

Azioni di accertamento, questioni incidentali di legittimità costituzionale e zona franca *

CARLO PADULA **

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 240 del 7 dicembre 2021; Corte costituzionale, sentenza n. 224 del 27 ottobre 2020; Corte costituzionale, sentenza n. 48 del 26 marzo 2021.

Disponibili agli indirizzi: www.giurcost.org/decisioni/2021/0240s-21.html;
www.giurcost.org/decisioni/2020/0224s-20.html;
www.giurcost.org/decisioni/2021/0048s-21.html.

Sommario: 1. Lo “stato dell’arte” fino al 2020. – 2. La sent. 224/2020 (il caso dei poliziotti “retrodatati”): scompare la zona franca. – 3. La sent. 48/2021: entra in scena l’elettorato passivo. – 3.1 Sull’interesse ad agire. – 3.2 Sull’incidentalità. – 3.3. Sulla zona franca. – 4. La sent. 240/2021 (il caso Catania): la zona franca diventa autonomo requisito di ammissibilità. – 5. L’ord. 103/2022: il caso dei cancellieri. – 6. Conclusioni.

Data della pubblicazione sul sito: 4 luglio 2022

Suggerimento di citazione

C. PADULA, *Azioni di accertamento, questioni incidentali di legittimità costituzionale e zona franca*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo è destinato alla pubblicazione nella rivista *Le Regioni*.

** Professore associato di Diritto costituzionale nell’Università degli studi di Padova. Indirizzo mail: carlo.padula@unipd.it.

1. Lo “stato dell’arte” fino al 2020

A dispetto delle apparenze¹, il tema delle questioni incidentali di legittimità costituzionale sollevate nel corso di azioni di mero accertamento² è antico, risalendo agli anni precedenti l’entrata in funzione della Corte costituzionale. Infatti, l’idea di un’azione di accertamento promossa sostanzialmente contro una legge, per utilizzarla come «piedistallo per l’ulteriore processo costituzionale»³, è stata concepita dai processual-civilisti come rimedio alla difficoltà di difendersi, nel contesto di un sindacato accentratore ad accesso incidentale, contro una legge autoapplicativa lesiva di un diritto fondamentale. La dottrina dell’epoca e la Cassazione⁴ già affrontarono i due nodi principali del tema: l’interesse ad agire a seguito della semplice entrata in vigore della legge lesiva e l’incidentalità della questione sollevata rispetto al giudizio *a quo*⁵.

In seguito, fino al 2013, la giurisprudenza costituzionale si è occupata in numerose occasioni del requisito dell’incidentalità, ma si trattava di fattispecie eterogenee, che hanno condotto a decisioni parimenti variegata⁶, sicché non è possibile trarre da quella giurisprudenza una conclusione univoca sull’ammissibilità delle questioni incidentali sollevate nel corso di azioni di

¹ Il tema oggetto del presente scritto è diventato oggetto di notevole attenzione in dottrina nel 2014, a seguito della sent. n. 1/2014 (sulla quale v. *infra*), concernente la legge elettorale 270/2005.

² Sull’argomento v., anche per ulteriori citazioni, N. ZANON, “*Stagioni creative*” della giurisprudenza costituzionale? Una testimonianza (e i suoi limiti), E. OLIVITO, Si può contestare una legge in via diretta davanti al giudice civile? L’ammissibilità delle questioni incidentali sollevate nel corso di azioni di accertamento, M. NEGRI, Riflessioni sulle prospettive evolutive innescate da corte cost. n. 1/2014 e n. 35/2017: questioni di legittimità costituzionale e giudizi di mero accertamento “preventivo”, tutti in C. PADULA (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; T. GROPPI, *La Corte e “la gente”: uno sguardo “dal basso” all’accesso incidentale alla giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019; G. D’AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; C. PADULA, *La tutela diretta dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2018; S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

³ V. M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Giuffrè, Milano, 1955, 11 s.; v. anche P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Rivista di diritto processuale*, 1956, pp. 13 ss., e M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 17 ss.

⁴ V. Cass., SS. UU., 23 giugno 1956, n. 354, in *Foro italiano*, 1956, I, pp. 1076 ss.

⁵ Volendo, v. *amplius* C. PADULA, *La tutela diretta dei diritti fondamentali*, cit., pp. 86 ss.

⁶ V. C. PADULA, *La tutela diretta dei diritti fondamentali*, cit., pp. 90 ss.

accertamento. Quanto alla dottrina pre-2013, emergono diverse posizioni sensibili alle esigenze di tutela preventiva dei diritti fondamentali. L'osservazione più convincente sul tema mi pare quella di Augusto Cerri, secondo il quale «la via incidentale del controllo di costituzionalità divide... in due competenze (del giudice *a quo* e della Corte) quella che potrebbe essere una competenza unica (con disapplicazione *incidenter tantum* della disposizione incostituzionale); ma tale divisione fra due giudici della competenza di decidere non può comportare una dispersione di garanzie, rendendo non proponibile una domanda che lo sarebbe, ove destinata ad esser decisa da un unico giudice». Secondo l'Autore, è sufficiente che sussistano nel giudizio *a quo* «i requisiti della legittimazione e dell'interesse, secondo i principi generali: tanto sembra necessario e sufficiente ad evitare questioni di costituzionalità proposte sostanzialmente in via principale; perché ciò postula, appunto, la difesa di un "bene della vita" correttamente riferibile, secondo il sistema, al soggetto che lo pretende»⁷.

La sent. 1/2014 ha segnato la svolta. La Corte ha ammesso la questione di costituzionalità sollevata nel corso di un'azione di accertamento del diritto di voto, che l'attore riteneva leso dalla l. 270/2005, riguardante le elezioni delle Camere. La Corte ha sia dichiarato plausibili le argomentazioni del giudice *a quo* (la Cassazione) relative all'interesse ad agire e allo "spazio decisionale residuo" del giudice ordinario, sia autonomamente accertato l'incidentalità della questione e l'interesse ad agire in accertamento. La Corte ha poi valorizzato la peculiarità del diritto di voto e della legge censurata, difficilmente sindacabile in altro modo dalla Corte in quanto relativa alle elezioni politiche, il cui esito è sottratto alla giurisdizione comune in virtù dell'art. 66 Cost.

La Corte ha dunque usato cumulativamente tre "nuclei argomentativi"⁸. I primi due consentivano di immaginare una generale ammissibilità delle questioni

⁷ A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano, 2012, 152 ss.

⁸ Sull'"eccesso" di argomenti nella sent. 1/2014 v. G. ZAGREBELSKY, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2014, 2961; M. D'AMICO, *Corte costituzionale e materia elettorale: una decisione storica*, in M. D'AMICO, S. CATALANO (a cura di), *Prime riflessioni sulla "storica" sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, FrancoAngeli, Milano, 2014, p. 97; G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 40 ss.; A. PERTICI, *La Corte costituzionale dichiara l'incostituzionalità della legge elettorale tra attese e sorprese (con qualche indicazione per il legislatore)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3 febbraio 2014, p. 3; 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*, cit., p. 39; A. ANZON, *Accesso al giudizio di costituzionalità e intervento "creativo" della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014, § 3; A. RAUTI, *I sistemi elettorali dopo la sentenza costituzionale n. 1 del 2014. Problemi e prospettive*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, pp. 36 ss.

sollevate nel corso di giudizi di accertamento, mentre il terzo preludeva ad una ammissibilità limitata al caso della legge sulle elezioni politiche⁹.

