

Fictio litis e azioni di accertamento del diritto costituzionale di voto dopo la sentenza 35/2017*

di Giovanni Comazzetto **
(21 giugno 2017)

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Il varco aperto dalla sentenza 1/2014. 3. Una crisi temporanea del modello incidentale? 4. La sentenza 110/2015: parziale chiusura del varco e problemi irrisolti. 5. La sentenza "Italicum": una corsia preferenziale *ad tempus* per la legge elettorale delle Camere? 6. Giustizia e diritto processuale costituzionale.

1. Introduzione

Quando un giudice sceglie di decidere *a qualunque costo* e arriva perciò a forzare le regole processuali che ne delimitano l'operato, rispondendo a pressioni di vario genere, la sua decisione può determinare fratture e disarmonie difficili da ricomporre successivamente.

Categorie processuali consolidate nell'arco di decenni possono senz'altro essere ripensate, restando immutato il dato normativo: è l'ermeneutica¹. Meccanismi e procedure possono essere adattati a casi inediti: la giurisprudenza costituzionale italiana fornisce innumerevoli esempi di questa elasticità. Ma una recente decisione adottata dalla Corte costituzionale in una situazione anomala (la sentenza 13 gennaio 2014, n. 1 in materia di legge elettorale), ed essa stessa connotata da tratti di eccezionalità, è andata oltre, almeno secondo parte della dottrina², rischiando così di alterare l'assetto incidentale del giudizio di costituzionalità; né le decisioni successive su casi più o meno simili sono valse a dissipare i dubbi dei commentatori e a risolvere le contraddizioni che la prima decisione aveva sollevato. A quello storico precedente si è infatti richiamata in particolare la recentissima sentenza 9 febbraio 2017, n. 35, nella quale sono state ritenute ammissibili e poi

* Scritto sottoposto a *referee*.

¹ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, in *Giur. cost.*, n. 3/2014, p. 2968.

² V. *ex multis* R. BIN, "Zone franche" e legittimazione della Corte, in www.forumcostituzionale.it, 2014, p. 4; A.A. 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*, n. 1/2013, p. 6; A. GIGLIOTTI, *Violata la "zona d'ombra"?* *La quaestio legitimitatis della legge elettorale*, in *Nomos*, n. 1/2013, p. 1 ss.; S. STAIANO, *La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014, p. 6 ss.

ampiamente affrontate nel merito plurime questioni di legittimità costituzionale sollevate in ordine alla legge 6 maggio 2015, n. 52 (nota nel dibattito pubblico come "*Italicum*"). Per la seconda volta nella storia costituzionale della Repubblica la Corte ha pertanto accettato di vagliare la legittimità costituzionale della legge elettorale della Camera, accogliendo questioni sollevate nell'ambito di vari processi che avevano ad oggetto il mero accertamento del diritto costituzionale di voto, ponendosi su un crinale che li rendeva molto simili a ricorsi diretti di costituzionalità sul modello del *recurso de amparo constitucional* spagnolo o del *Verfassungsbeschwerde* tedesco.

La proposizione di azioni di accertamento di tal fatta, prevedibile dopo la pronuncia del 2014, è dovuta in particolare alla persistente impossibilità di aggredire per altra via le leggi che disciplinano l'elezione delle Camere. Non essendo stata confermata in sede referendaria la recente riforma costituzionale, che prevedeva un inedito controllo *preventivo* sulle leggi elettorali delle Camere (nonché un controllo in via transitoria sulle leggi elettorali promulgate nel corso dell'attuale legislatura, ai sensi dell'art. 39 comma 11 della legge di revisione costituzionale), e non essendo stata precedentemente attuata la delega contenuta nell'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, nella parte in cui autorizzava il Governo ad introdurre la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie concernenti atti del procedimento elettorale preparatorio (con conseguente possibilità di sollevare incidente di costituzionalità in quella sede), costituisce tuttora un ostacolo apparentemente insormontabile al controllo incidentale "tradizionale" sulle leggi in questione la previsione dell'art. 66 Cost., che attribuisce, secondo la lettura prevalente³, alle

³ Sussiste a questo riguardo un'importante asimmetria tra la disciplina del contenzioso elettorale relativo alle elezioni nazionali e quella concernente le elezioni regionali, locali e del Parlamento europeo. Tale differenziazione ha delle significative ricadute sulle possibilità di accesso alla Corte. Per quanto concerne la disciplina delle elezioni degli enti locali e delle Regioni, infatti, la via dell'accesso incidentale alla Corte è praticabile in forza della tutela apprestata nella fase preparatoria del procedimento elettorale e dell'impugnabilità dell'atto conclusivo del procedimento, adottato dagli organi consiliari. A livello nazionale, per contro, la previsione dell'art. 66 Cost. per cui ciascuna Camera "giudica dei titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità" preclude, *rebus sic stantibus*, qualsivoglia intervento dell'autorità giurisdizionale ordinaria o amministrativa e, conseguentemente, costituzionale, almeno secondo la lettura che di questa norma si è data finora. Un orientamento consolidato della Corte di Cassazione (Cass. Sez. un., 8 aprile 2008, nn. 9151-9153; Id., 6 aprile 2006, nn. 8118-8119) nega infatti che vi sia giurisdizione dei giudici ordinario e amministrativo non solo riguardo (com'è pacifico) alla verifica dei titoli degli eletti, ma anche alle contestazioni di provvedimenti di esclusione di liste o candidati nel corso del procedimento elettorale preparatorio, in base ad una interpretazione dell'art. 87 della legge elettorale della Camera ritenuta invero estensiva da una parte della dottrina (v. F.G. ScocA, *Elezioni politiche e tutela giurisdizionale*, in *Giur. cost.*, n. 5/2009, p. 3613). A parere della

Camere stesse la competenza esclusiva in ordine alla definizione di tutte le controversie elettorali politiche. Essendo dunque impossibile, *rebus sic stantibus*, che un giudizio costituzionale si innesti su controversie inerenti al procedimento elettorale o ad esso immediatamente seguenti (per effetto dell'impugnazione dell'atto di proclamazione degli eletti), la via dell'azione di accertamento del diritto fondamentale di voto resta quella dotata di maggiori probabilità di superare il vaglio di ammissibilità di fronte alla Corte costituzionale, quantomeno in base alla sua recente e discussa giurisprudenza.

La possibilità di sollevare eccezioni di incostituzionalità a partire da azioni di mero accertamento non è invero stata riconosciuta con ampiezza dalla Corte, poiché essa dopo la "rottura" determinata dalla sentenza 1 del 2014 ha avuto occasione di pronunciarsi su altre questioni insorte nel contesto di giudizi di accertamento del diritto di elettorato attivo optando per l'inammissibilità delle

Cassazione, pertanto, dovrebbero essere le Giunte per le elezioni in prima battuta, e poi le Assemblee parlamentari, a decidere in ordine a tali controversie, esercitando in tale occasione un'attività di natura giurisdizionale. Le Giunte per le elezioni, per contro, hanno sempre negato di essere competenti a decidere su tali doglianze, osservando che "la verifica dei titoli di ammissione degli eletti esclude per definizione che nella stessa possa ritenersi ricompreso anche il controllo sulle posizioni giuridiche soggettive di coloro i quali (singoli o intere liste) non hanno affatto partecipato alla competizione elettorale" (Giunta delle elezioni della Camera dei deputati, *Resoconto di mercoledì 13 dicembre 2006*, che si può reperire in http://leg15.camera.it/_dati/lavori/bollet/200612/1213/html/16/comunic.htm). La giurisprudenza costituzionale sul punto non è univoca: fino al 2003 la Corte ha negato che la verifica dei poteri da parte delle Giunte e delle Camere costituisse attività giurisdizionale, qualificando così l'art. 66 Cost. come "unica eccezione al sistema generale di tutela giurisdizionale in materia di elezioni" (Corte cost., sent. 26 marzo 1993, n. 113), spostandosi successivamente verso la medesima posizione della Cassazione (ord. 23 marzo 2006, n. 117); riguardo al punto nodale della questione, ovvero l'ammissibilità di un intervento della giurisdizione ordinaria o amministrativa per dirimere controversie insorgenti nel corso del procedimento elettorale preparatorio, il giudice delle leggi ha mostrato un'inedita apertura nella sent. 19 ottobre 2009, n. 259, anche alla luce della citata legge 18 giugno 2009 n. 69 (poi non attuata sotto questo aspetto) che delegava al Governo l'introduzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sul contenzioso pre-elettorale politico. Su quest'ultima sentenza della Corte costituzionale v., oltre a F.G. SCOCA, *Elezioni politiche e tutela giurisdizionale*, cit., anche D. CARRARELLI, *Leggi elettorali e sindacato di costituzionalità*, in *Giur. it.*, n. 6/2009, pp. 1462-1469; E. LEHNER, *L'apertura condizionata della Corte sulla verifica dei poteri, tra tutela dell'autonomia parlamentare e garanzia dei diritti di elettorato passivo*, in *Giur. cost.*, n. 5/2009, pp. 3620-3634 e P. TORRETTA, *Quale giudice per il contenzioso pre-elettorale politico? Riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 259 del 2009*, in www.forumcostituzionale.it, 2010, pp. 1-18. Quest'ultima A. in particolare osserva che "la tendenza alla giurisdizionalizzazione della materia appare chiara anche nella volontà del Parlamento, non solo nella strenua rinuncia delle Camere ad occuparsi di questi aspetti, ma anche nell'orientamento legislativo dalle stesse assunto nel momento in cui hanno, con la delega richiamata dalla stessa Corte, conferito al Governo il compito di definire la procedura giudiziaria per la difesa dei diritti politici nella fase che precede il voto".

stesse⁴ (sent. n. 110 del 2015, su cui vedi *infra*); ad un rischio analogo si esponevano le ordinanze dei giudici *a quibus* nei processi che hanno condotto alla sentenza n. 35 del 2017, tanto più che in questo caso si chiedeva al giudice costituzionale di pronunciarsi su una normativa elettorale non applicabile nel momento in cui alcune delle ordinanze di remissione erano state sollevate (in particolare quella del Tribunale di Messina), e in ogni caso finora mai applicata.

