

RIVISTA GIURIDICA SEMESTRALE

n. 1 - 2019

BILANCIO COMUNITÀ PERSONA

Editore Associazione

DIRITTO & CONTI
— BILANCIO · COMUNITÀ · PERSONA —

FUNZIONI PUBBLICHE NEUTRALI E GIURISDIZIONE*

di Pietro Sandulli

1. Il carattere “neutrale”, che è un essenziale segno distintivo dell'attività giurisdizionale, — cioè il carattere “di attività che si svolge in posizione di estraneità ed indifferenza rispetto alla materia e agli interessi dei soggetti nei cui confronti opera”—, pone il problema della distinzione di quella attività rispetto alle altre attività pubbliche dello Stato, alle quali deve essere ugualmente riconosciuto l'attributo della “neutralità”.

Ma nei confronti di tale problema si pone come preliminare l'indagine volta alla individuazione delle attività pubbliche cui l'attributo stesso va riconosciuto.

Questa indagine conduce a stabilire che caratteri “neutrali” si riscontrano con notevole frequenza nell'azione dei diversi poteri pubblici; ma non tutti di identica significazione.

2. L'attività normativa è notoriamente, sopra tutto ai più alti livelli, generalmente il risultato delle libere scelte in cui si concreta il potere di indirizzo politico, commesso ad organi che sono espressione delle forze politiche dominanti (le quali, negli ordinamenti democratici, sono le forze maggioritarie). L'atto normativo, quando sostanzialmente risalga alle forze politiche dominanti, e sia per ciò stesso la risultanza di intenti politicamente “impegnati”, per definizione non può considerarsi il frutto di una attività “neutrale”.

Diversamente però la norma, una volta staccatasi dall'atto normativo ed entrata in vigore. Distaccata dai caduchi interessi particolari del momento della legiferazione, e calata, con carattere di permanenza, nell'ordinamento giuridico (a formare con questo — e, anzi, in esso — un'indissolubile unità organica, dando ad esso colore e ricevendone a un tempo), la norma perde naturalmente ogni carattere “di parte”, per acquistare il carattere obbiettivo e neutrale che è proprio dell'ordinamento (nella sua permanente unità e, a un tempo, in ogni sua componente). Una volta nata e divenuta operante, la norma, quale che ne sia la fonte, si colloca al di fuori e al di sopra di ogni interesse particolare, e diventa, per definizione, espressione dell'interesse generale della collettività (che contribuisce a definire) “neutralmente essere applicata indifferentemente e imparzialmente” nei confronti di tutti (art. 3 Cost.).

Quanto si è detto postula che, lì dove la normazione sia espressione delle scelte delle forze politiche dominanti, se è “neutrale” la norma una volta entrata nell'ordinamento, non è tale l'attività normativa. Non altrimenti, del resto, da qualsiasi altra attività, che faccia capo alle scelte delle forze politiche dominanti.

L'attività normativa può esser “neutrale” solo lì dove — eccezionalmente — sia commessa ad organi tenuti a ispirarsi, nella normazione, a criteri astratti, obbiettivi e canonizzati dallo stesso ordinamento giuridico, e prescindendo doverosamente da ogni interesse di parte (ipotesi delle norme emanate nell'esercizio di funzione giurisdizionale, e cioè attraverso una sentenza: sentenza normativa).

Tutto ciò è espressione della regola per cui i caratteri essenziali di individuazione delle attività dei pubblici poteri non sono in corrispondenza del contenuto delle statuizioni in cui le attività stesse si risolvono, bensì della funzione nell'esercizio della quale esse vengono poste in essere. Regola che presuppone a sua volta l'altra, per cui le funzioni non si caratterizzano tanto per il contenuto delle statuizioni in cui il loro esercizio sfocia (le quali possono essere identiche nonostante la diversità di quelle), quanto per i loro profili formali (intesi in senso ampio, sì da comprendere anche competenza, procedimento e tutto quanto non attiene al contenuto delle statuizioni).

* Conferenza tenuta alla Fondazione Piero Calamandrei presso l'Università di Firenze il 9 aprile 1964

3. Di attività “neutrale” si parla frequentemente anche a proposito dell'esercizio dei poteri del Presidente della Repubblica.

Custode della Costituzione e degli interessi supremi permanenti della Nazione (egli “è il capo dello Stato e rappresenta l'unità nazionale”), quest'ultimo è tenuto a esercitare i suoi poteri, ordinari e straordinari, di controllo, di freno, di incitamento e di scelta operante, avendo unicamente di mira tali altissimi beni, e non in funzione degli interessi e degli obbiettivi dell'una o dell'altra delle forze politiche in competizione per imprimere i propri indirizzi al governo del Paese.