Nel 2015 una Corte profondamente rinnovata (erano cessati ben 5 giudici e ed erano entrati in carica 3 nuovi giudici¹⁰) ha dovuto compiere una scelta cruciale: confermare l'utilizzabilità dell'azione di mero accertamento come "canale" di accesso alla Corte costituzionale o limitare tale possibilità. In un giudizio concernente la legge sulle elezioni del Parlamento europeo, la Corte ha scelto l'opzione restrittiva, verosimilmente nel timore di snaturare il giudizio incidentale (di regola collegato ad un caso concreto di applicazione della legge) e di sovraccaricare il proprio ruolo (sent. 110/2015¹¹). Per far ciò, ha preso quello che sembrava un argomento aggiuntivo nella sent. 1/2014 (la zona franca) e l'ha considerato *condicio sine qua non* dell'ammissibilità delle questioni sollevate in sede di accertamento: l'incertezza sulla portata del diritto di voto (che concreta l'interesse ad agire) dev'essere «insuperabile, a causa dell'impossibilità che la relativa questione di costituzionalità venga sollevata secondo l'ordinaria via incidentale in un giudizio avente ad oggetto la vicenda elettorale»¹²; il margine di decisione residua del giudice *a quo*, ritenuto sufficiente dalla sent. 1/2014 per soddisfare il requisito dell'incidentalità della questione, lo è solo in presenza di un «rischio di immunità della legge». Poiché la legge sulle elezioni europee non cade in una zona franca del sindacato di costituzionalità, la Corte ha dichiarato inammissibile l'*azione civile di accertamento* proposta davanti al giudice *a quo* (e, di conseguenza, la questione di costituzionalità sollevata)¹³.

⁹ In dottrina il terzo nucleo argomentativo era stato prospettato in via subordinata: v. C. PADULA, *Spunti di riflessione sull'azione di accertamento e l'incidentalità nel giudizio di costituzionalità*, in *Consulta Online*, n. 2/2013, § 6: «anche qualora la Corte non condividesse in generale la tesi qui sostenuta, pare che potrebbe comunque ammettere la questione sollevata con l'[ordinanza della Cassazione del 17.5.2013](#), con riferimento specifico alle peculiarità del caso concreto, cioè considerando il fatto che la l. 270/2005 solo in via teorica può essere contestata dagli organi parlamentari e che la sua (possibile) incostituzionalità è della massima gravità, perché tocca un diritto inviolabile come il diritto di voto, che costituisce il primo fondamento del carattere democratico della Repubblica».

¹⁰ Nell'intervallo fra la sent. 1/2014 e la sent. 110/2015 sono cessati dalla carica Mazzella, Silvestri, Cassese, Tesauro (relatore della sent. 1/2014) e Mattarella; sono subentrati De Pretis (relatrice della sent. 110/2015), Sciarra e Zanon.

¹¹ Su di essa v., anche per ulteriori citazioni, C. PADULA, *La tutela diretta*, cit., pp. 118 ss. e 150 ss.

¹² Situazione che si verifica per la legge sull'elezione del Parlamento nazionale, a causa dell'art. 66 Cost. e dell'art. 87 d.P.R. 361/1957, ma non per la legge sull'elezione del Parlamento europeo.

¹³ Per F. SORRENTINO, *La Corte e i suoi precedenti: overruling o continuità?*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 3/2015, pp. 886 ss., la Corte ha compiuto un

In seguito, la Corte ha confermato i propri precedenti, sia dichiarando inammissibili questioni sollevate in sede di accertamento sulla legge relativa alle elezioni europee (ord. 165/2016), sia ammettendo questioni sollevate in sede di accertamento sulla legge relativa alle elezioni politiche (sent. 35/2017), sia dichiarando inammissibili questioni sollevate in relazione alla legge sul voto degli italiani all'estero, per l'assenza della zona franca nella procedura referendaria (ord. 63/2018). Tutte queste decisioni riguardavano l'elettorato attivo, come le sentt. 1/2014 e 110/2015.

2. La sent. 224/2020 (il caso dei poliziotti “retrodatati”): scompare la zona franca

La sent. 224/2020 della Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di una norma giuridica riguardante l'ordinamento del personale della Polizia di Stato¹⁴. Il giudizio *a quo* era stato promosso davanti al TAR Sicilia da alcuni sovrintendenti, che chiedevano l'accertamento del loro «diritto alla retrodatazione dell'attribuzione della qualifica di vice sovrintendente [...] a far data dal 1° gennaio 2002»¹⁵. I ricorrenti erano stati promossi in tale qualifica per “merito straordinario” ed erano poi stati scavalcati dai colleghi promossi a seguito di

«significativo *overruling*». Inoltre, «se l'azione di accertamento del diritto elettorale (in ipotesi) violato o in pericolo di esserlo è ammissibile, essa lo sarà tanto nel caso delle leggi elettorali per la Camera o il Senato quanto in quello delle leggi elettorali di altro tipo»; «[l]a confusione di piani si fa qui evidente, con la sovrapposizione dell'ammissibilità del giudizio *a quo* sotto il profilo dell'interesse a ricorrere e delle condizioni per l'impugnazione in altra sede della legge elettorale; ed è evidente che sul piano logico (e su quello istituzionale) i due piani non sono collegati, ben potendo una legge essere aggredita in due sedi diverse». Inoltre, l'A. osserva che la tutela ottenibile tramite un giudizio sulle operazioni elettorali è «indiretta e diversa da quella perseguita con l'azione di accertamento». La sent. 110/2015 non cita neppure una decisione della Cassazione a sostegno della inammissibilità dell'azione di accertamento.

¹⁴ La Corte ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 75, primo comma, del d.P.R. 24 aprile 1982, n. 335 (Ordinamento del personale della Polizia di Stato che espleta funzioni di polizia), nella parte in cui non prevede l'allineamento della decorrenza giuridica della qualifica di vice sovrintendente promosso per merito straordinario a quella più favorevole riconosciuta al personale che ha conseguito la medesima qualifica all'esito della selezione o del concorso successivi alla data del verificarsi dei fatti». Sui profili sostanziali della pronuncia v. M. BRANCA, *Bene il concorso, ma senza "scavalcamenti"*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 5/2020, pp. 2498 ss.

¹⁵ I ricorrenti, promossi “per merito straordinario”, chiedevano la retrodatazione, a fini giuridici, sulla base dell'applicazione analogica della norma relativa alle promozioni per concorso interno, e comunque contestavano la norma relativa alla promozione per merito straordinario, che prevedeva la decorrenza della stessa dalla data del fatto meritorio.

concorso interno, per effetto di una norma che, in tali casi, faceva decorrere la promozione, a fini giuridici, dalla data in cui si era verificata la carenza di organico.

La pronuncia si segnala per due particolarità. La prima è che, pur trovandosi di fronte ad una questione sollevata in sede di accertamento, la Corte non affronta il problema della zona franca. I ricorrenti avrebbero potuto (e dovuto: v. *infra*) impugnare gli atti di inquadramento (che facevano decorrere la promozione dal momento del fatto meritorio e non dalla vacanza di organico), dato che all'epoca era già vigente la norma che prevedeva la retrodatazione per i vincitori del concorso interno. Inoltre, dall'ordinanza di rimessione emerge che i ricorrenti avevano chiesto all'Amministrazione la retrodatazione ma la richiesta era «rimasta inevasa»¹⁶: il che induce ad immaginare una possibile azione contro il silenzio.

