

L'ABUSO DEL DIRITTO NEL DIRITTO COSTITUZIONALE

Sommario: 1. Si può parlare di abuso del diritto? 2. Positivismo legalistico e giuridicità dei principi. 3. Abuso del diritto e principio di solidarietà. 4. Valore generale del concetto di equilibrio. 5. L'abuso nel diritto costituzionale: separazione dei poteri e tutela dei diritti fondamentali. 6. Abuso del legislatore e nucleo essenziale dei diritti fondamentali. 7. Abuso del diritto e principio di ragionevolezza. 8. Abuso del diritto costituzionale e conflitti di attribuzione. 9. L'abuso del processo costituzionale.

1. Si può parlare di abuso del diritto?

La categoria generale dell'abuso del diritto è stata contestata, soprattutto in ambito civilistico, da autorevole dottrina, che la ritiene superflua, in considerazione del fatto che si ha sempre necessità di far ricorso a circostanze "dequalificanti" aggiuntive, interne o esterne al sistema giuridico, senza le quali l'identificazione dell'abuso stesso non assume autonoma rilevanza. La pratica inutilità della categoria dell'abuso del diritto sarebbe inoltre confermata dalla possibilità di risolvere i singoli problemi che si pongono, avvalendosi delle clausole generali già presenti nell'ordinamento¹. D'altra parte, è stato anche segnalato il pericolo che la teoria dell'abuso possa essere utilizzata dall'interprete per imporre una sua morale, diversa da quella del legislatore².

Non pretendo di ripercorre un dibattito che si è sviluppato a lungo, sia in dottrina che in giurisprudenza, con riferimento ai più vari rami del diritto (civile, tributario, processuale, comunitario etc.). Ho richiamato in sintesi alcune rilevanti posizioni critiche perché mi sem-

* Presidente emerito della Corte costituzionale.

¹ Cfr. C. Salvi, *Abuso del diritto (Diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma 1998, p. 5; R. Sacco, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarnieri, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Sacco (a cura di), *Il diritto soggettivo, Trattato di diritto civile*, Utet, Torino 2001, p. 373.

² Cfr. A. Gambaro, *Abuso del diritto (Diritto comparato e straniero)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma 1998, p. 2.

brano molto significative anche a proposito della utilizzabilità della categoria dell'abuso nel diritto costituzionale.

Il primo problema che emerge è la necessità che, nella prospettiva dell'abuso, si rinunci all'autosufficienza del sistema giuridico, inteso positivisticamente come insieme di regole dettate da un legislatore dotato dell'autorità politica necessaria, pur se diversamente legittimato. Di queste regole il giudice potrebbe essere – nella prospettiva del positivismo legalistico – al massimo interprete, strettamente legato alla logica interna dell'ordinamento giuridico e alieno pertanto da “contaminazioni” con principi, e relative prescrizioni di comportamento, di natura etica, sociale, politica etc.

2. Positivismo legalistico e giuridicità dei principi

L'insostenibilità di un positivismo estremo è apparsa ormai da tempo evidente sia nelle riflessioni dei teorici del diritto che nell'attività pratica degli operatori (giudici, avvocati, ma anche amministratori), i quali ultimi, con maggiore o minore consapevolezza, hanno smesso da tempo di inseguire l'illusione che dalle norme scritte si possa ricavare la soluzione di ogni problema concreto, quasi si trattasse di estrarre da un deposito contenuti preformati, mediante un'attività di scavo simile a quella dei minatori.

Con riferimento alla problematica dell'abuso del diritto, si può osservare che, nel corso della sua evoluzione storica, le aperture a considerazioni di natura soggettiva e sociale, che si erano manifestate soprattutto nel periodo medievale, subirono una drastica restrizione nel periodo di preminenza culturale dell'illuminismo, che, nella evocazione dell'*animus nocendi* del titolare del diritto, individuava una vaghezza e una nebulosità pericolose per la certezza del diritto e per il monopolio del legislatore nella creazione delle regole³.

Non è difficile notare che ci troviamo di fronte ad un contrasto di idee e di punti di vista molto simile a quello che sorge, con l'avvento delle costituzioni rigide dell'epoca moderna, tra sostenitori del primato della legge – derivante dall'esclusività statutale della produzione del diritto e dalla connessa onnipotenza del legislatore – e sostenitori del primato dei principi (valori dominanti, giuridicamente positivizzati nelle costituzioni scritte e garantiti nella loro effettività da organi variamente concepiti, sul piano strutturale e procedurale).

Le accuse sono le stesse: genericità e vaghezza delle formule, massicce invasioni del “metagiuridico” nel campo del diritto positivo, espansione del potere dei giudici, che dalla crisi della sovranità della legge traggono un potere creativo comunque indebito, sia da un punto di vista democratico (solo i parlamenti rispecchiano la sovranità popolare), sia da un punto di vista dell'autorità (solo i detentori del potere politico possono dettare norme giuridicamente valide).