Mentre nell'esercizio dei poteri vincolati (ad es., indizione delle elezioni politiche a seguito della fine della legislatura; convocazione delle nuove Camere) null'altro può condizionare la sua azione, se non il dettato dei precetti costituzionali e delle altre norme dell'ordinamento (il che comporta che l'azione stessa non sia sottratta al sindacato degli organi — giurisdizionali o no — istituzionalmente preposti al controllo di legalità dell'operato dei pubblici poteri, e in particolare dei poteri supremi), nell'esercizio dei poteri discrezionali (ad es., rinvio delle leggi alle Camere, scioglimento delle Camere, mancata adesione alle non molte proposte governative in ordine alle quali gli si deve riconoscere un potere non vincolato, con conseguente sottrazione dei relativi provvedimenti al controllo del Parlamento), il Presidente non può lasciarsi guidare, in aggiunta alle esigenze della legalità, e non da quelle degli interessi supremi e permanenti della Nazione.

In relazione a ciò ben può dirsi appropriata l'attribuzione ai poteri presidenziali, e agli atti in cui essi si estrinsecano, della qualifica di “neutrali” intesa quest'ultima nel senso di distacco dagli interessi delle forze politiche in contesa per imprimere i propri indirizzi al governo del Paese, e nel senso di valutazione degli interessi del Paese al di fuori e al di sopra di tali forze e dei loro indirizzi (*super partes*).

Siccome, al livello di cui ci andiamo occupando, le scelte (lì dove sono ammesse) sono tutte — o quasi — scelte politiche, è chiaro che qui “neutralità” non significa se non distacco ed autonomia, nella effettuazione delle scelte, rispetto alle posizioni e agli interessi delle forze politiche in competizione.

L'ufficio presidenziale è, anch'esso, una forza politica: ma è una forza *au dessus des la mêlée*, cioè una forza “non contendente” (con le forze politiche “di parte”): ciò persino quando, proprio per mantenere tale carattere, essa debba eventualmente appoggiarsi sull'una o sull'altra delle forze “contendenti”.

Non tanto il fatto che la neutralità abbia qui a estrinsecarsi nell'esercizio di poteri di scelta contrassegnati da un'ampia elasticità, quanto il fatto che l'ispirazione della scelta debba esser cercata in un interesse “caratterizzato” — per quanto collettivo e istituzionalmente di maggior rilievo rispetto agli altri interessi (“impegnati”) in cui possa imbattersi —, importa peraltro che la neutralità dei poteri presidenziali non possa essere considerata come una neutralità in senso assoluto. Può meritare infatti quest'ultima qualificazione, sul piano giuridico, soltanto una neutralità svincolata nel modo più pieno da qualsiasi interesse “caratterizzato”, sia particolare che collettivo, e perciò assolutamente indifferente nei confronti di essi: una neutralità che sia indifferente, dunque, non soltanto in presenza e nei confronti di interessi parziali, ma (a differenza di quella presidenziale) persino nei confronti di interessi comunitari: una neutralità, cioè, la quale, non in alcune soltanto delle sue determinazioni, ma in tutte, abbia la possibilità e l'obbligo di far prevalere addirittura — allorchè ricorrano le condizioni stabilite una volta per tutte dall'ordinamento — un interesse contrastante, in concreto, con quello dell'intera comunità: una neutralità, in altri termini, che sia costantemente, in ogni manifestazione, espressione di sovranità vincolata, e pertanto non aperta a libere scelte, nemmeno in funzione dell'interesse generale.

A prescindere quindi dal fatto che, a differenza dalla generalità dei tipi di “neutralità” cui più è vicino l'interesse dell'attuale discorso, qui viene in considerazione una neutralità “operativa” — di tal genere essendo il contenuto della funzione presidenziale, e non avendo invece essenzialmente di mira la risoluzione di questioni —, appare evidente — non ostante la loro « neutralità » nel senso particolare dianzi spiegato — la non omogeneità dei poteri presidenziali con quelli di cui è espressione l'attività giurisdizionale.

4. Una “neutralità” di tipo particolare si incontra anche nel campo dell'azione della pubblica Amministrazione. E' quella che caratterizza talune decisioni “contenziose” di autorità amministrative.

È noto che l'attività decisoria della pubblica Amministrazione — quella attraverso la quale quest'ultima risolve, a diversi livelli, nel proprio seno (anche se con effetti estesi all'ordinamento generale), le controversie che insorgano tra soggetti sottoposti al proprio ordinamento particolare (appartengano o non essi stessi alla pubblica Amministrazione) —, pur frequentemente accompagnata da garanzie comuni all'attività giurisdizionale (e specialmente dalla garanzia del contraddittorio), non può essere assimilata all'attività giurisdizionale. Essa è ordinata ad evitare che una controversia insorta nell'ambito della pubblica Amministrazione dilaghi nell'ordinamento generale prima che ne sia stata tentata la risoluzione, in via “di giustizia”, in seno allo stesso ordinamento particolare dell'Amministrazione.

