

**Carlo Padula**

**Spunti di riflessione sull'azione di accertamento e l'incidentalità nel  
giudizio di costituzionalità**

SOMMARIO: 1. Il problema di base: legge elettorale per le Camere e giudizio in via incidentale. - 2. [L'ordinanza della Cassazione del 17 maggio 2013](#): l'ambiguità dell'oggetto del giudizio a quo. - 3. Gli argomenti della Cassazione sull'incidentalità della questione. - 4. Rilevanza della questione sollevata dalla Cassazione sulla l. 270/2005. Esigenza di non confondere la “regolarità” del giudizio incidentale con la “regola” di esso. - 5. Una suggestione: il *constitutional challenge* negli Stati Uniti. - 6. Qualcosa di più di una suggestione: i principi fondamentali in tema di giustizia costituzionale e la specialità della materia delle elezioni politiche

*1. Il problema di base: legge elettorale per le Camere e giudizio in via incidentale*

In Italia, ormai da 8 anni, vige una legge elettorale per le Camere (la l. 270/2005) che, secondo molti (e anche secondo alcuni *obiter dicta* della stessa Corte costituzionale<sup>1</sup>), presenta diversi profili di incostituzionalità. Uno di questi profili (i premi di maggioranza “regionali” al Senato) ha anche condotto ad una situazione molto difficile dal punto di vista politico nel 2006 e nel 2013.

E' noto che, in relazione alle elezioni politiche, il giudice comune non ha giurisdizione: essa spetta alle Camere, ognuna delle quali “giudica dei titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità” (art. 66 Cost.). Tale disposizione è stata attuata dall'art. 87 dPR 361/1957, che attribuisce alla Camera dei deputati la giurisdizione o sui reclami già decisi

---

<sup>1</sup> V. le [sentt. 13/2012](#), [15/2008](#) e [16/2008](#) (nel punto 6.1 di quest'ultima la Corte osserva che “l'impossibilità di dare, in questa sede, un giudizio anticipato di legittimità costituzionale non esime tuttavia questa Corte dal dovere di segnalare al Parlamento l'esigenza di considerare con attenzione gli aspetti problematici di una legislazione che non subordina l'attribuzione del premio di maggioranza al raggiungimento, sia pure a livello regionale, di una soglia minima di voti e/o di seggi”).

in via amministrativa dagli uffici elettorali (quelli circoscrizionali e quello centrale) o sui reclami presentati direttamente alla Camera stessa<sup>2</sup>. L'art. 87 non limita la legittimazione al reclamo riguardante le operazioni elettorali, per cui per esso sembra valere il principio dell'“azione popolare” che vale per le controversie relative alle elezioni amministrative<sup>3</sup>. Il *Regolamento per la verifica dei poteri* del Senato del 23.1.1992 conferma ciò, stabilendo che “i ricorsi elettorali debbono essere sottoscritti, con firma autenticata a termini di legge, da cittadini elettori nei collegi interessati o da candidati presentatisi nei collegi stessi”. L'omologo regolamento della Camera del 1998, invece, contiene una formulazione diversa, attribuendo la legittimazione al ricorso avverso gli atti del procedimento elettorale ai “soggetti titolari di un interesse personale, diretto e qualificato”<sup>4</sup>. I ricorsi presentati da soggetti privi di tale interesse, dunque, valgono come esposti<sup>5</sup>.

Dunque, qualora gli elettori vogliano denunciare la costituzionalità della legge elettorale nel momento della sua applicazione, dovrebbero proporre reclami alla Giunta per le elezioni contro l'atto di proclamazione degli eletti, contestandone l'illegittimità “derivata” per incostituzionalità della legge elettorale e chiedendo agli organi parlamentari di sollevare questione di fronte alla Corte costituzionale. Si è volutamente usata la dizione generica di “organi parlamentari”, essendo tuttora aperta la questione se l'eventuale legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità spetti alle Giunte o alle Assemblee: dato che la decisione definitiva sulla convalida dell'elezione è di competenza

---

<sup>2</sup> Art. 87, co. 1: “Alla Camera dei deputati è riservata la convalida della elezione dei propri componenti. Essa pronuncia giudizio definitivo sulle contestazioni, le proteste e, in generale, su tutti i reclami presentati agli Uffici delle singole sezioni elettorali o all'Ufficio centrale durante la loro attività o posteriormente”. Art. 87, co. 3: “Le proteste e i reclami non presentati agli Uffici delle sezioni o all'Ufficio centrale devono essere trasmessi alla Segreteria della Camera dei deputati entro il termine di venti giorni dalla proclamazione fatta dall'Ufficio centrale”. Per l'elezione del Senato, l'art. 27 d. lgs. 533/1993 rinvia alle norme del t.u. Camera.

<sup>3</sup> Per quanto riguarda le azioni rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario, v. l'art. 82 dPR 570/1960 l'art. 19 l. 108/1968, l'art. 70 d. lgs. 267/2000 e l'art. 22 d. lgs. 150/2011; per quanto riguarda le azioni in materia di operazioni elettorali, rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo, v. art. 130, co. 1, d. lgs. 104/2010.

<sup>4</sup> V. l'art. 9 del *Regolamento della Giunta delle elezioni* approvato con deliberazione dell'Assemblea del 6 ottobre 1998.

<sup>5</sup> V. V. DI CIOLO – L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milano 2003, 186 nota 10. Sulla legittimazione ad instaurare il contenzioso elettorale negli altri ordinamenti v. M. MANETTI, *L'accesso alla Corte costituzionale nei procedimenti elettorali*, in A. Anzon – P. Caretti – S. Grassi (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino 2000, 131.

del *plenum*<sup>6</sup>, pare che solo ad esso dovrebbe spettare la legittimazione di cui sopra<sup>7</sup>.

In realtà, però, è tuttora dubbio se possa essere sollevata questione di costituzionalità nel corso della c.d. verifica dei poteri. Oltre ai dubbi dottrinali<sup>8</sup>, è da ricordare che, nella seduta del 17 giugno 2009, di fronte ad un esposto di un elettore, il presidente della Giunta per le elezioni della Camera dichiarò che, “in base ad una costante prassi seguita dalla Giunta delle elezioni della Camera (in ciò parzialmente difforme da quella seguita dalla omologa Giunta del Senato in talune occasioni), né la Giunta delle elezioni né l'Assemblea della Camera dei deputati possono qualificarsi come giudici *a quo* ai fini della eventuale rimessione alla Corte costituzionale di questioni di legittimità costituzionale riferite alla legge elettorale o a sue singole disposizioni in quanto difetta in capo ai medesimi organi parlamentari il requisito della terzietà che solo contraddistingue le autorità giurisdizionali propriamente dette, potendo inoltre la Camera dei deputati intervenire su disposizioni che essa ritenga affette da illegittimità costituzionale attraverso il concreto esercizio della propria funzione legislativa e non già con il ricorso surrettizio ad istituti la cui attivazione finirebbe per presentare l'ulteriore significato di rinuncia al ruolo di legislatore o addirittura di sostanziale vanificazione dello stesso”<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Su ciò v. V. DI CIOLO – L. CIAURRO, *op. cit.*, 190 s.; T. MARTINES – G. SILVESTRI – C. DE CARO – V. LIPPOLIS – R. MORETTI, *Diritto parlamentare*, Milano 2011, 51 ss.; A. MANNINO, *Diritto parlamentare*, Milano 2010, 77 ss.; C. BOLOGNA, *Art. 66*, in . S. Bartole – R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008, 612. In senso diverso v. I. NICOTRA GUERRERA, “*Verifica dei poteri*” e diritto di difesa nel contenzioso elettorale politico, in *Studi parl. di pol. cost.*, 1997, 78 ss.

