflitto effettivamente apparisse come l’unica sede attraverso la quale ricondurre a giustizia una interpretazione erronea, di fatto abrogatrice della disciplina regionale.

Tuttavia, il giudice dei conflitti, per stemperare la portata del suo approdo (decisamente innovativo), osserva che “*a tale interpretazione restrittiva – nell’individuare quale fosse la norma applicabile nel procedimento incidentale de quo – la Corte di Cassazione è pervenuta attraverso un argomentare tipicamente interpretativo, mediante il riferimento a ragioni di ordine testuale, razionale e sistematico*”.

Con questo passaggio, la Corte costituzionale è andata a porre sullo sfondo quella che, essa stessa, ha definito la “*disapplicazione sostanziale*” della legge, andando ad osservare che il contrasto, nel caso di specie, aveva ad oggetto esclusivamente la portata da annettere ad una proposizione

<sup>43</sup> [Corte cost., 19 marzo, 1985, n. 70](#), con nota di G. GALASSO, *In tema di oggetto del giudizio sui conflitti di attribuzione tra Stato e Regione*, in *Giur. cost.*, 1985, 1387.

<sup>44</sup> [Corte cost., 24 luglio 2003, n. 276](#).

ermeneutica, che promanava da quel giudice, la Corte di Cassazione, chiamato ad assicurare “*l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni*” – il che, però, sembra conferire ancora maggiore delicatezza alla questione, ponendosi davvero l’interrogativo sulla opportunità della Corte costituzionale di intervenire.

Sta di fatto che è proprio ciò, secondo il Giudice dei Conflitti, a rendere non applicabile l’approdo cui la Corte costituzionale era giunta con la citata [pronuncia n. 285 del 1990](#), “*ove un abnorme potere disapplicativo di leggi regionali fu espressamente posto a fondamento del provvedimento giurisdizionale, costituendone non un passaggio dell’iter argomentativo, ma la dichiarata essenza della ratio decidendi*”.

La Corte costituzionale, concludendo il suo complesso approdo, ha così meglio esplicitato la *ratio* sottesa alla differenza tra disapplicazione e non applicazione. Si osserva che una soluzione di segno inverso trasformerebbe il conflitto in un “*improprio strumento di sindacato e di censura del modo di esercizio della funzione giurisdizionale, assumendo le connotazioni di un mezzo di impugnazione atipico*”. Si tratterebbe di “*una eventualità quest’ultima*”, ha precisato ancora la Corte costituzionale, “*la cui evidente patologia risulterebbe aggravata dalla circostanza che lo scrutinio, in tal modo impropriamente richiesto a questa Corte, finirebbe per sovrapporsi a quello già operato in sede giurisdizionale, con un perimetro decisorio peraltro nemmeno coincidente*”.

A commento di questa pronuncia si è osservato, in dottrina, che, in simili circostanze, i conflitti sarebbero, allora, difficilmente dichiarati ammissibili, e ciò per il timore “*di trasformare il sindacato della Corte costituzionale in un terzo grado di giudizio*”<sup>45</sup>, tangendo così la questione inevitabili problemi di politica del diritto.

##### 5. Luci e ombre sul binomio disapplicazione/non applicazione della legge: l’opportunità di un approccio sostanziale

Dai (sebbene quantitativamente ridotti) approdi con cui la Corte costituzionale si è dovuta pronunciare in tema di sindacabilità dell’eccesso giurisdizionale pare emergere, comunque, un quadro ben delineato, nel quale il Giudice dei Conflitti si è riservato il potere di ammettere il conflitto tra poteri sulla sentenza solo laddove il giudice abbia espressamente disapplicato la legge. Di converso, il conflitto resterebbe inammissibile laddove il giudice ordinario, non facendo riferimento espresso alla figura della disapplicazione, rimanesse “*coerente con il suo itinerario logico*”, per mezzo del quale (e questo forse è il punto critico del sistema delineatosi) può, di fatto, “*procedere a disapplicare la disposizione*”<sup>46</sup>, sebbene, in questo caso, dovrà parlarsi di “*non applicazione*” come risultato del processo ermeneutico.

Si può probabilmente ritenere che la soluzione prospettata dalla giurisprudenza costituzionale introduca un elemento critico, poiché la (effettiva) tutela processuale è subordinata all’iter argomentativo prescelto liberamente dal giudice. È attraverso questa libertà che il giudice ben potrebbe (senza incorrere nella figura dell’eccesso giurisdizionale) procedere – come è stato osservato – ad una disapplicazione sostanziale della normativa, sottacendo i reali motivi e trasformando la “*disapplicazione*” in una tollerata ipotesi di “*non applicazione*”<sup>47</sup>. In particolar modo, si è ancora osservato, sebbene non siano mancate anche opinioni diverse<sup>48</sup>, che l’obbligo del giudice di

<sup>45</sup> F. BIONDI, *Soggezione*, cit., in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario*, cit., 917.

<sup>46</sup> [Corte cost., 28 aprile 2004, n. 129](#), cit.

<sup>47</sup> A. NOCERINO GRISOTTI, *Disapplicazione della normativa interna, in contrasto con quella comunitaria, da parte del giudice e della Pubblica Amministrazione statale e regionale*, in A. Mattioni, G. Sacerdoti (a cura di), *Regioni, Costituzione e rapporti internazionali*, Milano, 1995, 245.

<sup>48</sup> B. GRASSO, *Appunti sull’interpretazione giuridica*, Napoli-Camerino, 1974, 30.

esplicitare il ragionamento sotteso all'applicazione della legge – ed esteso anche alle disposizioni di legge non applicate – atterrebbe ai principi del giusto processo<sup>49</sup>.

