

«Strettoie» del controllo di costituzionalità per via incidentale e adeguamenti del sistema*

di Sara Lieto **
(8 aprile 2017)

1. Aspetti processuali di attivazione del controllo e ricadute sul modello incidentale: il caso della legge elettorale.

La sentenza n. 35 del 2017, con cui sono state dichiarate incostituzionali alcune norme della legge elettorale vigente per la Camera dei deputati (l. n. 52 del 2015), risulta di particolare interesse anche per le conseguenze che essa determina (e, in un certo senso, consolida rispetto al suo precedente del 2014) sul controllo di costituzionalità per via incidentale.

Già con la sentenza n. 1 del 2014 la Corte, nonostante fosse piuttosto evidente la pretestuosità dell'azione di accertamento proposta al solo scopo di attivare il giudizio di legittimità costituzionale, aveva sostanzialmente contraddetto una consolidata giurisprudenza in tema di *fictio litis*¹ sulla base dell'argomento secondo cui se la questione non fosse stata dichiarata ammissibile si sarebbe, a torto, perpetrata una sorta di immunità della legge elettorale, posta, come anche altre leggi, in una sorta di zona d'ombra o zona franca, figure retoriche utilizzate per indicare diverse tipologie di leggi che, per un motivo o per un altro, mal si adattano a trovare applicazione dinanzi ad un giudice e per questo motivo sono più difficilmente controllabili dalla Corte per via incidentale².

Si tratta, in altre parole, delle così dette «strettoie» del giudizio incidentale³ che rendono per alcune leggi più difficile il ricorso alla Corte da parte del giudice *a quo*.

Ora quello che mi sembra sia una delle importanti questioni poste da questa seconda pronuncia (la n. 35) riguarda appunto i rimedi (già avanzati dalla n. 1 del 2014) che al momento riguardano la legge elettorale ma in futuro potrebbero essere estesi anche ad altre leggi.

Ma procediamo con ordine. Innanzitutto va ricordato che sia la sentenza n. 35 del 2017 che la sentenza n. 1 del 2014 hanno avuto origine da un'azione di mero accertamento. Le azioni di mero accertamento sono quelle azioni in cui l'accertamento non ha valore pregiudiziale come in tutti i casi di azioni di cognizione ma costituisce lo scopo stesso per cui viene posta in essere l'azione. Esse possono avere ad oggetto soltanto i diritti non

* Scritto sottoposto a *referee*.

¹ Per una ricostruzione della casistica sulla *fictio litis* da parte della giurisprudenza costituzionale si v. A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, 2012, 152.

² Pur essendo in questa sede utilizzate come equivalenti, va specificato che in dottrina le due espressioni «zona d'ombra» e «zona franca» vengono intese con più specifiche distinzioni. Sul punto si v. A. Pizzorusso, «Zone d'ombra» e «zone franche» della giustizia costituzionale italiana, in Consulta on line, il quale osserva che mentre con l'espressione «zone franche» ci si riferisce «ad una serie di precise chiusure che escludono il controllo giurisdizionale (anche di costituzionalità) di una serie di attività qualificate da un tasso di «politicalità» che le renderebbero insindacabili in sede giudiziaria (talora anche a costo del sacrificio dei diritti, pur costituzionalmente riconosciuti ai cittadini) e che risultano pertanto coperte da «immunità» dei titolari di pubblici poteri [...]»; l'espressione «zona d'ombra», invece, sarebbe riferita ad una serie di casi in cui il giudizio della Corte si realizza comunque ma con maggiore difficoltà, non in maniera piena. Le seconde, naturalmente, sarebbero più facilmente eliminabili delle prime che risultano da una sorta di *modus vivendi* che la Corte ha stabilito con la classe politica che governa il paese e che ha le sue basi nell'art. 66 Cost., per il quale ciascuna camera giudica dei titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità [...] e nella sentenza n. 154 del 1985, con la quale la Corte costituzionale ha affermato che i regolamenti parlamentari non sono «atti aventi forza di legge» ai sensi dell'art. 134 della Costituzione e che, pertanto, essi non sono sindacabili dalla Corte costituzionale», 15. Sul tema si v. inoltre, diffusamente, R. Balduzzi, P. Costanzo (a cura di), *Le zone d'ombra nella giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007.