Ciò vale a distinguere la situazione odierna da quella che faceva da cornice alla sentenza n. 1 del 2014, dove per contro la legge elettorale sottoposta al giudizio di costituzionalità aveva trovato più volte applicazione, comprimendo di fatto ed incostituzionalmente la libertà e pienezza dell'elettorato attivo, ed era oramai circondata da una tale riprovazione etica presso l'opinione pubblica e i principali organi costituzionali (dal Presidente della Repubblica alla stessa Corte costituzionale⁵) da far ritenere non più rinviabile un intervento risolutivo che ponesse fine alla situazione di immobilismo politico.

Se è vero che la Corte, giudicando ammissibili e poi fondate le questioni di legittimità costituzionale della legge elettorale del 2005, aveva assecondato il "sentimento giuridico della Nazione"⁶ su tale normativa, è altrettanto vero che le ragioni da essa addotte a sostegno dell'ammissibilità della *quaestio* sono state ritenute da buona parte della dottrina *difformi* rispetto al modello di incidentalità

⁴ Al punto che si è parlato in dottrina di *overruling* rispetto alla sentenza n. 1 del 2014: v. F. SORRENTINO, *La Corte e i suoi precedenti: overruling o continuità?*, in *Giur. cost.*, n. 3/2015, p. 886.

⁵ V. il discorso di insediamento del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano del 22 aprile 2013, reperibile in http://www.repubblica.it/speciali/politica/elezioni-presidente-repubblica-edizione2013/2013/04/22/news/napolitano_il_testo_integrale_del_discorso_di_insedimento-57257266/, in particolare il passaggio nel quale il Presidente sottolineava che "imperdonabile resta la mancata riforma della legge elettorale del 2005. Ancora pochi giorni fa, il Presidente Gallo ha dovuto ricordare come sia rimasta ignorata la raccomandazione della Corte costituzionale a rivedere in particolare la norma relativa all'attribuzione di un premio di maggioranza senza che sia raggiunta una soglia minima di voti o di seggi. La mancata revisione di quella legge ha prodotto una gara accanita per la conquista, sul filo del rasoio, di quell'abnorme premio, il cui vincitore ha finito per non riuscire a governare una simile sovrarappresentanza in Parlamento. Ed è un fatto, non certo imprevedibile, che quella legge ha provocato un risultato elettorale di difficile governabilità, e suscitato nuovamente frustrazione tra i cittadini per non aver potuto scegliere gli eletti", e le sentenze 30 gennaio 2008, nn. 15 e 16 prima, 12 gennaio 2012, n. 13 poi, in cui la Corte costituzionale evidenziava "l'esigenza di considerare con attenzione gli aspetti problematici della legislazione prevista nel 2005, con particolare riguardo all'attribuzione di un premio di maggioranza, sia alla Camera dei deputati che al Senato della Repubblica, senza che sia raggiunta una soglia minima di voti e/o di seggi" (punto 3 del *Considerato in diritto*).

⁶ M. BIGNAMI, *La Corte costituzionale interviene in via "semi-incidentale" sulla legge elettorale: un approccio prudente per un caso eccezionale*, in M. D'AMICO - S. CATALANO (a cura di), *Prime riflessioni sulla "storica" sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, Milano, 2014, p. 28.

così come delineato normativamente dall'art. 1 della l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1 e dall'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, e poi ulteriormente specificato da un consolidato orientamento giurisprudenziale. Frequente era in particolare la considerazione che, secondo le concezioni tradizionali dell'incidentalità, quella rimessa alla Corte era una *lis ficta*⁷ inammissibile, in quanto originata da un giudizio che non aveva altro oggetto se non la costituzionalità della legge elettorale.

A fronte di tale strappo, diffuso era in dottrina l'auspicio che la decisione *de qua* rimanesse "incapsulata nella situazione normativo-politica" che l'aveva determinata⁸, in quanto insuscettibile finanche di essere compresa in termini giuridici⁹, temendosi che fosse stato creato in via giurisprudenziale un nuovo (e, a detta di molti, improprio) canale di accesso al giudizio di costituzionalità, assimilabile ad un ricorso diretto.

Due sentenze successive, in particolare la sent. n. 110 del 2015 e, appunto, la recentissima sent. n. 35 del 2017, consentono ora, a distanza di oltre tre anni dallo spartiacque costituito da quella "storica" declaratoria di incostituzionalità, di superare la parzialità delle prime annotazioni e di abbozzare un itinerario processuale, analizzando il modo in cui la Corte ha affrontato un precedente tanto significativo alla luce delle nuove domande di giustizia in tema di discipline elettorali che le sono state poste dai giudici comuni. Ai fini di tale disamina è allora fondamentale "non farsi travolgere dall'ondata del mero esistente o dal clamore dell'evento particolare", ma "osservare i fenomeni con pacatezza e cogliere nei dettagli la proiezione di un insieme"¹⁰.

⁷ Sul concetto di *fictio litis* v. L. IMARISIO, *Lites fictae e principio di incidentalità: la dedotta incostituzionalità quale unico motivo del giudizio*, in *Giur. it.*, n. 3/2001, pp. 589-592; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008⁵, p. 165 ss.; G. PISTORIO, *Il curioso caso di una fictio litis (tre volte) inammissibile*, in *Giur. cost.*, n. 1/2009, pp. 306-318; E. OLIVITO, "Fictio litis" e sindacato di costituzionalità della legge elettorale. Può una finzione processuale aprire un varco nelle zone d'ombra della giustizia costituzionale?, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2013; 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 *Giur. cost.*, n. 3/2013, pp. 2465-2486.

⁸ M. DOGLIANI, *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005*, in *Giur. cost.*, n. 1/2014, p. 668.

⁹ Cfr. A. MORRONE, *L'eguaglianza del voto anche in uscita: falso idolo o principio?*, in *Giur. cost.*, n. 2/2014, p. 47.

¹⁰ P. GROSSI, *Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2016*, tenutasi in Roma, Palazzo della Consulta, giovedì 9 marzo 2017, il cui testo si può reperire in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_presidente/RelazioneGrossi2016.pdf, p. 2.

In questo contributo ci si propone pertanto di esaminare le argomentazioni svolte dalla Corte sul punto dell'ammissibilità delle varie questioni di legittimità costituzionale sollevate in ordine al cosiddetto "*Italicum*", comparandole con quelle svolte in alcune sentenze precedenti, e offrire poi, alla luce degli orientamenti della Corte in materia, alcune riflessioni in merito alla natura incidentale del giudizio di legittimità costituzionale.

2. Il varco aperto dalla sentenza 1/2014

Nel caso risolto dalla Corte costituzionale nel 2014 la via dell'azione di accertamento della "pienezza" del diritto costituzionale di voto, previa declaratoria di incostituzionalità delle disposizioni di legge limitanti, proposta da un "cittadino italiano ed elettore", doveva superare due ostacoli: l'esistenza di un interesse ad agire davanti al giudice ordinario e la rilevanza-incidentalità della questione di costituzionalità. Occorreva infatti stabilire preliminarmente se un simile processo potesse essere validamente instaurato in relazione al diritto di voto; lo spettro della *lis ficta* aleggiava già sul profilo dell'interesse ad agire nel giudizio principale¹¹. Era poi necessario valutare se, correttamente instaurato un simile processo, fosse altresì ammissibile una questione di legittimità costituzionale dallo stesso insorgente, nonostante la somiglianza degli oggetti dei due giudizi (la rimozione dell'incertezza derivante da una legge incostituzionale, da una parte; la declaratoria di incostituzionalità della stessa, dall'altra). Su entrambi i profili peraltro la Corte costituzionale non avrebbe potuto esercitare un controllo se non nel caso della *manifesta implausibilità* della motivazione portata dal giudice *a quo*, o della sua evidente assenza.

Trattavasi in particolare di una domanda di accertamento di un diritto politico fondamentale, ovvero del diritto a partecipare alle elezioni nel modo stabilito dalla Costituzione all'art. 48 comma 2. L'ammissibilità di un'azione atipica di mero accertamento - il cui fondamento teorico generale è rinvenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti nel disposto dell'art. 100 c.p.c.¹²

¹¹ Cfr. E. LEHNER, *Il diritto di voto dopo la conquista della "zona franca"*, in *Giur. cost.*, n. 1/2014, p. 57.

¹² "La storia dell'istituto del mero accertamento è profondamente segnata da una relazione costantemente percepita [...] tra sentenza dichiarativa e interesse ad agire" (B. SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, 1983, p. 77). Siffatta relazione, pur nella difficoltà di costruire una figura generale di azione di accertamento in assenza di una norma espressa che ammetta questo strumento di tutela, esistendo nel Codice di procedura civile soltanto ipotesi specifiche di azioni di mero accertamento, è sempre stata intesa quale elemento chiave ai fini dell'accoglimento di tale figura così nella dottrina come nella giurisprudenza, in base ad

