

Quaderni del Gruppo di Pisa

CONVEGNI

I 70 anni della legge n. 87 del 1953:
l'occasione per un "bilancio"
sul processo costituzionale

Atti del Convegno annuale dell'Associazione
"Gruppo di Pisa"

Como, 26-27 maggio 2023

a cura di

Giorgio Grasso e Alice Stevanato

EDITORIALE SCIENTIFICA

La realizzazione del presente volume è sostenuta da un contributo
della Fondazione *Fragola Stiftung für Ausbildung, Unterstützung und humanitäre
Entwicklung* e dell'Associazione Gruppo di Pisa

© Copyright 2024 Editoriale Scientifica srl
Via San Biagio dei Librai, 39
Palazzo Marigliano
80138 Napoli

ISBN 979-12-5976-912-1

SOMMARIO

PRESENTAZIONE	9
PER INTRODURRE IL CONVEGNO	
TRA RISERVE DI LEGGE (DIMENTICATE) E NORME “INTEGRATIVE” (ATTIVISSIME), NEL SETTANTESIMO ANNIVERSARIO DELLA LEGGE N. 87 DEL 1953 <i>Nicolò Zanon</i>	13
RELAZIONE INTRODUTTIVA	
LA STORIA DELLA LEGGE N. 87 DEL 1953: LE ASPETTATIVE SUI FUTURI GIUDIZI DELLA CORTE COSTITUZIONALE E LO “SPIRITO” DELLA LEGGE, 70 ANNI DOPO <i>Giorgio Grasso</i>	19
I LAVORI NELLA PRIMA SESSIONE	
LA LEGGE N. 87 DEL 1953 NEL SISTEMA DELLE FONTI <i>Gian Luca Conti</i>	101
L’ATTO INTRODUTTIVO DEI PROCESSI COSTITUZIONALI A SETTANT’ANNI DALLA LEGGE N. 87/1953 <i>Francesco Dal Canto</i>	169
IL “GOVERNO” DEL PROCESSO COSTITUZIONALE <i>Luigi D’Andrea</i>	231
OSSERVAZIONI SPARSE A MARGINE DELLA PRIMA SESSIONE DEL CONVEGNO <i>Maria Paola Viviani Schlein</i>	283
I LAVORI NELLA SECONDA SESSIONE	
GLI INCIDENTI PROCESSUALI. RIFLESSIONI SUL POTERE NORMATIVO DELLA CORTE E SULLA “COMPLESSITÀ” DEI PROCESSI COSTITUZIONALI <i>Francesca Biondi</i>	295

LE TECNICHE DECISORIE DELLA CORTE COSTITUZIONALE, A SETTANT'ANNI DALLA LEGGE N. 87 DEL 1953 <i>Marco Ruotolo</i>	333
UNA RIFLESSIONE SUL PROCESSO COSTITUZIONALE E SUI SUOI ATTORI. LA LEGGE N. 87 DEL 1953 SETTANT'ANNI DOPO <i>Marilisa D'Amico</i>	391
ATELIER I: INTERVENTI PROGRAMMATI E COMUNICAZIONI	
IL DIVIETO PER LA CORTE COSTITUZIONALE DI SINDACARE L'USO DEL POTERE DISCREZIONALE DEL PARLAMENTO <i>Nicola Canzian</i>	415
CORTE COSTITUZIONALE E INTELLIGENZA ARTIFICIALE: PROSPETTIVE E INCOGNITE <i>Luca Di Majo</i>	429
VERSATILITÀ, E "INSIDIE", DELLA LEGGE N. 87/1953 PER LA "CORTE GIUDICE A QUO" <i>Cristina Luzzi</i>	443
INTORNO AL DIVIETO PER LA CORTE COSTITUZIONALE DI VALUTAZIONI POLITICHE E DI SINDACATO DELL'USO DISCREZIONALE DEL POTERE LEGISLATIVO DEL PARLAMENTO <i>Paolo Bonetti</i>	457
LA COMPETENZA PENALE DELLA CORTE NELLA LEGGE N. 87 DEL 1953: <i>IN MEMORIAM</i> <i>Pasquale Costanzo</i>	473
LE ORDINANZE DI NON RINVIO <i>EX ART. 24 L. N. 87/1953</i> : UNA ZONA BUIA DELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE ITALIANA CHE PUÒ E DEVE ESSERE ILLUMINATA <i>Stefano Rovelli</i>	479
LA LEGGE N. 87 E LE "MODIFICHE TACITE" DELLA DISCIPLINA DEL PROCESSO COSTITUZIONALE <i>Antonio Ruggeri</i>	493
ATELIER II: INTERVENTI PROGRAMMATI E COMUNICAZIONI	
IL RICORSO GOVERNATIVO NEL GIUDIZIO IN VIA PRINCIPALE: BILANCIO E PROSPETTIVE DI UNO STRUMENTO COSTITUZIONALE AMBIVALENTE <i>Claudia Bianca Ceffa</i>	513
L'EVOLUZIONE DELLE TECNICHE MONITORIE DELLA CORTE COSTITUZIONALE: UN BILANCIO A SETTANT'ANNI DALLA L. 87 DEL 1953 <i>Emanuele Cocchiara</i>	527

SOMMARIO	7
LA SOSPENSIVA NEL GIUDIZIO IN VIA PRINCIPALE A VENT'ANNI DALLA RIFORMA DELLA LEGGE N. 131 DEL 2003: IL RAPPORTO FRA CORTE COSTITUZIONALE E POTERE LEGISLATIVO <i>Alessia Fonzi</i>	541
QUALI TERZI NEI PROCESSI DI E FRA PARTI DAVANTI ALLA CORTE COSTITUZIONALE? <i>Benedetta Liberali</i>	555
QUALE CONTRADDITTORIO NEL GIUDIZIO INCIDENTALE DOPO LA RIFORMA DELLE NORME INTEGRATIVE <i>Giuseppe Monaco</i>	573
TECNICHE DECISIONALI E L. N. 87/1953: UN RAPPORTO (SEMPRE PIÙ) CONFLITTUALE <i>Roberto Pinardi</i>	583
LE ORIGINI DELL'ARTICOLO 28 DELLA LEGGE N. 87 DEL 1953. IL RETROTERRA DELLA COSTITUENTE, IL DIBATTITO DURANTE L'APPROVAZIONE DELLA LEGGE SULLA CORTE E LE "ASPETTATIVE" NEI PRIMI COMMENTI DELLA DOTTRINA <i>Alice Stevanato</i>	593
RAPPORTI TRA CORTE COSTITUZIONALE E LEGISLATORE ALLA LUCE DELL'ART. 28 L. N. 87/1953: IL PROBLEMA DELL'ORDINANZA DI RINVIO CHE ANTICIPA L'INCOSTITUZIONALITÀ <i>Giovanni Zampetti</i>	609
PER CONCLUDERE IL CONVEGNO	
CARATTERI ORIGINARI ED EVOLUZIONE DEL GIUDIZIO INNANZI ALLA CORTE COSTITUZIONALE <i>Sandro Staiano</i>	619
SU ALCUNI ASPETTI PROBLEMATICI DEI GIUDIZI DI COMPETENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE A SETTANT'ANNI DALL'APPROVAZIONE DELLA LEGGE N. 87 DEL 1953 <i>Massimo Siclari</i>	627
RELAZIONE CONCLUSIVA <i>Roberto Romboli</i>	635
NOTIZIE SUGLI AUTORI	667