³ Sul modello incidentale esiste una letteratura vastissima. Si v. in particolare, sul tema dell'incidentalità, M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984.

anche i fatti, salvo eccezioni, e hanno una finalità di tipo preventivo in quanto possono essere esercitate anche a fronte di una semplice incertezza giuridica e dunque a prescindere dalla lesione di un diritto. In tal senso, però, è necessario che comunque dal giudizio ne derivi un risultato giuridicamente apprezzabile.

Nel caso specifico l'incertezza giuridica investiva il diritto di voto e mediante l'azione di accertamento, di cui l'eccezione di incostituzionalità era parte integrante (secondo uno schema ormai consolidato), i ricorrenti avevano come esclusivo obiettivo quello di attivare il controllo di costituzionalità della legge. Le ragioni che hanno determinato in entrambi i casi il giudice *a quo* a sollevare la questione di legittimità costituzionale è stato il convincimento, avallato dalla stessa Corte con l'ammissibilità, che altrimenti la legge elettorale sarebbe sfuggita al controllo di costituzionalità. Volendo infatti limitare il discorso alla legge elettorale, e non anche alla sua legislazione di contorno, alle origini dell'ammissibilità vi sarebbe la considerazione che o la legge viene controllata per il tramite di un preventivo accertamento del diritto di voto dinanzi ad un giudice ordinario, oppure, qualora si intenda rimettere il suo controllo ad iniziativa della giunta per la verifica dei poteri, tale controllo risulterebbe difficile, non solo per la carenza di terzietà della giunta rispetto ai membri dell'assemblea, ma anche perché sollevando una questione di legittimità costituzionale essa pregiudicherebbe la stessa esistenza dell'assemblea di cui è espressione.

Un primo dato che può essere tratto dall'esperienza giurisprudenziale che ha investito nello specifico la legge elettorale è la messa a regime di una modalità d'azione che se da un punto di vista formale fa salva apparentemente l'impostazione per via incidentale, di fatto ne contraddice i presupposti. Nei casi esemplificativi che hanno riguardato la legge elettorale, sia pure con gli opportuni distinguo di una legge che nell'un caso (2014) aveva trovato applicazione nell'altro no (2017), ciò che viene meno è appunto l'incidentalità, nel senso che la diversità dei *petita* tra giudizio *a quo* e giudizio *ad quem*, che dovrebbe costituire la premessa del ricorso alla Corte costituzionale, nella sostanza non c'è. In questo caso, infatti, ai fini della risoluzione dell'incertezza giuridica in cui versa il diritto costituzionalmente protetto è proprio la declaratoria della Corte a fugare il dubbio. Detto in altre parole, non vi è al momento della riattivazione del giudizio *a quo* dopo la decisione della Corte una decisione del giudice *a quo* che sulla base di quella declaratoria aggiunga qualcosa in più o di diverso. In sostanza vi è un'identità di *petita* che è di per sé sintomo della carenza dell'incidentalità, per cui ciò che decide la Corte è esattamente l'oggetto cui mira l'azione.

La Corte non è nuova a questo genere di tentativi di eludere il divieto di ricorso diretto. Come è noto esiste una consolidata giurisprudenza che ha messo a fuoco i caratteri della *lis ficta* con conseguente inammissibilità delle questioni, anche se le indicazioni in tal senso non sono state sempre univoche⁴. E' vero che, in ogni caso, pur ricorrendo all'azione di accertamento di cui l'eccezione di incostituzionalità è parte integrante, è comunque il giudice *a quo*, e non le parti, ad assumere la decisione su se sollevare la questione. Però è anche vero che si assiste a livello giudiziario a una maggiore propensione della magistratura a disporsi favorevolmente nel sollecitare il giudizio da parte della Corte costituzionale. Sempre rimanendo in tema di legge elettorale è bene osservare che mentre nel caso della legge Calderoli (l. n. 270 del 2005) i tentativi delle parti ricorrenti si sono dovuti spingere fino al più alto grado di giudizio per vedere finalmente sollevata dalla Cassazione la questione di legittimità costituzionale, nel caso dell'Italicum (l. n. 52 del 2015) non uno ma diversi giudici di primo grado non hanno esitato ad accogliere l'eccezione di parte e a investire prontamente la Corte del controllo di costituzionalità della legge.