In entrambi questi possibili giudizi i ricorrenti avrebbero potuto chiedere di sollevare la questione poi pervenuta alla Corte tramite l'azione di accertamento. In base alla giurisprudenza sintetizzata nel § 1, dunque, la questione avrebbe dovuto essere dichiarata inammissibile. La Corte, invece, non affronta questo profilo (né quello della «peculiarità [...] del diritto oggetto di accertamento»¹⁷). Ciò potrebbe essere dipeso dal fatto che si trattava di una situazione diversa da quelle riguardanti le leggi elettorali (v. sopra, § 1): la questione sollevata non era «astratta» ma si collegava ad una concreta vicenda applicativa delle norme interessate. Se così è, risulterebbe confermato che il vero «punto dolente» di questo tema è la (presunta) necessità che il giudizio incidentale sorga in relazione a una concreta vicenda applicativa della legge¹⁸. Quando questa necessità è soddisfatta, l'argomento della zona franca evapora.

La seconda particolarità è che un'azione di accertamento non «astratta» (ma collegata ad una vicenda concreta) si presta al sospetto di un uso improprio, volto al fine di rimediare alla mancata contestazione degli atti applicativi.

Infatti, davanti alla Corte l'Avvocatura dello Stato eccepì l'inammissibilità delle questioni per mancata impugnazione del provvedimento di inquadramento e del bando di concorso interno, con conseguente inammissibilità della domanda di accertamento. La Corte respinse l'eccezione, facendo valere il carattere meramente «esterno» del controllo della Corte sulla rilevanza, con conseguente sufficienza di

¹⁶ V. ordinanza 6.8.2019, r.o. 202/2019, pubblicata in GU n. 47, I serie speciale, del 2019.

¹⁷ La «peculiarità [...] del diritto oggetto di accertamento» e la zona franca sono il secondo ed il terzo presupposto di ammissibilità delle questioni sollevate nel corso di azioni di accertamento, in base alla sent. 240/2021: v. *infra*.

¹⁸ V. C. PADULA, *La tutela diretta*, cit., pp. 186 ss.

una motivazione non implausibile del rimettente sui presupposti di ammissibilità del suo giudizio¹⁹.

In realtà, la motivazione del TAR Sicilia sull'ammissibilità della domanda di accertamento poteva essere considerata implausibile. Da un lato, il TAR non si era confrontato per nulla con la giurisprudenza amministrativa (non citando alcuna pronuncia), univocamente orientata nel senso di considerare l'inquadramento provvedimento autoritativo, da impugnare tempestivamente nel termine di decadenza, e di ritenere dunque preclusa una successiva azione di accertamento²⁰. Dall'altro lato, aveva offerto una motivazione incongrua e sostanzialmente tautologica, considerando ammissibile l'azione di accertamento (nonostante la mancata impugnazione dei precedenti atti lesivi) perché i ricorrenti chiedevano l'accertamento del diritto e non l'annullamento degli atti. In realtà, alla mancata impugnazione del provvedimento di inquadramento non si può rimediare con una successiva azione di accertamento del diritto, perché a fronte del provvedimento non sussiste alcun diritto ma un interesse legittimo, che non può più essere fatto valere in quanto il provvedimento è divenuto inoppugnabile.

La sent. 224/2020 è invece condivisibile là dove respinge l'eccezione di difetto di incidentalità, osservando che l'esito del giudizio di costituzionalità «costituirebbe solo la pregiudiziale logico-giuridica per l'accoglimento della domanda dei ricorrenti»²¹.

¹⁹ «Nell'ordinanza di rimessione, con una motivazione che supera la soglia di non implausibilità, è stato evidenziato che la domanda dei ricorrenti è finalizzata all'accertamento del diritto a beneficiare della retrodatazione giuridica nella qualifica, e non già all'annullamento dei rispettivi concorsi interni indetti dall'amministrazione ovvero del provvedimento di inquadramento».

²⁰ V. ad es. C. St., sez. III, sent. 3912/2015: «la consolidata giurisprudenza di questo Consiglio ha affermato che i provvedimenti di inquadramento dei pubblici dipendenti hanno natura di atti autoritativi e, come tali, sono soggetti al termine decadenziale di impugnazione, con la conseguenza che non è ammissibile un'azione volta ad ottenere un diverso inquadramento, se non tempestivamente proposta contro il provvedimento di attribuzione della qualifica, né è ammesso un autonomo giudizio di accertamento, nel quale si chieda la disapplicazione dei provvedimenti amministrativi, atteso che l'azione di accertamento è esperibile a tutela di un diritto soggettivo, mentre la posizione del pubblico dipendente, a fronte della potestà organizzatoria della pubblica amministrazione, è quella di titolare di un mero interesse legittimo (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 30.6.2014, n. 3277)».

²¹ Inoltre, la Corte rilevò che, «nella fattispecie in esame, l'incidentalità delle questioni è evidente, avendo i ricorrenti proposto anche una domanda risarcitoria nel giudizio principale».

3. La sent. 48/2021: entra in scena l'elettorato passivo

Con la sent. 48/2021 la Corte costituzionale ha dichiarato in parte inammissibili e in parte infondate le questioni sollevate con riferimento all'art. 18-bis del DPR 361/1957, concernente il numero minimo di sottoscrizioni che ciascuna lista deve raccogliere per presentarsi alle elezioni per la Camera. Tale disciplina era stata censurata dal Tribunale di Roma, con un'ordinanza di 101 pagine²², per irragionevole limitazione del diritto di elettorato passivo. La Corte rileva che le questioni sono state sollevate nel corso di un'azione di accertamento del diritto in questione, al di fuori di un concreto procedimento elettorale.

A fronte dell'eccezione dell'Avvocatura, che faceva valere la differenza rispetto al caso oggetto della sent. 1/2014 (osservando che il diritto di elettorato passivo sarebbe esercitabile solo con la candidatura e sarebbe tutelabile solo in sede di verifica dei poteri *ex art. 66 Cost.*), la Corte rileva che «le controversie che precedono lo svolgimento delle elezioni politiche scontano un evidente vuoto di tutela giurisdizionale; assenza di tutela che si riproduce anche di fronte alle Giunte delle Camere, pur ad elezioni avvenute»²³. Anzi, nota la Corte, mentre per l'elettorato attivo il vuoto di tutela riguarda non l'esistenza del diritto di voto ma le modalità del suo esercizio (essendo previsto un rimedio giurisdizionale per contestare la mancata iscrizione o la cancellazione dalle liste elettorali), per l'elettorato passivo non esiste, secondo il diritto vivente, un rimedio giurisdizionale contro i provvedimenti di ricusazione delle liste o di incandidabilità alle elezioni politiche. L'esistenza di una zona franca induce la Corte a respingere l'eccezione (sollevata dall'Avvocatura) di difetto di giurisdizione del giudice *a quo*.

La Corte poi accerta l'interesse dei ricorrenti ad esperire l'azione «in un momento largamente anticipato» rispetto alle elezioni, perché «[s]olo in questo modo [...] è attualmente possibile ottenere [...] una pronuncia tempestiva, prima

²² V. ordinanza 1.9.2020, r.o. 157/2020, pubblicata in GU n. 47, I serie speciale, del 2020.