<sup>7</sup> In senso contrario si rileva che, mentre la fase che si svolge davanti alla Giunta è para-giurisdizionale, “minori garanzie sotto questo profilo presenta la fase assembleare”: V. MESSERINI, *La materia elettorale*, in R. Romboli (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli 2006, 573 s.

<sup>8</sup> Su tale questione v. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano 2012, 140; V. MESSERINI, *op. cit.*, 569 ss.; M. MANETTI, *L'accesso alla Corte costituzionale*, cit., 143 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova 1976, 1385; M. SICLARI, *Il procedimento in via incidentale*, in R. Balduzzi – P. Costanzo (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino 2007, 25; A. ODDI, *La nozione di “giudice a quo”*, in R. Balduzzi – P. Costanzo, *op. cit.*, 50 ss.; L. ELIA, *Elezioni politiche (contenzioso)*, in *Enc. dir.*, Milano 1965, 789 ss.; V. DI CIOLO – L. CIAURRO, *Elezioni*, in *Enc. giur.*, Roma 1989, 3 s., 21; V. DI CIOLO – L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare*, cit., 204 ss.; C. BOLOGNA, *Art. 66*, cit., 617. Nell'aprile 2013 il Movimento del cittadino ha presentato due ricorsi, uno alla giunta per le elezioni della Camera, l'altro a quella del Senato, per chiedere di sollevare alla Consulta questione di legittimità sul premio di maggioranza assegnato anche a coalizioni che hanno avuto appena un terzo dei voti. La Giunta per il Senato ha respinto il ricorso in data 2.7.2013.

<sup>9</sup> Sull'orientamento della Giunta per il Senato v. i verbali delle sedute del 2.7.2013 (già citato nella nota 8), dell'1.7.2009 e del 3.11.2009. In quest'ultima riunione la Giunta menzionò la propria “veste giurisdizionale riconosciuta dalla Corte costituzionale con la [sentenza n. 113 del 1993](#) (e da ultimo ribadita anche nella più recente [sentenza n. 259 del 2009](#))”, e rifiutò di sollevare la questione di legittimità costituzionale sulla legge elettorale per difetto di rilevanza, in quanto la richiesta proveniva da un soggetto che si era limitato a rifiutare la scheda: “La verbalizzazione di questo tipo di protesta non può che essere

Si tratta di argomenti opinabili, perché “l'accertamento della regolarità delle elezioni è per sua natura intrinsecamente giurisdizionale”<sup>10</sup>: in altre parole, le Camere devono applicare obiettivamente la legge, non perseguire altri interessi, e in questo senso sono “terze”. Esse, invece, difettano di indipendenza, ma il difetto deriva dall'art. 66 Cost., per cui l'art. 87 dPR 361/1957 potrebbe essere contestato solo nella misura in cui estenda la verifica dei poteri al di là di quel che risulta dall'art. 66 Cost.<sup>11</sup>. Non a caso, la Corte costituzionale ([sent. 93/1965](#)) ritenne ammissibili le questioni sollevate dai Consigli comunali in sede di contenzioso elettorale e dichiarò illegittime le norme relative perché non garantivano “l'imparzialità del giudicante”, in contrasto con l'art. 108, co. 2, Cost.

La posizione della Giunta della Camera determina anche l'automatico contrasto della c.d. “verifica dei poteri” con l'art. 24 Cost., dato che priva di un giudice i diritti politici, sia di fronte alla violazione della legge (perché le Giunte negano il proprio carattere giurisdizionale) sia di fronte alla violazione della Costituzione da parte della legge (perché gli organi parlamentari rifiutano di fungere da giudici *a quo*)<sup>12</sup>. Inoltre, tale posizione evidenzia che, quanto alla possibilità di un sindacato di costituzionalità sulla legge elettorale per le Camere, si oscilla fra una “zona franca” (qualora le Giunte e le Camere seguissero l'orientamento appena citato) e una “zona d'ombra”, poiché non è comunque probabile che le Camere appena elette sottopongano alla Corte costituzionale

---

giudicata irrilevante ai fini della verifica dei risultati elettorali. Ne consegue che difetta il requisito della rilevanza della questione di legittimità costituzionale affacciata nell'esposto, ai fini dell'esercizio, da parte del Senato, della funzione di giudice dei titoli di ammissione dei suoi componenti ai sensi dell'[articolo 66 della Costituzione](#)”. Sui “precedenti” delle Giunte in ordine alla loro legittimazione come giudici *a quo* v. V. MESSERINI, *op. cit.*, 574 s.

<sup>10</sup> Così Mortati in Assemblea costituente, ma si trattava di un'opinione condivisa: v. V. MESSERINI, *op. cit.*, 560 s.

<sup>11</sup> Inoltre, il sindacato di costituzionalità non è sostituibile dal normale esercizio della funzione legislativa, se non altro per il fatto che l'abrogazione opera solo per il futuro. Invece, anche A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2009, 181, vedono come un ostacolo “il carattere politico (e non terzo ed imparziale) dell'organo”.

<sup>12</sup> Infatti, all'affermazione del presidente citata nel testo segue una precisazione di altro membro della Giunta: “Andrea ORSINI (PdL), nel condividere l'impostazione delle comunicazioni rese dal presidente, ritiene peraltro che il motivo di inammissibilità della richiesta che la Camera sollevi questione di legittimità costituzionale sulla legge elettorale vada piuttosto ricercato nell'aspetto relativo al fatto che la Camera può sempre esercitare la propria funzione legislativa per porre rimedio a presunti profili di incostituzionalità della legge, e non già nella asserita mancanza di terzietà della Giunta e della Camera, sembrandogli quest'ultimo un argomento che potrebbe mettere in discussione lo stesso principio di autodichia delle Camere. Maurizio MIGLIAVACCA, *presidente*, prende atto che, con la precisazione testé formulata dal deputato Orsini, la Giunta concorda con la proposta da lui formulata nelle proprie comunicazioni”.

la legge sulla base della quale sono state elette<sup>13</sup>.

Ciò ha condotto a cercare tutela in altri modi: in primo luogo, si è provato a sostenere la tesi secondo la quale la giurisdizione delle Camere comprenderebbe, ai sensi dell'art. 66 Cost., solo le operazioni elettorali e non il procedimento elettorale preparatorio (assegnazione dei seggi, convocazione dei comizi, ammissione od esclusione di liste o candidati)<sup>14</sup>. Così, più volte gli atti di avvio del procedimento elettorale sono stati impugnati davanti al giudice amministrativo, al fine di contestare la costituzionalità della legge elettorale, soprattutto dopo le succitate [sentt. 15 e 16 del 2008](#) della Corte costituzionale e dopo l'art. 44, co. 2, lett. d) l. 69/2009, che, nel delegare il Governo ad adottare il codice del processo amministrativo, prescriveva di “razionalizzare e unificare le norme vigenti per il processo amministrativo sul contenzioso elettorale,... introducendo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie concernenti atti del procedimento elettorale preparatorio per le elezioni per il rinnovo della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica” (tale norma, però, non è stata attuata dal d. lgs. 104/2010)<sup>15</sup>.

