

Sotto la punta dell'*iceberg*: *fictio litis* e ammissibilità della q.l.c. nella sent. n. 35/2017*

di Fabio Ferrari**
(14 febbraio 2017)

L'argomento più appariscente a favore dell'*inammissibilità* della q.l.c. avente ad oggetto l'*Italicum* era dato, senz'altro, dalla mancata applicazione di quest'ultima¹: quali che siano le oscillazioni in merito al significato da attribuire a "concretezza della q.l.c."², appariva davvero difficile pensare che una legge – allo stato degli atti – non produttiva di effetti giuridici potesse fungere da norma oggetto in un processo costituzionale (e, prima ancora, da norma del caso in un giudizio comune).

Come noto le Corti ha scelto una strada diversa, ma il nodo dell'astrattezza della legge elettorale sembra in realtà solo la punta dell'*iceberg*: nell'opinione di chi scrive, difatti, vi erano plurime e solide ragioni per una pronuncia di *inammissibilità* a *prescindere* da questo macroscopico rilievo. È bene dunque provare a guardare un po' sotto la superficie emersa.

La Corte, con apprezzabile sintesi analitica, offre quattro ragioni a favore dell'ammissibilità della questione³: 1) la solidità delle argomentazioni dei giudici a *quibus* in tema di interesse ad agire; 2) la sussistenza della pregiudizialità e, dunque, di un residuo di giurisdizione in capo al giudice comune dopo la sentenza costituzionale; 3) la peculiarità e l'importanza del diritto di voto; 4) i rischi derivanti dalla presenza di zone franche nell'ordinamento in generale e in materia elettorale in particolare.

In ordine: quanto al primo argomento, esso si basa sull'idea che l'azione di accertamento possa essere esperita anche innanzi a situazioni di mero dubbio sulla portata dei diritti, senza che sia necessaria una lesione concreta della situazione soggettiva; anzi, verrebbe da dire, proprio per evitare che una tutela ritardata pregiudichi un "bene della vita" che può essere protetto in via preventiva.

Questo assunto non convince.

È vero che le azioni di accertamento rispondono all'esigenza descritta⁴: però, un conto è chiedere al giudice comune di *accertare* la portata delle situazioni giuridiche a confronto, tutt'altro è sfruttare il processo comune per colpire frontalmente la disposizione legislativa per ragioni di incostituzionalità. Tizio, dipendente della società Alfa, vuole comprendere appieno il monte ore della propria prestazione lavorativa: si rivolge dunque ad un giudice, perché *accerti* il *quantum* orario dovuto⁵; il comune Beta vuole essere certo dell'operatività della polizza assicurativa stipulata con l'assicurazione Gamma: chiede dunque al giudice di *accertare* correttamente i termini contrattuali intercorrenti tra le parti⁶; Sempronio, a seguito della cessione del proprio contratto di lavoro, si rivolge ad un giudice ai fini di *accertare* la reale identità del proprio datore di lavoro⁷. In tutti questi "precedenti"⁸, è il giudice comune, in prima

* In questa nota si anticipano, in estrema sintesi, parte delle riflessioni sul tema della *fictio litis* proposte in F. Ferrari, *Disposizione o norma? Fictio litis e giudizio incidentale*, in *Quad. Cost.* 1/2017, in corso di stampa.

¹ Bin (2016), Ferrari (2016).

² Sulla nozione di concretezza della q.l.c. Dal Canto (2002, 146-152).

³ § 3.1 c.i.d., Corte Cost. n. 1/2014.

⁴ In ogni caso, l'ammissibilità innanzi al giudice comune di azioni di accertamento prive di reale conflitto tra le parti non è del tutto pacifica: Proto Pisani (2006, 142-143) e F. P. Luiso (2015, 226).

⁵ Cass. Civ. n. 4496/2008.

⁶ Cass. Civ. n. 12893/2015.

⁷ Cass. Civ. n. 16262/2015.

⁸ Il primo è richiamato nell'ordinanza della Cassazione del 2013 dalla quale è sorta la sent. n. 1/2014 (§ 3.1.1.); il secondo e il terzo direttamente nella sentenza della Corte costituzionale in oggetto (§ 3.3.).

persona, a determinare l'accertamento: egli trova e interpreta la disposizione (*iura novit curia*), ne ricava la norma da applicare al caso e risolve il conflitto; è un procedimento logico che si svolge tutto all'interno del suo processo e della sua giurisdizione.