LE ORIGINI DELL'ARTICOLO 28 DELLA LEGGE N. 87 DEL 1953.
IL RETROTERRA DELLA COSTITUENTE,
IL DIBATTITO DURANTE L'APPROVAZIONE DELLA LEGGE
SULLA CORTE E LE "ASPETTATIVE"
NEI PRIMI COMMENTI DELLA DOTTRINA

di Alice Stevanato

SOMMARIO: 1. L'antefatto della *storia* dell'art. 28: la discussione in Assemblea costituente sulla definizione di «legittimità costituzionale» e sul suo «antenato», l'art. 126 bis del Progetto della Costituzione. – 2. I lavori parlamentari durante l'approvazione della legge n. 87 del 1953 dalla Relazione Tesauro all'ostinata intuizione di Gaetano Martino. – 3. Il vivace dibattito alla Camera dei deputati e la definitiva, rassegnata, approvazione dell'art. 28 durante i lavori al Senato. – 4. Il cerchio si chiude: le «aspettative» sul nuovo art. 28, i primi commenti in dottrina e qualche spunto conclusivo.

1. L'antefatto della *storia* dell'art. 28: la discussione in Assemblea costituente sulla definizione di «legittimità costituzionale» e sul suo «antenato», l'art. 126 bis del Progetto della Costituzione

In un passaggio molto suggestivo degli atti parlamentari relativi all'approvazione della legge n. 87 del 1953, che ci troviamo qui oggi a «festeggiare», Piero Calamandrei definiva la Corte costituzionale come il «tetto»¹ della Costituzione; se non deve meravigliare l'utilizzo di termini architettonici² attribuiti all'istituendo organo di giustizia costituzionale, potrebbe far riflettere il successivo passo, nella parte in cui lo stesso autore, quasi con uno sguardo rivolto ai giorni nostri, ipotizza che «ancora per qualche tempo [avremo] l'impressione di trovarci in una casa in cui [piova]»³.

¹ *Atti* Camera dei deputati, seduta pomeridiana 28 novembre 1950, 24044.

² Nella seduta pomeridiana del 28 novembre 1947, Paolo Rossi, nell'argomentare la propria posizione contraria a Nitti e Bertone, che avevano proposto di sopprimere il titolo relativo all'introduzione della Corte costituzionale, aveva utilizzato i termini «fondamento», «base» e «cerniera» dell'intero sistema costituzionale; così anche, La Pira, che definì la Corte costituzionale come «il tetto», anzi la «volta» della Carta costituzionale. Per questo passaggio si veda *Atti* Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 28 novembre 1947, 9. Le trascrizioni degli Atti delle sedute della seconda Sottocommissione e della seduta plenaria dell'Assemblea costituente sono state consultate, in formato digitale, sul sito <https://comenascelacostituzione.it/>.

³ *Atti* Camera dei deputati, seduta pomeridiana 28 novembre 1950, 24044.

Ora, a distanza di quasi settant'anni dalla prima pronuncia della Corte costituzionale (appunto, la sentenza n. 1 del 1956), è stato importante domandarsi, in occasione del Convegno comasco sulla legge n. 87 del 1953, se in qualche modo “piova ancora” dentro la casa-Costituzione o se, invece, il “tetto”, una volta definitivamente costruito, abbia poi retto gli urti del tempo, delle prassi e dell'evoluzione dei poteri che la Corte costituzionale stessa si è riconosciuta in via pretoria.

Queste brevi note intendono ricostruire la genesi dell'art. 28 della legge n. 87 del 1953 e nascono dall'incontro di due delle relazioni principali, quella appunto sulla *storia* di detta legge⁴ e quella sulle tecniche decisorie sperimentate dalla Corte lungo tutto il corso della storia repubblicana⁵, nel quale la prima ne ha offerto il metodo e la prospettiva di analisi e la seconda l'oggetto di approfondimento.

Come è noto, ragioni di tempo hanno imposto una gestazione piuttosto accelerata del Titolo relativo alle garanzie costituzionali, riservando alla discussione sugli istituti di tutela della rigidità della Costituzione solo le ultime settimane precedenti alla definitiva approvazione del testo, fra i timori espressi da alcuni⁶ di non voler affrettare eccessivamente decisioni di così importante rilievo e le richieste *in extremis* di altri⁷ che tentavano, con un ultimo colpo di mano, di far sopprimere tutta la sezione relativa alle garanzie costituzionali. Diversamente da altre questioni assai rilevanti (ad esempio il sistema di accesso alla Corte), rinviate o alla coeva legge costituzionale n. 1 del 1948 o alla successiva legge ordinaria n. 87/1953⁸, il contenuto materiale del sindacato di legittimità delle leggi è stato oggetto di un ampio e vivace dibattito già in sede costituente; la relativa discussione risultava visceralmente legata a quella riguardante le modalità di elezione dei giudici costituzionali,

⁴ Il rinvio è alla Relazione di G. GRASSO, *La storia della legge n. 87 del 1953: le aspettative sui futuri giudizi della Corte costituzionale e lo “spirito” della legge, 70 anni dopo*, in questo Volume.

⁵ Il rinvio è alla Relazione di M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant'anni dalla legge n. 87 del 1953*, anch'essa in questo Volume.

⁶ Tra cui Costantino Mortati, che durante la seduta antimeridiana del 28 novembre 1947 si era espresso in questi termini: «La ristrettezza del tempo dedicato, purtroppo, anche a questa discussione in Assemblea – ed i limiti rigidi posti ad essa, limiti che non si sono fatti valere per alcun altro argomento – non potranno certamente giovare al perfezionamento di questo istituto, che pure dovrebbe essere considerato il più importante, perché corona l'edificio ed offre quelle garanzie, in riferimento alle quali si è svolta la nostra ormai lunga attività, rivolta alla elaborazione del testo costituzionale». Si veda *Atti Assemblea costituente, seduta antimeridiana 28 novembre 1947*, 25.

⁷ Si vedano gli interventi di Giovanni Battista Bertone e Francesco Nitti, in *Atti Assemblea costituente, seduta antimeridiana 28 novembre 1947*, 3-9.