Il Consiglio di Stato negò la giurisdizione sull'impugnazione del decreto di convocazione delle assemblee elettorali del 6.2.2008<sup>16</sup>, e la sentenza fu impugnata da un cittadino, che sollevò un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato contro l'ordine giudiziario ed il Parlamento, chiedendo alla Corte di sollevare davanti a se stessa

---

<sup>13</sup> Sul problema v., ad es., P. COSTANZO, *Introduzione* nel Seminario annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa” su “*La giustizia elettorale*”, svoltosi a Firenze il 16 novembre 2012, in E. CATELANI, F. DONATI e M.C. CRISTINA GRISOLIA (a cura di), *La giustizia elettorale*, Napoli, 2013, XV ss.; L. TRUCCO, *La giustizia elettorale politica tra riforme mancate ed occasioni perdute*, *ivi*; 355 ss.; F. SGRÒ, *Garanzie e preclusioni nei processi di riforma del sistema elettorale italiano*, in *Rass. parl.* 2013, 47 ss.; L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, Torino 2011, 232 ss.; L. TRUCCO, *Fondamenti di diritto e legislazione elettorale*, Torino 2010, 136 ss.; V. MESSERINI, *op. cit.*, 553 ss.; M. SICLARI, *op. cit.*, 25 ss.; F. BIONDI, *Oggetto e parametro*, in R. Balduzzi – P. Costanzo (a cura di), *Le zone d'ombra*, *cit.*, 90 ss.

<sup>14</sup> Su ciò v. la [sent. Corte cost. 259/2009](#) e, in dottrina, v. M. CECCHETTI, *Il contenzioso pre-elettorale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in E. CATELANI, F. DONATI e M.C. CRISTINA GRISOLIA (a cura di), *La giustizia elettorale*, *cit.*, 5 ss.; V. MESSERINI, *op. cit.*, 564 ss.; L. TRUCCO, *Il contenzioso elettorale politico di nuovo al vaglio dei giudici della Consulta*, in *Rass. parl.* 2009, 1201 ss.; F.G. SCOCA, *Elezioni politiche e tutela giurisdizionale*, in *Giur. cost.* 2009, 3613 ss.; 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.* 2009, 3620 ss.; G. PICCIRILLI, *Contenzioso elettorale politico e verifica dei poteri: riflessioni sulla effettività delle tutele procedurali*, in *Rass. parl.* 2006, 800 ss.; L. TRUCCO, *Contenzioso elettorale e verifica dei poteri tra vecchie – ma mai superate – e nuove questioni*, in *Rass. parl.* 2006, 808 ss.

<sup>15</sup> Sull'ipotesi di attuazione di tale norma di delega v. M. CECCHETTI, *op. loc. cit.*

<sup>16</sup> Sent. sez. IV del 13 marzo 2008, n. 1053.

questione di costituzionalità sulle leggi elettorali politiche, “nelle parti in cui non subordinano l’attribuzione del premio di maggioranza al raggiungimento di una soglia minima di voti o seggi”. La Corte dichiarò il conflitto inammissibile, sia perché “in nessun caso” il singolo cittadino è legittimato a sollevare un conflitto, sia perché “il ricorso risulta rivolto non già a sollevare un conflitto di attribuzione, quanto piuttosto ad ottenere la dichiarazione di illegittimità costituzionale di talune disposizioni legislative, attraverso una sorta di accesso diretto a questa Corte” ([ord. 284/2008](#))<sup>17</sup>.

A questo punto 91 cittadini italiani presentarono 17 ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, denunciando la l. 270/2005 per violazione dell'art. 3 del I Protocollo – “diritto a libere elezioni” – in relazione alle liste bloccate e all'assenza di una soglia minima per il premio di maggioranza, e per violazione degli artt. 6 e 13 – “diritto al giusto processo” e “diritto ad un ricorso effettivo” – per l'assenza di tutela giurisdizionale. La Corte europea respinse i ricorsi nel 2012<sup>18</sup>.

Un ulteriore tentativo è stato compiuto di recente, impugnando gli atti di assegnazione dei seggi e di convocazione dei comizi relativi alle elezioni politiche svoltesi il 24-25 febbraio 2013, ma di nuovo il Tar Lazio ha dichiarato il difetto di giurisdizione con sent. n. 5163 del 22.5.2013.

Nel frattempo, era stata percorsa – ad opera di un “cittadino italiano ed elettore”, con un atto di citazione del 3 novembre 2009 - anche la via dell’azione di accertamento - davanti al giudice ordinario – della “pienezza” del diritto di voto “così come costituzionalmente garantito..., previa declaratoria d’incostituzionalità delle vigenti disposizioni di legge che lo limitano”. Era un tentativo che doveva superare due ostacoli: a) l’esistenza di un interesse ad agire davanti al giudice ordinario (esiste una reale incertezza in relazione al diritto di voto?); b) la rilevanza-incidentalità della questione di costituzionalità<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> V. anche l'[ord. 117/2006](#), che dichiarò irricevibile il conflitto promosso dalla “Lista consumatori C.O.D.A.CON.S. Democrazia Cristiana”, al fine di far affermare la sussistenza della giurisdizione del Giudice amministrativo relativamente alla fase prodromica delle elezioni politiche, e a far negare quella della Camera dei deputati. Simile questione, sollevata in via incidentale, è stata dichiarata inammissibile dall'[ord. 512/2000](#).

<sup>18</sup> V. la sent. *Saccomanno c. Italia* del 13.3.2012, ric. 11583/08 e altri 16 ricorsi; su di essa v. L. TRUCCO, *Sistema di elezione e di giustizia elettorale (italiani): anche per Strasburgo, tutte le strade portano al legislatore (italiano)*, in [www.forumcostituzionale.it](#).

<sup>19</sup> Il requisito dell’incidentalità è di regola trattato dalla dottrina costituzionalistica a proposito della rilevanza: v., anche per ulteriori citazioni, L. IMARISIO, *Lites fictae e principio di incidentalità: la dedotta*

Però, è anche un tentativo coerente con l'orientamento teso a favorire al massimo la possibilità di sollevare questioni di costituzionalità, dato che tale possibilità non è altro che una forma di esercizio del diritto di difesa, contro le leggi incostituzionali: si pensi alla giurisprudenza costituzionale che ha ammesso le questioni sulle leggi-provvedimento, respingendo l'eccezione fondata sul rilievo che, “nelle cause in cui sia posta in discussione la legittimità costituzionale di una legge-provvedimento, la risoluzione di tale questione esaurisca l'oggetto del processo, non lasciando alcun margine all'attività dell'autorità giurisdizionale”: nella [sent. 59/1957](#) la Corte osservò, tra l'altro, che “la insostenibilità della tesi della Avvocatura generale dello Stato è dimostrata anche dalle conseguenze a cui porterebbe il suo accoglimento, determinando la esclusione di ogni garanzia e di ogni controllo sui provvedimenti di esproprio, che i giudici di merito non potrebbero sindacare a causa della loro natura legislativa e che la Corte costituzionale non potrebbe neppure essa esaminare senza convertirsi, secondo la tesi che si confuta, in giudice di merito”<sup>20</sup>.