³ Cfr. A. Las Casas, *Tratti essenziali del modello dell'abuso del diritto nei sistemi giuridici europei e nell'ordinamento comunitario*, in www.comparazioneDirittocivile.it, pp. 6 e 14 ss., anche per l'esame dei sistemi giuridici francese, tedesco e inglese.

L'idea stessa di abuso del diritto è frutto di sollecitazioni morali nella qualificazione dei comportamenti umani e di una concezione finalistica dei poteri attribuiti dalla legge ai soggetti. Né potrebbe essere sufficiente un richiamo ai principi generali di diritto, specie dopo che le "preleggi" del codice civile del 1942 hanno inserito gli stessi in una visione "statolatrica", facendoli diventare «principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato»⁴. Già in anni lontani si osservava che la ristrettezza del ricorso ai principi generali – già limitati all'origine nella stessa formula delle preleggi – porta inevitabilmente a ridurre la scienza del diritto ad un «gretto e formalistico positivismo», mentre invece essa deve essere «l'espressione di una ricerca, che, sia pure senza perdere di vista il dato positivo, tenda in ogni momento a ritrovare in esso le stimmate di quei principi etici, sociali e politici, che sono i fondamenti della civile convivenza, della quale la norma giuridica non è che uno strumento»⁵.

3. Abuso del diritto e principio di solidarietà

Il "rispetto per l'altro", sotteso alla clausola generale della buona fede, ed il divieto di esercitare il proprio diritto con modalità tali da recare offesa (e quindi danno ingiusto) ad altri soggetti sono da ritenersi insiti nel principio di solidarietà. In altre parole, l'esercizio del diritto in contrasto con la solidarietà rende illeciti gli atti che lo realizzano, che si collocano fuori dal contenuto del diritto stesso⁶. Nella logica interna della regolazione giuridica dei rapporti tra privati si deve riconoscere che l'ordinamento non può apprestare tutela a quei poteri, diritti e interessi esercitati in violazione dell'equilibrio causale dei negozi giuridici e del principio generale di buona fede⁷. Nella logica generale del sistema costituzionale – che include in sé sia il diritto privato che quello pubblico – il principio di solidarietà, positivizzato nell'art. 2 Cost., acquista un valore fortemente espansivo, tale da poter essere declinato, in forme diverse, sia nei rapporti tra singoli o tra gruppi all'interno della cosiddetta società civile, sia nei rapporti tra i cittadini e il potere pubblico⁸, sia infine nei rapporti tra i poteri dello Stato.

I principi costituzionali penetrano nell'ambito della cosiddetta società civile e diventano immanenti in tutto l'ordinamento giuridico, attenuando fortemente la tradizionale distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Da qui tutta la problematica della c.d. *Drittwirkung*,

⁴ Cfr. P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, il Mulino, Bologna 1998, p. 272.

⁵ U. Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 23.

⁶ Cfr. F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, IX, ed., Napoli 1966, pp. 76 s., che preferisce parlare di "eccesso del diritto", per sottolineare come gli atti contrari alla solidarietà non possono mai essere ricondotti al contenuto di un diritto soggettivo. Al di là della terminologia, il problema sembra essere quello dell'illiceità – non espressamente prevista da norme giuridiche – di atti lesivi di altrui interessi giuridicamente protetti

⁷ Cfr. Salv. Romano, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, I, Giuffrè, Milano 1958, pp. 166 ss.

⁸ L'unità della categoria, al di là della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico, era già stata magistralmente affermata da Santi Romano, *Diritto e morale*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano 1947, pp. 71 ss., che definiva l'eccesso di potere e gli atti emulativi «forme speciali» dell'abuso del diritto.

sulla quale in questa sede non mi soffermo, che appare strettamente connessa al tema dell'abuso del diritto nell'ambito dei rapporti tra privati

4. Valore generale del concetto di equilibrio

L'incidenza del principio di solidarietà nei rapporti negoziali tra privati non implica la negazione in radice dell'autonomia privata, in quanto determinerebbe l'abuso del principio di buona fede⁹, ma nasce dalla necessità che la stessa autonomia non si muova in uno spazio impermeabile rispetto ai principi (soprattutto costituzionali), ma si ispiri, sia nel momento formativo che in quello esecutivo degli accordi negoziali, al rispetto di un equilibrio tra soggetti contraenti, quale voluto dalle norme giuridiche di riferimento e solo apparentemente osservato, ma nella sostanza violato, da chi pone in essere l'abuso.