⁴ Per una approfondita rassegna della giurisprudenza sull'argomento, si v. A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, 2012, 155 ss.

Non conta molto, inoltre, al fine di giustificare in ogni caso il rispetto dei requisiti formali del modello incidentale, obiettare che il giudice *a quo* resta il *dominus* nell'attivazione del controllo di costituzionalità perché per come è impostata l'azione di mero accertamento riguardo all'incertezza di un diritto costituzionalmente riconosciuto essa offre di fatto pochi argomenti allo stesso giudice per rigettare l'eccezione delle parti. Detto in altri termini, per il giudice *a quo* potrebbe risultare difficile trovare motivi ragionevoli per rigettare l'eccezione di incostituzionalità, in quanto egli dovrebbe poi sciogliere i dubbi in merito all'incertezza del diritto oggetto del giudizio senza disporre di un elemento fondamentale per la sua decisione ovvero il giudizio della Corte su quella legge che tale incertezza produce. E' come se il giudice non potesse risolvere l'incertezza se non sulla base del giudizio della Corte, unico organo deputato a risolvere il dubbio di incostituzionalità.

2. Azioni di mero accertamento e *fictio litis*

Tenuto conto della modalità processuale che ha determinato, prima nel 2014 e poi nel 2017, l'attivazione del controllo di costituzionalità della legge elettorale, qualche riflessione sulla natura dell'azione di accertamento si ritiene in qualche modo necessaria⁵. Come già precisato si tratta di una azione di cognizione minima volta a risolvere un'incertezza giuridica in merito alla piena espansione di un diritto. Nel caso di specie l'incertezza riguardava il diritto di voto in relazione ad una legge elettorale di dubbia costituzionalità.

Vale la pena però chiarire che da un punto di vista processuale le azioni di mero accertamento, che può essere positivo o negativo, sono fondate sulla circostanza che l'incertezza sul diritto di cui l'attore è titolare deriva dalla condotta di un terzo, o nel senso che vi è un terzo che contesta la titolarità o il modo di essere del diritto in capo al soggetto che se ne dichiara titolare, per cui l'azione di quest'ultimo è volta ad un accertamento in positivo del proprio diritto; oppure, viceversa, nel senso che vi è un terzo che vanta tale diritto, per cui l'attore che se ne assume invece la titolarità si rivolge al giudice affinché dichiari l'inesistenza del diritto in capo al terzo⁶.

Lo schema così sintetizzato ha trovato nei casi in esame un evidente adattamento, in quanto l'incertezza sul diritto di voto non era determinata da un soggetto terzo ma dalla legge che stabilisce le regole elettive riguardo alle quali sorge un dubbio di incostituzionalità. Anche ragionando sull'interesse ad agire – da cui si desume l'ammissibilità dell'azione di mero accertamento che non è esplicitamente prevista dal codice⁷ - che solitamente trova fondamento nella circostanza che il diritto soggettivo sia stato violato o contestato, anche tale elemento, che è presupposto processuale dell'azione, trova nel caso di specie un adattamento, non essendo ravvisabile se non una potenziale violazione del diritto di voto da parte non di un terzo ma della legge. Dell'azione di mero accertamento può dirsi dunque che ha come scopo di prevenire l'applicazione futura della legge, non sussistendo nel caso di specie una concreta vicenda in cui si è avuta violazione o applicazione della legge.

Vi è però un altro importante rilievo che non è sfuggito in dottrina⁸ e che ha sempre a che fare con lo schema di azione che ha dato origine al controllo, forzando in maniera evidente il modello incidentale, ovvero l'impasse in cui si è trovata la Cassazione prima e dopo il

⁵ In tema di azione di accertamento, si v. C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2012; Idem, *L'antefatto della sentenza della Consulta: l'azione di accertamento della 'qualità' ed 'effettività' del diritto elettorale*, in *Corr. Giur.* 1/2014, 7 ss; ed inoltre E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, VIII ed., Milano, 2012, 146 ss.