Nel caso in esame, quale accertamento compie il giudice comune? Egli si limita a sollevare la q.l.c. alla Corte prendendo puramente e semplicemente atto della sentenza: *un conto è determinare alcunché, altro è constatarlo quale conseguenza dell'attività di un altro giudice*. Le azioni di accertamento possono certamente, in taluni casi, essere esperite anche in assenza di preventiva contestazione da parte del convenuto; ma la situazione d'incertezza deve essere sanabile attraverso un'attività *propria* del giudice comune, non potendosi egli limitare a fungere da tramite per la Corte costituzionale: l'interesse ad agire deve essere endogeno al processo comune, non esogeno allo stesso.

Come afferma correttamente la stessa Cassazione⁹, dunque, l'*accertamento* serve a dare voce, grazie al giudice comune, alla reale "volontà della legge", non a contestarne brutalmente la legittimità costituzionale. Certo, in ogni processo può (anzi, deve se necessario) sorgere un incidente di costituzionalità: ma nel caso di una sentenza di accoglimento in capo al giudice *a quo* deve residuare, tale ed uguale, il compito di accertare il contenuto normativo del quesito principale, pur non potendo più fruire della disposizione ritenuta incostituzionale. È del tutto evidente che nel caso di specie, al contrario, il giudizio sulla fondatezza della domanda dipende esclusivamente dalla pronuncia costituzionale: accolta la questione, fondata la domanda! Questo produce una conseguenza inaccettabile dal punto di vista logico-giuridico: nel momento in cui il giudice comune ritiene sussistente l'interesse ad agire della parte, l'eventuale accoglimento della q.l.c. produce l'*automatica* fondatezza della domanda attorea. Inutile dire che un conto è avere un interesse ad agire, tutt'altro pretendere ragione nel merito: in questo caso le due condizioni si mescolano fino a coincidere proprio perché, appunto, manca un reale operare del giudice comune: manca la sua cognizione sulla reale "volontà della legge"¹⁰.

Ciò posto, il passaggio all'argomento *sub 2)* – la sussistenza della pregiudizialità – è obbligato e immediato: cosa residuerà in capo al giudice comune alla ripresa del processo *a quo*? Tanto nella sentenza in oggetto, quanto in quella "madre" (la n. 1/2014), lo si ripete a mo' di mantra: anzitutto, l'accertamento di tutte le condizioni da cui la legge fa dipendere il diritto di voto¹¹; ancora, il potere-dovere di ripristinare il diritto di voto nella sua pienezza, seppur mediante la sentenza della Corte costituzionale¹². Ebbene, è del tutto evidente che la constatazione "di tutte le altre condizioni da cui la legge fa dipendere il diritto di voto" debba essere preventivo, non successivo, alla decisione di sollevare la q.l.c.: se le parti che hanno iniziato il processo *a quo* non fossero "elettori", l'interesse ad agire mancherebbe senza alcuna discussione. Chi scrive ritiene, come si è visto, che manchi a prescindere, ma anche sforzandosi di seguire l'impostazione della Corte è evidente che solo un "cittadino elettore" può avere un qualche interesse ad una tale azione: perciò, l'accertamento della titolarità del diritto all'elettorato attivo da parte del giudice è presupposto dell'azione, non certo un *successivo residuo*. Quanto invece al fatto che solo al giudice comune spetti ripristinare il diritto di voto nella sua pienezza, *accertandolo*, è bene

⁹ Ord. Cass 13060/2013, § 3.1.1

¹⁰ Da qui, in ottemperanza alla consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale sul punto, sarebbe stato necessario dichiarare l'incostituzionalità della q.l.c. per assenza della pregiudizialità e coincidenza dei due *petita*; cfr., per esempio, sent. n. 65/1964 e ord. n. 17/1999. Sul punto, altresì, Zagrebelsky (1988, 586-587).

¹¹ § 2 c.i.d., sent. n. 1/2014; § 3.2 c.i.d., sent. n. 35/2017.