⁸ Per un approfondimento dei rapporti fra Costituzione, legge costituzionale n. 1 del 1948, legge costituzionale n. 1 del 1953 e legge n. 87/1953 si veda, ancora, G. GRASSO, in questo Volume, cit., par. 2 e 9.

sotto il rassicurante e costante *leitmotiv* del “tragico” quesito intorno alla natura – giurisdizionale o politica – della stessa Corte, che nel contesto di quei discorsi tentava di trovare una prima – e oggi possiamo dire, mai risolutiva – risposta.

L'esigenza di delimitare il perimetro di operatività dell'organo di giustizia costituzionale è stata intuita sin da subito, sia pure in termini più generici e meno tecnico-giuridici, durante la seduta della seconda Sottocommissione del 13 gennaio 1947, ove si era sostenuto che «la competenza della Suprema Corte [deve] essere molto limitata, affinché non ne sia snaturata l'essenza»⁹; e ancora, si era evidenziato che, «se il suo compito sarà, infatti, quello di giudicare della costituzionalità (...), è necessario limitare la sfera d'azione»¹⁰.

L'esame della questione è giunto poi in sede plenaria, dove nel corso della seduta del 28 novembre 1947 si è animatamente discusso sull'art. 126 del Progetto della Costituzione (ora art. 134 Cost.), il cui primo comma recitava «la Corte costituzionale giudica della costituzionalità di tutte le leggi».

Orientando l'attenzione verso i soli emendamenti riferiti al contenuto materiale dell'oggetto del giudizio costituzionale, si possono evidenziare due tendenze di massima, le quali, pur condividendo lo scopo finale, ovvero sottrarre alla Corte la facoltà di sindacare il merito della legge, utilizzano diverse espressioni linguistiche, l'una volendo esplicitare il limite nella disposizione costituzionale e l'altra deducendo il principio solo implicitamente. In particolare, la prima tendenza include, da una parte, la richiesta di emendamento dell'art. 126, avanzata, durante la seduta antimeridiana del 28 novembre, da Costantino Mortati, secondo cui «La Corte costituzionale giudica dei ricorsi per violazione di legge costituzionale, escluso qualsiasi sindacato di merito (...)» e, dall'altra, quella di introdurre l'art. 126 bis suggerita da Gaetano Martino, del seguente tenore: «La Corte non potrà pronunciarsi sulla validità degli atti legislativi e dei decreti, se non in relazione a quelle norme costituzionali, la cui interpretazione non giustifichi una pluralità di soluzioni, una delle quali sia stata adottata dal Parlamento o dal Governo. Essa si asterrà parimenti, nelle sue decisioni, dal pronunciarsi su questioni che implicino una valutazione dell'opportunità dei suddetti atti». La seconda corrente comprende, invece, gli emendamenti presentati da Mastino Gesumino¹¹ e da Costantino Mortati ed Egidio Tosato¹², i quali, anche se con enunciati differenti, ritenevano necessario (e, vedremo, sufficiente) attribuire alla Corte costituzionale un controllo sulle leggi solo formale, appunto di «legittimità

⁹ Si veda l'intervento di Giovanni Uberti, in *Atti* seconda Sottocommissione della Costituzione, seduta 13 gennaio 1947, 2.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Mastino Gesumino aveva proposto di inserire il termine «giuridica» dopo «costituzionalità». Si veda *Atti* Assemblea costituente, seduta antimeridiana 28 novembre 1947, 12.

¹² *Atti* Assemblea costituente, seduta pomeridiana 28 novembre 1947, 25.

costituzionale». La formulazione dell'art. 126 proposta da Mortati-Tosato, per la parte relativa all'oggetto del giudizio costituzionale, è stata poi approvata dall'Assemblea nella seduta pomeridiana del 28 novembre, dopo aver incontrato il consenso, fra i molti, anche del Presidente della Commissione per la Costituzione Meuccio Ruini, secondo il quale «la formula “legittimità costituzionale”, mentre esclude il merito, consente una valutazione abbastanza elastica; e starà alla prassi ed alla giurisprudenza della Corte stabilire la giusta via»¹³.

Dal dibattito in Assemblea costituente è emersa nettamente, ad eccezione di qualche posizione isolata¹⁴, l'intenzione di escludere il potere di sindacare il c.d. merito di una legge, ma, forse a causa di un'ingenuità metodologica (che peraltro si ritrova anche in sede di approvazione dell'art. 28 della legge n. 87 del 1953), si era ritenuto bastevole inserire l'espressione «legittimità costituzionale» piuttosto che «costituzionalità», per scongiurare un'invasione di campo della Corte costituzionale nella sfera politica del Legislatore. In questo senso si era espresso anche Francesco Maria Dominedò, secondo cui «la formula “legittimità” offre il vantaggio [...] di disciplinare con particolare precisione, quasi *ictu oculi*, la competenza della futura Corte, con l'eliminare ogni sindacato di merito non rientrante nel concetto di sindacato di legittimità, formale o sostanziale. La contrapposizione fra i termini di legittimità e di merito, già profondamente elaborata nell'ambito della giustizia amministrativa, sarà così fecondamente utilizzata nella sfera della futura giustizia legislativa»¹⁵. La “impermeabilità” del perimetro della categoria dell'illegittimità costituzionale era stata confermata anche dalla dottrina costituzionalista coeva a quel vivace dibattito, ove si sosteneva che l'incostituzionalità di una legge non ineriva il suo contenuto concreto, ma solo il suo processo legislativo formativo, ovvero l'attività del Parlamento, alla quale veniva addebitata una sorta di eccesso di potere¹⁶.

¹³ Intervento di Meuccio Ruini, in *Atti Assemblea costituente*, seduta pomeridiana 28 novembre 1947, 20.

¹⁴ Si veda l'intervento di Giuseppe Codacci Pisanelli, in *Atti Assemblea costituente*, seduta pomeridiana 28 novembre 1947, 22, secondo cui «la formula originaria del progetto (...) è più opportuna, in quanto non preclude per l'avvenire la possibilità di ammettere in qualche caso un esame di merito. Esame di merito sull'esercizio di un potere discrezionale che, mi si consenta il parallelo perché ritengo sia utile, noi abbiamo ammesso nel campo della pubblica amministrazione».

¹⁵ *Atti Assemblea costituente*, seduta pomeridiana 28 novembre 1947, 18.