⁶ Sull'oggetto dell'azione di accertamento si v. A. Motto, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 396 ss.

⁷ Sull'interesse ad agire, si v. A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 309 ss

⁸ F. Ferrari, *Sotto la punta dell'iceberg: fictio litis e ammissibilità della q.l.c. nella sentenza n. 35/2017*, in *Forum di QC*, 14 febbraio 2017; sull'argomento, e più diffusamente, dello stesso Autore, si v. *Disposizione o norma? Fictio litis e giudizio incidentale*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2017.

risponso della Corte costituzionale. Come è noto uno dei cardini del modello incidentale è la differenza tra i *petita*, ovvero ciò su cui deve decidere il giudice *a quo* deve necessariamente *residuare* rispetto alla decisione della Corte. Nel caso del 2014 la Cassazione, dopo la sentenza della Corte costituzionale, ha chiuso il processo con la sentenza n. 8878/2014, operando una riqualificazione della domanda attorea che da azione costitutiva (nell'ordinanza di rimessione)⁹ ha assunto invece nella sentenza n. 8878 i caratteri più sfumati dell'azione di mero accertamento. E' stato a questo proposito evidenziato che se si fosse mantenuta l'impostazione originaria dell'azione come costitutiva, dopo la decisione della Corte costituzionale sarebbe venuto meno il ruolo del giudice *a quo* in quanto il mutamento della realtà giuridica non sarebbe più dipeso da una sua decisione, essendosi già prodotto per via della caducazione della legge da parte della Corte costituzionale. Per questa ragione, al fine di consentire al giudice *a quo* di conservare un ambito su cui pronunciarsi, si è preferito operare in occasione della sentenza una diversa qualificazione dell'azione da cui ha avuto origine il controllo, non più come costitutiva, ma come di mero accertamento, in quanto «la maggiore astrattezza di quest'ultima consentiva di ipotizzare con più disinvoltura il fatidico "residuo"»¹⁰.

E' di tutta evidenza che, anche a voler operare delle sottigliezze terminologiche, mediante differenti denominazioni, ciò che con l'azione di accertamento si è prodotto è una modalità alternativa di attivazione del controllo di costituzionalità, la cui incidentalità non si può fare salva attraverso locuzioni sia pur suggestive che non cambiano però la realtà delle cose¹¹. Ciò che forse andrebbe sottolineato è piuttosto che il modello incidentale deve necessariamente contemplare delle eccezioni, in quanto non sempre del tutto idoneo a garantire il controllo di costituzionalità di qualsiasi tipo di legge. Le vicende del 2014 e del 2017 ripropongono per tanto una problematica di carattere generale che riguarda il modello incidentale e i suoi necessari *adattamenti* che rimandano a loro volta al tema delle zone d'ombra/zone franche, essendo evidente che l'espedito dell'azione di accertamento che incorpora l'eccezione di incostituzionalità è stato in un certo senso ritenuto ammissibile, sia pure in termini di eccezione, in quanto ritenuto l'unico rimedio possibile per sottrarre all'immunità dal controllo la legge elettorale.

Che però l'azione di accertamento unitamente all'eccezione di incostituzionalità sarà effettivamente adoperata e ritenuta ammissibile solo nei casi in cui la si contempi come unico rimedio esperibile per sottrarre una legge alla zona d'ombra, questo è tutto da vedere. E sarà inevitabilmente la Corte costituzionale a segnare lo spartiacque tra questioni poste sulla base di azioni di mero accertamento relative a leggi che si sottraggono altrimenti al controllo, e questioni che invece riguardano leggi normalmente