Mentre però, lì dove l'autorità decidente sia parte nella contesa, o dove tra l'autorità decidente e una delle parti in contesa esista (il che non è molto diverso) un rapporto di gerarchia o quasi-gerarchia, non viene in questione un'attività decisoria “neutrale”, tale non essendo in simili casi la posizione dell'autorità decidente, la definizione come “neutrale” non può certamente esser disconosciuta a quelle attività decisorie in cui ci si imbatte allorquando l'autorità amministrativa decidente nè si identifichi con una delle parti, nè si trovi con alcuna di esse in rapporto di superiorità o quasi-superiorità gerarchica.'

Non pochi sono i casi di ricorsi amministrativi atipici (comunemente designati come ricorsi gerarchici impropri) in cui ciò si verifica; e anzi in molti di essi la contesa si svolge esclusivamente tra soggetti privati (si pensi alle controversie, di competenza della Commissione di vigilanza per l'edilizia popolare ed economica, tra soci di cooperative edilizie o tra soci e cooperativa: art. 131 t.u. 28 aprile 1938 n. 1165). Ma il fenomeno si riscontra altresì nei casi in cui vengono impugnati con ricorso straordinario provvedimenti di autorità estranee all'Amministrazione statale, e specialmente di enti non governativi (art. 16 n. 4 T.U. Cons. di Stato). In tutti questi casi non può negarsi l'estraneità, e generalmente la “neutralità”, dell'autorità decidente rispetto alle varie parti in contesa. Neutralità decisoria in vista di una pronuncia “di giustizia”, e perciò tenuta a ispirarsi, nella determinazione, alle regole del diritto: non altrimenti, in ciò, dalla neutralità del giudice.

Si tratta nondimeno di una neutralità “impropria”, in quanto “particolare”. Qui non viene in questione una neutralità in senso assoluto, bensì una neutralità, la quale è tale e si esaurisce nell'ambito della pubblica Amministrazione (di volta in volta di un singolo settore della pubblica Amministrazione o dell'ordinamento unitario della pubblica Amministrazione): dell'osservanza di essa l'autorità decidente non “risponde” infatti se non nell'ordine amministrativo.

Data la riferita finalità della funzione in esame, e l'ambito in cui essa, appunto perciò, viene esplicata, è lo stesso ordinamento a configurarla come neutralità “impropria”. Infatti l'ordinamento non considera come inoppugnabili le decisioni amministrative di cui trattasi (nè costituzionalmente lo potrebbe), e, non diversamente dagli altri atti in cui si estrinseca la funzione amministrativa, non le esenta dal sindacato giurisdizionale.

La particolarità di questa forma di “neutralità” consiste nell'essere “interna” (e perciò “impropria”), e non “esterna”. Donde il suo interesse marginale, e anzi meramente delimitativo, nel quadro del discorso che andiamo svolgendo.

5. Non può, per contro, negarsi il carattere “esterno” di altri tipi di attività “neutrali”, che sono attività tradizionalmente — ma non appropriatamente — classificate come amministrative: l'attività consultiva del Consiglio di Stato e quella di riscontro della Corte dei conti.

Sia l'una che l'altra vengono esercitate da organi ai quali — pur essendo essi articolati dal punto di vista organico con la Presidenza del Consiglio dei Ministri — l'ordinamento assicura, nel quadro dell'organizzazione statale, una posizione di indipendenza costituzionalmente garantita (art. 100 Cost.) “di fronte al Governo”, si da renderne possibile la qualificazione come organi estranei alla

pubblica Amministrazione (art. 5 t.u. Cons. di Stato e art. 8 t.u. Corte dei conti). Ciò proprio perchè essi possano pronunciarsi con pieno distacco e ispirandosi esclusivamente alle regole del diritto e talora (per quanto riguarda il Consiglio di Stato) alle regole obbiettive di buona amministrazione — in ordine agli atti di competenza degli organi operativi dello Stato, ad essi presentati, rispettivamente, per il parere o per il controllo.

Il nostro ordinamento è ricco di forme di attività consultive e di controllo nei confronti di pubbliche Amministrazioni. Ma generalmente si tratta di consulenze e riscontri attuati “dall'interno” dello stesso apparato amministrativo, e in vista della migliore realizzazione degli interessi affidati alle cure della pubblica Amministrazione. Basti ricordare la consulenza dell'Avvocatura dello Stato nonchè quella dei corpi consultivi che siedono presso i singoli Ministeri (Consigli superiori della pubblica istruzione, delle belle arti, delle miniere, della marina mercantile, ecc.), ed il riscontro contabile della Ragioneria generale dello Stato e delle Ragionerie decentrate presso i singoli Ministeri e gli organi locali dello Stato, nonchè i controlli statali e regionali di legittimità e di merito nei confronti dell'azione degli enti minori.

L'attività consultiva del Consiglio di Stato (art. 14 e 23 t.u. Cons. di Stato) e quella di riscontro della Corte dei conti (art. 17 ss. t.u. Corte dei conti) si distinguono però nettamente rispetto alle forme di consulenza e di controllo or ora ricordate, in quanto vengono realizzate ab extra, e in funzione della più integrale ed assoluta realizzazione dell'ordinamento giuridico. Onde non appare possibile collocarle sul piano delle attività amministrative.