Ma si pensi anche alla giurisprudenza che ha progressivamente allargato la nozione di giudice *a quo*, avendo come criterio ispiratore l'esigenza di evitare “zone franche”<sup>21</sup>; a quella che è arrivata ad elaborare la nozione di giudice “ai limitati fini” della proposizione della questione di costituzionalità, proprio per consentire di contestare una legge che altrimenti non avrebbe potuto essere sindacata<sup>22</sup>; alla giurisprudenza che ha

---

*incostituzionalità quale unico motivo del giudizio a quo*, in *Giur. it.*, 2001, 590; A. CERRI, *Corso*, cit., 152 ss.; G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna 2012, 273 s.; A. RUGGERI – A. SPADARO, *op. cit.*, 188 (nella manualistica, il requisito *de quo* non è menzionato da E. MALFATTI – S. PANIZZA – R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino 2011, che, però, a p. 336 ss. affrontano il problema del sindacato sulle leggi elettorali politiche). Invece, M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova 1984, 94 s. e 104 s., distingue fra irrilevanza e incidentalità.

<sup>20</sup> Su tale vicenda v., anche per ulteriori citazioni, A. CARDONE, *Le leggi-provvedimento e le leggi autoapplicative*, in R. Romboli (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale*, cit., 381 ss.

<sup>21</sup> V., ad es., la [sent. 226/1976](#), che ha ammesso a sollevare questione di costituzionalità la Corte dei conti in sede di controllo (punto 3: “sul piano sostanziale, il riconoscimento di tale legittimazione si giustifica anche con l'esigenza di ammettere al sindacato della Corte costituzionale leggi che, come nella fattispecie in esame, più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa sottoposte”) e, riassuntivamente, la sent. 164/2008. In dottrina v., ad es., P. BIANCHI – E. MALFATTI, *L'accesso in via incidentale*, in A. Anzon – P. Caretti – S. Grassi (a cura di), *Prospettive di accesso*, cit., 21 ss.

<sup>22</sup> V., ad es., la [sent. 26/1999](#): “Questa Corte, con la stessa sentenza da ultimo citata - concernente il diritto dei condannati al colloquio col difensore - ha affermato che il procedimento di reclamo presso il magistrato di sorveglianza, previsto dall'art. 35, n. 2, della legge di ordinamento penitenziario, costituisce sede idonea alla proposizione della questione incidentale di legittimità costituzionale delle leggi. Anche la proposizione dell'incidente di costituzionalità, infatti, costituisce espressione del diritto di difesa, in questo caso contro le leggi incostituzionali, e deve pertanto - come questa Corte ha numerose volte affermato -

ammesso le questioni sulle “norme penali di favore”, in quanto le norme legislative “devono pur sempre sottostare [al sindacato di costituzionalità], a pena di istituire zone franche del tutto imprevedute dalla Costituzione, all'interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile”<sup>23</sup>; si pensi anche, su un piano diverso, alla giurisprudenza che ammette l'impugnazione delle leggi tramite conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, quando non è possibile raggiungere la Corte tramite il giudizio in via incidentale<sup>24</sup>.

*2. L'ordinanza della Cassazione del 17 maggio 2013: l'ambiguità dell'oggetto del giudizio a quo.*

La Cassazione, forse non solo in base a valutazioni giuridiche ma anche per risolvere il “problema di base” che si è appena esposto, ha superato tutti i possibili ostacoli e ha sottoposto la l. 270/2005 al giudizio della Corte costituzionale<sup>25</sup>.

In questa sede si esaminerà solo un aspetto dell'ordinanza: un profilo processuale, che, però, incide profondamente sul diritto costituzionale sostanziale, cioè sull'effettività dei diritti fondamentali. Si tratta della possibile mancanza di “incidentalità” della questione.

Il punto è: è possibile instaurare un'azione di accertamento davanti al giudice ordinario chiedendo di accertare la portata di un diritto che è resa incerta dalla vigenza di una legge incostituzionale, e dunque chiedendo anche di sollevare pregiudizialmente questione di costituzionalità davanti alla Corte?

Per chi scrive la risposta è positiva. Nel caso di specie, l'attore non aveva instaurato il giudizio proprio in questi termini, ma aveva proposto un'azione di accertamento fondata su una *causa petendi* tipica delle azioni costitutive. Questo complica il discorso, perché –

---

essere ammessa tutte le volte in cui non sussistano vie alternative per farlo valere. L'idoneità del procedimento su reclamo davanti al magistrato di sorveglianza a essere luogo di promuovimento della questione incidentale di legittimità costituzionale,... e quindi l'affermata sufficienza dei caratteri di giurisdizionalità - specificamente in relazione al carattere soggettivo del procedimento - ai fini della proposizione della questione stessa non vale tuttavia affatto come riconoscimento dell'idoneità di tale procedimento sotto il diverso rispetto della garanzia del diritto costituzionale di azione in giudizio”.

<sup>23</sup> [Sent. 148/1983](#), punto 3 del *Diritto*.

<sup>24</sup> V., per tutti, A. CERRI, *Corso*, cit., 452 ss.

<sup>25</sup> V. l'ord. della I sezione 12060/2013, commentata da E. ROSSI, *La Corte costituzionale e la legge elettorale: un quadro in tre atti e dall'epilogo incerto*, in [www.federalismi.it](#), 5.6.2013; F. CONTE, *Un ricorso (quasi) diretto a tutela dei diritti fondamentali? Brevi considerazioni sull'ordinanza 12060/2013 della Cassazione Civile*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 24.6.2013.

se si adduce la lesione del diritto derivante dalla legge incostituzionale – l'oggetto del giudizio *a quo*, dato dal raccordo tra *petitum* e *causa petendi*, finisce per avvicinarsi pericolosamente a quello del giudizio costituzionale. Invece, chiedendo una sentenza di mero accertamento fondata sull'incertezza gravante sul diritto, si tengono più chiaramente distinti gli ambiti dei due giudizi.

L'azione era stata promossa da un "cittadino elettore" contro la Presidenza del Consiglio dei ministri ed il Ministero dell'interno. Nell'atto di citazione si chiede l'accertamento della "pienezza" del diritto di voto dell'attore, così come garantito dagli artt. 1, 2, 48, 56, 58, 67, 117, co. 1, e 138 della Costituzione, e dall'articolo 3 del Protocollo 1 della Cedu, ma la domanda di accertamento non è motivata con lo stato di incertezza gravante sul diritto (come dovrebbe essere per le azioni di accertamento) ma con la lesione derivante dall'incostituzionalità della l. 270/2005: infatti, l'attore dichiara di adire il Tribunale "per la tutela giurisdizionale del proprio diritto di voto che ritiene essere gravemente leso" dalla l. 270/2005, e "chiede l'accertamento del diritto dell'attore di esercitare il proprio diritto di voto libero e diretto, così come costituzionalmente garantito nel suo esercizio, lamentandone la lesione a causa della dedotta illegittimità costituzionale" della l. 270/2005 (punto 6).

Questo *thema decidendum* del giudizio *a quo* non è il più favorevole per superare il vaglio di ammissibilità della Corte costituzionale. Sarebbe stato preferibile chiedere il mero accertamento del diritto di voto, argomentando l'interesse ad agire (che nelle azioni di accertamento consiste nell'incertezza sul diritto) con la considerazione che la portata di un diritto non può essere certa se esso è regolato da una legge incostituzionale. L'accertamento del diritto di voto, come rivendicato dagli attori, avrebbe richiesto pregiudizialmente la risoluzione delle questioni di costituzionalità sulla legge elettorale; una volta decise queste, il giudice ordinario avrebbe potuto definire l'esatto contenuto del diritto di voto.

Sta di fatto che il Tribunale di Milano respinge la domanda nel merito (sent. 18 aprile 2011), giudicando manifestamente infondate le questioni di costituzionalità, e nel medesimo senso decide la Corte d'appello di Milano (sent. 24 aprile 2012).