⁹ Sul punto si vedano le osservazioni di S. Staiano, *L'accesso alla Corte costituzionale per far dichiarare l'illegittimità della legge elettorale*, in *Nomos*, 1, 2013, nella parte in cui analizza gli argomenti della Cassazione a sostegno dell'ammissibilità della questione, sottolineando che «nell'ordinanza di rimessione si assume che nella specie si versi nell'ipotesi delle azioni di accertamento-costitutive, poiché l'interesse dei ricorrenti non è tanto di non sapere di non aver potuto esercitare (nelle elezioni già svolte) e di non potere esercitare (nelle prossime elezioni) il diritto fondamentale di voto in modo conforme alla Costituzione, ma è quello di rimuovere un pregiudizio che invero non è dato da una mera situazione di incertezza ma da una (già avvenuta) modificazione della realtà giuridica che postula di essere rimossa mediante un'attività ulteriore, giuridica e materiale, che consenta ai cittadini elettori di esercitare realmente il diritto di voto in modo pieno e in sintonia con i valori costituzionali».

¹⁰ F. Ferrari, *Sotto la punta dell'iceberg: fictio litis e ammissibilità della q.l.c. nella sentenza n. 35/2017* cit., 3.

¹¹ In tal senso, si v. G. Repetto, *Il divieto di fictio litis come connotato della natura incidentale del giudizio di costituzionalità. Spunti a partire dalla recente ordinanza della Corte di cassazione in tema di legge elettorale*, in *Rivista AIC*, 3, 2013, nella parte in cui sottolinea: «L'esclusione in via di principio della possibilità che azioni di accertamento di diritti costituzionali, per quanto concrete ed effettive, possano arrivare al vaglio della Corte appare quindi strettamente connessa ad una incidentalità che si vuole salvaguardata solamente se tra i due giudizi permane una differenza strutturale tra "grandezze" oggettive (la richiesta avanzata nel giudizio a quo e la questione di costituzionalità in quello ad quem), tale in ogni caso da evitare l'arrivo alla Corte di una questione assimilabile ad un ricorso sostanzialmente diretto», 3.

applicabili dinanzi ad un giudice, rispetto alle quali l'azione di accertamento viene disposta al solo fine di sottoporre la legge al controllo di costituzionalità. Dunque, mentre nell'un caso la *fictio* sarà giustificata dalla circostanza che altrimenti la legge sarebbe ingiustamente sottratta al controllo, nell'altro invece la *fictio* non potrà essere giustificata, in quanto posta in essere col solo fine di aggirare il divieto di ricorso diretto.

Per ritenere ammissibili questioni avanzate sulla base di azioni di mero accertamento e dipanare i dubbi circa l'adeguatezza di questo tipo d'azione rispetto al modello incidentale, va anche tenuto presente che «l'esistenza di una concreta vicenda applicativa (o violativa) della legge rispecchia la "regolarità" del giudizio incidentale, non la "regola" di esso. La regola sulla rilevanza [...] richiede un "giudizio" avente un suo oggetto e la pregiudizialità della questione di costituzionalità, non richiede la pregiudizialità di una concreta vicenda applicativa o violativa rispetto alla questione di costituzionalità»¹². Ciò che conta, in altre parole, è che si sia instaurato un giudizio e che questo si fondi su validi presupposti processuali, in particolare sull'interesse ad agire, che si pone in casi del genere quale elemento a garanzia della stessa incidentalità¹³.

3. Casi di immunità dal controllo di costituzionalità

Che il modello incidentale possa subire delle eccezioni o degli adeguamenti rispetto a leggi più difficilmente controllabili dal punto di vista costituzionale credo che dipenda essenzialmente dall'estensione che si intenda riconoscere alle garanzie poste a tutela dell'ordinamento giuridico, compreso naturalmente il controllo di costituzionalità¹⁴. Come è stato opportunamente evidenziato «l'idea di una difesa oggettiva dell'ordinamento è oltre, non contro la difesa dei diritti soggettivi: muove, caso mai, nel senso di ampliare l'accesso alla Corte non di restringerlo»¹⁵. E a questo proposito va anche ricordato che tra i diritti soggettivi pubblici ben può essere ricompreso il diritto all'integrità costituzionale dell'ordinamento, in quanto «che la Costituzione non venga violata è, sì, un interesse (oggettivo) *di tutti* i cittadini, ma quasi sempre anche (soggettivo) *di ciascuno* di essi»¹⁶.