(recante la rubrica "Interesse ad agire") - era desunta in questo caso dallo scopo di "rimuovere un pregiudizio" che era frutto non di una mera situazione di incertezza, ma "di 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 ed in sintonia con i valori costituzionali"¹³. Tale profilo dell'interesse ad agire, particolarmente controverso in forza del carattere inedito dell'accertamento richiesto - al punto che la Suprema Corte, giudice rimettente, l'ascriveva piuttosto alla tipologia delle azioni di accertamento-costitutive che non a quella delle azioni di accertamento mero -, è stato trattato *funditus* dalla Corte di Cassazione (e poi ripreso incidentalmente dalla Corte costituzionale) nonostante su di esso fosse già calato un cosiddetto "giudicato interno"¹⁴. Evidente era infatti la preoccupazione del giudice *a quo* di argomentare in modo ampio, a prescindere dal fatto che la questione fosse stata oramai "sommersa" nel gioco delle impugnazioni e preclusioni processuali, la sussistenza dell'interesse ad agire, affrontando in particolare l'obiezione secondo cui l'unico fine del processo in questione era di ottenere un "visto di entrata" per l'accesso al giudizio di costituzionalità. Obiezione invero non del tutto fugata, poiché l'azione esperita dai cittadini elettori mirava alla rimozione degli ostacoli alla piena esplicazione del diritto di voto, posti in via diretta e immediata dalla disciplina elettorale: nessuna *concreta vicenda applicativa* legata alla legge elettorale veniva in rilievo come oggetto del giudizio, in quanto, se avesse avuto ad oggetto soltanto l'accertamento delle passate violazioni del diritto di

un'impostazione fortemente debitrice dell'analisi chiovendiana. Quest'ultimo Autore, vigente il vecchio Codice di procedura, osservava come l'accettazione dell'azione di accertamento come figura generale era contenuta implicitamente "nella norma che richiede come condizione *per agire l'interesse*, e che alla sua volta non esprime se non un principio di dottrina, superfluo in una legge. Dato un ordinamento giudiziario e processuale, con ciò stesso è autorizzata ogni domanda giudiziale, che tenda ad evitare il danno, che si verificherebbe se la legge non fosse attuata, a meno che la legge non contenga *limitazioni espresse*. Ora il danno può derivare sia dalla mancanza di una prestazione, come dall'*incertezza del diritto*: anche perché il diritto non ha una importanza ristretta al suo soggetto attivo e al suo soggetto passivo; la esistenza o inesistenza di ogni rapporto giuridico ha importanza nella società: coll'azione di accertamento si garantisce appunto questa importanza *sociale*" (G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923³, p. 170). L'incertezza che radica la domanda di accertamento dev'essere *obiettiva*, non puramente interna al soggetto o puramente accademica, e manifestarsi in fatti esteriori (v. E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile: principi*, Milano, 2007⁷, p. 168 ss.). Essa in particolare può discendere da un vanto o da una contestazione altrui, ovvero da una "apparenza giuridica contraria allo stato di diritto" (C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2010⁷, pp. 212-213).

¹³ Cass., Sez. I Civ., ord. 17 maggio 2013, n. 12060, punto 3.1.1 dei *Motivi della decisione*.

¹⁴ C. CONSOLO, *L'antefatto della sentenza della Consulta: l'azione di accertamento della "qualità" ed "effettività" del diritto elettorale*, in *Corr. giur.*, n. 1/2014, p. 8.

elettorato attivo, l'azione sarebbe stata quasi sicuramente respinta per il suo carattere inammissibilmente retrospettivo. La tutela richiesta era pertanto *proiettata verso il futuro*, chiedendosi al giudice comune di ripristinare “nella pienezza della sua espansione” il diritto politico fondamentale negato, per il tramite dell'intervento ablatorio del giudice costituzionale, non essendo la valutazione della legittimità costituzionale della legge elettorale rimessa al giudice comune se non nei limiti del vaglio della non manifesta infondatezza. Tale ultimo profilo, dell'intervento necessario del giudice costituzionale ai fini della tutela delle posizioni degli attori, preludeva alla seconda questione dianzi accennata, a ben vedere intrecciata alla prima: la rilevanza- incidentalità della *quaestio legitimitatis*. Se infatti la lesione del diritto di voto era assunta come discendente in via diretta e immediata dalla legge elettorale, è evidente che dal giudice comune non poteva essere disposta alcuna tutela se non la rimessione della questione all'unico giudice competente a sindacarne la costituzionalità, ossia la Corte costituzionale. Ed è altrettanto evidente che, già *prima facie*, difficilmente poteva ritenersi rispettato il requisito fissato da una consolidata giurisprudenza costituzionale, per cui la questione di costituzionalità può dirsi “incidentale” solo se, lungi dal costituire l'oggetto unico del giudizio, si ponga appunto “come un *incidente* nell'iter logico-giuridico da seguire ai fini dell'accertamento del diritto”¹⁵.

Se sul controverso punto della sussistenza dell'interesse ad agire la Corte costituzionale ha giudicato “non implausibili” le argomentazioni del giudice rimettente, manifestando un atteggiamento di *self-restraint* in merito al controllo sulla corretta instaurazione del giudizio *a quo* che certo non ha sempre caratterizzato la sua giurisprudenza sull'ammissibilità delle questioni di costituzionalità, sull'altrettanto controverso aspetto dell' incidentalità della questione essa ha invece enucleato argomenti più corposi destinati a diventare la pietra di paragone per i giudizi successivi in tema di azioni di accertamento del diritto costituzionale di voto.

Cosa faceva dubitare in questo caso dell' incidentalità della questione? La *ratio* dell' incidentalità è quella di far pervenire all'attenzione della Corte solamente questioni radicate in giudizi concreti, nei quali le parti siano portatrici di un interesse qualificato alla rimozione dall'ordinamento della legge (asseritamente) incostituzionale. La locuzione *nel corso di un giudizio*, contenuta nella legge n. 1 del 1948, nient'altro vuole significare infatti se non che all'origine dell'intervento del giudice costituzionale deve esservi un “episodio della vita” in cui la legge generale e astratta abbia trovato specificazione e attuazione, andando ad incidere sugli *iura* e determinando

¹⁵ Corte cost., sent. 7 novembre 2002, n. 437, *corsivo nostro*.

l'insorgere di una controversia. Tramite necessario perché ciò accada, secondo un consolidato orientamento del giudice costituzionale, è l'interposizione, tra la normativa generale e astratta, la *lex*, e gli *iura* del cittadino, di un atto applicativo che vada a specificare la lesione soltanto potenziale rappresentata dalla norma di legge. Già Calamandrei osservava come la conseguenza più evidente della scelta di un congegno incidentale di accesso alla giustizia costituzionale fosse la scissione tra la *titolarità* di un diritto costituzionale in ipotesi negato, ossia di "una di quelle «situazioni attive» che la Costituzione garantisce"¹⁶ e contro cui la legge che viola la Costituzione rappresenta una minaccia potenziale di lesione, e la *legittimazione* a denunciare l'incostituzionalità di tale legge di fronte alla Corte costituzionale, discendente invece dalla specificazione della lesione in un provvedimento concreto di un'autorità o nell'atto di un privato che si giustifichino come fondati su quella legge. Affinché il singolo individuo, titolare in astratto di un diritto costituzionale che si assume negato da una norma di legge, possa ottenere la tutela della propria posizione soggettiva e al contempo il ripristino della legalità costituzionale, è allora necessario che "la minaccia generale e potenziale [...] si trasformi in una lesione individuale ed attuale" che sia a sua volta oggetto idoneo di tutela giurisdizionale. Come elegantemente affermato in una non recente sentenza della Corte di Cassazione, "il Costituente ha voluto impedire che il singolo, quale semplice portatore di un interesse diffuso, si faccia vindice della costituzionalità a scopo di mera iattanza, senza che la sua azione sia sorretta da un interesse personale e senza che egli abbia sperimentato, si direbbe, sofferto, l'incostituzionalità come un dramma o, comunque, un avvenimento increscioso della propria esistenza"¹⁷.

Tali premesse teoriche sulla natura incidentale del giudizio di costituzionalità si sono tradotte, nel concreto operare della giustizia costituzionale, in una sorta di "test dell'incidentalità", ovvero in un criterio generale, di natura oggettiva, espresso nei seguenti termini: "occorre che effettivamente ricorrano i coefficienti in base ai quali un giudizio possa dirsi concretamente ed effettivamente instaurato, e col suo proprio contenuto. È indispensabile, in altri termini, che il giudizio abbia un proprio oggetto e un proprio autonomo svolgimento: un proprio oggetto, vale a dire un *petitum* che sia separato o distinto dalla questione di legittimità costituzionale, e sul quale il giudice ordinario sia chiamato per sua competenza a decidere; un proprio autonomo svolgimento, nel senso che il giudizio sia tale, in base alle norme che attualmente ne governano la materia, da poter essere indirizzato per suo conto

¹⁶ P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, p. 12.

¹⁷ Cass., Sez. un., ord. 23 giugno 1956, n. 354.

ad una propria conclusione, al di fuori della questione di legittimità costituzionale, il cui insorgere è soltanto eventuale”¹⁸. La natura incidentale del giudizio di costituzionalità implica pertanto che i due giudizi siano caratterizzati da una *diversità di oggetto* e dalla possibilità di un *autonomo svolgimento* del giudizio *a quo*, al di là della questione di legittimità costituzionale che è solo un incidente processuale.

Nello stesso senso si muoveva la dottrina prevalente (sia pure con importanti eccezioni¹⁹): “il processo principale (*a quo*) può muovere solo da un interesse diverso da quello all’eliminazione della legge incostituzionale. Le questioni [...] poste per una ragione politica generale, promosse al solo fine dell’eliminazione della legge incostituzionale, ma svincolate da ogni esigenza applicativa - e pertanto coincidenti con la *fictio litis* - sono inammissibili”²⁰.

Tanto premesso, il percorso dell’inedita azione di accertamento poteva senz’altro ritenersi destinato ad infrangersi sugli scogli di una pronuncia d’inammissibilità per difetto di incidentalità della *quaestio legitimitatis*, nonostante l’ampia (seppure impervia) argomentazione del giudice rimettente sul punto.

3. Una crisi temporanea del modello incidentale?

¹⁸ Corte cost., sent. 30 giugno 1964, n. 65.

¹⁹ Cfr. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 164 ss.