Il giudizio arriva così in Cassazione. La Suprema corte nota l'"ambiguità"

dell'azione<sup>26</sup> e, forse, la sopravvaluta, perché osserva ([punto 3.1.1](#)) che “è discutibile che si tratti realmente di un'azione di mero accertamento, posto che l'interesse dei ricorrenti non è tanto quello di sapere di non avere potuto esercitare (nelle elezioni già svolte) e di non potere esercitare (nelle prossime elezioni) il diritto fondamentale di voto in modo conforme a Costituzione, ma è quello di rimuovere un pregiudizio che invero non è dato da una mera situazione di incertezza ma da una (già avvenuta) modificazione della realtà giuridica che postula di essere rimossa mediante un'attività ulteriore, giuridica e materiale”; in tal modo, “ci si allontana dall'archetipo delle azioni di mero accertamento per avvicinarsi a quello delle azioni costitutive o di accertamento-costitutive”.

Questa conclusione pare eccessiva: il fatto che l'*interesse* dell'attore consista nella rimozione della legge incostituzionale non significa che il *petitum* sia l'annullamento della legge: l'attore ha chiesto al giudice ordinario l'accertamento del proprio diritto di voto, *previa rimessione della questione di costituzionalità alla Corte*. L'annullamento della legge è lo scopo dell'azione, non l'oggetto della domanda giudiziale. Del resto, se l'azione fosse costitutiva, il *petitum* consisterebbe in un mutamento giuridico che, nel caso di specie, non potrebbe essere altro che l'annullamento della legge; ma, se l'attore avesse chiesto al giudice ordinario l'annullamento della legge, esso avrebbe dovuto declinare la giurisdizione. Dunque, qualificare l'azione come costitutiva e contemporaneamente sollevare la questione di costituzionalità risulta contraddittorio.

Resta il fatto che sia il modo in cui l'azione è stata impostata sia l'ordinanza di rimessione contengono qualche elemento che potrebbe aumentare il rischio che la Corte costituzionale neghi l'incidentalità della questione. Oltre alla qualificazione dell'azione come costitutiva, si pensi alla decisione sul primo motivo di ricorso: il ricorrente imputava ai giudici d'appello di aver deciso solo la questione di costituzionalità, “senza motivare la decisione di rigetto nel merito della proposta domanda di accertamento”. La Cassazione respinge il motivo perché la Corte d'appello, respingendo le questioni di costituzionalità, “ha implicitamente rigettato nel merito la domanda proposta, escludendo

---

<sup>26</sup> Da essa risulta che l'attore “ha chiesto... di dichiarare che il suo diritto di voto non può essere esercitato in modo libero e diretto, secondo le modalità previste e garantite dalla Costituzione e dal Protocollo 1 della Cedu... e di conseguenza ha chiesto di ripristinarlo secondo modalità conformi alla legalità costituzionale”. Nel [punto 3 del Diritto](#) si legge che il “*petitum* sostanziale [dell'azione] è diretto al riconoscimento della pienezza del diritto di voto... attraverso la dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme della legge n. 270/2005”.

la rilevanza giuridica della dedotta lesione del diritto di voto”<sup>27</sup>; in tal modo si rischia di non rispettare gli *standard* fissati dalla Corte costituzionale per “testare” l’incidentalità della questione (l’oggetto del giudizio *a quo* è diverso da quello di costituzionalità? Una volta decisa la questione di costituzionalità, resta qualcosa da decidere al giudice *a quo*?) e si immette la lesione nell’oggetto dell’azione.

### 3. *Gli argomenti della Cassazione sull’incidentalità della questione*

A parte ciò, la Cassazione affronta espressamente il problema dell’incidentalità della questione nel [punto 3.2 del Diritto](#)<sup>28</sup> e lo risolve positivamente con una motivazione che si articola in diversi punti.

Il primo punto attiene propriamente all’incidentalità (e alla teoria della  *fictio litis*) e la Cassazione, sulla scia di quanto deciso dai giudici di merito, argomenta che la questione di costituzionalità non esaurisce l’oggetto del giudizio *a quo* e che, dopo l’eventuale sentenza di accoglimento della Corte costituzionale, il giudice civile ha la possibilità di adottare una pronuncia diversa<sup>29</sup>.

Successivamente la Cassazione svolge un’argomentazione di tipo sistematico: essa osserva che “ci sono leggi che creano in maniera immediata restrizioni dei poteri o doveri in capo a determinati soggetti, i quali nel momento stesso in cui la legge entra in vigore si trovano già pregiudicati da esse, senza bisogno dell’avverarsi di un fatto che trasformi l’ipotesi legislativa in un concreto comando”. In tali casi “l’azione di accertamento può rappresentare l’unica strada percorribile per la tutela giurisdizionale di diritti fondamentali di cui, altrimenti, non sarebbe possibile una tutela ugualmente efficace e diretta”. Secondo la Suprema corte, il requisito della rilevanza della questione rispetto alla definizione di un giudizio comune “non può tradursi in un ostacolo che precluda quell’accesso [alla Corte costituzionale] qualora si debba rimuovere un’effettiva e concreta lesione di valori costituzionali primari”. Una “interpretazione in senso opposto

---

<sup>27</sup> [Punto 1.1 del Diritto](#).

<sup>28</sup> La Cassazione, invece, non affronta la questione dell’interesse ad agire perché le amministrazioni convenute non hanno svolto attività difensiva nel terzo grado di giudizio e, quindi, non hanno proposto il ricorso incidentale condizionato che sarebbe stato necessario per investire la Cassazione della questione dell’esistenza dell’interesse ad agire: [punto 3 del Diritto](#); peraltro, nel [punto 3.1](#) la Cassazione affronta un’altra questione preliminare che sembra sostanzialmente coincidere con quella dell’interesse ad agire.

<sup>29</sup> V. i [punti 3.2](#) e [3.2.1](#).

indurrebbe a dubitare della compatibilità del medesimo art. 23 della legge n. 87/1953 con l'art. 134 Cost.”<sup>30</sup>.

In sostanza, la Cassazione invoca un'interpretazione del requisito della rilevanza tale da consentire la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali lesi da una legge direttamente operativa.

Infine, la Cassazione dà rilievo al fatto che “il requisito della rilevanza ‘va valutato allo stato degli atti al momento dell’emanazione dell’ordinanza di rimessione””, ricavando da ciò un argomento per respingere “l’obiezione... secondo cui l’eventuale pronuncia di accoglimento della Corte cost. verrebbe a consumare *ex se* la tutela richiesta al giudice remittente... con l’effetto di escludere l’incidentalità del giudizio costituzionale”<sup>31</sup>.

Si può subito osservare che quest’ultimo argomento non risulta convincente: il principio secondo il quale la rilevanza va valutata al momento dell’ordinanza di rimessione esclude il rilievo delle vicende successive, che potrebbero portare a rendere influente la sentenza della Corte sul giudizio *a quo*, ma non impedisce di considerare, *al momento dell’ordinanza di rimessione*, se il giudice *a quo* potrà adottare una propria autonoma decisione dopo l’eventuale sentenza di accoglimento. Qualora quest’ultima esaurisse la tutela richiesta al giudice comune, non mancherebbe l’influenza della decisione della Corte sul giudizio comune, ma mancherebbe, appunto, l’incidentalità. Dunque, il carattere “istantaneo” della valutazione sulla rilevanza non giova al rigetto dell’eccezione fondata sul difetto di incidentalità della questione.