¹⁶ G. AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, 1951, 133. Ragionando sul contrasto tra leggi anteriori e Costituzione, Azzariti sosteneva che la Corte non potesse dichiarare incostituzionale una legge anteriore al testo costituzionale in quanto «parrebbe difficile ammettere che un contrasto di questo genere possa sussistere allorché si tratta di leggi anteriori alla Costituzione, le quali, appunto perché anteriori, non potevano essere emanate secondo le forme che la Costituzione sopravvenuta prescrive». In realtà, come è noto, la Corte costituzionale con la sentenza n. 1 del 1956, il cui redattore fu peraltro Gaetano Azzariti, ha

Come anticipato, anche la proposta dell'art. 126 bis del Progetto, avanzata dal liberale, professore universitario di fisiatria, Gaetano Martino (il fatto che non fosse un giurista e, in particolare, un giurista amministrativista ha assunto un rilievo significativo), non ha avuto seguito in sede costituente, perché lo stesso Martino aveva deciso di ritirare la proposta, sostenendo che «i concetti in esso esposti [trovavano] riscontro in quelli espressi dalla formulazione della Commissione»¹⁷. In realtà, la scelta dell'esponente liberale di rinunciare al "suo" art. 126 bis è stata dettata forse solo da ragioni di opportunità politica, più che da una sincera adesione all'enunciato approvato in Assemblea costituente; ciò è dimostrato dalla decisione di Martino di riprendere, esattamente tre anni dopo, in altra sede (quella di approvazione della legge n. 87 del 1953) e con altri interlocutori, la discussione intorno al contenuto del sindacato materiale della Corte costituzionale, ma l'esito di quella rinnovata *querelle* ha avuto, come si avrà modo di ricordare, un epilogo ben diverso.

2. I lavori parlamentari durante l'approvazione della legge n. 87 del 1953 dalla Relazione Tesauro all'ostinata intuizione di Gaetano Martino

Dopo aver dato conto, per brevi cenni, del retroterra giuridico e culturale nel quale è stato approvato l'attuale art. 134 Cost., è necessario entrare nel vivo della *storia* dell'art. 28 della legge n. 87 del 1953; detta disposizione, che – come è noto – stabilisce il divieto per la Corte costituzionale di sindacare il potere discrezionale del Parlamento, rappresenta l'esito di un *iter* legislativo complicato, di un vero e proprio percorso "ad ostacoli", come è stato, complessivamente, quello dell'intera legge oggetto di questo Convegno¹⁸. Innanzitutto, occorre evidenziare che né nel disegno di legge governativo, presentato il 14 luglio 1948 all'indomani dell'avvio della I Legislatura, né nel testo approvato poco meno di un anno dopo, in prima lettura al Senato della Repubblica, esisteva una norma che delimitasse il contenuto del sindacato della Corte; nemmeno nella Relazione di accompagnamento al disegno di legge si faceva cenno all'esigenza di "cristallizzare" un siffatto limite e neppure *en passant* in una qualche diversa riflessione, che non si sarebbe poi comunque concretizzata in una disposizione di legge *ad hoc*.

Fu il deputato democristiano Alfonso Tesauro, relatore della Commissione speciale presieduta da Giovanni Leone, istituita per esaminare il primo

riconosciuto il proprio potere a dichiarare l'incostituzionalità anche di leggi anteriori alla Costituzione. Si veda, per tutti, G. GRASSO, *La sentenza 1 del 1956*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 1, 2017, 1-11.

¹⁷ *Atti* Assemblea costituente, seduta pomeridiana 28 novembre 1947, 26.

¹⁸ Per un primo sviluppo di questo passaggio, relativo all'art. 28, si veda, ancora G. GRASSO, in questo Volume, cit., par. 3.1, 3.3 e 3.4.

testo approvato al Senato, a riportarci nel “cuore” di quel dibattito, iniziato in sede di approvazione del testo costituzionale; da quella rinnovata discussione prenderà vita, alla Camera dei deputati, il “nostro” art. 28. Nella sua poderosa Relazione, presentata in assemblea il 17 aprile 1950 (i lavori in commissione durarono oltre un anno), Tesauro aveva evidenziato come, pur essendo peculiare la “fisionomia” della norma costituzionale, rispetto ad altre norme giuridiche, in quanto tendenzialmente «elastica»¹⁹ (con le differenze connesse alle particolarità del caso), la conseguente «impronta speciale»²⁰ della funzione della Corte costituzionale non attribuisce carattere politico all’attività stessa²¹; in particolare, rispetto all’esercizio del potere discrezionale del Parlamento, Tesauro, servendosi delle categorie del diritto amministrativo, molto care a tutta la trattazione successiva, osservò come «[anche] la Corte costituzionale, nell’esercizio del controllo di costituzionalità (...), per stabilire se [l’organo legislativo] si è uniformato nella forma e nella sostanza alle norme della costituzione, non può sindacare l’attività nella parte che rappresenta la prerogativa esclusiva del legislatore»²².

Ma, pur avendo sollevato il problema, le argomentazioni di Tesauro non appaiono, con gli occhi di oggi, del tutto convincenti. Durante la seduta del 31 gennaio 1951, appena prima della votazione finale sui singoli articoli del disegno di legge, Tesauro ribadì, in modo quasi apodittico, come a voler rassicurare l’aula sulla bontà dei lavori che si stavano concludendo, che la Corte costituzionale non sarebbe stata investita né direttamente né indirettamente della funzione legislativa e che il Parlamento sarebbe stato libero di realizzare i fini che, in una valutazione assolutamente discrezionale, avesse ritenuto più utili, opportuni e convenienti²³. Diversamente da quanto emerge dalle argomentazioni svolte nella Relazione presentata alla Camera dei deputati nell’aprile dell’anno precedente, però, Tesauro sembrò non aver centrato (o non aver voluto centrare) il *punctum dolens* della questione, come invece avevano fatto altri prima di lui, nelle sedute precedenti all’approvazione finale dell’art. 27 bis, tentando di risolvere il conflitto fra Costituzione e legge attraverso il solo accertamento formalistico, di kelnesiana memoria²⁴, della compatibilità fra la fonte superiore (Costituzione) e quella inferiore (legge

¹⁹ Relazione della Commissione speciale istituita alla Camera dei deputati, sul disegno di legge approvato dal Senato della Repubblica il 17 marzo 1949, Atto n. 469 A (d’ora in avanti Relazione Tesauro), 9.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ Intervento di Alfonso Tesauro, in *Atti Camera dei deputati*, seduta 31 gennaio 1950, 25773-25774.

²⁴ Nella dottrina italiana, il pensiero di Kelsen è stato analizzato da molti, fra cui, sicuramente va ricordato G. VOLPE, *L’ingiustizia delle leggi: studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milano, 1977, 43 ss.

ordinaria o atto avente forza di legge). Secondo il deputato democristiano, infatti (e questo verrà ribadito anche in sede di votazione finale sul disegno di legge), il Parlamento sarebbe stato persino legittimato a perseguire fini opposti a quelli stabiliti in Costituzione, dovendo in quel caso semplicemente adottare il procedimento di revisione costituzionale²⁵; a tal proposito, il pensiero corre immediatamente alla nota sentenza n. 1146/1988, ove la Corte costituzionale ha dichiarato, per la prima volta esplicitamente, la sua competenza a verificare la costituzionalità di norme costituzionali rispetto ai «principi supremi dell'ordinamento costituzionale»²⁶, accostando al principio di rigidità in senso formale quello di rigidità in senso sostanziale²⁷.