Il turbamento dell'equilibrio non deriva soltanto da atti apertamente lesivi degli interessi giuridicamente protetti delle parti (nel qual caso non di abuso si dovrebbe parlare, ma semplicemente di illiceità dell'atto o del comportamento), ma può essere determinato da una serie di circostanze che rendono di fatto l'interesse dell'uno peggiore rispetto a quello dell'altro, che assumerebbe così una preponderanza non spettantegli secondo lo schema legale. Le circostanze in questione possono essere, e sono nella realtà, molteplici e non tipizzabili in una previsione normativa dettagliata. Esse devono essere riscontrate dal giudice, che, in situazioni liminali molto delicate, deve far ricorso, oltre che alla sua sapienza giuridica, alla sua saggezza pratica e, perché no?, al suo senso morale. Il rischio di "abuso dell'abuso" esiste sempre. Non possiamo tuttavia ridurre drasticamente l'effettività delle tutele giurisdizionali per il timore di incontrare giudici poco consapevoli del proprio ruolo o, peggio, per dare indiretta tutela non all'autonomia, ma all'arbitrio dei privati.

Da un punto di vista costituzionalistico, il necessario bilanciamento tra diritti non può limitarsi al mero confronto tra schemi normativi, ma deve estendersi all'effettività degli stessi¹⁰. L'equilibrio è da ricercare sempre, oltre che nella norma generale e astratta, anche nei rapporti concreti, come essi si presentano *hic et nunc*. Il bilanciamento non è quindi operazione necessaria del decidere solo per la Corte costituzionale, ma per ogni giudice che sia chiamato a pronunciarsi su una situazione sottoposta al suo giudizio, della quale deve valutare le modalità specifiche di esistenza. Se un diritto viene esercitato in modo da determinare effettivo pregiudizio per altri soggetti, l'equilibrio voluto dal legislatore è rotto in concreto, anche se non è possibile indicare una violazione esplicita di prescrizioni normative. Nell'ipotesi che sia proprio l'equilibrio voluto dal legislatore ad essere in contrasto con il principio di solidarietà o con quello di eguaglianza, allora dovrà intervenire il giudice delle leggi, ove sia impraticabile un'interpretazione conforme. Non si potrà parlare, in tale evenienza, di abuso ma

⁹ Cfr. in questo senso A. Cataudella, *L'uso abusivo dei principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 761 s.

¹⁰ Mi sia consentito il rinvio a G. Silvestri, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2009.

di illegittimità costituzionale, giacché il soggetto si è avvalso, nei limiti fisiologici, di poteri a lui attribuiti dal diritto.

In definitiva, l'abuso del diritto nel suo momento pratico di esercizio deve essere rilevato dal giudice comune. Questi ha il dovere costituzionale di valutare il rapporto a lui sottoposto non solo dal punto di vista normativo astratto, ma anche da quello effettuale. Se la legge non è sospettata di incostituzionalità, il problema del cattivo esercizio del diritto soggettivo può e deve essere risolto dalla giurisdizione comune. Se invece lo squilibrio deriva dalla stessa legge, allora il dovere si trasferisce alla Corte costituzionale, perché la stessa accerti se vi sia stato un abuso del legislatore. Ma ci troviamo così all'interno di una problematica diversa, anche se concettualmente connessa.

5. L'abuso nel diritto costituzionale: separazione dei poteri e tutela dei diritti fondamentali

È stato esattamente notato che l'avvento della Costituzione rigida, garantita da un apposito organo di controllo, è stato «il prodotto ultimo e più affinato del progressivo adattarsi del principio della divisione dei poteri al mutare della realtà politica e sociale». Diventa possibile così ipotizzare una «illegittima utilizzazione della legge ordinaria per introdurre modifiche o violazioni implicite della Costituzione» o una «illegittima utilizzazione del potere di revisione costituzionale»¹¹.

Da tempo si è posto il problema della configurabilità dell'eccesso di potere legislativo, sulla falsariga della consolidata categoria dell'eccesso di potere conosciuta nel diritto amministrativo. Benché la Corte costituzionale abbia fatto raramente riferimento a tale figura, una parte consistente della dottrina è incline ad ammettere la sua "importazione" nel campo del diritto costituzionale. Ciò perché la Costituzione italiana del 1948, ricca di disposizioni di principio – caratterizzate da previsioni necessariamente ampie e generiche – pone finalità non trascurabili dal legislatore ordinario, anche se lascia, ovviamente, largo spazio a quest'ultimo per scelte diversificate, che costituiscono il cosiddetto indirizzo politico, il cui circuito ingloba Governo e maggioranza parlamentare. Le scelte politiche devono però iscriversi nell'ambito delle finalità indicate dalla Costituzione, anche se sembrerebbe eccessivo parlare di una finalizzazione dell'attività legislativa assimilabile a quella dell'attività amministrativa rispetto alla legge. Legittimità e merito si intrecciano nella sfera costituzionale in modo sensibilmente diverso rispetto al principio di legalità che regge la funzione amministrativa¹².