²⁰ G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, p. 285. Di seguito il passo completo: “diverso è essenzialmente l’oggetto dei due giudizi: la tutela di una posizione soggettiva, da un lato, e l’accertamento della costituzionalità della legge, dall’altro. La differenza di oggetto è implicita nel requisito della rilevanza [...]. Ciò significa che tale differenza non solo normalmente c’è, ma deve necessariamente esserci. Detto altrimenti, non è ammissibile un’azione di fronte a un giudice comune che abbia come pretesa la (sola) dichiarazione d’incostituzionalità della legge, attraverso la proposizione della questione alla Corte. Occorre che l’attore o il ricorrente abbiano di mira il soddisfacimento di una diversa e concreta pretesa, rispetto alla quale la dichiarazione d’incostituzionalità si ponga come strumentale. Se non fosse così, si avrebbe un’alterazione di senso del sistema incidentale che diverrebbe un’azione principale, essenzialmente astratta. La stessa cosa può esprimersi spostando la prospettiva dall’oggetto del processo all’interesse processuale: il processo principale (*a quo*) può muovere solo da un interesse diverso da quello all’eliminazione della legge incostituzionale. Le questioni [...] poste per una ragione politica generale, promosse al solo fine dell’eliminazione della legge incostituzionale, ma svincolate da ogni esigenza applicativa - e pertanto coincidenti con la *fictio litis* - sono inammissibili [...]. Tale inammissibilità della domanda [...] dovrà essere riconosciuta innanzitutto dal giudice della causa principale; ma, ove non lo sia stata, lo dovrà essere da parte della Corte costituzionale non per ragioni attinenti all’azione nel processo *a quo*, ma per un difetto di rilevanza, dato che la questione di costituzionalità assorbirebbe in sé integralmente l’oggetto della causa principale”.

Così non è avvenuto, avendo il giudice costituzionale ritenuto ammissibile la questione in base a diversi argomenti, aventi peraltro “radici logiche distinte”²¹ e tra loro difficilmente armonizzabili. Varie strade erano percorribili per sostenere la rilevanza della questione nel caso di specie: valorizzare l’autonomia del giudice rimettente rispetto alla valutazione dei presupposti della corretta instaurazione del giudizio e, in particolare, alla decisione sulla sussistenza o meno di una *lis ficta*, non avente altro oggetto che la questione di costituzionalità; individuare una linea di demarcazione tra gli oggetti dei due giudizi ed enucleare un possibile “autonomo svolgimento” del giudizio principale una volta risolto il dubbio di costituzionalità; far valere, infine, l’eccezionalità della vicenda, in relazione al principio di costituzionalità, per “desumere” l’ammissibilità della questione dall’esigenza di evitare il perpetuarsi di una zona franca del controllo di costituzionalità delle leggi.

La Corte ha accennato a percorrere queste tre diverse strade, senza privilegiarne davvero nessuna.

La sentenza in commento sembra in prima battuta valorizzare la “plausibilità” delle argomentazioni svolte dal giudice *a quo* sul punto della distinzione tra gli oggetti dei due giudizi, quasi che al giudice costituzionale per contro non spetti di valutare *funditus* la rilevanza della questione. Trattasi di una strada impervia che, peraltro, richiama la *vexata quaestio* dello spazio motivazionale del giudice *a quo* sul requisito della rilevanza²², sulla quale non ci

²¹ M. BIGNAMI, *La Corte*, cit., p. 39.

²² Le oscillazioni della Corte (e della dottrina) in tema di rilevanza hanno riguardato diversi profili di questa controversa nozione. Si rammenta un risalente dibattito appuntatosi già sulla stessa definizione della rilevanza, in ragione del “significato polivalente” della disciplina sul punto (G. ZAGREBELSKY, *La rilevanza, un carattere normale ma non necessario della questione incidentale di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1969, pp. 1001-1013) offerta dal “combinato disposto” degli artt. 1 della l. cost. n. 1/1948 e 23 della l. n. 87/53; la Corte purtuttavia non avallò le teorie più permissive in punto di incidentalità (proposte in particolare in F. PIZZETTI - G. ZAGREBELSKY, «*Non manifesta infondatezza*» e «*rilevanza*» nella *instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi*, Milano, 1972), ai sensi delle quali il processo comune poteva ritenersi anche mera *occasio* della sollevazione di questioni di costituzionalità disgiunte da qualsivoglia esigenza concreta del processo *a quo*, dichiarando manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 23 della legge n. 87 del 1953 nella parte in cui la norma, richiedendo la rilevanza della questione, escluderebbe la proponibilità di eccezioni di incostituzionalità che non siano pregiudiziali rispetto alla definizione del giudizio stesso, in riferimento all’art. 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948: v. ord. n. 130 del 1971 (con nota di F. MODUGNO, *Sulla pretesa illegittimità del requisito della «rilevanza» per le quaestiones legitimitatis*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 1217 ss.) e le successive ord. nn. 225 del 1982, 130 del 1997, 130 del 1998. Acquisita fin dall’inizio o quasi l’assimilazione della nozione di rilevanza alla pregiudizialità processualciviltistica (sul punto, e sull’impiego talvolta “tralaticio” nello studio del giudizio costituzionale di categorie elaborate dagli studiosi processualisti per altri processi

si può soffermare in questa sede. Può certamente dirsi, avendo a mente la giurisprudenza costituzionale sul punto, che il controllo sulla rilevanza forma oggetto di una sorta di “competenza concorrente” tra giudici comuni e giudice costituzionale, e che quest’ultimo non ha mai rinunciato a presidiare le condizioni di accesso alla sua giurisdizione tramite un controllo che potrebbe definirsi “a fisarmonica”, più o meno penetrante a seconda delle dinamiche (contingenti) dei suoi rapporti con i giudici *a quibus*. Vi è chi ha colto in tale argomento della sentenza un’assonanza con le teorie più permissive in punto di incidentalità, secondo le quali è sufficiente che ricorrano nel giudizio principale i requisiti della legittimazione e dell’interesse, argomentate in modo appunto “plausibile” dal giudice *a quo*, perché siano evitate questioni proposte sostanzialmente in via principale. È pertanto bastevole, in tale prospettiva, che un giudizio esista, in quanto correttamente instaurato secondo l’opinione del giudice rimettente, perché la questione possa dirsi “concreta” e “incidentale”, a prescindere dalla sussistenza di una netta distinzione tra gli oggetti dei due giudizi. Non è mai stata tuttavia questa la strada seguita dalla pregressa giurisprudenza costituzionale né è questo il segmento decisivo dell’argomentazione della Corte, tanto più se si riflette sul fatto che,

v. ex multis M. D’AMICO, *Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale: spunti introduttivi*, in *Giur. it.*, parte IV, 1990, p. 483 ss.), al punto che si consolidò la concezione della “pregiudizialità costituzionale” quale “vincolo che lega la questione concernente la legittimità costituzionale di una legge al giudizio *a quo* perché essa sia suscettibile di giungere al vaglio della Corte costituzionale” (N. TROCKER, *La pregiudizialità costituzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, n. 3/1988, p. 797) non è stata altrettanto lineare e consolidata invece la giurisprudenza relativa alla determinazione dell’intensità del nesso tra *quaestio legitimitatis* e giudizio *a quo*, potendosi intendere la rilevanza quale mera “applicabilità” della norma sospettata di illegittimità costituzionale al processo principale, ovvero come necessaria “influenza” della pronuncia della Corte sulla definizione del giudizio *a quo* (per un’esauriente rassegna di dottrina e giurisprudenza sul punto, v. A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009⁴, pp. 190-198 e A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008⁵, pp. 160-193). Altro profilo controverso della rilevanza concerne appunto l’*actio finium regundorum* tra Corte e giudici comuni in ordine alla verifica della sussistenza effettiva del requisito della rilevanza della *quaestio*; sul punto cfr. A. AZZENA, *La rilevanza nel sindacato di costituzionalità dalle origini alla dimensione europea*, Napoli, 2012, p. 35 ss., la quale osserva che dagli anni Ottanta in poi si è assistito ad un irrigidimento del controllo sulla rilevanza che non è più semplicemente “esterno”, cioè limitato a verificare la correttezza dell’iter logico seguito dal giudice *a quo* senza entrare nel merito del giudizio da questi compiuto, ma diventa “interno” in quanto si spinge ad accertare se il giudice *a quo* stesso debba, o meno, applicare o comunque utilizzare la norma impugnata nel giudizio principale. Per un’ampia rassegna della giurisprudenza costituzionale su tutte le questioni finora menzionate, vedi altresì R. NEVOLA - D. DIACO - M. BONI, *Il requisito della rilevanza della questione incidentale di legittimità costituzionale*, che si può reperire in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_301_La_rilevanza.pdf, ottobre 2016, pp. 1-113.

valorizzando oltre una certa misura l'autonomia del giudice *a quo* rispetto alla valutazione della rilevanza, si correrebbe il rischio di dare avvio ad un profluvio di ricorsi diretti "mascherati" al giudice costituzionale, e dunque a questioni di costituzionalità svincolate da concrete esigenze applicative.

Altrettanto interessante e forse ancora più discutibile è la seconda linea argomentativa della sentenza sul punto della rilevanza. Riguardo alla distinzione tra i *petita* dei due giudizi, rispettivamente comune e costituzionale, dopo aver richiamato il suesposto "test dell'incidentalità" la Corte sostiene che "nel caso in esame tale condizione è soddisfatta"²³. La motivazione tuttavia non persuade. Il giudice delle leggi individua infatti una sottile linea di demarcazione tra gli oggetti dei due giudizi, distinguendo un *petitum* di natura dichiarativa nel giudizio principale e uno di natura costitutiva (per quanto *sui generis*) nel giudizio di costituzionalità²⁴. Al giudice *a quo* sarebbe dunque richiesto di accertare la portata del diritto azionato, resa incerta da una legge di dubbia costituzionalità; al giudice costituzionale di conoscere dell'incostituzionalità di quest'ultima, risolvendo il dubbio del giudice *a quo* e ponendo fine all'incertezza lesiva. In entrambi i giudizi si affronta la medesima questione, ma diversa è la natura dell'attività giurisdizionale esercitata: dichiarativa da una parte, costitutiva dall'altra. Perché tale costruzione regga, e soprattutto perché sia rispettato appieno il criterio sopraccennato (secondo il quale l'incidentalità sussiste quando non solo i *petita* sono diversi, ma in capo al giudice *a quo* residua anche uno spazio decisionale *autonomo ed ulteriore* rispetto alla pronuncia del giudice delle leggi), è tuttavia necessario che si possa individuare già *ex ante* un possibile "autonomo svolgimento" del giudizio principale dopo la soluzione del dubbio di costituzionalità. Autonomo svolgimento che consisterebbe, secondo la Corte, nella "verifica delle altre condizioni da cui la legge fa dipendere il riconoscimento del diritto di voto". A prescindere dall'evidente genericità di tali affermazioni, è chiaro che il "frammento decisivo autonomo" in capo al giudice rimettente dovrebbe consistere in un *quid pluris* rispetto alla mera constatazione delle conseguenze della declaratoria di incostituzionalità, pena l'inanità di tutto l'apparato argomentativo predisposto dalla Corte per dimostrare la coerenza della propria decisione rispetto al consolidato indirizzo giurisprudenziale sull'incidentalità della *quaestio*. Alla prova dei fatti, tuttavia, il suddetto apparato non ha retto: in Cass. Civ. Sez. I, sent. 16 aprile 2014, n. 8878, si afferma che la tutela dei ricorrenti nel giudizio principale si realizza soltanto "a seguito e in virtù della pronuncia con la quale il

²³ Corte cost., sent. 13 gennaio 2014, n. 1, punto 2 del *Considerato in diritto*.