²³ Il vuoto di tutela deriva dal fatto che, da un lato, in virtù dell'art. 66 Cost. e degli artt. 23 e 87 DPR 361/1957, per la Cassazione sarebbe riservato «esclusivamente alle Camere, tramite le rispettive Giunte, anche il giudizio sul contenzioso pre-elettorale, compreso quello relativo all'ammissione delle liste, restando così precluso qualsiasi intervento giurisdizionale, anche di natura cautelare» (sent. 48/2021); dall'altro lato, «le Giunte delle elezioni di Camera e Senato [...] ritengono bensì sussistente la propria competenza a pronunciare giudizio definitivo, ai sensi dell'art. 87 del d.P.R. n. 361 del 1957, sui ricorsi e reclami, compresi quelli relativi al procedimento elettorale preparatorio, ma solo al fine di verificare i titoli di ammissione degli eletti [...] In questa lettura, l'art. 66 Cost. non include la possibilità di un sindacato delle Camere sulle esclusioni di contrassegni, liste o candidati, decise prima dello svolgimento delle elezioni» (sent. 48/2021).

dello svolgimento delle elezioni»²⁴. La Corte non verifica specificamente la sussistenza dell'incidentalità della questione, dandola evidentemente per pacifica dopo i precedenti relativi alle leggi elettorali²⁵.

La sent. 48/2021 risulta condivisibile in relazione a tutti questi tre profili processuali (zona franca, interesse ad agire e incidentalità).

3.1 Sull'interesse ad agire

Quanto all'interesse ad agire, la differenza tra elettorato attivo e passivo non è irrilevante, nel senso che ogni cittadino ha interesse a chiarire la portata del primo diritto, essendo sicura la futura applicazione nei suoi confronti della legge che lo regola, mentre un'azione di mero accertamento proposta da un qualsiasi cittadino (non candidato in un concreto procedimento elettorale) per chiarire la portata dell'elettorato passivo sarebbe priva di un sufficiente interesse ad agire, essendo meramente eventuale l'applicazione della legge nei suoi confronti²⁶. Il punto è che,

²⁴ Sent. 48/2021, punto 4.5: «l'azione di accertamento di fronte al giudice ordinario – sempre che sussista l'interesse ad agire (art. 100 cod. proc. civ.) – risulta l'unico rimedio possibile per consentire la verifica della pienezza del diritto di elettorato passivo e la sua conformità alla Costituzione».

²⁵ Sui profili processuali della sent. 48/2021 v. L. TRUCCO, *Diritti politici fondamentali: la Corte spinge per ampliare ulteriormente la tutela*, in *Consulta Online*, n. 1/2021, § 2; M. ARMANNI, *La garanzia dell'elettorato passivo: Corte costituzionale e Parlamento (ancora) alla ricerca di strumenti adeguati di tutela giurisdizionale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 3/2021, § 3.1 e 4; M. MANCINI, *Tre manifesti a Palazzo della Consulta, Roma: la Corte traccia la via, del legislatore e dei giudici l'onere di percorrerla (a margine della sentenza n. 48 del 2021)*, in *Rivista AIC*, n. 3/2021, § 4; G. MAESTRI, *Candidature e raccolta firme: più spazi per tutelare i diritti, ma ora nulla cambia. Osservazioni su Corte costituzionale, sentenza n. 48 del 2021*, in *Osservatorio AIC*, n. 6/2021, § 2. Sul contenzioso elettorale preparatorio v. G. TARLI BARBIERI, *La necessaria ed auspicabile riforma della disciplina del contenzioso elettorale preparatorio riferito alle elezioni politiche a seguito della sent. 48/2021 della Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, n. 2/2021; A. SAITTA, *Alla ricerca del giudice delle controversie pre-elettorali: la Corte completa il rammendo per coprire l'inerzia del legislatore*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2/2021, pp. 631 ss.; A. PISANESCHI, *Gli effetti della sentenza n. 48 del 2021 della Corte costituzionale sulla tutela giurisdizionale elettorale: brevi considerazioni*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2/2021, pp. 640 ss.; G. DELLEDONNE, *Procedimento elettorale preparatorio, elezioni politiche e tutela giurisdizionale elettorale: brevi considerazioni*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2/2021, pp. 652 ss.

²⁶ Nell'ord. 12060/2013 (che ha sollevato le questioni decise con la sent. 1/2014), la Cassazione osserva che «diversa potrebbe essere la conclusione nel caso in cui sia invocato nel giudizio di merito il riconoscimento preventivo della pienezza del diritto di elettorato passivo, che si assuma leso da una legge incostituzionale che preveda l'ineleggibilità, quando quel diritto non sia stato esercitato né contestato». V. anche Cass., sez. I,

nel caso oggetto della sent. 48/2021, l'azione era stata proposta da una formazione politica (+Europa) già presente nelle Camere a seguito delle elezioni del 2018: dunque, oltre all'incertezza oggettiva sulla portata dell'elettorato passivo (determinata dalle norme disciplinanti la raccolta delle firme), c'era un concreto rischio di lesione del diritto della ricorrente, trattandosi di un soggetto probabilmente destinatario delle norme (la cui futura applicazione era certa)²⁷.

A parte ciò, la sent. 48/2021 risulta interessante perché, illustrando l'interesse ad agire, espone un argomento che sembra smentire il criterio della zona franca (v. § 3.3).

3.2 Sull'incidentalità

Quanto all'incidentalità, la valutazione positiva (implicita) della Corte²⁸ è da segnalare perché si accompagna ad una dichiarazione di inammissibilità della seconda questione sollevata dal Tribunale, per carenza di motivazione sulla rilevanza. In effetti, poiché la ricorrente non aveva formato alcun gruppo parlamentare all'inizio della legislatura in corso, la (mancata) norma censurata dal rimettente non era applicabile a +Europa²⁹. Mi pare che ciò confermi che: a)

27.10.2006, n. 23270: «La domanda, pertanto, in quanto domanda di mero accertamento riferita non già alla candidatura dell'attore in una specifica competizione elettorale, bensì alla semplice eventualità di una candidatura in una futura elezione e, dunque, di un'altrettanto eventuale e futura contestazione del suo diritto, difetta del requisito dell'interesse ad agire, che deve avere, invece, carattere, concreto ed attuale (cfr., da ult., Cass. 11870/8054, 4372/2003, 5420/2002, 1619/2000). In effetti il sig. Dalbosco richiede al giudice una mera affermazione di principio, l'astratta enunciazione di una regola per l'avvenire; il che non è sufficiente, in base alla norma di cui all'art. 100 c.p.c., a giustificare l'introduzione di un giudizio e l'esercizio del potere giurisdizionale».

²⁷ Sul tema dell'interesse ad agire in accertamento v. *amplius* C. PADULA, *La tutela diretta*, cit., pp. 134 ss.

²⁸ La Corte respinge nel merito la prima questione, il che implica la sussistenza dell'incidentalità.