Vi sono nel nostro ordinamento leggi più difficilmente giustiziabili che pertanto è più complicato veicolare dinanzi alla Corte da parte di un giudice e nell'ambito di un giudizio. Può accadere tuttavia che tali leggi presentino dei profili di incostituzionalità tali da pregiudicare la piena garanzia di diritti costituzionalmente riconosciuti¹⁷. Può sostenersi, in tali casi, che l'azione di accertamento non abbia a suo presupposto processuale un interesse a ricorrere più che fondato? La risposta non può che essere affermativa, anche tenuto conto della circostanza che negli ordinamenti in cui il ricorso diretto dei cittadini dinanzi al tribunale costituzionale è ammesso, l'azione in questione deve essere necessariamente sorretta da un interesse ad agire, che non è altro che il fondato bisogno

¹² C. Padula, *Spunti di riflessione sull'azione di accertamento e l'incidentalità nel giudizio costituzionale*, in *Consulta on line*.

¹³ In questo senso, si v. S. Cupellini, *La fictio litis e le azioni di accertamento dei diritti costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, il quale osserva. «Senza dubbio, il Giudice costituzionale non può giudicare su questioni astratte tra il cittadino attore ed il legislatore, ed il processo deve costituire effettivamente la "radice e ragion d'essere della questione di costituzionalità"; ma il fine di evitare un sindacato su questioni artificiose può essere raggiunto ugualmente richiedendo, anziché la presenza necessaria di un *petitum* ulteriore, la presenza indefettibile dei requisiti della legittimazione e dell'interesse ad agire, secondo i principi generali che regolano il diritto di azione», 1379.

¹⁴ Sulla questione vi è un'ampia letteratura. Si v. in particolare R. Romboli, *Le vie di accesso al giudizio sulle leggi e qualche ipotesi per un loro ampliamento*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno 18, Torino, 2008.

¹⁵ A. Cerri, *Ci sarà pure un giudice a Berlino! Il mugnaio di Postdam e la legge elettorale*, in *Nomos*, 1, 2013, 1.

¹⁶ Così A. Spadaro, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, 1990, 168.

¹⁷ Si v. sul tema V. Onida, *La Corte e i diritti: tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, II, Milano, 1999, 1095 ss.

di tutela giurisdizionale da parte di un soggetto rispetto ad un diritto riconosciuto dall'ordinamento che rischia di essere in qualche modo pregiudicato.

Che la giurisprudenza della Corte abbia prevalentemente ribadito che la questione di legittimità costituzionale debba avere una portata delimitata rispetto alla causa principale e non possa del tutto coincidere con essa, dovendo necessariamente residuare uno spazio di decisione che sia di spettanza del giudice *a quo*, c'è una casistica specifica a dimostrarlo. Come pure però sono riscontrabili una serie di casi in cui tale orientamento è stato tacitamente disatteso. La ragione di fondo evidenziata in dottrina va rinvenuta nella considerazione che il modello incidentale non può comportare una dispersione delle garanzie di una giurisdizione piena¹⁸.

Ma a questo punto se ai fini di una piena espansione delle garanzie poste a tutela dell'ordinamento giuridico si giustifica che il modello incidentale possa incontrare di fatto delle eccezioni¹⁹, sarebbe forse opportuno che ciò venisse dichiarato, o attraverso un intervento del legislatore costituzionale sul modello incidentale oppure attraverso una sua esplicitazione in termini di eccezione da parte della Corte. In quest'ultimo senso, si pensi, a titolo esemplificativo, alla sentenza n. 10 del 2015 in cui la Corte ha espressamente derogato all'effetto retroattivo delle sentenze di accoglimento, stabilendo che per quel caso specifico l'annullamento della norma avrebbe avuto effetto solo *pro futuro*. Non sono mancate tuttavia in dottrina posizioni più rigorose che pur consapevoli della necessità, per casi come quello della legge elettorale, di addivenire comunque a forme di controllo di costituzionalità, non hanno ritenuto auspicabile che ciò avvenga attraverso una sentenza che nella sostanza introdurrebbe un nuovo percorso di accesso al giudizio di costituzionalità, facendo venir meno l'elemento dell'incidentalità²⁰, ma ciò debba necessariamente avvenire per via legislativa, non essendo preventivabili gli effetti che per via giurisprudenziale si produrrebbero sul sistema di giustizia costituzionale consentendo di fatto, ma senza una adeguata regolamentazione, ai giudici di instaurare per via diretta il giudizio di costituzionalità.