Non è poi senza significato che l'art. 40 del t.u. sulla Corte dei conti disponga addirittura che quest'organo proceda — per ciò che riguarda la “verificazione” del rendiconto generale dello Stato — “con le formalità della sua giurisdizione contenziosa”. Ciò non è sufficiente a elevare tale attività alla dignità di giurisdizione (come pure da qualcuno viene affermato con riguardo a ogni manifestazione della funzione di controllo della Corte); ma, nell'esaltarne l'aspetto “neutrale” sia pure con riferimento a una particolare competenza, indubbiamente evidenzia tale aspetto (che per definizione è da riconoscere all'attività di “giurisdizione contenziosa” della Corte).

Dovendo il Consiglio di Stato e la Corte dei conti prescindere, nel pronunciarsi, da ogni specie di interesse concreto, salvo quelli eventualmente canonizzati nelle norme da applicare, qui vengono dunque in considerazione, a differenza dalle forme di “neutralità” di cui si è discusso in precedenza, delle forme di “neutralità” propria e piena.

Orbene, sia la posizione di indipendenza degli organi in esame, sia le regole alla stregua delle quali essi debbono pronunciare, sia il carattere non “operativo” delle loro attività qui considerate, vengono a collocare le attività stesse su un piano non molto distante da quello dell'attività giurisdizionale; e, se non ne giustificano l'accostamento a quest'ultima — mancando ad esse i caratteri essenziali di questa (di cui si dirà) —, almeno spiegano qualche recente tentativo in tali sensi, e legittimano il quesito di una loro assimilazione all'attività di volontaria giurisdizione.

6. Nella zona di confine tra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale ci si imbatte in altre attività di carattere “neutrale”.

Viene in primo luogo in considerazione l'attività del pubblico ministero — nome col quale vengono designati gli organi statali competenti a promuovere e sostenere l'accusa nei giudizi penali ordinari e speciali e in taluni giudizi di responsabilità extrapenale, e inoltre a promuovere taluni giudizi civili riguardanti soggetti privati (ma in ordine alla legalità delle cui decisioni sia particolarmente notevole l'interesse della società) e ad intervenire in essi e in altri analoghi giudizi (giudizi riguardanti lo stato delle persone, giudizi elettorali, giudizi di cassazione, ecc.).

Anche agli organi del pubblico ministero la Costituzione, configurandoli come veri e propri “magistrati”, assicura una posizione di indipendenza rispetto al Potere esecutivo. Anzi una posizione di indipendenza viene assicurata dalla Costituzione persino al pubblico ministero che svolga le sue funzioni presso giurisdizioni speciali (art. 108). Pertanto è da considerer venuta meno ogni possibilità di configurare il pubblico ministero come espressione del Potere esecutivo.

Allo stesso modo è da escludere che le funzioni del pubblico ministero abbiano carattere amministrativo.

L'azione del pubblico ministero in vista del processo o nel corso del processo (penale, civile o amministrativo) viene esplicata unicamente in funzione della tutela dell'ordinamento generale dello Stato della realizzazione di esso, e cioè in difesa dell'interesse comunitario al rispetto della legge. Il pubblico ministero promuove nell'interesse della legge i giudizi dei quali può assumere l'iniziativa, e rappresenta e difende l'interesse della legge in essi come in ogni altro giudizio in cui interviene. E tutto ciò fa non in quanto quell'interesse coincida con l'interesse (politico) attuale del Potere esecutivo (e quindi delle forze politiche che di volta in volta sono investite di quest'ultimo). Non lo fa cioè sul presupposto di una scelta politica o di altro genere (propria o impostagli dall'esterno); bensì in veste di organo obiettivo e neutrale, cui la posizione di indipendenza garantitagli dalla Costituzione assicura la possibilità e impone il dovere di restare e di operare al di fuori al di sopra del conflitto tra gli interessi politici e di ogni altro genere, di agire unicamente in vista della realizzazione dell'ordinamento giuridico (che è, per definizione, neutrale: v. n. 2).

Ecco perchè nel processo il pubblico ministero non può esser considerato, puramente e semplicemente, come parte o come rappresentante o difensore di una parte: netta ed evidentissima è, sul piano sostanziale come su quello formale, la distinzione tra pubblico ministero e Amministrazione-parte in causa e tra pubblico ministero e Avvocatura dello Stato. La posizione del pubblico ministero, per definizione imparziale, è bensì una posizione sui generis, collegata alla tipicità della sua funzione.