#### 4. Rilevanza della questione sollevata dalla Cassazione sulla l. 270/2005. Esigenza di non confondere la “regolarità” del giudizio incidentale con la “regola” di esso

I primi due argomenti, invece, sono pienamente condivisibili: in altre parole, la questione di costituzionalità sollevata dalla Cassazione risulta ammissibile, nella

---

<sup>30</sup> V. il [punto 3.2.2.](#)

<sup>31</sup> V. il [punto 3.2.3.](#): “Infatti, il giudizio sulla rilevanza va fatto... nel momento in cui il dubbio di costituzionalità si è posto, dalla cui dimostrata fondatezza (per effetto della sentenza della Corte costituzionale) è possibile avere solo una conferma e non certo una smentita della correttezza di quel giudizio sulla rilevanza”: anche questo passo lascia perplessi, in quanto la sentenza che accoglie la questione conferma il giudizio di non manifesta infondatezza e non tanto quello sulla rilevanza, sul quale la Corte costituzionale svolge un controllo meramente “esterno”.

prospettiva della disciplina del giudizio in via incidentale. L'art. 1 l. cost. 1/1948 e l'art. 23 l. 87/1953 richiedono che la questione di costituzionalità sia sollevata “nel corso di un giudizio” e la Corte intende l'incidentalità della questione nel senso che il giudizio *a quo* deve avere un oggetto che non coincide con la questione di costituzionalità, e l'eventuale sentenza di accoglimento non deve esaurire la tutela richiesta dall'attore, nel senso che al giudice *a quo* deve restare qualcosa da decidere.

*Dal punto di vista formale*, l'ordinanza della Cassazione rispetta questi standard perché l'attore non ha chiesto al giudice ordinario semplicemente di sollevare la questione di costituzionalità, ma ha chiesto una pronuncia di accertamento di un diritto (oltre alla condanna alle spese); qualora la Corte accogliesse la questione, il giudice ordinario potrebbe emettere una sentenza di accertamento sul contenuto del diritto di voto dell'attore, così come risultante dalla sentenza di accoglimento. Dunque, la Corte costituzionale giudica sulla legge, il giudice ordinario sul diritto dell'attore, ed è certo che il giudizio di accertamento non può essere definito “indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale”<sup>32</sup>.

Questa conclusione regge anche alla luce dei principi del diritto processuale civile. Il promotore della domanda che ha dato luogo all'[ordinanza della Cassazione 12060/2013](#) ha esercitato un'azione di mero accertamento (la cui generale ammissibilità non è espressamente prevista ma viene ricavata dal principio dell'interesse ad agire<sup>33</sup>), facendo valere un diritto assoluto non reale. L'oggetto della domanda è dato dal raccordo tra *petitum* e *causa petendi*. Il *petitum* si scinde nel *petitum* immediato (la pronuncia richiesta al giudice, che nel caso di specie è di accertamento) e mediato, che è la “cosa oggetto della domanda” di cui all'art. 163 c.p.c., cioè il bene della vita che il processo dovrà far conseguire all'attore (nel caso di specie, la possibilità di votare nel modo indicato nell'atto di citazione). La *causa petendi* consiste nei “fatti e... elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda” di cui all'art. 163 c.p.c.: nel caso di specie, nel diritto di voto quale risultante dalle norme costituzionali invocate dall'attore, secondo la sua interpretazione.

---

<sup>32</sup> Art. 23 l. 87/1953: “L'autorità giurisdizionale, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale[...]”.

<sup>33</sup> Su ciò v. C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Torino 2009, 20 nota 24; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino 2012, 224.

Dunque, il *petitum* della domanda in questione è sicuramente diverso da quello del giudizio di costituzionalità. Il *petitum* mediato è un'utilità non patrimoniale, che attiene alle modalità di esercizio del diritto di voto<sup>34</sup>, mentre nel giudizio costituzionale il *petitum* mediato è una modificazione giuridica (nel caso di azioni costitutive, “lo scarto tra *petitum* mediato ed immediato praticamente scompare”<sup>35</sup>). Quanto alla *causa petendi*, nelle azioni di accertamento essa si traduce nel diritto affermato (cioè, nel titolo giuridico, non nel “motivo interno”) cui si deve aggiungere il fatto che lo ha reso incerto (cioè, il fatto di *contestazione* o che ha dato luogo ad un'*apparenza giuridica: causa petendi passiva*)<sup>36</sup>; nel caso di specie, l'esistenza di una legge efficace seppur incostituzionale determina il massimo grado di incertezza sulla pienezza del diritto di voto. Nelle domande costitutive (cui si può assimilare quella che instaura il giudizio di costituzionalità, benché non rappresenti esercizio di una vera azione) la *causa petendi* è il diritto alla modificazione giuridica, che sorge in presenza di certi presupposti (cioè, la violazione di una norma costituzionale da parte della legge).

Come si può vedere, è assai difficile sostenere che sia il *petitum* che la *causa petendi* della domanda di accertamento di cui all'atto di citazione del 3.11.2009 coincidano con quelli della questione di costituzionalità sollevata dalla Cassazione; anzi, essi si sovrappongono solo per un profilo della *causa petendi* (l'incostituzionalità della l. 270/2005). Questo “punto di contatto” tra causa principale e questione di costituzionalità non vale a privare quest'ultima dei requisiti della *questione pregiudiziale*: le questioni pregiudiziali di merito, infatti, non sono solo quelle che riguardano rapporti del tutto distinti da quello oggetto della causa principale, ma anche quelle che attengono al rapporto fondamentale da cui sorge il diritto fatto valere (ad es., se l'attore fa valere un diritto di credito nascente da un certo contratto, è pregiudiziale la questione sull'esistenza di quel contratto)<sup>37</sup>. Si può parlare di questione pregiudiziale quando “un ‘punto’ non

---

<sup>34</sup> L'azione di accertamento può avere ad oggetto anche singoli profili del diritto fatto valere: v. C. CONSOLO, *op. cit.*, II, 226.

<sup>35</sup> V. C. CONSOLO, *op. cit.*, I, 212; sull'oggetto della domanda v. anche C. MANDRIOLI, *op. cit.*, I, 169 ss.; A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, Padova 1999, 128 ss.

<sup>36</sup> C. MANDRIOLI, *op. cit.*, I, 174; C. CONSOLO, *op. cit.*, II, 225. Un'azione di accertamento fondata su un'apparenza giuridica è quella volta a far dichiarare la nullità di un contratto.

<sup>37</sup> In questi casi si parla di pregiudizialità *logica*, mentre quando i rapporti sono distinti si parla di pregiudizialità *tecnica*: sulle questioni pregiudiziali v. C. CONSOLO, *op. cit.*, I, 240 s.; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, II, Torino 2009, 102; A. GIUSSANI, *Art. 34*, in F. Carpi – M. Taruffo (a cura di), *Commentario breve al c.p.c.*, Padova 2002, 88 ss.; E. MERLIN, *Art. 34*, in AA. VV., *Codice di procedura*

pacifico, ossia una ‘questione’, ancorché *rilevante* nella causa principale e tale quindi da costituire una *questione di quella causa*, sia però tale da uscire dai confini dell’oggetto che è proprio della domanda, e tale da poter costituire oggetto di un’*altra domanda* e quindi di un’*altra causa* la quale sia pertanto oggettivamente autonoma di fronte alla causa principale”<sup>38</sup>.