Si pone però a questo punto il problema di individuare le leggi che godono, in misura più o meno significativa, dell'immunità dal controllo per via incidentale, tenendo presente che si tratta di una categoria eterogenea, rispetto alla quale la Corte nel corso del tempo ha elaborato diverse soluzioni, giudicando ad esempio della loro legittimità costituzionale nell'ambito di giudizi diversi da quello attivato per via incidentale.

In riferimento alla natura e al contenuto, rientrano tradizionalmente nella categoria le leggi di azione o di organizzazione dei pubblici uffici²¹, le leggi-provvedimento, le leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati, le leggi di spesa, etc. Si tratta, in altre parole, di tipologie che per contenuto più difficilmente si prestano ad essere azionate dinanzi ad un giudice, a differenza di quelle che in dottrina vengono definite leggi di relazione che riguardano invece rapporti intersoggettivi²². Oppure, tipologie di atti come i regolamenti parlamentari che per la loro particolare natura e status costituzionale si sottraggono del tutto al controllo di costituzionalità.

¹⁸ Ivi, 4.

¹⁹ Sulla necessità dell'allargamento, per via giurisprudenziale, dell'accesso per via incidentale riguardo alla legge elettorale e ad altri casi particolari, sia pure senza produrre oscillazioni pericolose per l'impianto del sistema di controllo, si v. G. Azzariti, *Lo spazio teorico e l'opportunità politica per un mutamento di giurisprudenza*, in *Nomos*, 1, 2013.

²⁰ In questo senso cfr. A. Anzon Demmig, *Un tentativo coraggioso ma improprio per far valere l'incostituzionalità della legge per le elezioni politiche (e per coprire una "zona franca" del giudizio di costituzionalità)*, in *Nomos*, 1, 2013.

²¹ Sul tema, si v. E. Catelani, *Norme di organizzazione ed accesso alla Corte costituzionale*, in A. Anzon, P. Caretti e S. Grassi (a cura di), *Prospettive di accesso alla Corte costituzionale*, a cura di, Torino, 2000, 506 ss.

²² G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 225 ss.

In riferimento al tempo, ci sono poi alcuni atti, come ad esempio i decreti legge, che avendo durata temporanea possono anch'essi ritenersi più difficilmente aggredibili anche se il controllo attivato sul decreto può essere poi trasferito sulla legge di conversione. In ogni caso, i tempi contenuti rendono il controllo per via incidentale di questi atti normativi difficilmente percorribile.

Vi sono poi casi di leggi più difficilmente controllabili se della nozione di giudice e di quella di giudizio²³ si dia una interpretazione ristretta; in molti casi, infatti, la stessa Corte, promuovendo un orientamento interpretativo finalizzato ad ampliare quanto più possibile le vie di accesso, ha ritenuto ad esempio giudice *a quo* gli arbitri rituali, la sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, il giudice di sorveglianza, i comandanti di porto, i collegi e i consigli nazionali degli ordini professionali, le commissioni tributarie, nonché la stessa Corte costituzionale, etc. Va anche precisato a questo proposito che mentre in una prima fase si è assistito ad una giurisprudenza più elastica che riteneva sufficiente la sussistenza anche di un solo requisito, si è poi avuto un irrigidimento che ha condotto ad un orientamento secondo cui entrambi i requisiti di giudice e di giudizio dovessero essere ottemperati²⁴. Un caso emblematico in tal senso, cioè di legge più difficilmente controllabile per mancanza del giudice competente, è appunto quello già richiamato della legge elettorale per via dell'autonomia delle camere.

4. Conclusioni

Sulle conseguenze del caso che ha riguardato le due leggi elettorali relativamente al modello incidentale, sarà probabilmente la stessa Corte ad evitare che nel sistema di accesso si verifichino alterazioni significative che determinino di fatto un'apertura incondizionata al ricorso diretto. Anche se sarebbe auspicabile un intervento del legislatore costituzionale, è probabile che ciò non avvenga.