²⁴ S. STAIANO, *La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014, p. 2.

giudice ordinario accerta le conseguenze della pronuncia costituzionale e, in particolare, se vi sia stata una lesione giuridicamente rilevante del diritto di voto²⁵; ed è pertanto pacifico che vi sia stata la detta lesione, poiché “i cittadini elettori non hanno potuto esercitare il diritto di voto personale, eguale, libero e diretto, secondo il paradigma costituzionale, per la oggettiva e grave alterazione della rappresentanza democratica, a causa del meccanismo di traduzione dei voti in seggi, intrinsecamente alterato dal premio di maggioranza disegnato dal legislatore del 2005, e a causa dell'impossibilità per i cittadini elettori di scegliere i propri rappresentanti in Parlamento”²⁶. Ma l'accertamento della lesione, come osservato in dottrina, non è parte delle conseguenze della sentenza costituzionale, bensì “esattamente il nucleo del *petitum* innanzi alla Corte costituzionale”²⁷. L'esito finale di questa travagliata vicenda processuale getta dunque una luce chiarificante sul sottile impianto argomentativo della sentenza del giudice costituzionale e sul (parimenti sottile) “gioco verbale” messo in atto dalla Corte di Cassazione, al fine di dissimulare la sostanziale coincidenza dei *petita* dei due giudizi e la concomitante impossibilità di un “autonomo svolgimento” del giudizio *a quo*. Le osservazioni spese in merito si rivelano quali realmente sono, ovvero “inutili divagazioni per tentare di rimanere in coordinate tradizionali che, in questa pronuncia, sono sostituite da coordinate diverse”²⁸; e alla formale obbedienza al criterio del “frammento decisorio autonomo”, canonizzato fin dalla sentenza n. 65 del 1964, corrisponde *de facto* l'accoglimento di una *lis ficta* inammissibile (stando ovviamente a quei parametri).

Mutatis mutandis il paradosso argomentativo cui approda la Corte richiama alla mente le penetranti osservazioni di Costantino Mortati in relazione alla motivazione della sentenza 25 maggio 1957, n. 59 (non a caso citata dalla Corte medesima nella sentenza n. 1 del 2014), concernente alcuni decreti legislativi di esproprio approvati in forza della delega contenuta nella legge 21 ottobre 1950, n. 841. In quel caso la distinzione tra i *petita* dei due giudizi era più appariscente, essendo stata proposta nel giudizio principale anche domanda di indennizzo; eppure di fronte all'eccezione dell'Avvocatura dello Stato in merito al difetto di incidentalità, la Corte replicava evidenziando non solo - appunto in forza della citata “eccedenza” del *petitum* del giudizio principale - la strumentalità della questione di legittimità costituzionale rispetto ad una controversia “necessariamente più ampia”, ma anche l'esigenza di

²⁵ Cass. Civ. Sez. I, sent. 16 aprile 2014, n. 8878, punto 3 dei *Motivi della decisione*.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ S. STAIANO, *La vicenda del giudizio sulla legge elettorale*, cit., p. 3.

²⁸ G. ZAGREBELSKY, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, cit., p. 2966.

riassumere quest'ultima davanti al giudice di merito per la decisione finale della medesima, ai fini della quale la pronuncia del giudice delle leggi costituiva solo "la premessa maggiore del sillogismo giudiziale". Anche in quel caso dunque l'incidentalità era fatta salva asserendo la mera necessità "procedurale" di un ritorno della questione al giudice che l'aveva posta; si affermava che la decisione del giudice costituzionale non avrebbe esaurito la controversia di merito perché avrebbe dovuto comunque essere il giudice comune a definire il rapporto processuale. La questione, si afferma, è ammissibile perché sarà necessario riassumere il processo davanti al giudice *a quo*, anche quando non vi siano ulteriori statuizioni da rendere ovvero queste siano meramente consequenziali rispetto alla pronuncia del giudice costituzionale. Riesce pertanto naturale chiedersi, muovendo da siffatti presupposti, non tanto quando la questione sia incidentale, quanto piuttosto *quando non lo sia*. La fallacia di tale argomentazione era rilevata da Mortati nel quadro di una originale proposta ricostruttiva delle regole del processo costituzionale: secondo l'Autore, ove vengano in rilievo le cosiddette "leggi-provvedimento", risulta necessario un *adeguamento della disciplina processuale alle peculiarità dell'atto*, "essendo chiaro che la loro indole particolare influenza necessariamente la struttura e funzione del giudizio che le assume a proprio oggetto"²⁹. Tale adattamento risulta operabile dalla stessa Corte e non contraddice il dettato di norme di rango costituzionale, poiché è volto anzi "ad integrarle ed adeguarle agli aspetti particolari che il suo sindacato viene ad assumere quando si rivolge alle leggi in parola"³⁰.

Nel caso analizzato da Mortati, a ben vedere, non c'era davvero sacrificio dell'incidentalità, poiché era la stessa natura "provvedimentale" della legge a determinare una significativa compressione della sfera giuridica del destinatario, sì che questi per effetto diretto e immediato della legge-provvedimento si trovava indubbiamente a soffrire "l'incostituzionalità come un dramma o, comunque, un avvenimento increscioso della propria esistenza"³¹. La medesima situazione di compressione della sfera giuridica dei destinatari di una legge per effetto immediato di quest'ultima, senza l'interposizione di atti applicativi, può ritenersi conseguenza solo di leggi altrettanto "performative" delle leggi-provvedimento, ovvero di leggi "a effetti diretti"³². Si può davvero parlare, anche in relazione alla normativa elettorale, di "legge performativa" o con effetti diretti? Solo muovendo da questo presupposto potrebbe condividersi

²⁹ C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, p. 155.

³⁰ *Ibid.*, p. 156.

³¹ Cass., Sez. un., ord. 23 giugno 1956, n. 354.

³² G. ZAGREBELSKY, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, cit., p. 2971 ss.

l'esito ultimo del ragionamento della Corte, ma non il suo svolgimento, che come abbiamo visto ha seguito un percorso differente, "innovando fingendo di confermare"³³.

Il terzo e ultimo segmento argomentativo speso dalla Corte costituzionale nella sentenza in commento è invece incentrato sulla necessità di rimuovere una zona franca del sindacato di costituzionalità, ed è stato interpretato da qualcuno come un *obiter dictum*, da altri come l'autentico nucleo dell'argomentazione della Corte. Trattasi infatti di un argomento di difficile collocazione rispetto ai precedenti: o è stato inserito *ad abundantiam* oppure, se davvero è stato inteso come argomento concorrente rispetto a quello strettamente processualistico, rischia di condurre ad un esito paradossale, poiché o la questione sorta da un'azione di accertamento è ammissibile in ragione della distinzione, per quanto sottile, tra gli oggetti dei due giudizi, e allora non esiste realmente una zona franca del giudizio di legittimità costituzionale, oppure tale argomentazione non è ineccepibile sotto il profilo processuale e l'accertamento richiesto, pur formalmente inammissibile per difetto di incidentalità, è *ritenuto* ammissibile allo scopo di valutare ad ogni costo la legittimità costituzionale della legge elettorale. *Tertium non datur*.

Difficile non pensare che tale sovrabbondanza di argomenti, rispondenti ciascuno a logiche diverse, fosse funzionale non solo ad irrobustire l'apparato argomentativo a sostegno della controversa decisione positiva in punto di ammissibilità, ma anche a consentire per il futuro una valorizzazione *secundum eventum* di singoli aspetti, piuttosto che altri, di questo apparato motivazionale allo scopo di *allargare o restringere le maglie dell'incidentalità*. Ciò che infatti è puntualmente avvenuto in una sentenza di poco successiva, la n. 110 del 2015, nella quale la Corte ha fatto valere l'argomento "sostanzialistico" suesposto allo scopo di negare l'ammissibilità di una questione di legittimità costituzionale relativa alla legge elettorale del Parlamento Europeo (sollevata nell'ambito di un giudizio di mero accertamento del tutto analogo a quello che aveva dato luogo alla sentenza n. 1 del 2014), potendo la medesima legge pervenire "per altra via" al sindacato di costituzionalità (in specie a seguito di impugnazione della proclamazione degli eletti o di uno degli atti che scandiscono il procedimento elettorale preparatorio).

³³ *Ibid.*, p. 2969.

4. La sentenza 110/2015: parziale chiusura del varco e problemi irrisolti

In questa sentenza la Corte, accingendosi ad affrontare il punto dell'ammissibilità, richiama in primo luogo la costante giurisprudenza in tema di incidentalità, in secondo luogo la complessa e multiforme argomentazione enucleata nella sentenza n. 1 del 2014, quasi che la valutazione dell'incidentalità della questione dovesse declinarsi diversamente nella materia elettorale rispetto a qualsiasi altra materia.

Con riguardo a questa causa tuttavia la Corte perviene a conclusioni diverse in punto di ammissibilità, sottolineando che la questione sollevata dal Tribunale di Venezia con riferimento alla normativa elettorale dei membri italiani del Parlamento Europeo (sul punto dello sbarramento del 4%, ritenuto incostituzionale) si differenzia "per un profilo determinante" da quella esaminata nella sentenza n. 1 del 2014.