Abbandonando il paragone fuorviante con l'eccesso di potere amministrativo, possiamo dire che la Costituzione può essere attuata in forme, modi e tempi diversi, ma non può essere contraddetta da un legislatore che muova in senso contrario alle prescrizioni teleologiche contenute nei principi fondamentali. È questo il senso della distinzione, tracciata da

¹¹ P. Caretti, *L'abuso del potere legislativo o del problema dei limiti del legislatore*, in *Diritto privato*, III, *L'abuso del diritto*, a cura di G. Furguele, Cedam, Padova 1998, p. 126.

¹² Cfr. G. Mignemi, *Sull'inesistenza dell'eccesso di potere legislativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, pp. 167 ss., ed ivi riferimenti al risalente dibattito dottrinale.

Paolo Barile, tra indirizzo politico di maggioranza e indirizzo politico costituzionale. Anche se fraintesa da molti – al punto da indurre lo stesso Barile a non richiamarla più, per evitare continui equivoci – si tratta di una distinzione in cui si condensa il nucleo centrale dello Stato costituzionale, fondato sulla reciproca fecondazione tra principi costituzionali e disciplina legislativa ordinaria, frutto della politica democratica. Pur pregando tutti di non usare più l'espressione "indirizzo politico costituzionale", il Maestro fiorentino continuò a tener ferma la sostanza della sua dottrina. Egli affermava infatti che «*custode* della costituzione non è soltanto chi dice no alle violazioni della costituzione, ma anche chi spinge al rispetto attivo della costituzione da parte di tutti gli altri organi politici» e aggiungeva che «esisteva la possibilità di un intervento nel campo dell'indirizzo politico di maggioranza da parte della Corte costituzionale e da parte del Capo dello Stato, i quali hanno il diritto-dovere di intervenire per correggere eventualmente l'indirizzo politico e per ricondurlo all'osservanza della Costituzione»¹³.

Da questo fondamentale rilievo si ricava l'affermazione del necessario equilibrio costituzionale tra organi politici e organi di garanzia, che entra in crisi quando dall'una o dall'altra parte si manifestano tendenze espansive variamente giustificate, ma sempre dannose sia al sistema politico che a quello delle garanzie. Dallo stesso rilievo discende la possibilità di inquadrare in una prospettiva costituzionalistica unitaria le molteplici vicende dei rapporti tra livello dei principi e livello della concretizzazione politica degli stessi.

Nella dialettica che si sviluppa tra i due livelli si inserisce la problematica dell'abuso del diritto costituzionale.

Potremmo definire, in prima approssimazione, abuso del diritto costituzionale ogni atto o comportamento di un organo di vertice dell'ordinamento che possa rompere, o anche soltanto turbare, non solo l'equilibrio sotteso al principio della separazione dei poteri, ma anche quello tra sfera della politica e sfera delle garanzie. Solo il mantenimento dei due equilibri – diversi ma collegati – consente una efficace ed effettiva tutela dei diritti fondamentali dei cittadini, fine ultimo del costituzionalismo contemporaneo.

6. Abuso del legislatore e nucleo essenziale dei diritti fondamentali

L'approccio prescelto determina una serie di rilevanti conseguenze pratiche.

In primo luogo, va ribadito quanto ebbe a sostenere una illustre dottrina già all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione italiana vigente. Affermava Vezio Crisafulli, con riferimento all'art. 4 Cost., che il diritto al lavoro è una situazione giuridica protetta dal «vincolo imposto dalla norma costituzionale [...] alla discrezionalità dei soggetti governanti in primo luogo dello Stato»; da questo vincolo finalistico si deve dedurre, per Crisafulli,

¹³ P. Barile, *Relazione di sintesi*, in *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, Atti di un Convegno (Messina-Taormina, 25, 26 e 27 ottobre 1984), a cura di G. Silvestri, Giuffrè, Milano 1985, pp. 258 ss.

il diritto alla conservazione del posto di lavoro¹⁴. Questo insegnamento conserva oggi grande attualità. Se non si può certo parlare di un diritto soggettivo ad ottenere un posto di lavoro (neanche Crisafulli lo affermava), si deve certo mantenere fermo quanto il Maestro sosteneva in anni lontani sul diritto a conservare il lavoro, diritto che può essere variamente disciplinato e limitato dal legislatore, ma non può essere compresso al punto da esporre il lavoratore all'arbitrio del datore di lavoro, in una situazione simile a quella esistente prima del 1966, anno in cui è avvenuta l'introduzione della "giusta causa" nei licenziamenti, da ritenere acquisizione irreversibile del percorso di attuazione costituzionale indicato dall'art. 4.