Alla prima occasione utile, ovvero durante la seduta di apertura della discussione alla Camera dei deputati sul disegno di legge relativo all'istituzione della Corte costituzionale tenutasi il 22 novembre 1950, Gaetano Martino presentò il suo “vecchio” art. 126 bis del Progetto di Costituzione come art. 27 bis della legge ordinaria, esprimendosi, incisivamente, in questi termini: «Noi siamo chiamati a fare della Corte quello che i costituenti vollero che essa fosse (...). È estremamente facile che una corte di garanzie costituzionali come questa si trasformi in un organo politico. Occorre porre limiti e freni alla attività di questa Corte costituzionale allo scopo di evitare che essa (...) si impadronisca di questa componente politica del suo giudizio, da trasformare sé stessa in una specie di super-parlamento, cioè di far sì che essa si attribuisca quei poteri che la Costituzione assegna invece al Parlamento»²⁸.

Come anticipato, la “fortuna” di Martino fu quella di non essere un giurista amministrativista, di non “essersi perso” in divagazioni dogmatiche su quelle categorie giuridiche²⁹, non agevolmente estendibili al diritto costituzionale, ma di aver saputo cogliere, anche solo intuitivamente, i rischi connessi alla natura nuova e “insolita” della Corte. La giurisprudenza costituzionale degli anni a venire, relativa all'evoluzione delle tecniche decisorie utilizzate, ha poi dimostrato quanto la “impermeabilità” della legittimità costituzionale fosse, nei fatti, del tutto illusoria, e come l'art. 28 della legge n. 87 del 1953 fosse stato tacitamente abrogato³⁰. E, allora, quelle lucide riflessioni di Marti-

²⁵ Ancora, *Atti Camera dei deputati*, seduta 31 gennaio 1950, 26773.

²⁶ Sentenza n. 1146/1988 Corte cost., punto 2.1 del considerato in diritto.

²⁷ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, vol. 2, Bologna, 2018, 77.

²⁸ Questo inciso è tratto da *Atti Camera dei deputati*, seduta 20 novembre 1950, 23871; per completezza si rinvia all'intervento integrale di Gaetano Martino, che prosegue nelle pagine successive (23871- 23873).

²⁹ Per un approfondimento del concetto di eccesso di potere (soprattutto nell'accezione di eccesso di potere legislativo) si veda oltre, par. 4.

³⁰ A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e Legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista AIC*, 2, 2023, 134. Così, anche, N. ZANON, *La Costituzione “neutrale” di Kavanaugh*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/la-costituzione-neutrale-di-kavanaugh, secondo cui

no, che risalgono ad un tempo ormai lontano, sembrano quasi premonitricie e mettono in luce, per utilizzare l'espressione utilizzata all'inizio di queste note, quanto "piova" ancora dentro la casa-Costituzione.

3. Il vivace dibattito alla Camera dei deputati e la definitiva, rassegnata, approvazione dell'art. 28 durante i lavori al Senato

Nelle sedute seguenti al 22 novembre 1950, altri deputati esaminarono la questione introdotta con l'"emendamento Martino" e, in quel contesto, il confronto si concentrò, in particolare, sul contenuto materiale del divieto ipotizzato nell'art. 27 bis. Approcciandosi al tema con uno sguardo più ampio rispetto a quello utilizzato nelle successive riflessioni "amministrativistiche", Mastino Gesumino introdusse per la prima volta il concetto, che sarebbe poi stato definito negli anni a seguire, di «impatto ordinamentale»³¹. Infatti, secondo il deputato democristiano la Corte costituzionale, nell'accertare il significato della norma giuridica ai fini di verificarne la compatibilità o meno alla Costituzione, avrebbe dovuto prendere in considerazione anche la «portata sociale»³² di detta norma, ovvero l'insieme delle conseguenze sociali, culturali ed economiche che la decisione avrebbe potuto determinare in concreto nel contesto di riferimento. In senso sostanzialmente adesivo all'intervento di Mastino Gesumino, Piero Calamandrei mise incisivamente in luce l'irriducibile contraddizione della natura della Corte e l'intrinseca essenza politica che, diversamente dall'atto amministrativo, caratterizza le disposizioni costituzionali e quelle del Parlamento, intese quali «prodotti», a diversi livelli, della rappresentanza politica³³. Da queste premesse, l'illustre processualcivilista evidenziò come fosse del tutto fallace immaginare che, nel raffronto fra Costituzione e leggi del Parlamento (soprattutto con riguardo a quelle «più politiche di altre»), la Corte costituzionale potesse davvero astenersi dal compiere valutazioni politiche, politologiche e sociologiche, senza

la reazione, rispetto all'art. 28 è paragonabile «a quella di chi si trova improvvisamente al cospetto di un relitto consumato dalle onde del mare, cui può riservarsi una compunta curiosità».

³¹ Si veda, almeno, E. CAVASINO, *L'impatto ordinamentale del decisum come fattore di decisione nelle pronunce della Corte costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017, 1-29.

³² Intervento di Mastino Gesumino, in *Atti Camera dei deputati*, seduta 23 novembre 1950, 23929. Il deputato democristiano si esprime in questi termini: «la Corte costituzionale, quando, dovrà compiere il suo dovere fondamentale di indagare sul significato della norma giuridica, non dovrà compiere questa indagine unicamente dal punto di vista strettamente giuridico, ma dovrà ben conoscere e vagliare il significato profondo della norma che è sottoposta al suo esame, significato attinente non solo alla tecnica di formulazione della norma, ma che riguarda anche la portata sociale di essa».

³³ Intervento di Piero Calamandrei, in *Atti Camera dei deputati*, seduta 28 novembre 1950, 24048.

entrare nel vivo del processo interpretativo delle disposizioni del testo costituzionale; la teoria crisafulliana³⁴ delle «rime obbligate» e, ancor di più, quella delle «rime adeguate», di più recente formulazione, ne rappresentano un'evidente dimostrazione³⁵.

In aula erano presenti anche alcuni professori di diritto amministrativo, fra cui Raffaele Resta e Roberto Lucifredi che, orgogliosi di considerarsi, in ragione della loro professione, «i più qualificati a parlare di Corte costituzionale»³⁶, affrontarono il problema utilizzando le categorie dell'eccesso e dello sviamento di potere, intesi quali vizi di legittimità (e non di merito) del provvedimento amministrativo. Tornando al tema della «legittimità costituzionale» di cui all'art. 134 Cost., Resta si limitò a paragonare il sindacato di legittimità sulle leggi del Parlamento a quello del giudice comune sugli atti amministrativi: così come quest'ultimo non può sindacare il potere discrezionale della pubblica amministrazione (ma unicamente la conformità del provvedimento amministrativo alla legge), anche la Corte costituzionale non può censurare il merito di una legge (e quindi, utilizzare lo strumento dell'eccesso di potere per sindacare il potere legislativo), pena la deriva di un pericoloso «regime dei giudici»³⁷. Il grande giurista pugliese non sviluppò ulteriormente il suo ragionamento e da ciò possiamo dedurre che, secondo lui, non sarebbe stato necessario prevedere una disposizione *ad hoc* che delimitasse i poteri della Corte in tal senso, in quanto il relativo divieto si sarebbe potuto ricavare implicitamente dall'art. 134 Cost.