Da un lato, infatti, si rileva l'inadeguatezza della motivazione formulata dal giudice *a quo* in relazione all'interesse ad agire, non avendo questi argomentato "sull'incertezza necessaria ai fini del valido esercizio dell'azione di accertamento"³⁴. Sembra pertanto che sia la motivazione apodittica dell'interesse ad agire in accertamento alla base della pronuncia di inammissibilità, in uno con la proiezione esclusivamente *pro futuro* dell'accertamento richiesto (quando invece, sembra dire la Corte, nel giudizio che aveva portato alla sentenza n. 1 del 2014 si allegavano anche le violazioni del diritto già verificatesi a sostegno della richiesta di rimuovere la persistente incertezza lesiva). D'altro lato, a ben vedere, è soprattutto la seconda parte dell'apparato argomentativo a decretare l'inammissibilità della questione, gettando altresì una luce nuova sull'interpretazione dell'"equilibrio precario" tra le diverse linee argomentative della decisione del 2014. Si afferma infatti - ed è questa la ragione principale, se non esclusiva, della decisione finale - che nel caso di specie non ci si trova dinanzi ad una "zona franca" del giudizio di costituzionalità: la legge che disciplina l'elezione dei membri italiani del Parlamento Europeo, al pari delle leggi elettorali amministrative, può essere sottoposta al giudizio della Corte nell'ambito di controversie sulle operazioni elettorali ovvero sull'eleggibilità dei candidati, prima o dopo la proclamazione degli eletti, non essendovi una norma quale l'art. 66 Cost. che sottragga alla giurisdizione comune tale categoria di controversie.

Degno di nota è in particolare il fatto che la Corte rimoduli il criterio "classico" per vagliare l'incidentalità della questione con riferimento alle sole leggi elettorali - *rectius*: alle sole questioni sorte da azioni di accertamento del

³⁴ Corte cost., sent. 15 giugno 2015, n. 110, punto 3.2 del *Considerato in diritto*.

diritto di voto - aggiungendo al requisito della distinzione tra gli oggetti dei due giudizi, comune e costituzionale, l'ulteriore circostanza che la legge della cui costituzionalità si dubita *non possa giungere per altra via all'attenzione della Corte*.

La lettura prevalente della sentenza n. 1 del 2014, secondo cui la Corte in quel caso aveva avallato una *fictio litis* - ravvisando una distinzione tra gli oggetti dei due giudizi quando invece questi si sovrapponevano - e adoperato l'argomento dell'esigenza di eliminare una zona franca del giudizio di costituzionalità solo *ad abundantiam* , è qui smentita: in verità entrambi i requisiti, la distinzione tra gli oggetti dei due giudizi e l'impossibilità di pervenire *aliunde* al giudizio costituzionale, debbono concorrere affinché una questione sorta a partire da un'azione di mero accertamento possa ritenersi ammissibile. Per questa ragione si è in dottrina parlato di *overruling* ³⁵, piuttosto che di continuità rispetto alla sentenza che costituiva un precedente tanto significativo quanto ingombrante.

Sotto il profilo logico l'argomentazione della Corte è tuttavia opinabile, in entrambe le sue parti. È opinabile innanzitutto che il "mero interesse all'accertamento della pienezza del diritto di voto con riguardo alle future consultazioni per l'elezione del Parlamento Europeo" costituisse qualcosa di diverso dall'interesse che sorreggeva l'azione di accertamento del diritto di elettorato attivo per le elezioni delle Camere. In entrambi i casi si chiedeva al giudice comune di accertare la portata del diritto di voto in relazione a leggi elettorali che avevano già trovato applicazione, conculcando dunque, secondo i ricorrenti, il proprio diritto politico fondamentale; e in entrambi i casi, peraltro, non si chiedeva tanto di accertare le avvenute violazioni, quanto piuttosto di dichiarare il diritto degli attori di esercitare il voto in modo libero e diretto, dunque un *accertamento per il futuro* . Non pare dunque di poter ravvisare nell'un caso un interesse "concreto" alla rimozione dell'incertezza lesiva, e nell'altro invece una domanda astratta e avulsa da concrete esigenze applicative, come sembra suggerire la Corte.

Quanto al secondo aspetto, anch'esso è discutibile nella misura in cui confonde indebitamente due piani distinti: l'argomento "sostanzialistico" delle zone franche del giudizio di costituzionalità e l'argomento squisitamente processuale della distinzione tra gli oggetti dei due giudizi. Delle due l'una: o è ammissibile un'azione di accertamento del diritto di voto svincolata da concrete esigenze applicative - ritenendosi che l'esistenza di uno stato di dubbio o incertezza oggettiva sull'esatta portata del diritto di voto sia idonea purtuttavia

³⁵ Cfr. F. SORRENTINO, *La Corte e i suoi precedenti: "overruling" o continuità?*, in *Giur. cost.*, n. 3/2015, p. 889.

ad integrare un pregiudizio “concreto”, di per sé sufficiente a fondare la sussistenza dell’interesse ad agire -, e lo è tanto nel caso in cui sia l’unica via per accedere alla Corte quanto nel caso in cui vi siano strade alternative, oppure questa è una via non percorribile per carenza di incidentalità³⁶. Di nuovo, *tertium non datur*.

Dopo aver affermato (nel 2014) la sussistenza dell’incidentalità anche in relazione alle azioni di accertamento del diritto di voto, la Corte è incorsa in una palese contraddizione. Non potendo “chiudere il varco” precedentemente aperto con motivazioni puramente processuali, vista l’analogia sotto questo profilo tra le questioni sollevate nell’uno e nell’altro caso, essa è dovuta ricorrere agli argomenti dell’*implausibilità della motivazione* e dell’*insussistenza di una zona franca del giudizio di costituzionalità*. Il varco aperto nella precedente sentenza è stato apparentemente chiuso, ma non senza incertezze e contraddizioni. Non persuade in particolare l’argomento secondo cui la possibilità di aggredire *aliunde* una legge elettorale esclude necessariamente la via dell’azione di accertamento: quest’ultima infatti ha natura diversa dalle azioni di carattere strettamente impugnatorio, ed è diversa anche la tutela richiesta, diretta e immediata nel primo caso, solo indiretta e mediata (con ulteriori problemi legati all’eventualità che si debbano ripetere elezioni svoltesi in base ad una legge incostituzionale, ovvero la violazione avvenuta resti irrimediabile) nel caso dell’impugnazione dei risultati elettorali. Nello stesso senso si orienta l’ordinanza n. 165 del 2016.

5. La sentenza “Italicum”: una corsia preferenziale ad tempus per la legge elettorale delle Camere?

Nella sentenza n. 35 del 2017 la Corte costituzionale ha confermato un approccio apparentemente restrittivo in tema di azioni di accertamento, evidenziando come la sussistenza di una “zona franca” in relazione alle leggi elettorali delle Camere resti l’argomento principale a favore dell’ammissibilità di questo inedito canale di accesso al giudizio di costituzionalità³⁷. Dovrebbero dunque ritenersi inammissibili non solo azioni di accertamento del diritto di voto in relazione alle leggi elettorali amministrative o del Parlamento Europeo, ma anche azioni di accertamento di altri diritti fondamentali, com’era *communis opinio* prima della sent. 1/2014 (a meno che, pare doveroso aggiungere seguendo la linea argomentativa della Corte, anche in relazione a diritti

³⁶ *Ibid.*, p. 889.

³⁷ Corte cost., sent. 9 febbraio 2017, n. 35, punto 3.1 del *Considerato in diritto*.

fondamentali diversi da quello di voto non si ripresentino “zone franche” del controllo di costituzionalità). D’altro canto, tuttavia, la sentenza n. 35 del 2017 risulta innovativa e quasi altrettanto “storica” del suo precedente, in quanto per la prima volta nella sua storia la Corte costituzionale ha giudicato costituzionalmente illegittima una legge *finora mai applicata*. Se nel 2014 ci si trovava dinanzi ad una legge che aveva trovato più volte applicazione, per quanto non sottoposta al giudizio di costituzionalità a partire da una concreta vicenda applicativa, nel caso di specie non ricorreva nessuno dei due requisiti, al punto che una delle ordinanze di rimessione è stata emessa prima ancora che la legge elettorale diventasse applicabile. È allora legittimo chiedersi, anche in questa circostanza e forse con dubbi persino maggiori che nel precedente caso di azione di accertamento ritenuta ammissibile, se sia stato rispettato il modello incidentale. Come osservato in dottrina, d’altra parte, “la concretezza della questione di legittimità costituzionale è fondamentale per poter bussare alla porta della Corte costituzionale: ebbene, esiste al mondo qualcosa di più astratto di una legge mai applicata?”³⁸

L’intento della Corte di riallacciarsi al precedente del 2014 piuttosto che alle successive, più prudenti decisioni in materia elettorale (la già esaminata sent. n. 110 del 2015 nonché l’ord. n. 165 del 2016, che avevano chiuso le porte del suo sindacato rispetto ai sistemi di elezione) emerge fin dall’esordio dell’argomentazione in tema di ammissibilità: vi si afferma infatti che “la sentenza n. 1 del 2014 costituisce il precedente cui questa Corte intende attenersi nel valutare le eccezioni di inammissibilità per difetto di rilevanza, in relazione a questioni di legittimità costituzionale sollevate nell’ambito di giudizi introdotti da azioni di accertamento aventi ad oggetto la «pienezza» [...] delle condizioni di esercizio del diritto fondamentale di voto nelle elezioni politiche”³⁹.

Un richiamo esplicito al precedente, che prelude ad una motivazione che rappresenta un puro esercizio logico intorno a quel precedente. Se la sentenza n. 1 del 2014, in punto di ammissibilità della questione, si adoperava per celare il fatto che le coordinate tradizionali dell’incidentalità erano sostituite, in quel caso, da coordinate diverse, la sentenza n. 35 del 2017 mutua le argomentazioni di quella pronuncia applicandole ad un caso ancora diverso, di legge mai applicata, e che solo interpretando estensivamente, se non proprio creativamente, il requisito della rilevanza, poteva dirsi “applicabile” al caso sottoposto al giudice rimettente.