Questa, posta — non altrimenti dalla funzione giurisdizionale — al servizio della legalità e della giustizia, se non può esser configurata come giurisdizionale — in quanto ha carattere « requirente » e non risolutivo di questioni —, non può infatti nemmeno esser configurata come amministrativa, proprio pel fatto di svolgersi “al di fuori” della pubblica Amministrazione e non in vista della realizzazione degli interessi (pubblici, sì, ma) ((particolari » (e non *super partes*) di essa. Si tratta dunque di una funzione “neutrale”, in senso pieno e assoluto, la quale occupa una posizione a sè stante nel quadro delle funzioni dello Stato. Onde ben potrebbe proporsi il problema della configurabilità del pubblico ministero come Potere dello Stato, ai sensi dell'art. 134 Cost.

7. Un'altra funzione “neutrale”, alla quale, non da ora, sono comuni le incertezze tra configurazione giurisdizionale e configurazione amministrativa, è quella della così detta giurisdizione volontaria.

Funzione rimessa al Potere giudiziario, ed esplicata perciò in posizione di indipendenza e con le garanzie proprie della giurisdizione (e particolarmente con la garanzia dell'esercizio in contraddittorio del soggetto o dei soggetti interessati), la giurisdizione volontaria assolve, essenzialmente, a compiti di “amministrazione pubblica del diritto privato”. Compiti un'altra buona parte dei quali sono invece affidati ad organi della pubblica Amministrazione.

Si tratta di una attiva pubblica preordinata ad assicurare che determinati rapporti, attività e posizioni soggettive di diritto privato, la cui esplicazione possa facilmente dar luogo a contrasti, ovvero in ordine a cui o sia particolarmente notevole l'interesse collettivo o l'ordinamento ritenga necessaria (evidentemente per ragioni sociali) una particolare protezione di uno o più dei soggetti interessati, vengano esplicitati con l'intervento del pubblico potere, essenzialmente a fini di temperamento degli interessi pubblici e privati implicati. Talvolta, mostrando di ritenere l'interesse collettivo, implicato nel caso, tanto rilevante da consigliare l'attribuzione al pubblico potere di una discrezionalità di notevole ampiezza, l'ordinamento, ispirato da ciò a considerare meno meritevole di garanzie l'esigenza dell'imparzialità, confida tale funzione ad organi del Potere esecutivo (si pensi agli atti di modificazione di nomi e cognomi, di legittimazione di figli naturali, di dispensa matrimoniale : art. 153 ss. ord. stato civ.; art. 284 ss. cod. civ.; artt. 84, 87, 89, Ioo cod. civ. e 107, I io, III ord. stato civ.). Altre volte l'esigenza della garanzia dell'imparzialità appare invece più imperiosa, sì da consigliare l'attribuzione della funzione a un organo in posizione di indipendenza, in grado di assolverla con più pieno distacco, non solo rispetto agli interessi privati, ma rispetto allo

stesso interesse della generalità, e quindi in condizione di assoluta neutralità: allora l'ordinamento la confida all'Ordine giudiziario, perché questo la realizzi attraverso speciali procedimenti in camera di consiglio destinati a culminare in provvedimenti non aventi natura di sentenza (ove dunque sia prevista una sentenza, vuol dire che non si è in presenza di un caso di mera “amministrazione pubblica del diritto privato”, bensì in presenza di un caso di giurisdizione “contenziosa”). Nei casi di “amministrazione pubblica del diritto privato” rimessi all'autorità giudiziaria, la funzione si qualifica come “volontaria giurisdizione”. E' il caso degli atti di adozione, di disposizione di diritti di persone minorenni o altrimenti incapaci, di disposizione di beni dotali; di molti atti riguardanti le persone giuridiche e le società; degli accordi in materia fallimentare e degli atti inerenti alla curatela del fallimento, ecc.

L'attività di “volontaria giurisdizione”, esplicitata con la garanzia del contraddittorio dal Potere giudiziario, ha, non meno di quella di “giurisdizione contenziosa”, carattere “neutrale” in senso pieno e assoluto. Ma, a parte che, a differenza di questa, generalmente non ha per obiettivo la risoluzione di questioni tra soggetti in conflitto d'interessi, e assolve a compiti “operativi” o di controllo, essa non possiede i caratteri formali propri della giurisdizione in senso stretto (di cui si dirà). Onde non può essere assimilata alla attività giurisdizionale in senso proprio.

Non perciò essa può esser considerata peraltro come attività amministrativa, data la posizione non soltanto *super partes* e in nessun modo “impegnata” (né rispetto ad interessi privati, né rispetto ad interessi collettivi), ma anche assolutamente indipendente, rispetto al Potere esecutivo, in cui si trovano ed operano gli organi che vi presiedono.

8. In posizione analoga si trovano l'attività esercitata dal giudice di sorveglianza in materia penale (art. 585 e 634 ss. c.p.p.), nonché l'attività esercitata dall'autorità giudiziaria in materia di ricovero di alienati in casa di cura, e di dimissione degli stessi (l. 14 febbraio 1904, n. 36 e r.d. 16 agosto 1909, n. 615).