Conclusa la discussione sui singoli articoli, il 13 marzo 1951 il relatore Tesaurò pose in votazione l'emendamento 27 bis, in sostituzione, per intervenuto accordo in commissione, dell'articolo aggiuntivo presentato da Martino, con un testo dal seguente tenore: «La Corte costituzionale esercita il controllo di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge astenendosi da qualsiasi valutazione di merito o di natura politica o comunque riflettente i fini perseguiti dal Parlamento nello svolgimento della sua attività»³⁸.

In quella sede, il relatore ribadì ancora una volta il suo pensiero, davvero non troppo lungimirante, ovvero che l'art. 27 bis avrebbe stabilito solamente una garanzia procedurale, nel senso che il Parlamento sarebbe stato «libero nella disciplina da seguire, ma vincolato nella forma (...) dovendo seguire la procedura della legge costituzionale»³⁹.

³⁴ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, 406-407.

³⁵ Detto orientamento è stato inaugurato con le sentenze n. 224 del 2020, 34 e 63 del 2021 e 62 del 2022 Corte cost.

³⁶ Intervento di Raffaele Resta, in *Atti Camera dei deputati*, seduta 24 novembre 1950, 23965.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Atti Camera dei deputati*, seduta 13 marzo 1951, 26057.

³⁹ *Atti Camera dei deputati*, seduta 14 marzo 1951, 27101.

Nella successione dei lavori parlamentari, fu poi deciso di sostituire l'inciso «astendosi da qualsiasi valutazione di merito o di natura politica» con «esclude ogni valutazione di natura politica», di aggiungere l'aggettivo discrezionale dopo «uso del potere» (non volendo riferirsi indistintamente a tutti i poteri del Parlamento)⁴⁰ e, infine, di sopprimere l'ultima parte dell'articolo concernente «i fini perseguiti dal Parlamento nello svolgimento della sua attività», perché, secondo Resta e Lucifredi, poteva sembrare che quell'inciso, sottraendo il sindacato della Corte al solo caso di sviamento di potere, potesse lasciarle la possibilità di censurare le altre ipotesi ricomprese nella categoria generalmente intesa «eccesso di potere» (ad esempio, per travisamento o per iniquità manifesta)⁴¹.

Per tutte le ragioni che sono state approfondite altrove⁴², il disegno di legge sulla costituzione e il funzionamento della Corte venne “restituito” al Senato della Repubblica solo il 5 maggio 1951, oltre due anni dopo e in un testo «sostanzialmente modificato»⁴³; fra le revisioni di maggior rilievo, “spicca” proprio l'art. 28, sul quale il Senato si dovette esprimere, in quella sede, per la prima volta. Innanzi a tutti prese posizione Giovanni Persico, nella sua Relazione della commissione, presentata in aula il 31 agosto 1951, ove rilevò che una norma del genere sarebbe stata, non solo inutile, ma anche inopportuna, perché la previsione esplicita di un divieto sul sindacato politico delle leggi del Parlamento avrebbe potuto creare «equivoci e malintesi»⁴⁴ e far nascere «il sospetto che le funzioni attribuite alla Corte [avrebbero potuto implicare] di per sé, una tale valutazione»⁴⁵. Diversamente dall'opinione del relatore Persico e dell'intera commissione, tendenzialmente conservativa, durante la seduta del 2 ottobre 1952 Umberto Terracini si rivolse all'aula chiedendo di votare la soppressione dell'art. 28. Secondo il senatore comunista la norma costituiva, infatti, «un'offesa a priori verso la Corte costituzionale»⁴⁶, disponendo la stessa dell'art. 134 Cost., che già delimitava il perimetro del suo sindacato; inoltre, secondo Terracini, oltre ad un “affronto” per la Corte, l'art. 28 poteva rischiare di costituire una sorta di “lasciapassare”, un modo per autorizzare il Parlamento «ad andare al di là dei suoi poteri»⁴⁷.

⁴⁰ *Atti Camera dei deputati*, seduta 14 marzo 1951, 27105.

⁴¹ *Atti Camera dei deputati*, seduta 14 marzo 1951, 27101.

⁴² Ancora, G. GRASSO, in questo Volume, cit.

⁴³ Relazione della II Commissione permanente al Senato sul testo del disegno di legge sulla costituzione e funzionamento della Corte approvato dalla Camera dei deputati il 16 marzo 1951, Atto n. 23 C (d'ora in avanti Relazione Persico II), 1.

⁴⁴ Relazione Persico II, 8.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Intervento di Umberto Terracini, in *Atti Senato della Repubblica*, seduta 2 ottobre 1952, 35729.

⁴⁷ *Ibidem*.

A voler ben vedere, quindi, il “ritardato concepimento” di quella disposizione si è rivelata la sua “fortuna”, perché è stato un caso, o meglio un caso fortunato se la norma sia stata inserita solo in un secondo momento, nella versione approvata alla Camera dei deputati. Tenuto conto della condivisa contrarietà del Senato verso l'art. 28 di cui si è accennato, se il redattore del disegno di legge governativo fosse stato Gaetano Martino e non il ministro Giuseppe Grassi (e l'ipotesi non è così peregrina, vista l'appartenenza di entrambi al Partito liberale), la norma speculare all'emendamento 27 bis – che sicuramente Martino avrebbe inserito nel proprio testo – non sarebbe probabilmente nemmeno arrivata alla Camera dei deputati. Infatti, come emerge molto bene sia dalla Relazione Persico II, sia dalla lettura degli atti parlamentari della successiva discussione in Senato, l'art. 28 è stato approvato solo per un «atto di deferenza»⁴⁸ verso l'altra Camera e non per una sincera adesione al principio in esso stabilito.

4. Il cerchio si chiude: le “aspettative” sul nuovo art. 28, i primi commenti in dottrina e qualche spunto conclusivo

La ricostruzione della *storia* dell'art. 28 e l'individuazione dei poteri (e soprattutto dei limiti) riconosciuti alla Corte nel giudizio di legittimità costituzionale riproducono “su scala ridotta” la discussione già svolta in Assemblea costituente, rispetto all'art. 134 Cost., alla natura (giurisdizionale o politica) dell'istituto di giustizia costituzionale e, più in generale, ai rapporti fra Corte e Legislatore; per questa ragione, può esser utile mettere in luce, in questo ultimo paragrafo, le “aspettative” e i “timori” emersi durante quel vivace dibattito, per comprendere meglio che cosa effettivamente ci si attendeva dalla futura giurisprudenza costituzionale.