³⁸ F. FERRARI, *Corte e Italicum, siamo proprio sicuri che interverrà?*, in www.lacostituzione.info, 2016.

³⁹ Punto 3.1 del *Considerato in diritto*.

Nella sentenza in commento la Corte apre infatti l'argomentazione sugli aspetti processuali richiamando sia le motivazioni addotte a sostegno dell'ammissibilità della questione nella sentenza n. 1 del 2014, sia le "precisazioni" contenute nella sentenza n. 110 del 2015.

Dopo aver riassunto gli argomenti portati dai giudici *a quibus*, essa ne valorizza l'autonomia di apprezzamento in relazione a una condizione dell'azione qual è l'interesse ad agire, e sottolinea altresì, rilevando le non trascurabili differenze tra le azioni di accertamento esperite in questa circostanza e quella che aveva condotto alla pronuncia della sentenza del 2014, che le argomentazioni dei rimettenti trovano riscontro e conferma in "argomentazioni ulteriori"⁴⁰. All'impervia motivazione della distinzione tra gli oggetti dei due giudizi, rispettivamente comune e costituzionale, peraltro giustificata sia dai rimettenti sia dalla Corte con un richiamo piuttosto sbrigativo al precedente del 2014 e ad alcune locuzioni divenute oramai "clausole di stile" in tema di azioni di accertamento del diritto di voto⁴¹, si aggiungeva infatti, in questa circostanza, l'ulteriore profilo problematico della non applicabilità delle disposizioni censurate al momento dell'esperimento delle azioni di accertamento da parte dei ricorrenti e finanche della rimessione della questione da parte di uno dei giudici rimettenti (il Tribunale di Messina). La legge elettorale in quel momento era entrata in vigore, ma non era applicabile alle elezioni della Camera dei Deputati prima del 1° luglio 2016. Riesce difficile allora concordare con i giudici *a quibus* e la Corte stessa, poiché non poteva certo dirsi che al momento della rimessione (e *a fortiori* al tempo della proposizione dei vari ricorsi) i cittadini-elettori si trovassero nella condizione di poter essere chiamati a votare "in qualsiasi momento". Proprio tale ultimo profilo, della possibilità di essere chiamati alle urne *in qualsiasi momento*, era stato invece valorizzato nel precedente del 2014 per configurare il diritto di voto

⁴⁰ Punto 3.3 del *Considerato in diritto*.

⁴¹ Si veda in particolare il passaggio in cui la Corte richiama le argomentazioni dei rimettenti in punto di ammissibilità, a loro volta tratte pedissequamente dall'ordinanza della Cassazione n. 12060 del 2013 e dalla successiva sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale: "i Tribunali rimettenti argomentano altresì sulla sussistenza della pregiudizialità delle questioni di legittimità costituzionale prospettate ai fini della definizione dei giudizi principali, sostenendo che in questi ultimi sarebbe individuabile un *petitum* separato, distinto e più ampio rispetto a quello oggetto del giudizio di legittimità costituzionale: all'esito della sentenza di questa Corte, che ha ad oggetto la legittimità costituzionale della legge elettorale, spetterebbe, infatti, al giudice a quo *la verifica di tutte le condizioni da cui tale legge fa dipendere il riconoscimento del diritto di voto*. Inoltre, non vi sarebbe neppure coincidenza tra il dispositivo della sentenza di questa Corte e quello della sentenza che definisce il giudizio di merito, la quale ultima, accertata l'avvenuta lesione del diritto azionato, lo *può ripristinare nella pienezza della sua espansione*, seppure per il tramite della sentenza costituzionale" (punto 3.2 del *Considerato in diritto, corsivi nostri*).

quale diritto “permanente” e pertanto suscettibile di essere azionato a prescindere da una concreta vicenda applicativa. Ma poteva dirsi nel caso di specie che i cittadini versassero nella condizione di essere chiamati a votare in qualsiasi momento ai sensi dell’*Italicum*, ossia di una legge elettorale non ancora applicabile? La Corte ricollega la “lesione giuridicamente rilevante”, alla base dell’interesse ad agire, alla mera modificazione dell’ordinamento giuridico apportata dalla nuova legge elettorale, ritenendo irrilevante che la stessa fosse ad efficacia differita in quanto il termine *a quo* dell’efficacia non costituiva un evento di incerto accadimento futuro, ma un evento certo sia nell’*an* sia nel *quando*. Tale argomento può condividersi solo muovendo dal presupposto che una delle molte peculiarità della legge elettorale sia quella di conformare direttamente ed immediatamente, al momento della sua entrata in vigore, la sfera giuridica dei destinatari - i cittadini-elettori -, a prescindere dalle sue successive vicende applicative. Non si comprenderebbe altrimenti per quale ragione sarebbe ammissibile agire in accertamento avverso le leggi elettorali politiche, a prescindere da una concreta lesione del diritto di voto, e non avverso qualsiasi altra legge. Tale presupposto, che leggi elettorali siano “ad effetti diretti”, non è tuttavia esplicitato dalla Corte nella sua argomentazione, né risulta del tutto convincente. Quando si può affermare che una legge produca “effetti diretti” e che pertanto l’incertezza oggettiva sulla portata dei diritti da essa incisi sia idonea a correttamente radicare azioni di mero accertamento? Per quale ragione dovrebbero ammettersi tali tipi di azioni solo con riguardo alle leggi elettorali politiche e non alle leggi elettorali amministrative e a quelle che disciplinano l’elezione dei membri del Parlamento Europeo? La risposta della Corte, secondo cui le leggi da ultimo citate possono essere sottoposte al controllo di costituzionalità “per altra via”, in particolare tramite l’intervento dei giudici amministrativi in sede di contenzioso elettorale, non persuade in quanto sovrappone indebitamente due piani distinti, l’ammissibilità del giudizio *a quo* sotto il profilo dell’interesse a ricorrere e le condizioni per impugnare in altra sede la legge elettorale.

Ricorre anche qui, dunque, una pluralità di linee argomentative ispirate a logiche differenti, occupando purtuttavia una posizione preminente l’argomento sostanzialistico relativo all’esigenza di “evitare, con riferimento alla legge elettorale politica, una zona franca rispetto al controllo di costituzionalità attivabile in via incidentale”⁴². Tale argomento assurge allora, nel confronto con l’altrettanto complesso apparato argomentativo a sostegno dell’ammissibilità della questione nella sentenza n. 1 del 2014, all’interno del quale esso si affiancava agli altri argomenti di carattere eminentemente processuale in

⁴² Punto 3.1 del *Considerato in diritto*.

posizione di apparente parità, a vero punto nodale di una significativa e forse dirompente deviazione dal modello incidentale.

Senza essere “né profeti né demagoghi”⁴³, è tuttavia prevedibile e forse auspicabile che la Corte mantenga in futuro un atteggiamento di *self-restraint* nei confronti delle azioni di mero accertamento di diritti fondamentali, così simili a ricorsi diretti di costituzionalità, che riguardino leggi elettorali diverse da quelle che disciplinano le elezioni delle Camere (e, *a fortiori*, qualsivoglia altra legge che non riguardi la materia elettorale), per quanto tale atteggiamento possa sollevare plurime obiezioni sul piano teorico. Sembra infatti legittimo desumere dalle motivazioni delle sentenze finora esaminate che la Corte ha inteso creare una sorta di “corsia preferenziale” per le sole leggi elettorali politiche, e solo fintantoché queste non possano pervenire alla sua attenzione attraverso i canali “tradizionali” del giudizio incidentale. Ciò che potrà avvenire solo quando il legislatore porrà finalmente mano alla legislazione elettorale, non solo agendo sulle formule elettorali, ma rafforzando e ampliando anche gli strumenti di tutela dei cittadini (e dei candidati) contro le irregolarità del procedimento elettorale che siano idonee ad incidere sul diritto fondamentale di voto, nei suoi profili attivi e passivi. Tali modifiche potrebbero farsi a Costituzione invariata, attribuendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie inerenti al procedimento elettorale preparatorio, ovvero modificando lo stesso testo costituzionale, nella parte in cui devolve l’ultima parola sul contenzioso elettorale politico alle Camere in funzione di autodichia. Quel che è certo, alla luce di tutti gli argomenti sopra esposti, è che il modo in cui è attualmente disciplinato nel nostro ordinamento il procedimento elettorale delle elezioni politiche non è conforme ai principi dello Stato di diritto.

6. Giustizia e diritto processuale costituzionale

È prerogativa del giudice costituzionale affrontare questioni politiche guardando attraverso la lente del diritto, e procedendo nel rispetto di regole processuali almeno in parte etero-determinate⁴⁴. Il profilo più controverso delle sentenze finora esaminate in materia elettorale non risiede invero nel fatto che la Corte abbia sottoposto le leggi elettorali delle Camere allo scrutinio di costituzionalità. Trattasi di leggi senza dubbio peculiari e di straordinario rilievo costituzionale, che “definiscono le regole della composizione di organi

⁴³ M. WEBER, *La scienza come professione (trad. it)*, Milano, 2008, p. 107.

⁴⁴ Cfr. A. RUGGERI, *Alla ricerca dell’identità del “diritto processuale costituzionale”*, in www.forumcostituzionale.it, 2009, p. 9 ss.

costituzionali essenziali per il funzionamento di un sistema democratico-rappresentativo⁴⁵. Ma nessuna legge ordinaria può ritenersi in linea di principio sottratta al controllo di costituzionalità, né una materia delicata come quella che attiene al sistema elettorale può ritenersi immune dal sindacato della Corte in nome della dottrina della *political question*. Non è infatti la natura *politica* o meno della questione a fare da spartiacque rispetto alla valutazione sulla competenza o meno della Corte a giudicare; quest'ultima si occupa per definizione di conflitti politici, riconducendoli a criteri di razionalità, coerenza e ragionevolezza alla luce dei valori costituzionali. Il profilo più controverso delle sentenze sopra esaminate, dicevamo, si rinviene piuttosto nel fatto che il giudice delle leggi abbia deciso di affrontare nel merito le questioni sottoposte, ad onta dell'evidente difetto di incidentalità delle stesse.