E' chiaro che, *dal punto di vista sostanziale*, l'oggetto del giudizio *a quo* si riduce alla questione di costituzionalità: l'attore agisce in quanto ritiene il suo diritto leso dall'incostituzionalità della legge, e l'unica questione giuridica portata all'attenzione del giudice ordinario è quella sulla costituzionalità della l. 270/2005. Però, anche in presenza di questo oggetto misto (v. *supra*, § 2), la questione resta ammissibile. Il fatto che il giudizio *a quo* abbia *sostanzialmente* ad oggetto solo la questione di costituzionalità si verifica in altri casi, nei quali, però, nessuno dubita della rilevanza della questione. Si pensi all'impugnazione di un atto amministrativo ripetitivo di una disposizione di legge e censurato solo per l'incostituzionalità della legge applicata: tale ricorso è pacificamente considerato ammissibile dal giudice amministrativo e, qualora la questione di costituzionalità venga sollevata, nessuno dubita della rilevanza-incidentalità della questione<sup>39</sup>. Eppure l'autonomia del giudizio *a quo* è solo formale, perché l'unica

---

*civile commentato*, Ipsoa 2007, 394 ss.; E. GARBAGNATI, *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano 1987, 69 ss. Nella dottrina processualcivilistica qualcuno contesta la possibilità di considerare le questioni di costituzionalità come questioni pregiudiziali ai sensi dell’art. 34 c.p.c., perché – a differenza di queste – esse non potrebbero essere oggetto di un giudizio autonomo: su ciò v., anche per ulteriori citazioni, C. MANDRIOLI, *op. cit.*, II, 351, ma il dibattito si è aperto ancor prima dell’entrata in funzione della Corte costituzionale: v. P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Milano 1950, 39, e gli Autori citati da M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano 1957, 9 ss.; v. anche G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano*, I, *Il sindacato incidentale*, Napoli 1957, 28; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova 1984, 293.

<sup>38</sup> M. CAPPELLETTI, *op. cit.*, 15 (corsivi dell’Autore). L’Autore affronta il problema della “distinzione, sotto il profilo obbiettivo, della causa pregiudiziale costituzionale dalla causa ordinaria pregiudicata” nei casi in cui la questione riguardi leggi “singolari”, problema che si pone per l’eguaglianza della *causa petendi* (“la questione che si pone *principaliter* sia nel processo ordinario che nel processo costituzionale è quella del rapporto fra la *lex specialis*, e la norma costituzionale che si pretende violata), ma lo risolve rilevando che “ben diverso è il *petitum*: nel processo costituzionale, si chiede la dichiarazione di illegittimità costituzionale... della legge speciale; nel processo ordinario, invece, viene in questione il rapporto giuridico derivato o derivabile dalla legge speciale, la esistenza o la validità di questo rapporto, - del quale ad esempio si chiederà l’accertamento negativo *come conseguenza* del previo annullamento della legge speciale invalida” (p. 17 s.; tale posizione è criticata da C. MORTATI, *Osservazioni sul sindacato di costituzionalità delle leggi-provvedimento*, in *Raccolta di scritti*, III, Milano 1972, 895). A p. 67 Cappelletti rileva che “*lis ficta* non si ha nel caso che un atto legislativo, avente carattere di *lex specialis*... sia impugnato dinanzi all’autorità giudiziaria ordinaria”.

<sup>39</sup> V., ad es., la [sent. 242/2011](#), punto 6.2 del *Diritto*: “Altra eccezione di inammissibilità sollevata dalla

questione discussa in esso è l'incostituzionalità della legge e l'eventuale sentenza di accoglimento determina ineluttabilmente l'accoglimento del ricorso.

Emerge, così, la vera differenza tra casi come questo e il caso oggetto dell'ordinanza della Cassazione sulla legge elettorale, cioè fra le azioni costitutive e le azioni di mero accertamento: queste non hanno la funzione di reagire ad una concreta applicazione della legge censurata ma quella di prevenire l'applicazione futura della legge. Esse hanno (formalmente) un oggetto autonomo dalla questione di costituzionalità ma manca una vicenda concreta (precedente al giudizio) in cui la legge è stata applicata o violata.

Basta questo a dichiarare irrilevante le questioni di costituzionalità sollevate nei giudizi di mero accertamento fondati sull'incostituzionalità della legge regolatrice del diritto? Si potrebbe rispondere positivamente, osservando che, nell'esempio dell'atto amministrativo ripetitivo della legge, l'atto applicativo causa il processo e questo è la ragion d'essere della questione<sup>40</sup>, mentre, nel caso relativo alla legge elettorale, è la questione di costituzionalità la ragion d'essere del processo, che viene instaurato (seppur con un proprio oggetto formalmente diverso) al fine di far arrivare la questione di costituzionalità di una legge alla Corte. Dunque, i due casi sopra esposti sarebbero simili ma uno (quello dell'azione di mero accertamento) “tradirebbe” la vocazione del giudizio incidentale, l'altro (quello dell'azione di impugnazione) no<sup>41</sup>.

Il punto è che l'esistenza di una concreta vicenda applicativa (o violativa) della legge rispecchia la “regolarità” del giudizio incidentale, non la “regola” di esso. La *regola* sulla

---

Provincia resistente attiene al difetto di incidentalità della questione, in quanto, seppure sia formalmente impugnato nel giudizio a quo il bando di concorso che regola l'accesso nelle graduatorie provinciali di Trento, esso, poiché meramente riproduttivo e non attuativo della norma censurata, fa sì che il ricorso avrebbe ad oggetto sostanzialmente quest'ultima. Anche tale eccezione non è fondata, «in quanto il controllo della Corte costituzionale, ai fini dell'ammissibilità della questione di legittimità ex art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, va limitato all'adeguatezza delle motivazioni in ordine ai presupposti in base ai quali il giudizio a quo possa dirsi concretamente ed effettivamente instaurato, con un proprio oggetto, vale a dire un *petitum*, separato e distinto dalla questione di legittimità costituzionale, sul quale il giudice remittente sia chiamato a decidere» (così, *ex multis*, [sentenza n. 263 del 1994](#)). Nella specie tale *petitum* distinto e separato è costituito, appunto, dall'impugnativa del bando”. V. anche la [sent. 4/2000](#). In dottrina, v. L. IMARISIO, *op. cit.*, 590 ss., e S. CUPELLINI, *La fictio litis e le azioni di accertamento dei diritti costituzionali*, in *Giur. cost.* 2003, 1378.

<sup>40</sup> Per usare l'espressione di G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *op. cit.*, 269.

<sup>41</sup> Tale “vocazione” emerge anche dalle sentenze relative al *referendum* sulla legge elettorale ([sentt. 16/2008](#) e [15/2008](#), punto 6.1): “Un giudizio anticipato sulla situazione normativa risultante dall'avvenuta, in ipotesi, abrogazione referendaria, verterebbe su norme future e incerte, in palese violazione delle regole del processo costituzionale italiano, che vietano al giudice delle leggi di procedere allo scrutinio di costituzionalità senza che la questione sia sorta in occasione di una concreta vicenda applicativa della norma censurata”.

rilevanza è stata sopra ricordata: essa richiede un “giudizio” avente un suo oggetto e la pregiudizialità della questione di costituzionalità, non richiede la pregiudizialità di una concreta vicenda applicativa o violativa rispetto alla questione di costituzionalità. L'applicazione della legge necessaria ai sensi dell'art. 23 l. 87/1953 è quella che deve avvenire nel giudizio *a quo*, non è un'applicazione precedente al giudizio *a quo*.