²⁹ Il Tribunale di Roma censurava l'art. 18-bis, co. 2, d.P.R. n. 361/1957, nella parte in cui limita l'esenzione dell'onere di raccolta delle sottoscrizioni ai partiti costituiti in gruppo parlamentare in entrambe le Camere, anziché includere, tra i soggetti esonerati, i partiti costituiti in gruppo parlamentare in almeno una delle due Camere all'inizio della legislatura in corso al momento della convocazione dei comizi elettorali. La Corte dichiara inammissibile tale questione perché +Europa non aveva costituito alcun gruppo parlamentare (in nessuna delle due Camere) nella legislatura in corso, ma rappresentava solo una componente del Gruppo misto: punto 6 del *Diritto* della sent. 48/2021. La Corte ha ricostruito in tal modo il *petitum* del rimettente collegando le conclusioni (p. 100 dell'ordinanza) al riferimento (compiuto a p. 97 dell'ordinanza) all'art. 2, co. 36, l. 52/2015, quale soluzione già esistente nell'ordinamento. I ricorrenti si erano limitati a chiedere l'accertamento del loro diritto di candidarsi senza necessità di raccogliere le firme, previa

l'incidentalità e la rilevanza sono concetti distinti³⁰; b) le questioni incidentali sollevate in sede di accertamento non rendono “illusorio” il requisito della rilevanza³¹; c) l'oggetto del giudizio costituzionale non coincide con quello del giudizio *a quo*, perché quest'ultimo verte sempre sul riconoscimento del diritto in capo *a quello specifico attore* (mentre il primo riguarda la conformità della norma censurata al parametro invocato³²). Nel caso di specie, se la Corte avesse accolto la questione sull'art. 18, co. 2, DPR 361/1957, in tema di esonero dalle firme, il Tribunale avrebbe comunque dovuto respingere la domanda di accertamento in quanto +Europa non aveva formato alcun gruppo parlamentare nella legislatura in corso³³.

3.3 Sulla zona franca

A differenza della sent. 224/2020, la sent. 48/2021 utilizza l'argomento della zona franca ma si nota un'interessante evoluzione: in via preliminare la Corte osserva che «la valutazione circa l'esistenza di *un'effettiva e tempestiva* tutela giurisdizionale – nell'ambito del procedimento preparatorio alle elezioni, una volta avviato – assume rilievo per la presente pronuncia, condizionando la decisione sull'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale»³⁴, e nel punto cruciale della motivazione riconosce la presenza «di una zona franca dalla giustizia

rimessione della questione di costituzionalità sull'art. 18-bis, co. 2, DPR. 361/1957, in quanto escludente «partiti non privi di seguito», come +Europa (v. pp. 4 e 8 dell'ordinanza). Il giudice, nel chiedere una pronuncia manipolativa, ha ritenuto di dover precisare la questione eccepita dai ricorrenti, individuando però una “soluzione normativa già esistente” tale da rendere la questione irrilevante.

³⁰ Diversi Autori e anche diverse pronunce della Corte non distinguono i due profili: v. C. PADULA, *La tutela diretta*, cit., pp. 163 ss.

³¹ V. M. BIGNAMI, *La Corte costituzionale interviene*, cit., p. 37: «il baluardo costituito dalla rilevanza della questione [...] è del tutto illusorio: una volta ammessa l'incidentalità delle questioni conseguenti ad azioni di accertamento, sarà sufficiente per l'attore dichiarare che una legge *potenzialmente* ne incide una posizione giuridica, perché la relativa questione di costituzionalità diventi senza dubbio rilevante».

³² Nella recente sent. 149/2022 si legge che compito della Corte «non è quello di verificare la sussistenza di violazioni del diritto fondamentale in esame nel singolo caso concreto, bensì quello di stabilire se il meccanismo normativo disegnato dal legislatore sia tale da determinare violazioni di tale diritto fondamentale in un numero indeterminato di casi».

³³ La risoluzione della questione di costituzionalità rappresenta solo una delle diverse componenti del giudizio ordinario (in particolare, della premessa maggiore del sillogismo giudiziale): C. PADULA, *La tutela diretta*, cit., pp. 174 ss.

³⁴ Punto 2 del Diritto, enfasi aggiunta.

costituzionale, e dalla giustizia tout-court, *quantomeno nella sua dimensione effettiva e tempestiva*, ciò che non è accettabile in uno Stato di diritto»³⁵.

Queste precisazioni si spiegano perché in realtà la zona franca non sussisterebbe ma dipende dal diritto vivente risultante dalla giurisprudenza della Cassazione, la cui interpretazione dell'art. 66 Cost. (e dell'art. 87 DPR 361/1957) viene smentita dalla stessa Corte nella sent. 48/2021³⁶, sulla scia di quanto già statuito dalla sent. 259/2009³⁷.

Dunque, da un lato la Corte afferma la giurisdizione del giudice ordinario sulle questioni oggetto dell'azione di accertamento, citando una precedente sentenza che ha negato il vuoto di tutela, dall'altro afferma l'assenza di una tutela giurisdizionale effettiva e tempestiva, in quanto, data l'interpretazione della Cassazione, l'utilizzo della via "fisiologica" (un giudizio comune instaurato davanti al giudice ordinario contro un atto di esclusione della lista e non l'azione "astratta" di accertamento) per far arrivare le stesse questioni alla Corte costituzionale aprirebbe un percorso lungo e irto di ostacoli, con forte incertezza sulle probabilità di successo e certezza assoluta sull'impossibilità di ottenere l'ammissione della lista in tempo utile³⁸. È dunque ben comprensibile l'affermazione della Corte secondo

³⁵ Punto 4.4 del Diritto, enfasi aggiunta.

³⁶ Punto 4.3: «il tenore dell'art. 66 Cost. non sottrae affatto al giudice ordinario, quale giudice naturale dei diritti, la competenza a conoscere della violazione del diritto di elettorato passivo nella fase antecedente alle elezioni, quando non si ragiona né di componenti eletti di un'assemblea parlamentare né dei loro titoli di ammissione».

³⁷ Punto 4.2: «la sentenza n. 259 del 2009 negava l'esistenza di un vuoto di tutela sottolineando, soprattutto, che "le questioni attinenti le candidature, che vengono ammesse o respinte dagli uffici competenti, nel procedimento elettorale preparatorio, riguardano un diritto soggettivo, tutelato per di più da una norma costituzionale, come tale rientrante, in linea di principio, nella giurisdizione del giudice ordinario"».

³⁸ Dato il tenore dell'art. 87 DPR 361/1957 e l'orientamento della Cassazione, l'azione proposta davanti al giudice ordinario implicherebbe la necessità di investire le sezioni unite della Cassazione del conflitto negativo di giurisdizione tra giudice ordinario e Camere; non sarebbe da escludere che la Cassazione, nel regolare la giurisdizione, sollevi questione di costituzionalità sull'art. 87, in quanto estende la "verifica dei poteri" oltre quanto risulta dall'art. 66 Cost.; non sarebbe neppure da escludere, nel caso in cui le sezioni unite confermino il diritto vivente senza contestare l'art. 87, un conflitto (negativo) di attribuzione tra poteri dello Stato sollevato dalle Camere contro la Cassazione. V. la sent. della Corte cost. n. 259/2009, punto 3: «La circostanza che la Camera dei deputati abbia, a sua volta, negato la propria giurisdizione sulle controversie riguardanti atti del procedimento elettorale preparatorio, implica che sulla questione possa sorgere un conflitto di giurisdizione, che non spetta a questa Corte risolvere (ordinanza n. 117 del 2006), oppure, qualora ricorrano i presupposti soggettivi ed oggettivi, un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato. [...] L'attuale situazione di incertezza sul giudice competente a conoscere dei ricorsi avverso gli atti degli Uffici elettorali deriva da una

la quale, «allo stato attuale della normativa e delle interpretazioni su di essa prevalenti, l'azione di accertamento di fronte al giudice ordinario – sempre che sussista l'interesse ad agire (art. 100 cod. proc. civ.) – risulta l'unico rimedio possibile per consentire la verifica della pienezza del diritto di elettorato passivo e la sua conformità alla Costituzione».