Di conseguenza, la riduzione della garanzia di conservazione del posto di lavoro – dovuta a circostanze economico-finanziarie contingenti – deve contenersi entro una banda di oscillazione difficile da tracciarsi in anticipo con nettezza. Il superamento della soglia minima non coincide necessariamente con la totale negazione del diritto – che pure da taluno oggi è sostenuta – ma può essere rilevata in norme non direttamente in contrasto con la clausola costituzionale, ma effettivamente erosive della stessa in misura non compatibile con la sua consistenza minima costituzionalmente accettabile. Dove porre l'asticella? La risposta è legata alla potestà degli organi di garanzia (Corte costituzionale in primo luogo) di ritenere "abuso" della libertà di scelta del legislatore¹⁵ il superamento del nucleo essenziale di un principio da parte del legislatore, pur senza la negazione esplicita del principio stesso. L'inesistenza di un contorno certo del "core" del diritto fondamentale fa sì che la Corte costituzionale, nell'individuare l'abuso nel singolo caso, contribuisce alla progressiva implementazione e delimitazione della tutela costituzionale dello stesso. In altre parole, non si tratta di una verifica della singola norma con uno schema preciso e pronto per l'uso, giacché il giudice delle leggi, simultaneamente all'attività di controllo sulla legislazione, riformula il parametro costituzionale alla luce di aspetti emergenti dalla realtà sociale, dai quali provengono ulteriori elementi per la messa a fuoco del contenuto normativo della disposizione costituzionale.

I contrasti che possono nascere da interventi di controllo del tipo ora descritto si iscrivono nella dialettica tra funzione politica e funzione di garanzia, che comprende abusi dall'una e dall'altra parte, come dimostra la lunga giurisprudenza della Corte costituzionale sui conflitti di attribuzione (di cui si dirà più avanti).

Il ragionamento proposto sull'art. 4 Cost. può essere riferito a tutti i diritti fondamentali enunciati e tutelati nella Costituzione (si pensi al diritto alla salute, all'istruzione, ma anche, al di fuori dei diritti c.d. sociali, tra i tanti, al diritto alla riservatezza o alla difesa in giudizio) il cui "nucleo essenziale" è, di volta in volta, individuato dal giudice delle leggi in base a criteri non prefissati, ma comunque riferibili al dato costituzionale. Questa "flessibilità", legata a situazioni storiche di natura culturale, economica e sociale, non è in contrasto con la "certezza del diritto", da molti invocata per ridurre al massimo l'incidenza dei principi costituzio-

¹⁴ V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio* (1952), ried., Editoriale Scientifica, Napoli 2015, pp. 295 e 297 ss.

¹⁵ Preferisco questa espressione a quella di "discrezionalità legislativa", pur contenuta nell'art. 28 della legge n. 87 del 1953, poiché condivido le perplessità su questa espressione ambigua manifestate, molti anni addietro da A. Pizzorusso, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Atti del Convegno di Trieste 26-28 maggio 1986, Giuffrè, Milano 1988, pp. 71 ss.

nali nell'ordinamento giuridico, ma al contrario, serve a garantire la certezza e l'effettività del diritto costituzionale, che possiede – non lo si dimentichi! – la peculiarità di dettare un dover essere normativo anche al potere legislativo. Negare ciò significherebbe negare le basi stesse dello Stato costituzionale.

7. Abuso del diritto e principio di ragionevolezza

A ragione è stato notato che la tematica dell'eccesso di potere legislativo – al di là di incerti paragoni con il diritto amministrativo, che consigliano, come abbiamo accennato prima, di abbandonare il parallelo – tende a rifluire in quella del controllo di ragionevolezza costantemente esercitato dalla Corte costituzionale¹⁶.

Lungi da ripercorrere un dibattito ormai disseminato in una letteratura molto vasta e variegata, mi sembra da mettere in rilievo un punto della questione, focalizzato da Livio Paladin, che mi sembra cruciale: il principio di ragionevolezza (come quello, simile ma non uguale, di razionalità) «sembra più volte conglobare, in un tutto indistinto, l'applicazione di qualsivoglia clausola costituzionale elastica, tale da comportare l'uso di tecniche giudiziali non sillogistiche [...]»¹⁷.