La Corte, è stato detto, è "forse il solo organo chiamato ad operare senza poter prescindere da una verifica preliminare, da una valutazione circa il proprio inserimento nella forma di governo secondo criteri di ragionevolezza"⁴⁶; ragion per cui il giudizio di costituzionalità non può essere "governato dalla ferrea coerenza delle categorie processuali"⁴⁷. Ciò non significa però che la Corte non sia un giudice.

Qual è il *quid proprium* della giustizia, costituzionale e non solo? Senza dubbio, perché si possa parlare di "giudice", debbono ricorrere i tradizionali caratteri di terzietà ed imparzialità dell'organo; ad essi si accompagnano generalmente altri profili, quali l'operare con meccanismo del tipo domanda (o iniziativa)-risposta giudiziaria (e l'iniziativa non è libera ma in genere ampiamente vincolata). La giustizia non sceglie di quali temi occuparsi e non sceglie il momento in cui occuparsene⁴⁸. La natura giurisdizionale della Corte costituzionale e della sua attività è unanimemente riconosciuta in dottrina, ma a siffatta qualificazione si accompagnano ulteriori precisazioni finalizzate ad evidenziare la natura *sui generis* del processo costituzionale: guardando all'attività della Corte, si ha infatti la sensazione "che il processo costituzionale presenti connotati talmente peculiari da mostrarsi refrattari ad essere spiegati a

⁴⁵ Corte cost., sent. 13 gennaio 2014, n. 1, punto 2 del *Considerato in diritto*.

⁴⁶ C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, in AA.VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Milano, 1990, p. 67.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 66.

⁴⁸ Cfr. V. ONIDA, *Politica e giustizia: problemi veri e risposte sbagliate*, in *Il Mulino*, n. 1/2010, p. 23.

mezzo delle categorie usualmente adottate nelle esperienze processuali comuni⁴⁹. Nonostante ciò, i giudici costituzionali sono “pur sempre”⁵⁰ giudici.

Il loro costituire “ad ogni modo” un organo giurisdizionale, nonostante le suddette peculiarità legate al ruolo di “chiusura del sistema” che sono chiamati a svolgere nel nostro ordinamento, dipende principalmente dal rispetto di due limitazioni: da una parte l’osservanza delle norme di procedura che ne disciplinano l’attività, dall’altra di un adeguato *self-restraint* - proclamato dall’art. 28 della l. 11 marzo 1953 n. 87, nella parte in cui esclude *ogni sindacato sull’uso del potere discrezionale del Parlamento* - ove vengano in rilievo scelte afferenti alla discrezionalità legislativa. Dal rispetto di tali limiti dipende non solo la legittimazione del giudice costituzionale, ma anche un corretto funzionamento della forma di governo. La valutazione *in concreto* dell’osservanza dei medesimi è purtuttavia questione straordinariamente complessa e controversa, al pari della definizione di quei criteri di coerenza e ragionevolezza cui la Corte dovrebbe ispirarsi nella sua opera di controllo della conformità costituzionale della legislazione e di razionalizzazione dei rapporti tra gli organi costituzionali.

Per quanto concerne il rispetto del primo dei due limiti sopra esposti, infatti, il fatto di essere organo di chiusura del sistema implica che sia tollerabile, finanche inevitabile, un certo grado di flessibilità delle sue regole di procedura. Come si può giustificare tale flessibilità, se non alla luce del ruolo di custode della superiore legalità costituzionale spettante alla Corte? Di certo l’analisi dei principi del processo costituzionale alla luce delle categorie processuali comuni conduce in un *cul de sac*⁵¹. Genera un “senso di frustrazione”⁵² negli studiosi del processo costituzionale, al punto che questi tuttora non sono in grado di sciogliere l’ambiguità della denominazione della materia oggetto dei loro studi: giustizia o diritto processuale costituzionale?⁵³

Parlare di “giustizia costituzionale” significa “porre l’accento sulla risposta della Corte ad un certo tipo di questione, e lasciare ad una trattazione sintetica e descrittiva la fase degli atti che si svolgono dinanzi alla Corte e che

⁴⁹ A. RUGGERI, *Alla ricerca dell’identità del “diritto processuale costituzionale”*, cit., p. 3.

⁵⁰ A. BARAK, *A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, in *Harvard Law Review*, 116, 2002, p. 162, passo citato in G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005, p. 124.

⁵¹ Cfr. G. AZZARITI, *I principi generali del processo costituzionale e le loro discordanze dalle esperienze della giustizia comune*, in E. BINDI - A. PERINI - A. PISANESCHI, *I principi generali del processo comune e i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale: atti del convegno annuale svoltosi a Siena il 8-9 giugno 2007*, Torino, 2008, p. 251.

⁵² C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, cit., p. 63.

⁵³ Cfr. A. RUGGERI, *Alla ricerca dell’identità del “diritto processuale costituzionale”*, cit., p. 2 ss.

conducono a quella risposta⁵⁴; significa “negare la dignità di processo al giudizio dinanzi alla Corte”⁵⁵. Su questa posizione del resto si attestava lo stesso giudice costituzionale in una ormai risalente dichiarazione del suo (allora) Presidente: “la Corte ritiene fermamente [...] che l’esigenza di esaminare le questioni nel loro contenuto sostanziale debba, specialmente nel giudizio costituzionale, prevalere sui profili di natura meramente formale e considera, tra l’altro, non praticabile la recezione automatica e tralascia di alcune regole del processo civile e amministrativo; senza che ciò significhi, sia ben chiaro, negare *in linea di massima* la validità dei principi generali del diritto processuale”⁵⁶.

La recentissima giurisprudenza costituzionale relativa al requisito dell’incidentalità della *quaestio* sembra rispondere a tale linea teorica: ragioni di “giustizia sostanziale”, in particolare l’esigenza di sottoporre al controllo della Corte le regole della composizione di organi costituzionali essenziali per il funzionamento del sistema democratico, giustificano talvolta un’attenuazione, se non un’elusione, di regole processuali consolidate. Si inverte l’ordine logico delle questioni affrontate: dal merito all’ammissibilità, non dall’ammissibilità al merito.

Giova a questo punto un confronto con una situazione molto simile a quelle affrontate dalla Corte nelle sopraccennate pronunce.

Trattasi della sentenza n. 84 del 2006. Il giudizio era stato instaurato dal sindaco di un Comune della Regione Abruzzo con popolazione superiore a cinquemila abitanti, mediante ricorso in via d’urgenza ai sensi dell’art. 700 c.p.c., al fine di ottenere il riconoscimento del suo diritto di candidarsi alle elezioni del Consiglio regionale dell’Abruzzo, così da poter soddisfare la sua “intenzione” di presentarsi nella circoscrizione di Pescara; diritto a lui negato dall’art. 2, comma 1, lettera n), della legge regionale n. 51 del 2004, che sancisce l’ineleggibilità alla carica di consigliere regionale dei sindaci dei Comuni della Regione aventi una popolazione superiore a cinquemila abitanti. Anche in questo caso ci si trovava di fronte ad un vuoto di tutela: se la Corte costituzionale avesse rifiutato di entrare nel merito della questione con pronuncia di inammissibilità, al ricorrente sarebbero rimaste soltanto due strade, candidarsi pur essendo ineleggibile, violando la legge, ed impugnare eventuali contestazioni successive allo svolgimento delle elezioni, oppure

⁵⁴ M. D’AMICO, *Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale: spunti introduttivi*, in *Giur. it.*, parte IV, 1990, p. 491.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 492.

⁵⁶ F. SAJA, *La giustizia costituzionale nel 1988. Conferenza stampa del Presidente Francesco Saja*, tenutasi in Roma, Palazzo della Consulta, martedì 7 febbraio 1989, in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Saja_confstampa070289.pdf.

rinunziare a candidarsi e ad esercitare un diritto fondamentale conculcato, a suo dire, da una legge incostituzionale. La risposta del giudice costituzionale è stata tuttavia negativa, in quanto “la Corte non può che dichiarare inammissibile una questione sollevata in un giudizio il cui unico scopo si risolve nell’impugnare direttamente la norma di legge sospettata di illegittimità costituzionale”⁵⁷.

È accettabile che il “rilievo costituzionale” delle questioni sollevate in relazione alle leggi elettorali politiche abbia condotto ad un esito diverso - in specie, l’ammissibilità delle questioni - da quello che sarebbe stato ragionevole attendersi in base non solo alla giurisprudenza costituzionale pregressa, esemplificata dalla pronuncia testé citata, ma anche alle norme che disciplinano il giudizio della Corte, configurandolo appunto come “incidentale”? La natura incidentale del giudizio di costituzionalità non costituisce semplicemente un corollario della rilevanza, ma concorre a disegnare la stessa fisionomia del processo che si svolge dinanzi al giudice delle leggi, processo innestato su questioni “concrete” sollevate da un giudice chiamato a rendere giustizia su di una controversia altrettanto “concreta”. Da tale modello si discosta senz’altro un ricorso “astratto” di costituzionalità avverso una legge mai applicata, per quanto mascherato da azione di accertamento.

La risposta alla domanda sin qui posta dipende soprattutto dalle premesse da cui si muove, dalla nostra idea di giustizia costituzionale, dall’accento posto sulla risposta della Corte ad un certo tipo di questione ovvero sulla stretta osservanza delle regole processuali che ne disciplinano il giudizio. Ciò che sembra lecito chiedere al giudice costituzionale, a prescindere da quale delle due posizioni suddette accogliamo, è non solo una giustificazione persuasiva della strada prescelta, ma anche il perseguimento di chiarezza nel ribadire, elaborare o prendere in considerazione i propri precedenti. Quantomeno nella misura in cui tale obiettivo possa essere effettivamente perseguito in una situazione di profonda crisi dell’ordine giuridico-politico.

** Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale (ciclo XXXI) presso il Dipartimento di Diritto pubblico, internazionale e comunitario dell’Università degli Studi di Padova

⁵⁷ Corte cost., sent. 3 marzo 2006, n. 84, punto 5 del *Considerato in diritto*.