Brevemente, nel merito, le due decisioni, quella del 2014 e quella del 2017, sembrano aver consolidato un orientamento che sulla base di un'azione di accertamento rende di fatto possibile il controllo della legge elettorale, e ciò a prescindere da una sua concreta applicazione. A differenza infatti di quanto accaduto per la legge Calderoli, che aveva trovato applicazione, per l'Italicum il controllo è avvenuto a prescindere, come del resto la stessa Corte costituzionale aveva già evidenziato in un passaggio della n. 1 del 2014, sottolineando che il giudizio di legittimità costituzionale può riguardare una legge anche se la stessa non è stata ancora applicata. Quel che appare però come un filone coerente tra la decisione del 2014 e quella del 2017 è stato anche contraddetto da alcune pronunce di segno inverso, intervenute nel frattempo, che non hanno riguardato però nello specifico la legge per l'elezione di camera e senato e che sono state anche richiamate nella sentenza n. 35. Mi riferisco in particolare alla sentenza n. 110 del 2015 sulla legge per l'elezione del parlamento europeo²⁵ che ha ritenuto inammissibile la questione in quanto «il giudice rimettente, limitandosi a ricordare l'esistenza dell'istituto dell'interesse ad agire e a citare il *petitum* della domanda, senza argomentare sull'incertezza necessaria ai fini del valido esercizio dell'azione di accertamento, non offra una adeguata motivazione delle ragioni per le quali ha ritenuto ammissibile tale azione, sulla quale è chiamato a pronunciarsi nel giudizio principale», (paragrafo 3.2, in diritto); ed inoltre alla sentenza n. 193 del 2015 sulla legge elettorale della regione Lombardia, dove l'argomento a sostegno della inammissibilità della questione relativa all'assegnazione del premio di maggioranza ha assunto un'altra sfumatura ancora; si legge infatti nella sentenza che «nella sua

²³ In merito alla nozione di giudice e giudizio e alle relative oscillazioni della giurisprudenza costituzionale, si v. A. Patroni Griffi, *Accesso incidentale e legittimazione degli «organi a quo»*, Napoli, 2012.

²⁴ Sul tema si v. A. Oddi, *La nozione di giudice a quo*, paper disponibile su giurcost.org.

²⁵ In proposito si rinvia a S. Lieto, P. Pasquino, *Porte che si aprono e che si chiudono. La sentenza n. 110 del 2015*, in www.forumcostituzionale.it, 2015.

applicazione al caso concreto, la disposizione censurata non ha prodotto alcuno degli effetti incostituzionali paventati dal rimettente [...]In ragione di ciò la questione risulta essere meramente ipotetica, e pertanto non rilevante. Di qui la sua inammissibilità»²⁶.

Non si ritiene naturalmente di poter tirare le somme rispetto a decisioni così diversificate che hanno riguardato profili di incostituzionalità non sempre assimilabili e comunque fondati su argomentazioni anche diverse. Credo però che ci siano alcuni elementi comuni che inducono a fare una riflessione a carattere più ampio sulla materia elettorale e sulle posizioni assunte dalla Corte, rispetto alle quali sarebbe auspicabile una maggiore coerenza.

** Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Napoli Federico II

²⁶ La questione riguardava l'assegnazione del premio di maggioranza e in proposito il TAR lamentava che la disposizione che lo prevede, nel subordinarne l'attribuzione ai voti del Presidente, anziché a quelli delle liste a lui collegate, in difetto peraltro di una soglia minima di voti ad esse riferibile (soglia che nell'ipotesi di cui all'art. 1, comma 24, lettera a, manca anche rispetto ai consensi ottenuti dal Presidente) e per di più con la possibilità di esprimere un voto disgiunto, stravolgerebbe del tutto la volontà del corpo elettorale rispetto alle candidature al Consiglio regionale, ben potendo accadere che liste o coalizioni assolutamente minoritarie ottengano la maggioranza assoluta dei seggi, purché collegate ad un candidato eletto Presidente, anche con un numero esiguo di voti, (paragrafo 3, in diritto).