Se in tal modo la Corte “ammorbidisce” il rigido criterio della zona franca come presupposto di ammissibilità delle azioni di accertamento, essa offre anche un argomento che pare contraddire quel criterio. Infatti, dopo aver ampiamente argomentato sul rilievo della zona franca ai fini dell'ammissibilità della questione e sulla «necessità, anche per le elezioni politiche, della previsione di un rito ad hoc, che assicuri una giustizia pre-elettorale tempestiva»³⁹, la Corte osserva che solo con un'azione di accertamento proposta «in un momento largamente anticipato rispetto alla data in cui dovranno essere indette le elezioni e, quindi, ben prima dell'avvio del vero e proprio procedimento elettorale preparatorio», «è attualmente possibile ottenere – particolarmente se insorgano in via incidentale dubbi sulla legittimità costituzionale delle norme che regolano l'accesso alla competizione elettorale – una pronuncia tempestiva, prima dello svolgimento delle elezioni». Ciò dovrebbe condurre alla conclusione che, anche quando sarà regolato un rito *ad hoc* per contestare in modo rapido gli atti di esclusione delle liste nelle elezioni politiche, le azioni di accertamento dovrebbero essere ammesse perché rappresenterebbero l'unico modo per ottenere una tutela effettiva e tempestiva nel caso in cui il rischio di lesione del diritto di elettorato passivo derivi dalla legge, salvo voler immaginare una disciplina che consenta di ottenere una decisione della Corte costituzionale prima delle elezioni (è peraltro da segnalare, qualora si estendesse alle elezioni politiche il rito accelerato previsto dall'art. 129 cod. proc. amm., che, secondo il Consiglio di Stato, tale rito non è compatibile con l'incidente di legittimità costituzionale⁴⁰).

4. La sent. 240/2021 (il caso Catania): la zona franca diventa autonomo requisito di ammissibilità

La sent. 240/2021 ha deciso questioni sollevate dalla Corte d'appello di Catania in relazione alle norme (contenute nella l. Sicilia 15/2015 e nella l. 56/2014, c.d. Delrio) secondo le quali il Sindaco della Città metropolitana coincide di diritto con

divergenza interpretativa delle disposizioni vigenti, che può e deve essere risolta con gli strumenti giurisdizionali, comuni e costituzionali, esistenti».

³⁹ V. il punto 4.5 del *Diritto*.

⁴⁰ V. F. CORVAJA, *Art. 129*, in G. FALCON, F. CORTESE, B. MARCHETTI (a cura di), *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, Cedam, Padova, 2021, pp. 1033 ss.; M. CECCHETTI, *Il contenzioso pre-elettorale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Federalismi.it*, n. 16/2013, pp. 55 ss.

il Sindaco del Comune capoluogo della stessa Città metropolitana. La Corte d'appello era stata adita con un'azione di accertamento del diritto di elettorato attivo da un elettore residente nel Comune di Aci Castello e che, dunque, non partecipando all'elezione del Sindaco del Comune di Catania (capoluogo della Città metropolitana di Catania), non poteva contribuire all'individuazione del Sindaco metropolitano. Il rimettente aveva argomentato l'incidentalità della questione osservando che il ricorrente non potrebbe impugnare alcun atto, non essendo neppure prevista l'elezione del Sindaco metropolitano: le norme in questione erano censurate proprio perché escludevano tale elezione, non per il modo in cui la regolavano.

La Corte costituzionale esordisce ribadendo la competenza del giudice *a quo* nell'accertamento dei presupposti del suo giudizio⁴¹ e il carattere meramente "esterno" del controllo da essa svolto, e poi dichiara che le questioni incidentali sollevate in giudizi di accertamento sono ammissibili in presenza di quattro presupposti⁴²: a) motivazione sufficiente e non implausibile sull'interesse ad agire dell'attore⁴³; b) la peculiarità del diritto oggetto di accertamento, «e segnatamente del diritto di voto, avente "come connotato essenziale il suo collegamento ad un interesse del corpo sociale nel suo insieme"»; c) la zona franca⁴⁴; d) l'incidentalità della questione (la Corte, però, parla di «pregiudizialità»⁴⁵).

Poste tali premesse, la Corte respinge l'eccezione di inammissibilità sollevata dall'Avvocatura per difetto di rilevanza e insussistenza della zona franca⁴⁶ (la Corte, peraltro, dichiara poi inammissibili le questioni in quanto il rimettente punta ad ottenere una novità di sistema, cioè l'introduzione di una disciplina che fuoriesce

⁴¹ La Corte fa riferimento alla rilevanza e all'incidentalità e poi menziona specificamente l'interesse ad agire (punto 3 del *Diritto*).

⁴² V. il punto 3.1 del *Diritto*.

⁴³ La Corte, in realtà, fa poi un riferimento più generale ai presupposti di validità del giudizio *a quo*, compresa la giurisdizione del rimettente: punto 3.2 del *Diritto*.

⁴⁴ La Corte pone l'accento «sulla "esigenza di evitare che sussistano zone sottratte al controllo di costituzionalità o di garantire la controllabilità anche di leggi che non potrebbero venire sottoposte per le vie ordinarie al sindacato di questa Corte" (sentenza n. 110 del 2015)».

⁴⁵ Sulla differenza tra pregiudizialità, incidentalità e rilevanza v. C. PADULA, *La tutela diretta*, cit., pp. 162 ss.

⁴⁶ Su tale parte della sent. 240/2021 v. A. POGGI, *La sentenza 240: un nuovo strappo all'incidentalità del giudizio e un "revirement" sulla legge Delrio*, in *Federalismi.it*, n. 29/2021; G. MOBILIO, *Ed infine, la Corte costituzionale intima di riformare le Città metropolitane: a proposito della sentenza n. 240 del 2021*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2022, § 6.

dalle attribuzioni della Corte e spetta solo alla discrezionale valutazione del legislatore⁴⁷).

Mi pare che in tale decisione siano da sottolineare due aspetti. Il primo è il seguente. Mentre nella sent. 1/2014 la Corte aveva utilizzato numerosi argomenti a sostegno dell'ammissibilità delle questioni, senza chiarire se tutti gli elementi evidenziati fossero essenziali⁴⁸, la sent. 110/2015 aveva presentato il criterio della zona franca non come un autonomo presupposto di ammissibilità ma come un elemento condizionante la valutazione sull'interesse ad agire e sull'incidentalità (punto 3.3 del *Diritto*). La sent. 110/2015 afferma chiaramente che la verifica della differenza tra oggetto del giudizio *a quo* e del giudizio costituzionale è condizionata da tale esigenza (punto 3.4 del *Diritto*).

Tale impostazione evita una possibile obiezione fondata sull'art. 137 Cost., che pone una riserva di legge costituzionale in materia di *condizioni* del giudizio di legittimità costituzionale. La Corte (e neanche il legislatore ordinario) non può "creare" nuove condizioni di tale giudizio. Il criterio della zona franca viene quindi "inglobato" in due requisiti tipici di ammissibilità. Peraltro, ciò che si guadagna in termini di rispetto formale dell'art. 137 Cost. si perde in termini di tenuta logica della motivazione, poiché la sussistenza o meno dell'interesse ad agire e dell'incidentalità non è in realtà condizionata dall'indisponibilità di un altro mezzo di tutela giurisdizionale (e infatti sia la sent. 1/2014 sia la sent. 35/2017 accertano l'interesse ad agire e l'incidentalità con argomenti autonomi)⁴⁹.