Il primo elemento da segnalare è la “spasmodica” fiducia che si aveva, in quel determinato momento storico, nel Parlamento, sede ed espressione della volontà popolare, il solo a poter «fare quello che vuole»⁴⁹, a svolgere la propria funzione nel modo ritenuto più utile ed opportuno, con l'unico limite del divieto di revisione della forma di stato repubblicana⁵⁰. Il Parlamento fu, quindi, considerato l'organo costituzionale “attivo” per eccellenza e l'art. 28 sarebbe servito, di conseguenza, a tutelarne le prerogative, impedire alla Corte di divenire «la trincea attraverso la quale (...) interfer[ire] con la direzione politica dello Stato, paralizzare la vita del Parlamento»⁵¹ ed evitare, così, una «dislocazione impropria del

⁴⁸ *Ibidem.*

⁴⁹ Intervento di Alfonso Tesaro, in *Atti Camera dei deputati*, seduta 31 gennaio 1951, 25776.

⁵⁰ *Ibidem.*

⁵¹ *Ibidem.*

potere»⁵². In linea generale, quindi, non emerse l'idea che l'art. 28 potesse costituire, invece, il mezzo per sopperire ad una ipotetica inerzia legislativa, come "antidoto" a quella che è stata definita «apatia costituzionale»⁵³. L'unico ad aver ipotizzato uno scopo diverso della norma fu il ministro Raffaele Petrilli, il quale immaginò che l'art. 28 potesse essere utilizzato anche per impedire alla Corte costituzionale di «censurare la legge per motivi di inopportunità o di lacunosità»⁵⁴, ma detta riflessione fu, almeno in quel momento, del tutto isolata. Negli anni a seguire, invece, la giurisprudenza costituzionale è andata ben oltre i timori espressi da Petrilli, arrivando a riempire la paventata lacuna con l'aggiunta di "materiale normativo", soprattutto, più recentemente, con le c.d. "doppie pronunce", ove la Corte è intervenuta per «scongiurare possibili vuoti di tutela di valori» (ord. n. 207/1018). In senso sostanzialmente concorde al pensiero di Petrilli, si era espresso prima di lui Piero Calamandrei, il quale, riflettendo sulla natura mista della Corte costituzionale, evidenziò l'irrisolvibile contraddizione che si sarebbe potuta creare in alcune circoscritte situazioni, fra la funzione equilibratrice e di pacificazione dell'organo di garanzia costituzionale e il limite del divieto del sindacato di merito⁵⁵; tale funzione, tuttavia, sarebbe servita per individuare un punto di equilibrio fra diversi interessi costituzionalmente meritevoli di tutela e tentare di raggiungere «quel tanto di giustizia che, in un certo momento, è possibile ottenere»⁵⁶.

Rispetto ancora alle "aspettative" e ai "timori" verso l'art. 28, ci sono almeno altre due questioni⁵⁷ di cui occorre dar brevemente conto. La prima riguarda la posizione di Gaetano Martino riguardo alle decisioni che saranno poi definite, non molti anni dopo, sentenze interpretative (di rigetto e di accoglimento); secondo il deputato liberale, che colse molto bene già allora la distinzione ontologica fra "norma" e "disposizione"⁵⁸, sarebbe stato molto pericoloso dare alla Corte la facoltà di «interpretare [le] norme, soprattutto quando già il Parlamento le abbia interpretate scegliendo una delle soluzioni possibili. (...) Se questo la Corte potesse fare, noi non avremmo nella Corte una ragione di tranquillità giuridica dello Stato, ma (...) una ragione di discordia civile»⁵⁹.

⁵² G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in *Foro italiano*, vol. 104, 10, 1981, 255.

⁵³ M. RUOTOLO, in questo Volume, cit., par. 6.

⁵⁴ Intervento di Raffaele Pio Petrilli, in *Atti Camera dei deputati*, seduta 31 gennaio 1951, 25782.

⁵⁵ Intervento di Piero Calamandrei, in *Atti Camera dei deputati*, seduta 28 novembre 1950, 24048.

⁵⁶ S.P. PANUNZIO, *Incostituzionalità «sopravvenuta», incostituzionalità progressiva ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere: atti del Seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988*, Milano, 1989, 293.

⁵⁷ S'intende oltre alla riflessione di Mastino Gesumino sull'importanza della portata sociale della norma dichiarata incostituzionale, di cui si è dato conto nel paragrafo 3.

⁵⁸ Si veda, almeno, V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, 238 ss.

⁵⁹ Intervento di Gaetano Martino, in *Atti Camera dei deputati*, seduta 23 novembre 1950, 23982-23983.

La seconda questione, infine, richiama il legame fra art. 28 e art. 30, comma 3, della legge n. 87 del 1953, che concerne gli effetti temporali conseguenti alla pronuncia di incostituzionalità; come è stato evidenziato molto bene in dottrina⁶⁰, la modulazione degli effetti temporali delle decisioni rientra nell'operatività dell'art. 28, in quanto la "disponibilità del tempo" costituisce una deroga molto ampia al principio del rispetto della c.d. discrezionalità del legislatore, essendo la disciplina del fattore "tempo" la componente tipica e decisiva del potere legislativo. A tal proposito, il 24 novembre 1950 sempre Raffaele Resta sembrò legittimare un intervento manipolativo più vincolato in merito all'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale, piuttosto che quello sull'efficacia temporale di quel sindacato⁶¹; e, forse, incrociando le discussioni sulla genesi dell'art. 28 e dell'art. 30, comma 3, questo passaggio è quello che più manifesta il legame fra i due articoli.

La formulazione dell'art. 28 della legge n. 87 del 1953 e, in particolare, il secondo periodo che «esclude (...) ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento» è stata osservata con "sospetta" attenzione sia all'interno delle aule parlamentari, sia, al di fuori, nei primi lavori elaborati dalla dottrina amministrativistica e costituzionalistica del tempo. L'aspetto che destava maggiore preoccupazione era l'utilizzo del termine "discrezionale" (locuzione atinta da elaborazioni concettuali del diritto amministrativo⁶²) attribuito all'attività legislativa, dalla cui sperimentazione si è progressivamente desunto il concetto, invisibile nella letteratura costituzionalistica come autonoma categoria giuridica⁶³, del c.d. eccesso di potere, appunto legislativo⁶⁴.

Nei primi commenti l'aggettivo "discrezionale", ascritto all'attività legislativa, fu associato a due significati opposti: il primo, di diretta derivazione

⁶⁰ In merito al legame fra "tempo" della legge incostituzionale e art. 28 della legge n. 87 del 1953, si rinvia al contributo di A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione?*, cit., 132 ss.

⁶¹ Intervento di Raffaele Resta, in *Atti Camera dei deputati*, seduta 24 novembre 1950, 23965-23967.