Il largo impiego che la Corte costituzionale ha fatto di tale criterio di giudizio ha reso ormai lo stesso talmente compenetrato con il controllo di costituzionalità da far ritenere frutto di dottrinarismo astratto le ricorrenti polemiche contro di esso. La sua indeterminatezza concettuale, assieme alla sua massiccia utilizzazione nella prassi giurisprudenziale, ne mette in luce la natura di strumento maneggevole, da utilizzare in tutti casi in cui non sia possibile riscontrare una contraddizione puntuale tra testo della legge e testo della Costituzione. Queste ipotesi di violazioni di regole costituzionali precise – è stato giustamente sottolineato – sono così poco frequenti da farle considerare «mere ipotesi di scuola»¹⁸. La maggior parte delle questioni pone un problema di alterazione di uno degli equilibri costituzionali prescritti dalla Carta: tra diritti fondamentali, tra libertà e autorità, tra poteri dello Stato, tra Stato e Regioni.

In questa sede mi limiterò a qualche breve considerazione sulla cosiddetta irragionevolezza “intrinseca” della legge, giacché l'irragionevolezza “estrinseca” richiederebbe una trattazione anche sul principio di eguaglianza che appesantirebbe la presente esposizione. Basti osservare che i due tipi di controllo di ragionevolezza hanno una radice comune rinvenibile nel concetto di “misura”. Nel controllo di ragionevolezza “estrinseca” il giudice costituzionale deve rispondere al quesito: in che misura è ammissibile una differenziazione tra due discipline che riguardano casi uguali o analoghi? Nel controllo di ragionevolezza “intrinseca” – che da taluni si vuole ormai sganciato dall'art. 3 Cost., ma che, più esattamente, dovrebbe essere «utilizzato come complemento e in appoggio a qualunque altro principio costituziona-

¹⁶ Cfr. A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, V ed., Giappichelli, Torino 2014, pp. 121 s.

¹⁷ L. Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, I, Giuffrè, Milano 1997, p. 901.

¹⁸ P. Caretti, *L'abuso del potere legislativo*, cit., p. 136.

le»¹⁹ – la domanda invece è: in che misura è ammissibile l'incoerenza di una disciplina?²⁰ Entrambi i quesiti non consentono risposte *more geometrico*, ma richiedono fissazione di confini, di limiti non prefissati in alcuna norma, ma frutto di valutazioni sistematiche o derivanti dall'esperienza sociale o ancora basate su valori che abbiano ottenuto riconoscimento e tutela sotto forma di principi contenuti nella Costituzione.

A me sembra che la stella polare che deve guidare – e che ha quasi sempre guidato – la Corte costituzionale nel giudizio di ragionevolezza intrinseca sia la sentenza n. 89 del 1996 – la cui motivazione è dovuta alla penna di Giuliano Vassalli – in cui si chiarisce che tale tipo di irragionevolezza si riscontra nella contraddizione «tra la regola introdotta e la “causa” normativa che la deve assistere». Mi sembra che ci troviamo nello stesso ordine di concetti che ha fatto dire a Salvatore Romano, come abbiamo visto prima, che l'abuso del diritto è configurabile quando si rileva la violazione dell'equilibrio causale del negozio giuridico.

In entrambe le ipotesi – molto diverse tra loro, per la natura soggettiva della prima e oggettiva della seconda – si accentua il profilo finalistico sia degli atti di autonomia privata che della stessa norma legislativa. Il che può far storcere il muso a chi ritiene che una valutazione sulle finalità comprometta la libertà contrattuale e la “discrezionalità” politica del legislatore, che si rivelano parenti stretti, in quanto la loro recezione estremistica si identifica con l'assoluta libertà nei fini sia dei privati che del legislatore, dottrina che vanta nobili origini nello Stato liberale in tempi anteriori all'introduzione di una Costituzione rigida, ma che già allora vacillava, come ci hanno insegnato, in campi diversi, Salvatore Pugliatti e Vezio Crisafulli nei loro fondamentali studi, rispettivamente, sulla proprietà nel codice civile del 1942 e sui principi generali del diritto, quest'ultimo risalente al 1941.

Errori e ondeggiamenti sono sempre possibili in una giurisprudenza costituzionale che deve cimentarsi nel controllo di costituzionalità di norme situate in tutti i rami del diritto, in tempi diversi e con differenti composizioni della Corte. Ciò appartiene all'impurità della prassi, confrontata alla (presunta) purezza delle categorie.

8. Abuso del diritto costituzionale e conflitti di attribuzione

L'equilibrio costituzionale tra poteri dello Stato trova uno dei suoi punti critici più evidenti nei conflitti di attribuzione che possono essere instaurati davanti alla Corte costituzionale.

Come è noto, i conflitti vengono usualmente distinti in conflitti per invasione o per menomazione. I primi appartengono alla sfera della violazione di norme costituzionali sulla

¹⁹ M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Conferenza trilaterale tra le Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, 24-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it.