¹² § 1.2 r.i.f., sent. n. 1/2014 (con riferimento ad un argomento utilizzato nell'ordinanza di remissione della Cassazione (§ 3); § 3.1 c.i.d., sent. n. 35/2017.

segnalare quanto segue: dopo la sent. n. 1/2014 la Cassazione chiuse il processo; la sentenza (n. 8878/2014) con cui questo avvenne è molto interessante: nell'ordinanza di remissione (n. 12060/2013), i giudici di legittimità ritennero di dover mutare la qualifica dell'azione attorea; non mero accertamento, ma tendenzialmente costitutiva¹³; nella sentenza definitiva, al contrario, senza motivare sul punto tornarono a qualificarla come di accertamento mero¹⁴. Perché questa torsione, peraltro immotivata? La precarietà delle argomentazioni del giudice di merito in tema di interesse ad agire indusse la Cassazione, secondo l'interpretazione di chi scrive¹⁵, a qualificare l'azione come costitutiva, per il semplice motivo che questa prevede "ontologicamente", "*in re ipsa*"¹⁶ la presenza di un interesse ad agire; però, al contempo, essa implica anche che il mutamento della realtà giuridica avvenga direttamente per tramite del giudice di cognizione¹⁷; dunque, tale azioni si rivelava perfetta per ispessire la presenza dell'interesse ad agire e della pregiudizialità *a monte* della q.l.c., comportando però un enorme strascico problematico *a valle* della stessa, posto che una volta annullata la legge da parte della Corte costituzionale...sarebbe anche cessata la lesione, provocando l'inutilità dell'intervento costitutivo del giudice comune. Ecco allora che a valle, come si accennava, appariva più opportuno riquilibrare il tutto come azione di mero accertamento, posto che la maggiore astrattezza di quest'ultima consentiva di ipotizzare con più disinvoltura il fatidico "residuo".

Detto con il massimo rispetto, se la pregiudizialità della q.l.c. nella sent. n. 35/2017 si basa questo "precedente", forse l'argomentazione non è del tutto convincente.

Da ultimo, rimane il tema dell'importanza del diritto di voto e, strettamente connesso a questo, del pericolo delle zone franche. La questione è tremendamente seria: però, forzare vistosamente l'incidentalità – o addirittura affermare che un giudizio costituzionale su tali leggi è possibile soltanto in deroga alle regole processuali, come scritto dalla Corte costituzionale in una motivazione quantomeno sorprendente¹⁸ – può essere assai inopportuno e forse anche pericoloso per la credibilità della Consulta¹⁹.

¹³ «Del resto (...) è discutibile che si tratti realmente di un'azione di mero accertamento, posto che l'interesse dei ricorrenti non è tanto quello di sapere di non avere potuto esercitare (nelle elezioni già svolte) e di non potere esercitare (nelle prossime elezioni) il diritto fondamentale di voto in modo conforme a 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. In tal modo ci si allontana dall'archetipo delle azioni di mero accertamento per avvicinarsi a quello delle azioni costitutive o di accertamento-costitutive», § 3.1.1, Ord. Cass. Civ. n. 13060/2013.

¹⁴ § 2.1 Cass. Civ. n. 8878/2014.

¹⁵ Anche secondo Consolo (2014, 10-11) la virata della Cassazione verso l'azione costitutiva è funzionale a dimostrare l'interesse ad agire, ma del tutto inidonea a provare il residuo di competenza del giudice comune *post* giudizio della Consulta. L'A., peraltro, ritiene persistente l'interesse ad agire della parte privata se configurato all'interno di un'azione inibitoria: al giudice comune spetterebbe ordinare (tramite la sentenza della Consulta) ai convenuti (Presidenza del Consiglio e Ministro degli Interni) l'esecuzione delle elezioni future con regole diverse. L'argomento sembra difficilmente condivisibile: posto che la determinazione delle regole elettorali è di competenza del Parlamento, quest'ultimo è tenuto a comprimere la propria discrezionalità legislativa *solo* a seguito delle pronunce della Corte costituzionale, non in ottemperanza alle sentenze di un giudice comune.

¹⁶ Chiovenda (1960, 173), Consolo (2014, 14).

¹⁷ Mandrioli - Carratta (2015, 82-83) «(...) mentre con la condanna il giudice non può che rimandare l'attuazione effettiva del diritto ad un'attività tutelatrice ulteriore, da compiersi – in quanto destinata ad operare nel mondo materiale – dall'organo esecutivo, nel caso della sentenza costituiva, l'ulteriore attuazione del diritto accertato può compiersi subito e direttamente dal giudice, dal momento che per attuarla non occorre operare nel mondo materiale, ma solo nel mondo degli effetti giuridici, ossia in un mondo in cui l'organo giurisdizionale è in un certo qual modo onnipotente».