In linea di continuità con questa impostazione, è stato osservato che la mancata motivazione sulla normativa non applicata dal giudice, importerebbe la violazione del “*dovere applicare la legge*”, in quanto il giudice, non prendendo posizione espressa sulla disapplicazione o non applicazione, finirebbe pur sempre per “*non applicare una norma che è perfettamente valida*”<sup>50</sup>, senza fornire l'iter logico seguito.

In letteratura, è stato osservato come la valutazione della sussistenza di un eccesso giurisdizionale facendo riferimento è al solo dato testuale appare eccessivamente “*rigido*” e finanche “*incompatibile*” con i principi informatori di un “*diritto processuale moderno*”<sup>51</sup>.

Si è così ritenuto che la Corte costituzionale, ponendo l'attenzione esclusivamente sulla richiesta avanzata dalla parte ricorrente (e conseguentemente sulla valutazione del binomio disapplicazione/non applicazione della disposizione normativa) finisca, sostanzialmente, per subordinare l'accoglimento della domanda al *petitum*<sup>52</sup>, laddove, secondo alcuni Autori, sarebbe più corretto porre l'attenzione sulla qualifica sostanziale del comportamento tenuto dal giudice ordinario come ascrivibile all'eccesso giurisdizionale, e, dunque, sulla *causa petendi*. Ciò in quanto “*determinare la concessione o meno della tutela solo in base al tipo di domanda formulata dal ricorrente*” potrebbe condurre ad una “*intrinseca ingiustizia*”<sup>53</sup> della sentenza “*impugnata*” per eccesso di potere.

Secondo questo orientamento, l'approccio formalistico scelto dalla Corte costituzionale darebbe origine ad una “*inopportuna indulgenza*” verso il potere giudiziario, che finirebbe per svilire il principio di legalità<sup>54</sup>, non rappresentando il giusto punto di incontro tra la soggezione del giudice soltanto alla legge e il compito riservato alla Corte costituzionale dall'art. 37 della legge n. 87 del 1953.

Accogliendo questa impostazione (sempre, comunque, nel rispetto del sistema di *checks and balances* dei poteri), si potrebbe ritenere che la Corte costituzionale, laddove sarà nuovamente chiamata a valutare la configurazione di un eccesso di giurisdizione, possa anche prescindere di prendere a termometro di giudizio l'argomentazione (giuridica) del giudice<sup>55</sup>, in considerazione che anche il ragionamento giudiziale si può prestare a taluni abusi, se è vero che “*il giudice prima decide, poi ricostruisce le premesse in modo da giustificare la decisione*”<sup>56</sup>.

Evidentemente tale scrutinio andrà bilanciato con un sindacato che dovrà essere svolto, pur sempre, per linee esterne, e cioè “*sui confini stessi della giurisdizione e sul concreto esercizio di essa*”, il che permette alla Corte costituzionale di sindacare “*l'esercizio di un potere del tutto anormale*”<sup>57</sup>, senza però entrare nel merito della vicenda processuale. Secondo una parte della dottrina, poi, lo scrutinio per linee esterne non pare pregiudicato dall'estensione dello scrutinio della Corte costituzionale anche alla ipotesi della non applicazione della legge, potendo sindacare l'eccesso del potere interpretativo<sup>58</sup>, secondo i canoni dello scrutinio amministrativo (come attraverso il richiamo delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere),

Ci si auspica dunque che la Corte costituzionale prenda – in accoglimento delle riflessioni svolte dalla dottrina – una posizione più coerente e meno formalistica sul sindacato da svolgere, giacché,

---

<sup>49</sup> G. GIORGIO, *La via*, cit., 275.

<sup>50</sup> A. NOCERINO GRISOTTI, *Disapplicazione*, cit., in A. Mattioni, G. Sacerdoti (a cura di), *Regioni*, cit., 245.

<sup>51</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, 169.

<sup>52</sup> Così M. D'AMICO, *Alcune riflessioni in tema di conflitti di attribuzione fra Stato e Regioni su atti giurisdizionali*, in *Giur. cost.*, 1990, 1797.

<sup>53</sup> C. PAGOTTO, *La disapplicazione*, cit., 73.

<sup>54</sup> G. DE MURO, *Brevi note in tema di disapplicazione giudiziaria delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1991, 2380.

<sup>55</sup> Così, sull'eccesso di giurisdizione, F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, in *Riv. dir. proc.*, 1924, 48.

<sup>56</sup> M. BARBERIS, *Il diritto*, cit., 286.

<sup>57</sup> [Corte cost., 14 giugno 1990, n. 285](#), cit.

<sup>58</sup> Cfr. M.R. MORELLI, *Ancora sui limiti del sindacato esercitabile su provvedimenti giurisdizionali in sede di conflitto di attribuzioni (a proposito della sentenza 285 del 1990)*, in *Giust. civ.*, 1991, 257.

allo stato, il Giudice dei Conflitti pare seguire un iter contraddittorio, poiché nelle proprie premesse specifica che il sindacato che si appresta a svolgere sull'eccesso del potere giurisdizionale non può estendersi all'esame del merito della vicenda processuale, ma, nella parte motiva dei propri approdo, finisce pur sempre per valutare il ragionamento (giuridico) seguito dal giudice ordinario (esprimendo giudizi di merito sui criteri di risoluzione delle antinomie ma limitando il proprio intervento alla sola espressa disapplicazione della norma), finendo così per porre in essere una decisione viziata, allo stato, da una sorta di illogicità intrinseca<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> M. D'AMICO, *Alcune riflessioni*, cit., 1796.