9. In tutte le attività fin qui esaminate, cui è stato possibile riconoscere il carattere di “neutralità” piena e assoluta (attività consultiva del Consiglio di Stato, attività di riscontro della Corte dei conti, attività del pubblico ministero, attività di giurisdizione volontaria, attività dell'autorità giudiziaria in materia di ricovero e di dimissione degli alienati), si è sempre riscontrata la presenza di due condizioni. La prima è rappresentata dalla provenienza dell'attività da un organo in posizione di indipendenza — e cioè da un organo non sottoposto (gerarchicamente o altrimenti), né condizionato (giuridicamente o di fatto) da altri soggetti o altri organi in grado di influenzarne in alcun modo l'operato, in base ai poteri discrezionali che siano in grado di esercitare in favore o in danno del suo titolare o dei suoi titolari. La seconda condizione — collegata immediatamente con la prima — è rappresentata dalla collocazione dell'attività stessa in una posizione di estraneità e di indifferenza assoluta rispetto agli interessi al cui regolamento è diretta.

Tali condizioni sono sempre istituzionalmente presenti, nel nostro ordinamento, per dettato costituzionale, nell'attività giurisdizionale in senso stretto, la quale non può esser commessa se non ad organi di cui sia assicurata la posizione di indipendenza (art. 101, 104, 105, 107, 108 Cost.), e per definizione deve essere imparziale (art. 3, 101, 109 Cost.).

Ecco però dischiudersi a questo punto il problema della differenziazione dell'attività in questione rispetto alle altre attività neutrali in senso pieno e assoluto, delle quali abbiamo fin qui discusso. La risoluzione di questo problema è necessaria sopra tutto al fine di dissipare i dubbi — talvolta (e anche recentemente) affiorati — circa il preteso carattere giurisdizionale di alcune delle attività di cui ci siamo fin qui venuti occupando (p. es., quella di “volontaria giurisdizione”, quella di “riscontro” della Corte dei conti, quella del pubblico ministero). Dubbi alimentati in buona parte dalla difficoltà delle comuni opinioni a compiere lo sforzo di fantasia necessario a distaccarsi dal tradizionale convincimento che le funzioni statali siano soltanto tre: legislativa, giurisdizionale e amministrativa. Convincimento il quale è in grado di indurre facilmente nella tentazione di assimilare

alla giurisdizione ogni attività svolta con carattere di neutralità da un pubblico potere in posizione di estraneità, indipendenza ed indifferenza.

A questi caratteri, comuni, come si è visto, a vari generi di attività, e che postulano un raccordo funzionale immediato tra l'attività di cui di volta in volta trattasi e l'ordinamento generale (l'ordinamento dello Stato-comunità), tale da autorizzare a qualificarle come espressione immediata, e diretta continuazione di esso, la giurisdizione propriamente detta (o, come si suol dire, giurisdizione contenziosa) ne sposa però necessariamente degli altri. Essi sono: quello di esplicitarsi necessariamente con l'ammissione del contraddittorio degli interessati (art. 24 Cost.) — carattere comune generalmente peraltro all'attività di “giurisdizione volontaria” e a varie attività (di amministrazione contenziosa) che sono espressione di neutralità « impropria » (n. 4) —, e inoltre quello — esclusivo e decisivo — di avere per oggetto la risoluzione di questioni giuridiche, in vista della emanazione di provvedimenti aventi un valore giuridico sui generis.

Il *proprium* della giurisdizione non è da ricercare dunque né nella preordinazione alla risoluzione di una lite (e neanche alla risoluzione di una questione riguardante soggetti in conflitto d'interessi) — e perciò nella “terzietà” del giudice rispetto alle “parti” né nell'estraneità dell'iniziativa del giudizio rispetto al giudice (*ne procedat iudex ex officio*); né nel contenuto dei provvedimenti con cui il giudizio si conclude; né nella imperatività immutabile dei provvedimenti stessi.

Non nella preordinazione alla risoluzione di una lite e cioè di un effettivo contrasto tra soggetti controinteressati in ordine alla materia che alimenti la questione (o le questioni) da risolvere, e neanche nella preordinazione alla risoluzione di questioni riguardanti soggetti i quali (pur senza essere in contrasto tra loro) siano (sul piano del diritto sostanziale) in conflitto d'interessi. Nonostante che la regola generale (e quasi assoluta) sia nel senso che non si abbia giurisdizione dove non vi sia una lite, o quanto meno un conflitto (potenziale se pure non concreto) d'interessi, ben sono possibili casi di giurisdizione non solo senza lite, ma addirittura senza conflitto d'interessi. Ne è esempio la giurisdizione costituzionale, la quale, nei giudizi sulla legittimità delle leggi promossi in via incidentale, sopravvive all'estinzione del processo *a quo* (art. 22 norme integrative per i giudizi davanti alla Corte cost.), e quindi vive nonostante il venir meno di ogni conflitto (sia pur latente) di interessi tra i soggetti di quest'ultimo (che sono poi — unitamente al rappresentante del governo dell'ente costituzionale della cui legge si discute — i soli soggetti legittimati a partecipare al giudizio costituzionale).