¹⁸ Corte Cost. n. 110/2015: il giudizio costituzionale sulle leggi elettorali è consentito solo quando tali disposizioni «non potrebbero essere eliminat[e] attraverso lo *strumento del giudizio incidentale*» e in sede di valutazione dell'ammissibilità della questione assume un particolare rilievo «che sussistano zone sottratte al controllo di costituzionalità (...) [e] leggi che *non* potrebbero venire sottoposte per le vie *ordinarie* al sindacato di questa Corte». Né pare smorzare il tono di un tale affermazione la precisazione per cui ai fini del giudizio sull'ammissibilità è necessaria – da un lato – la non coincidenza tra i due *petita* e – dall'altro – «l'impossibilità» di far pervenire tali norme innanzi alla Corte «secondo l'*ordinaria* via incidentale»: è proprio l'*ordinaria* via incidentale che richiede, per stessa giurisprudenza costituzionale, la differenza tra i due *petita*, perciò, o si è dentro i confini del giudizio incidentale, o si è fuori; corsivi aggiunti.

¹⁹ Sul delicato rapporto tra credibilità del giudice e rispetto delle regole processuali Bin (2014, 86-91). Sul punto, si condivide altresì *in toto* l'affermazione di Pugiottio (2015, 6): «È il problema di sempre che ritorna: *quis custodiet custodes?* E ritorna, come sempre accade

La Corte costituzionale è e rimane, per quanto particolare, un giudice: ne deriva che la dimensione in cui essa deve muoversi è quella del processo e delle sue regole. La soluzione alle falle del sistema può essere data senz'altra in via interpretativa, quando consentito *de jure condito*, ma soprattutto con un intervento innovativo del legislatore di revisione²⁰, almeno nel caso in cui la creatività ermeneutica rischi di risolversi in una vera e propria deroga ai confini del processo e, per quanto qui interessa, all'incidentalità della q.l.c.²¹.

Bin R. (2014), *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, Milano, Franco Angeli.

Bin R. (2016), *Italicum: perché dalla Corte non bisogna aspettarsi nulla*, in www.lacostituzione.info, 11 Dicembre 2016.

Catalano S. (2016), *Il controllo sulle leggi elettorali: riflessioni sulla legge di revisione costituzionale approvata dal Parlamento che introduce il ricorso preventivo*, in Ferri G. (cur.), *La democrazia costituzionale tra nuovi diritti e deriva mediale*, Napoli, ESI, pp. 173 ss.

Consolo C. (2014), *L'antefatto della sentenza della Consulta: l'azione di accertamento della "qualità" ed "effettività" del diritto elettorale*, in *Corr. giur.* 1, pp. 7 ss.

Dal Canto F. (2002), *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in Malfatti E. – Romboli R. – Rossi E. (cur.), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, Giappichelli, 145 ss.

Ferrari F. (2016), *Corte e Italicum: siamo proprio sicuri che interverrà?*, in www.lacostituzione.info, 8 Dicembre 2016.

Ferrari F. (2017), *Disposizione o norma? Fictio litis e giudizio incidentale*, in *Quad. cost.*, 1, in corso di stampa.

Luiso F. P. (2015), *Diritto processuale civile*, I, Milano, Giuffrè.

Mandrioli C. – Carratta A. (2015), *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizione generali*, Torino, Giappichelli.

Proto Pisani A. (2006), *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene.

Pugiotto A. (2015), *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, pp. 1 ss.

Romboli R. (2016), *La legittimazione della Cassazione a sollevare questione di costituzionalità nell'ambito del procedimento di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363, 3° comma, c.p.c.* in *Aa.Vv.*, *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, Napoli, ESI.

Zagrebelsky G. (1988), *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.* XXXVI, Milano, Giuffrè, pp. 521 ss.

**Assegnista di ricerca in istituzioni di diritto pubblico, Università degli studi di Verona

ogni qual volta la Corte costituzionale ritiene "il rispetto delle regole processuali un valore 'interno' all'opera di bilanciamento" (Romboli), quando invece ne rappresenta la cornice esterna. Per come la vedo io, il rispetto della pregiudizialità costituzionale non è collocabile su uno dei due piatti della bilancia, semplicemente perché di quella bilancia è ingranaggio indispensabile al suo corretto funzionamento».

²⁰ Apprezzabile, pur con molti limiti, l'opzione prevista nel progetto di revisione costituzionale approvato in questa legislatura (respinto dal *referendum* oppositivo del 4 Dicembre 2016) in tema di controllo preventivo sulla legislazione elettorale nazionale. Sul punto e in generale su quel tipo di strumento Catalano (2016, 173 ss.).

²¹ Ci si riferisce qui alla nozione di "incidentalità" in senso ampio, posto che incidentalità, rilevanza e pregiudizialità non sono sinonimi: sul punto Romboli (2016, 709-710).