⁶² Così, anche, G. SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Politica del diritto*, 3, 1999, 388, il quale ha evidenziato come, negli anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione, si era soliti applicare al diritto costituzionale «le categorie e gli schemi ricostruttivi propri del diritto privato, amministrativo, processuale, come attesta efficacemente il fatto che i primi studi sul giudizio costituzionale portano le firme di insigni processualisti come Calamandrei, Carnelutti e Cappelletti».

⁶³ Si veda la completa ricostruzione dottrinale in G. SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, cit., 387-422.

⁶⁴ Occorre comprendere se la categoria dell'eccesso di potere, quale vizio di illegittimità del provvedimento amministrativo, possa essere applicata anche alla legge del Parlamento; per poter procedere in tal senso, è necessario ammettere che anche l'attività legislativa sia discrezionale, ovvero, pur essendo libera in determinate direzioni, è sempre condizionata allo scopo del perseguimento di un interesse pubblico e, nel caso della legge, dei fini indicati nella Carta costituzionale. Si veda, sul punto, la ricostruzione di F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, vol. X, 906.

amministrativistica, indicava «una qualificazione del potere legislativo, in base alla quale l'esercizio di esso comporta bensì valutazioni di opportunità, ma queste non sono interamente libere perché necessariamente condizionate al perseguimento di un fine prefissato»⁶⁵; il secondo ammetteva l'esistenza di un ambito legislativo, ove il Parlamento potesse compiere valutazioni di opportunità «insuscettibili di essere verificate sotto il profilo della conformità ai precetti costituzionali»⁶⁶, uno spazio di scelta politica rimessa al Legislatore, non sindacabile nel corso di un giudizio di legittimità costituzionale, perché avrebbe costituito un vizio, non di legittimità, ma di merito. Nel 1951, il primissimo commentatore al futuro art. 28, Giuseppe Guarino, aderendo al significato “classico” della discrezionalità, quella mutuata dal diritto amministrativo, contestò duramente la disposizione perché, secondo l'insigne giurista, da una parte essa presupponeva, erroneamente, che la legge del Parlamento fosse vincolata nel fine (e, quindi, si potesse parlare di potere discrezionale), e dall'altra perché, posta la premessa errata, violava apertamente l'art. 134 Cost., sottraendo alla disponibilità della Corte il potere di sindacare uno dei vizi di legittimità, ovvero l'eccesso di potere (legislativo)⁶⁷. Oltre a Guarino, che definì l'articolo 28 una disposizione «inopportuna (...) e incostituzionale»⁶⁸, per le ragioni che sono state appena accennate, molti altri illustri maestri non hanno accolto con favore la norma sul divieto del sindacato dell'eccesso di potere legislativo, qualificandola «superflua e imprecisa»⁶⁹, «aberrante»⁷⁰, «infelice»⁷¹, «equivoca e contraddittoria»⁷².

Le ostilità nei confronti dell'art. 28 sono state superate solo in un secondo momento, quando la dottrina costituzionalistica si è emancipata dall'abitudine di utilizzare le categorie del diritto amministrativo per “leggere” gli atti normativi nuovi (appunto la Carta costituzionale) e, soprattutto, il rapporto tra legge e Costituzione (ontologicamente diverso da quello che intercorre tra provvedimento amministrativo e interesse pubblico dello Stato⁷³); di conseguenza si era anche compreso che non vi era coincidenza tra la classificazione dei vizi di legittimità costituzionale delle leggi e l'individua-

⁶⁵ A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 73-75; né da conto anche M.S. GIANNINI, *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1955, 915-917.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, Milano, 1951, rist. in *Id.*, *Dalla Costituzione all'Unione Europea*, Napoli, 1994, vol. 1, 300-301, in particolare nt. 3.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ M.S. GIANNINI, *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme*, cit., 917.

⁷⁰ P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 184.

⁷¹ F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, cit., 906.

⁷² C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, 224.

⁷³ Sull'inapplicabilità della nozione di eccesso di potere agli atti legislativi si veda, fra i molti, A. PIZZORUSSO, *Art. 134*, cit., 108-113.

zione dei limiti che «il controllo di costituzionalità eventualmente incontri per il fatto di non poter investire il merito delle disposizioni»⁷⁴.

Superato definitivamente l'*impasse* dogmatica sul quale si irrigidì il primo dibattito dottrinale sulla legge n. 87 del 1953, il concetto di “discrezionalità” è stato progressivamente accostato, nella sostanza, a quello di “merito”⁷⁵, ovvero l'opportunità, l'utilità, la convenienza di una legge⁷⁶. Si potrebbe dire, con una chiosa finale, che il problema interpretativo emerso rispetto all'art. 28 sia stato il “peccato originario” dei giuristi amministrativisti durante i lavori parlamentari della legge sulla Corte, i quali, in quella sede, imposero di inserire l'aggettivo «discrezionale» dopo «uso del potere», oltre ad eliminare il riferimento al concetto di “merito” della legge, perché, rispetto alla seconda modifica – si diceva – «qualsiasi controllo di costituzionalità implica necessariamente una certa valutazione di merito»⁷⁷. E, invece, nella mente del “padre” dell'art. 28, il liberale Gaetano Martino, la questione “martellante”, irrisolvibile ed imperitura fu sempre quella di distinguere assiologicamente la legittimità dal merito, tanto è vero che nell'art. 126 bis del Progetto di Costituzione, poi divenuto art. 27 bis del disegno di legge che portò alla legge n. 87 del 1953, non si faceva alcun riferimento al tema della discrezionalità rispetto al potere legislativo.

In conclusione, quindi, anche alla luce di questo tentativo di ricostruzione delle origini dell'art. 28, si tratta sempre di attribuire un significato ai due opposti del pendolo del sindacato della Corte, fra legittimità e merito, di prendere posizione, fra i diversi orientamenti, su cosa s'intenda per Costituzione, in quali termini esista uno «spazio vuoto»⁷⁸ – che può tradursi anche in un'omissione – riservato al Legislatore e come questo interagisca con lo spazio costituzionale. Se non si risolve quella antica questione, l'episodio diventa la “norma” e tutto, relativizzandosi, mina, ancora una volta, la tenuta complessiva del sistema e il principio della certezza del diritto. Ma quest'ultima riflessione deve essere, ovviamente, rinviata perché aprirebbe tutta un'altra *storia*.

⁷⁴ A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, cit., 75-76.

⁷⁵ Di conseguenza, come evidenzia anche G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, 1977, Bologna, 30-31, la problematica evocata dall'art. 28, «è pienamente conseguente a quella che si esamina sul piano più generale della definizione di natura e dei limiti della funzione di controllo di costituzionalità sulle leggi, come risultante dagli art. 134 e seguenti della costituzione».

⁷⁶ F. PIERANDREI, *Corte costituzionale* cit., 906.

⁷⁷ Così, il ministro Petrilli, in *Atti Camera dei deputati*, seduta 13 febbraio 1951, 26057.

⁷⁸ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 31.