Se il giudizio non abbisogna necessariamente di un conflitto di interessi, e quindi di più parti (non dico in senso formale, ma neppure in senso sostanziale), è poi anche da escludere che la terzietà del giudice rispetto alle parti possa esser considerata attributo essenziale della giurisdizione. A meno di intendere la terzietà nel mero significato di neutralità o indifferenza: chè in tal caso si tratterebbe di un attributo necessario, ma non sufficiente.

Neanche l'appartenenza del diritto di azione a un soggetto diverso dal giudice può esser considerata elemento essenziale della giurisdizione. Non sono esclusi, nel nostro ordinamento, giudizi iniziati dal giudice *ex officio*. L'art. 2907 cod. civ. contiene anzi in tali sensi, per i giudizi civili, una statuizione di carattere generale. Oltre ai giudizi fallimentari, attinenti al campo del processo civile (art. 6 l. fallim.), si possono però ricordare, nel campo del processo penale, il giudizio pretorile (art. 231, 406, 505, 506 cod. proc. pen.), e, nel campo dei processi amministrativi, quelli di competenza dei Commissari per la liquidazione degli usi civici previsti dall'art. 29 della l. 16 giugno 1927, n. 1766 (v. Cass., 15 marzo 1952, n. 698), e inoltre — probabilmente — i giudizi contabili di competenza dei Consigli di prefettura (art. 225 reg. com. e prov. 12 febbraio 1911, n. 297) e della Corte dei conti (art. 45 t.u. sulla Corte dei conti), i quali vengono instaurati per il solo fatto che il conto sia presentato al giudice (immediatamente o mediamente) da chi è tenuto a renderlo.

Che il contenuto dei provvedimenti con cui il giudizio può concludersi non possa esser considerato *punctum individuationis* della giurisdizione è, poi, di immediata evidenza, sol che si consideri quanto sia vasta — e praticamente illimitata — la gamma degli attuali e dei possibili contenuti delle sentenze, in rito e in merito, e, queste ultime, di rigetto e di accoglimento (dichiarative, di condanna, costitutive demolitorie e instaurative dispositive), dei giudici civili, penali,

amministrativi, costituzionali, con riferimento ai diversi oggetti del giudizio (stato giuridico delle persone, rapporti di famiglia, rapporti patrimoniali, rapporti di diritto pubblico, diritti politici, atti e negozi privatistici, contratti collettivi, provvedimenti amministrativi, giurisdizionali e legislativi, ecc. ecc.).

Che infine non possa esser considerato decisivo, ai fini della riconoscibilità della giurisdizione, il carattere di imperatività immutabile delle pronunce — e, più specificamente, il fatto del loro passaggio in cosa giudicata —, sembra ugualmente da condividere. Se il riferito carattere è infatti, nel nostro ordinamento, proprio della generalità delle sentenze, esso, tuttavia, da un lato potrebbe anche mancare in una sentenza (e invero — a parte quanto può dirsi a proposito dell'ammissione della “revisione”, ex art. 553 ss. cod. proc. pen., delle sentenze penali, ed ex art. 428 cod. proc. civ., di quelle pronunciate nelle controversie collettive di lavoro, nonché della “rettifica” degli accertamenti definitivi in materia di “profitti di regime”, di cui all'art. 34 l. 27 luglio 1944, n. 159 — da molti si esclude che le sentenze di rigetto della Corte costituzionale in materia di legittimità delle leggi determinino, sia pure con esclusivo riguardo al giudizio *a quo*, un effetto di giudicato). Mentre d'altro lato il carattere in questione è presente in altri atti dei poteri pubblici (si pensi alle disposizioni costituzionali assolutamente immodificabili, del tipo dell'art. 139 Cost.).

10 Abbiamo constatato che il carattere distintivo della attività giurisdizionale, dalle altre attività propriamente “neutrali” che il nostro ordinamento conosce anch'esse commesse ad organi in posizione di indipendenza, e quindi in grado e in obbligo di determinarsi, in ordine al provvedimento da adottare, in modo assolutamente indifferente (rispetto agli interessi implicati e allo stesso interesse collettivo) e perciò imparziale, non può esser ricercato in elementi di ordine sostanziale: si è sottolineata la insufficienza del richiamo alla presenza di una lite o anche semplicemente di un conflitto di interessi tra soggetti estranei al giudice, come pure l'insufficienza del richiamo al contenuto della pronuncia. L'esclusione della sufficienza di taluni elementi formali, quali la estraneità del giudice rispetto all'oggetto della pronuncia (comune a ogni altra attività “neutral” in senso pieno e assoluto), la necessità del contraddittorio degli interessati (generalmente comune non solo alla giurisdizione volontaria, ma anche all'amministrazione contenziosa) e l'immutabilità della statuizione (non inderogabilmente presente, e comune, quanto meno, ad alcune disposizioni costituzionali), e l'esclusione inoltre della decisività di altri elementi formali, del tipo della estraneità del giudice all'iniziativa del processo (elemento non sempre presente), non bastano dunque a far escludere che la ricerca del carattere distintivo della giurisdizione vada nondimeno effettuata nel campo degli elementi di ordine formale. Del resto, nella generalità delle distinzioni giuridiche il dato formale imposto e reso rilevante dallo stesso ordinamento è da considerare decisivo.