La sent. 240/2021, invece, come visto, elenca quattro distinti presupposti di ammissibilità delle questioni sollevate in sede di accertamento, due dei quali atipici: da un lato, la zona franca, dall'altro la «peculiarità» e il «rilievo

⁴⁷ Tale ragione di inammissibilità viene affermata dalla Corte con riferimento sia alla richiesta di estendere l'elezione diretta del Sindaco metropolitano alle persone residenti in comuni non capoluogo sia a quella di parificare le stesse persone a quelle residenti in comuni non capoluogo compresi in una provincia, che partecipano indirettamente all'elezione del presidente della provincia (attraverso i sindaci e i consiglieri comunali eletti).

⁴⁸ Nel punto 2, alcuni argomenti sono preceduti dall'inciso «[p]er di più» e nell'ultimo capoverso la Corte afferma che «le sollevate questioni di legittimità costituzionale sono ammissibili, *anche* in linea con l'esigenza che non siano sottratte al sindacato di costituzionalità le leggi, quali quelle concernenti le elezioni della Camera e del Senato, che definiscono le regole della composizione di organi costituzionali essenziali per il funzionamento di un sistema democratico-rappresentativo e che quindi non possono essere immuni da quel sindacato» (enfasi aggiunta).

⁴⁹ V. anche *infra*, § 6.

costituzionale [...] del diritto di voto»⁵⁰. La Corte non indica quale sia il fondamento di tali nuove condizioni del giudizio di legittimità costituzionale⁵¹.

Il secondo aspetto da segnalare è il seguente. Anche nella sent. 240/2021, come già nella sent. 48/2021, la Corte “ammorbidisce” il criterio della zona franca, dichiarando che una questione sollevata in sede di accertamento può essere ammissibile anche al di fuori di una vera e propria zona franca (quale quella configurata dall’art. 66 Cost.), se il ricorrente offre «una ricostruzione plausibile del fatto che al ricorrente del giudizio a quo siano precluse chances effettive di ottenere tutela al di fuori dell’azione di accertamento che questi ha intentato», e sussiste dunque il rischio che gli sia negata «una tutela giurisdizionale piena e tempestiva» del diritto di voto⁵².

Dunque, la Corte ammette per la prima volta una questione di costituzionalità “astratta” al di fuori dell’ambito delle elezioni politiche: anche se le elezioni amministrative sono soggette al sindacato del giudice comune, nel caso di specie il ricorrente contesta non una regola elettorale ma il meccanismo di identificazione *ex lege* del sindaco metropolitano nel sindaco del comune capoluogo, ragion per cui il ricorrente non avrebbe «né un atto da impugnare in via autonoma, né un esito elettorale da gravare e contro cui ricorrere»⁵³.

Mentre la sent. 48/2021 ha dato rilievo al diritto vivente della Cassazione (che, negando la giurisdizione comune sugli atti di esclusione delle liste nelle elezioni politiche, avrebbe reso difficile ottenere una decisione di merito), la sent. 240/2021 valorizza la «oggettiva difficoltà di rinvenire nel sistema rimedi giurisdizionali di tipo impugnatorio», cioè la difficoltà di “immaginare” un possibile atto da contestare per poi eccepire l’illegittimità delle norme in questione.

5. L’ord. 103/2022: il caso dei cancellieri

Con l’ord. 103/2022 la Corte ha dichiarato la manifesta inammissibilità di alcune questioni sollevate, nel corso di azioni di accertamento, dal Tribunale di Roma, sezione lavoro, con riferimento a diverse disposizioni del testo unico pubblico impiego. Nel giudizio *a quo* i ricorrenti (cancellieri e segretari giudiziari) avevano chiesto, fra l’altro, l’accertamento del diritto alla regolamentazione con legge del loro rapporto di lavoro, in osservanza dell’art. 108, primo comma, Cost., e

⁵⁰ La sent. 35/2017 riepiloga i quattro argomenti utilizzati dalla sent. 1/2014 riconducendoli alla verifica sulla rilevanza (punto 3.1 del *Diritto*); La sent. 48/2021 utilizza l’argomento della “zona franca” al fine di respingere l’eccezione di difetto di giurisdizione (§ 4).

⁵¹ V. anche *infra*, § 6.

⁵² Punto 4.2.3 del *Diritto*.

⁵³ Punto 4.2.3 del *Diritto*.

l'accertamento del diritto ad un trattamento retributivo proporzionato alla qualità del lavoro prestato in osservanza degli artt. 3 e 36 Cost.

La Corte dichiara la manifesta inammissibilità delle questioni per difetto di motivazione sulla loro incidentalità⁵⁴.

Si tratta di una pronuncia che conferma opportunamente l'essenza dell'incidentalità (non coincidenza fra giudizio *a quo* e questione di costituzionalità) e il dovere del giudice comune di verificarne la sussistenza, così come accade con la rilevanza: anzi, mentre la rilevanza (richiesta dall'art. 23 l. 87/1953) è un requisito solo del giudizio costituzionale, l'incidentalità (richiesta dall'art. 1 l. cost. 1/1948) è un requisito *anche* del giudizio comune⁵⁵, ragion per cui a maggior ragione spetta al giudice *a quo* verificarne la sussistenza⁵⁶.

6. Conclusioni

Le due sentenze da ultimo illustrate (48/2021 e 240/2021) sono da accogliere con favore per la scelta della Corte di ammettere questioni sollevate nel corso di azioni di accertamento al di fuori del ristretto ambito dell'art. 66 Cost. La Corte non richiede più – per ammettere tali questioni “astratte” – l'indisponibilità di un altro rimedio giurisdizionale ma l'indisponibilità di un altro rimedio giurisdizionale *effettivo e tempestivo*. Questa nuova posizione riecheggia la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale il previo esaurimento dei rimedi interni (art. 35 Cedu) non è necessario se essi non sono accessibili o efficaci⁵⁷.

Se le citate decisioni di ammissibilità sono condivisibili, resta qualche perplessità su alcuni punti del percorso argomentativo seguito dalla Corte.

Mi pare che, nel valutare l'ammissibilità delle questioni di costituzionalità, la Corte applichi fondamentalmente tre metodi: a) il controllo “esterno” sulla sufficienza e plausibilità della motivazione del rimettente in ordine a requisiti

⁵⁴ «il giudice non è esonerato dall'individuare il “petitum separato e distinto” di tale azione rispetto all'oggetto della questione di costituzionalità; [...] nella fattispecie il giudice rimettente non si è fatto carico di verificare, sotto il profilo della rilevanza, la necessaria incidentalità delle sollevate questioni».

⁵⁵ Il giudice dovrebbe emettere una pronuncia di rito se l'attore chiedesse solo di sollevare una questione di costituzionalità davanti alla Corte.

⁵⁶ Sul riparto di compiti tra giudice *a quo* e Corte costituzionale riguardo all'incidentalità v. v. C. PADULA, *La tutela diretta*, cit., pp. 167 ss.

⁵⁷ V., ad es., il caso *Costa e Pavan*, deciso dalla Corte Edu il 28.8.2012. Sull'art. 35 Cedu v., ad es., R. PISILLO MAZZESCHI, *Art. 35, I*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Cedu*, Cedam, Padova, 2001, pp. 591 ss., e C. PITEA, *Art. 35*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Cedu*, Cedam, Padova, 2012, pp. 660 ss.

rientranti nel suo “dominio”, controllo che può portare ad una inammissibilità non decisoria (nel senso che il giudice *a quo* può risollevare la questione, integrando la motivazione); b) l'accertamento diretto della sussistenza dei requisiti di ammissibilità, che può condurre ad una inammissibilità decisoria (cioè, preclusiva di una riproposizione della questione); c) l'interpretazione sistematica delle regole del processo costituzionale alla luce dell'art. 24 Cost. e dei principi di costituzionalità e certezza del diritto, che conduce ad “ammorbire” certi requisiti, al fine di far affluire alla Corte questioni che, altrimenti, rischierebbero di sfuggirle.