²⁰ Su tale distinzione mi sia consentito rinviare a G. Silvestri, *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, in *Le ragioni dell'uguaglianza*, Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008, a cura di M. Cartabia e T. Vettor, Giuffrè, Milano 2009, pp. 16 ss.

competenza: si controverte su un atto compiuto in violazione della sfera di attribuzioni costituzionalmente garantita ad un potere diverso da quello dell'autore dell'atto stesso. Questi conflitti sono invero poco frequenti, giacché non è facile che un potere dello Stato violi così sfacciatamente la Costituzione, ponendo in essere un atto che ricade nella sfera di attribuzioni di un altro potere. L'osservazione è simile a quella che abbiamo fatto sulla rarità di violazioni di norme costituzionali precise.

Notevole incremento hanno avuto invece i conflitti per menomazione.

Si tratta di lesioni di sfere di attribuzioni costituzionalmente garantite non per effetto di sconfinamenti di un potere dal proprio ambito, ma per effetto di un "cattivo esercizio" di un potere costituzionalmente spettantegli. I conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato sono un terreno in cui si può misurare, nei suoi aspetti patologici, la dinamica dei rapporti tra poteri dello Stato. In particolare, negli ultimi decenni, sono cresciuti, per numero e per asprezza, quelli tra organi politici e organi di garanzia, ma non sono mancati quelli tra organi politici (es. "caso Mancuso") e tra organi di garanzia (es. conflitto Presidente della Repubblica - Procura di Palermo).

È facile osservare che la qualificazione di "cattivo uso" di un potere non equivale all'individuazione della violazione di una norma costituzionale precisa, ma implica la valutazione di un insieme di circostanze, dalle quali si possa desumere che il compimento di un atto, in sé astrattamente legittimo, finisce con il ridondare in senso indebitamente restrittivo nella sfera di attribuzioni costituzionalmente garantita di un altro potere o, nei conflitti intersoggettivi, nella sfera di attribuzioni rispettivamente dello Stato o delle Regioni.

Naturalmente mi astengo in questa sede dal ripercorrere lo sviluppo, complesso e tormentato, della giurisprudenza costituzionale sui conflitti. Mi basta mettere in rilievo che la spesso denunciata non linearità di tale giurisprudenza non è solo conseguenza di difetti argomentativi o ripensamenti dei giudici costituzionali, ma sembra essere inevitabile, giacché l'unico modo per risolvere equilibratamente un conflitto è proprio quello di valutare in che modo è stato turbato, o no, un equilibrio costituzionale insito nel principio della separazione dei poteri nel suo momento dinamico. Di qui le posizioni diverse che è possibile registrare a seconda dei casi che si presentano: alcune più rigorose nel controllare soltanto che non siano stati superati i limiti esterni della sfera di competenze dei singoli poteri, altre più vicine ad un controllo di merito degli atti impugnati in sede di conflitto, sia nella loro legittimità formale, sia per quanto attiene al processo logico-giuridico di formazione degli stessi. In alcuni casi sembra persino che sia «la stessa Corte a plasmare il presupposto in base al quale decide poi il conflitto»²¹.

Ciò è avvenuto più volte per il buon motivo che il parametro costituzionale, pur esistente, lascia spazio all'interprete di integrarlo nel caso concreto, avendo di mira proprio il mantenimento dell'equilibrio tra poteri o tra Stato e Regioni.

²¹ P. Veronesi, *I poteri davanti alla Corte. "Cattivo uso" del potere e sindacato costituzionale*, Giuffrè, Milano 1999, p. 254.

Tra i vari filoni giurisprudenziali richiamabili, mi sembrano significativi i problemi sorti sull'“abuso” della decretazione d'urgenza e sull'“abuso” dell'insindacabilità parlamentare.

Nell'uno e nell'altro gruppo di sentenze che hanno deciso questioni o conflitti riguardanti i due tipi di “abuso” la Corte ha dovuto confrontarsi con la necessità di esercitare il suo sindacato giurisdizionale percorrendo perigliosamente il confine divisorio tra politica e giurisdizione, senza disporre peraltro di norme precise che tracciassero il punto di superamento della prima e della seconda. La linea divisoria, e quindi l'equilibrio tra poteri, si intersecava talvolta con problemi di bilanciamento tra diritti e principi fondamentali, e quindi dell'equilibrio tra gli stessi, contribuendo così a rendere più complicata ogni decisione sui casi specifici.