In effetti sembra che l'unico criterio universalmente valido nel nostro ordinamento — sebbene apparentemente labile (ma, come si è visto, ne mancano di più consistenti) — sia da considerare, nel nostro campo, quello che si basa, più che sulla forza giuridica (imperatività immodificabile), sul valore formale delle pronunce. Le sentenze, e cioè i provvedimenti in cui sfocia, e in funzione dei quali si esplica, l'attività di giurisdizione contenziosa, hanno, nel nostro ordinamento, questo carattere distintivo rispetto ai provvedimenti delle altre autorità e agli atti dei privati: che le loro statuizioni, anche se non conformi alla legge, non possono esser revocate o modificate o comunque dichiarate illegittime, se non mediante altre pronunce giurisdizionali. Un accordo tra privati, un provvedimento amministrativo, un provvedimento di giurisdizione volontaria, una legge possono, eventualmente, ad altro titolo, (e non illimitatamente), dare una nuova disciplina al rapporto o alle posizioni giuridiche cui una sentenza abbia dichiarato applicabile un certo regolamento; ma nessuno di tali atti può operare direttamente e immediatamente sulla sentenza, revocandola o modificandola o dichiarandola illegittima e disapplicandola (così come invece, di volta in volta, l'uno o l'altro giudice può fare nei confronti degli atti dei privati, dei provvedimenti amministrativi, dei provvedimenti di giurisdizione volontaria e persino delle leggi). È da riconoscere al riguardo, in base alla Costituzione, una vera e propria “riserva di sentenza”. Infatti gli artt. 102 103 e 104 riservano ai giudici ordinari, amministrativi e costituzionali l'esercizio della rispettiva giurisdizione, escludendo in tal modo ogni

altro Potere dall'interferire con l'attività dei giudici e dall'operare sui loro pronunciati. Si tratta, del resto, di un principio essenziale dello Stato di diritto.

Da quanto si è detto emerge che, anche ove non abbia forza di giudicato, la sentenza “fa stato”, e cioè è in grado di instaurare imperativamente situazioni giuridiche in contrasto (eventualmente anche illegittimo) con la legge, con provvedimenti amministrativi, con provvedimenti di giurisdizione volontaria, con atti negoziali, senza che ad alcuno degli atti di tal genere sia dato di operare, a propria volta, immediatamente su di essa per ripristinare l'ordine legale alterato — non importa se non *rite et recte* — a opera del giudice. Soltanto un'altra sentenza può rimuovere o modificare una sentenza.

Questo è il valore formale della sentenza; e questo sembra essere l'unico elemento distintivo effettivamente valido per ogni attività giurisdizionale.

11. Quanto si è detto comporta che, ai fini del riconoscimento, in una attività pubblica, del carattere giurisdizionale, sia da attribuire decisiva importanza a ciò che dal punto di vista del valore formale il legislatore abbia statuito in ordine all'attività di cui trattasi.

In mancanza di indicazioni attinenti al profilo formale, o in presenza di indicazioni insufficienti, è buon criterio presumere che il legislatore non abbia voluto attribuire funzioni giurisdizionali ad organi non inquadrati nell'Ordine giudiziario (cui l'art. 1 dell'ordinamento giudiziario e l'art. 102 Cost. attribuiscono competenza universale — e cioè per tutti i casi per cui non siano previste eccezioni — in fatto di giurisdizione). Ma lì dove esistano, nel senso della giurisdizionalità, palesi elementi attinenti al valore formale dell'attività, è opera vana e ingiustificata, per escludere la giurisdizionalità, appellarsi a criteri di ordine sostanziale o a criteri di ordine formale da considerare (come si è cercato di spiegare) non decisivi.

Ecco perchè, in presenza della indicazione, nella Costituzione e in altre leggi costituzionali, dei componenti della Corte costituzionale come giudici, della qualificazione dei procedimenti che si svolgono innanzi ad essa come giudizi, della denominazione delle decisioni di essa come sentenze, appaiono destinati al fallimento i tentativi di escludere la giurisdizionalità dell'attività, indiscutibilmente “neutral” nel più pieno significato, di tale organo, e gli stessi tentativi di affermarne la natura di attività di giurisdizione volontaria.

Ecco perchè, per analoghe ragioni, è da escludere la configurabilità come atti di giurisdizione volontaria delle sentenze di interdizione, inabilitazione, dichiarazione di assenza, dichiarazione di morte presunta, e, a maggior ragione, delle sentenze penali.