Mi sembra che, nella giurisprudenza sopra illustrata, la Corte abbia applicato questi diversi metodi in modo non sempre lineare.

In primo luogo, se l'interesse ad agire (come presupposto della rilevanza) e l'incidentalità ricadono nel dominio del giudice comune (come effettivamente è), la Corte dovrebbe limitarsi a richiedere la sufficienza e plausibilità della motivazione offerta dal rimettente su tali punti, senza porre gli stessi elementi come ulteriori e autonome condizioni di ammissibilità. Mi pare contraddittorio richiedere contemporaneamente la sufficienza e plausibilità della motivazione sui requisiti di validità del giudizio (fra i quali interesse ad agire e incidentalità) e la sussistenza dell'incidentalità (prima e quarta delle condizioni elencate nella sent. 240/2021). L'assenza evidente di interesse ad agire (dunque, di rilevanza) e incidentalità può condurre la Corte a dichiarare inammissibile la questione sollevata in sede di accertamento, ma sempre nell'ambito del controllo “esterno” sulla motivazione, nel senso che l'assenza evidente di quei requisiti la rende implausibile.

In secondo luogo, oltre a un'incertezza sull'accertamento di questi requisiti tipici, mi pare esistere un'incertezza sul ruolo del requisito atipico della zona franca.

La sent. 110/2015 (secondo la quale, come visto, il criterio della zona franca deve influire sulla valutazione dell'interesse ad agire e dell'incidentalità) richiama precedenti decisioni della Corte che, nel valutare i consueti presupposti di ammissibilità delle questioni (legittimazione del giudice *a quo* e incidentalità), hanno attribuito «rilievo al profilo della controllabilità costituzionale di una determinata normativa»⁵⁸. In effetti, la Corte costituzionale ha usato anche l'argomento della zona franca per interpretare in modo estensivo l'art. 23 l. 87/1953, riconoscendo la legittimazione a sollevare una questione alla Corte dei conti in sede di controllo (sent. 226/1976) e al magistrato di sorveglianza nel corso di un procedimento non giurisdizionale (sent. 26/1999), e per ravvisare l'incidentalità nelle questioni sollevate sulle leggi-provvedimento (sentt. 59/1957 e 61/2012). Inoltre, l'esigenza di evitare la zona franca è stata sottolineata anche nella

⁵⁸ Punto 3.4 della sent. 110/2015.

sent. 148/1983 (riguardante le norme penali di favore), che ha affermato la sufficienza – ai fini della rilevanza - di un’influenza giuridica (e non necessariamente concreta) della pronuncia della Corte sulla decisione del giudizio *a quo*.

In questi casi il criterio della zona franca (o, meglio, il principio di costituzionalità che sta alla sua base) ha influito, tramite una normale interpretazione sistematica, sul significato dell’art. 1 l. cost. 1/1948 e dell’art. 23 l. 87/1953, al fine di allargare (o di evitare restrizioni nel) l’ambito del sindacato di costituzionalità.

La sent. 110/2015 ha invece utilizzato il criterio della zona franca in senso opposto: non per ammettere questioni superando possibili dubbi sulla sussistenza dei requisiti di ammissibilità, ma per negare l’ammissibilità di questioni riguardo alle quali la Corte aveva già accertato i requisiti di ammissibilità. Infatti, se l’incertezza sul diritto e il rischio di lesione sono stati considerati sufficienti per concretare l’interesse ad agire nelle sentt. 1/2014 e 35/2017, e se la Corte nelle stesse pronunce ha riconosciuto la differenza di oggetto tra giudizio *a quo* e giudizio costituzionale, non sembra possibile calare all’improvviso un’ombra su tali requisiti a affermare che solo l’indisponibilità di un altro rimedio giurisdizionale può farla sparire. Non mi pare giustificata la trasformazione della zona franca da situazione costituzionalmente esclusa a presupposto *positivo* di ammissibilità delle questioni di costituzionalità sollevate in sede di accertamento.

La sent. 240/2021 abbandona questo tipo di argomentazione (che innesta la zona franca nella valutazione dei consueti requisiti di ammissibilità) e afferma che la zona franca è un’autonoma condizione di ammissibilità delle questioni sollevate nelle azioni di accertamento. Ciò risolve alcuni problemi sollevati dalla sent. 110/2015⁵⁹ ma va incontro, come detto, all’obiezione relativa al rispetto dell’art. 137, primo comma, Cost.: su quale base la Corte “crea” una nuova condizione del giudizio di legittimità costituzionale? Se il fondamento pare assente, il fine è verosimilmente quello di evitare le questioni “astratte”, non collegate a una concreta vicenda applicativa della norma⁶⁰: infatti, quando la questione astratta, sorta in un giudizio di accertamento, era collegata ad una vicenda concreta, l’argomento della zona franca è scomparso (v. il § 2).

Dunque, probabilmente la Corte ha posto come condizione l’assenza di uno strumento alternativo di tutela per far salva la “vocazione” del giudizio incidentale, di regola legato ad un caso concreto di applicazione della legge, ma la vocazione di tale giudizio è anche quella di “saldarsi” ad *ogni* giudizio comune validamente

⁵⁹ V. C. PADULA, *La tutela diretta*, cit., pp. 150 ss.

⁶⁰ In realtà, il «giudizio» di cui parla l’art. 1 l. cost. 1/1948 non deve necessariamente collegarsi ad una vicenda concreta: per gli argomenti a sostegno di tale tesi v. C. PADULA, *La tutela diretta*, cit., pp. 186 ss.

instaurato, in modo che ogni volta che un soggetto cerca di difendere un bene della vita contro una lesione⁶¹ possa chiedere tutela anche contro la legge. In un sistema accentrato, la completezza del sistema di tutela dei diritti presuppone questa coincidenza tra ambito del giudizio comune e ambito del giudizio incidentale, altrimenti la creazione della Corte costituzionale, invece di rafforzare la tutela dei diritti, rischia di indebolirla⁶².

Dopo i casi sulle leggi elettorali (che non sono direttamente lesive, perché richiedono di essere attuate con il procedimento elettorale), l'auspicio è che, di fronte a un caso in cui il diritto fondamentale sia direttamente leso da una legge proibitiva o impositiva, la concretezza della lesione renda evidente l'inutilità di pretendere che il singolo si "procuri" un atto ripetitivo del vincolo legislativo e lo contesti o, ancor peggio, che violi la legge e assuma il rischio di subire la sanzione per "creare" la vicenda applicativa⁶³. La sensibilità mostrata dalla Corte nelle sentt. 48/2021 e 240/2021 verso l'effettività e la tempestività della tutela giurisdizionale potrebbe preludere ad un ulteriore sviluppo nella direzione auspicata.

⁶¹ Nel caso dell'azione di accertamento proposta contro la legge, la lesione può essere probabile o attuale a seconda che la legge sia non direttamente lesiva o direttamente lesiva (cioè, proibitiva o impositiva).

⁶² Sul tema v. A. CERRI, *Ci sarà pure un giudice a Berlino! Il mugnaio di Postdam e la legge elettorale*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, n. 1/2013, pp. 1 ss.

⁶³ Sul punto v. anche T. GROPPI, *La Corte e "la gente"*, cit., pp. 423 ss.