Quando siamo in presenza di una “evidente mancanza” dei presupposti di necessità e urgenza richiesti dall'art. 77 Cost. per l'emanazione dei decreti-legge? E quando sussiste, o no, il “nesso funzionale” tra dichiarazioni *intra* o *extra moenia* dei parlamentari? Chi cercasse la risposta in una norma scritta resterebbe deluso ed altrettanto deluso rimarrebbe chi tentasse di trovare risposte nella ricerca di illegittimità formali negli atti denunciati, tutti perfettamente rientranti nella sfera di attribuzioni del Governo e del Parlamento. Ciò che è venuto sempre in considerazione è la “misura” dell'utilizzazione del potere di cui il Governo e il Parlamento indubbiamente dispongono. La “misura” sembrerebbe concetto quantitativo, se non si ricordasse che l'incremento della quantità porta, oltre un certo limite, al salto qualitativo. L'esercizio del potere è legittimo fino ad un certo punto, non lo è più oltre tale limite. Ma dove si situa il punto, dove si può tracciare il limite?

La risposta è possibile, caso per caso – pur illuminati da criteri generali faticosamente elaborati – solo se il giudice costituzionale possiede egli stesso il “senso della misura”, è, per così dire, “sensibile all'abuso”, fuori da ogni illusione di sillogismo giudiziale. Tale sensibilità non trasmoda in soggettivismo, o, peggio, in arbitrio solo se si parte da una visione sistematica degli equilibri costituzionali, che fornisce l'intelaiatura logica della singola motivazione. I risultati possono essere discutibili, ma ancor più discutibile sarebbe un atteggiamento “astensionista” della Corte, che, per preservare se stessa da critiche (a volte violente) rinunciasse al suo compito principale: rendere giustizia costituzionale.

9. L'abuso del processo costituzionale

Qualche breve considerazione sull'abuso del processo costituzionale.

Esaminiamo il problema da due punti di vista posti ai due lati della “barricata”. Il primo è il possibile abuso del processo da parte della stessa Corte costituzionale.

È stato giustamente osservato che il giudice delle leggi arriva ad operare una forma di *case selection*, del tipo di quello ufficialmente riconosciuto ai giudici della Corte suprema USA, per vie traverse, utilizzando in modo improprio strumenti processuali aventi una diversa funzione²².

²² Cfr. A. Pizzorusso, *Usa ed abuso del diritto processuale costituzionale*, in AA.VV., *Diritto giurisprudenziale*, a cura di M. Bessone, Giappichelli, Torino 1996, p. 143.

Uno di questi, già segnalato spesso dai commentatori, è costituito dalle dichiarazioni di inammissibilità.

Sorvolo sulla problematica complessiva. Mi sembra comunque da confermare il rilievo ricorrente che la Corte spesso utilizza lo strumento della dichiarazione di inammissibilità, diciamo pure, stiracchiando talvolta le motivazioni, quando ritiene, ad esempio, la questione non ancora “matura” per una decisione per essere la norma censurata molto recente o quando vuole evitare un impatto troppo forte sul sistema politico-normativo. In tali ultimi casi si verifica talvolta che la Corte accoppi alla decisione processuale un “monito” al legislatore, claudicante sul piano logico-giuridico (una norma o è legittima o non lo è), ma spesso utile per evitare ulteriori conflitti fuori dalle mura del Palazzo della Consulta. Le critiche non mancano, sia che la Corte adotti decisioni “traumatiche”, sia che le eviti con qualche accorgimento processuale. Qualcosa di simile avviene per i tempi di fissazione delle cause nel ruolo. Tempi troppo stretti potrebbero rivelare la fretta della Corte di “anticipare” il Parlamento, ponendosi come organo di indirizzo politico. Tempi troppo lunghi potrebbero prestare il fianco alla critica opposta: eccesso di *judicial deference*, attesa, talvolta senza esito, che un grave problema venga risolto da una legge, prima della pronuncia del giudice costituzionale.

L’aspetto che mi sembra tuttavia più vicino al concetto di “abuso” è l’utilizzazione delle inammissibilità “vestite”, cioè di quelle decisioni apparentemente processuali, ma in realtà di merito, che censurano i giudici rimettenti per non aver “esplorato” possibili interpretazioni conformi. Il che, intendiamoci, è sacrosanto, quando però non siano necessarie lunghe motivazioni della stessa Corte per ricostruire i percorsi di tali “esplorazioni”, che, in taluni casi, finiscono per mascherare vere e proprie pronunce additive.

Un altro versante di possibili abusi si può registrare, dalla parte opposta, quando le Regioni impugnano, instaurando così un procedimento in via principale, blocchi enormi di norme eterogenee, senza un filo conduttore delle singole questioni, spesso al solo scopo di avviare una trattativa con lo Stato, come dimostrano le numerose rinunce parziali presentate dopo la proposizione dei ricorsi e prima delle udienze di trattazione. Non solo si creano grandi difficoltà e ingolfamenti nei lavori della Corte, ma viene snaturato in tal modo l’aspetto giuridico fondamentale del procedimento principale, che diventa il succedaneo di un regionalismo cooperativo, che stenta a nascere nel sistema costituzionale italiano e forse non nascerà mai.