Quello che conta è che un *giudizio* esista e che sussistano i presupposti processuali e le condizioni dell'azione<sup>42</sup>: se ciò si verifica, *anche in assenza di un precedente atto applicativo o violativo*, vuol dire che la legge ha inciso direttamente sui diritti e che, dunque, la *ratio* del giudizio incidentale è soddisfatta<sup>43</sup>.

Tutto ciò va valutato dal giudice *a quo*, e la Cassazione, nel caso di specie, ha motivato la rilevanza in modo ampio e plausibile. Dunque, poiché – come noto - il controllo della Corte costituzionale sulla rilevanza è meramente “esterno”<sup>44</sup>, la Corte dovrebbe ammettere la questione di costituzionalità e giudicarla nel merito.

Del resto, se si richiedesse un atto applicativo o violativo per la rilevanza della questione di costituzionalità, si cadrebbe in un'aporìa, rendendo impossibile al giudice decidere le cause di mero accertamento: esso non potrebbe applicare la legge regolatrice della fattispecie in quanto dubita della sua costituzionalità, ma non potrebbe neppure sollevare la questione per mancanza di un atto applicativo.

La conclusione è che le questioni “svincolate da ogni esigenza applicativa” non sono per forza “solo teoriche, ipotetiche, poste per interesse 'scientifico’”<sup>45</sup>: *tertium datur*, in

---

<sup>42</sup> A. CERRI, *Corso*, cit., 152 s., per 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”. V. anche S. CUPELLINI, *op. cit.*, 1379.

<sup>43</sup> Per G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *op. cit.*, 269, l'origine giudiziaria delle questioni incidentali si spiega per la “posizione di intermediarietà del giudice *a quo*”, cioè perché “il momento della giurisdizione è quello in cui vengono a contatto la *lex*... e gli *iura*, i diritti”.

<sup>44</sup> V., di recente, la [sent. 91/2013](#), punto 2.4: “spetta al giudice *a quo* verificare la sussistenza dell'interesse a ricorrere nel caso concreto, essendo la Corte costituzionale tenuta a effettuare piuttosto un controllo esterno sull'adeguatezza della motivazione dell'ordinanza di remissione in punto di rilevanza (oltre che di non manifesta infondatezza), a garanzia dell'incidentalità e della concretezza del giudizio”. In dottrina v., ad es., G. DOLSO, *Giudici e Corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Milano 2003, 60 ss.; G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *op. cit.*, 290 s.; P. BIANCHI – E. MALFATTI, *op. cit.*, 44 ss.

<sup>45</sup> In questo senso, invece, sembrano orientarsi G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *op. cit.*, 286. Per A. RUGGERI – A. SPADARO, *op. cit.*, 188, il “difetto assoluto” di rilevanza “si ha... quando manca del tutto l'incidentalità (giudizio astratto)”.

quanto, se ci sono i presupposti dell'azione di accertamento, siamo di fronte ad un giudizio *vero*, svincolato, però, da una vicenda applicativa o violativa della legge.

##### 5. Una suggestione: il constitutional challenge negli Stati Uniti

Un rapido riferimento al *judicial review of legislation* negli U.S.A. conforta la conclusione che una questione di costituzionalità può rappresentare l'oggetto di un vero *case*, nonostante la mancanza dell'atto applicativo della legge.

L'art. III della Costituzione del 1787 stabilisce che il potere giudiziario federale si estende solo a “cases” e a “controversies”. Il *case or controversy requirement* non è stato ulteriormente regolato dalla Costituzione o dallo U.S. Code, cosicché l'onere di definirlo è ricaduto sulla giurisprudenza, in particolare sulla *Supreme Court*: così è nata la *doctrine of justiciability*.

Quanto al *judicial review of legislation*, questa dottrina si traduce nelle risposte alle seguenti domande<sup>46</sup>: chi può sollevare una questione di costituzionalità (ciò ha a che fare con lo *standing*)? Quando una questione di costituzionalità può essere sollevata (è il problema del *timing*: *ripeness* e *mootness*)? Quali questioni di costituzionalità possono essere sollevate di fronte a una corte federale (*political question doctrine* and *advisory opinions ban*)?.

Alcune di queste *doctrines* sono risultato diretto di un'interpretazione dell'art. III, mentre altre derivano da una *prudent judicial administration*. Tale distinzione fu fatta dalla stessa Corte suprema, ma il confine tra *constitutional* e *non-constitutional* (*prudential*) *limits* non è sempre chiaro<sup>47</sup>.

In conformità al *case or controversy requirement*, si dice usualmente che le corti

---

<sup>46</sup> V. H.P. MONAGHAN, *Constitutional Adjudication: The Who and When*, 82 Yale L.J. 1363 (1973); J.A. BARRON – C.T. DIENES, *Constitutional law in a nutshell*, St. Paul, Minn., 2009, 25 e 28; HART AND WECHSLER'S, *The Federal Courts and the Federal System* (a cura di R.H. Fallon, J.F. Manning, D.J. Meltzer, D.L. Shapiro), New York 2009, 49; L. YACKLE, *Federal courts*, Durham, N.C., 2009, 304.

<sup>47</sup> La distinzione non ha valore meramente teorico, perché ai *prudential limits* si può derogare con una legge del Congresso, mentre ai *constitutional limits* no: v. E. CHEMERINSKY, *Constitutional law*, New York 2011, 48 s.; S. BANDES, *The Idea of a Case*, 42 Stan. L. Rev. 265 e 268 (1990). Un altro aspetto da sottolineare è l'incertezza che grava sul *case or controversy requirement*, causata dalla mutevolezza ed eterogeneità della giurisprudenza, che è in parte legata alle caratteristiche del caso e in parte condizionata dall'opinione che la corte ha sul merito della domanda. La Corte suprema ha definito la “doctrine of justiciability” come “an idea, which is more than an intuition but less than a rigorous and explicit theory” (Allen v. Wright, 468 U.S. 737 (1984)).

statunitensi non decidono su questioni astratte di costituzionalità della legge ma le affrontano solo nel contesto di una lite concreta e solo se necessario per la decisione della causa<sup>48</sup>. Perciò, nella dottrina europea il *judicial review of legislation* è comunemente definito come “incidentale”, nel senso che dovrebbe aver luogo in relazione ad un caso concreto ed al fine di deciderlo<sup>49</sup>.

Così non è, perché il *case* di cui all'art. III della Costituzione americana non raramente consiste in un'azione di accertamento dell'incostituzionalità della legge, eventualmente accompagnata dalla richiesta di un'ingiunzione a non applicare la legge. La questione di costituzionalità, dunque, viene sollevata non per reagire ad un'applicazione della legge (o alla sanzione per la violazione della legge) ma a scopi *preventivi*.

Questi ricorsi costituzionali diretti sono proposti sia in materia federale, di solito dagli Stati-membri, sia dai privati, a tutela dei diritti fondamentali. Quanto al primo caso, oltre alle sentenze illustrate in altra sede<sup>50</sup>, si possono qui ricordare il ricorso *Commonwealth of Massachusetts v. United States Department of Health and Human Services*, a proposito del *Defense of Marriage Act*<sup>51</sup>, e anche i ricorsi proposti da diversi Stati-membri contro il *Patient Protection and Affordable Care Act*<sup>52</sup>: in quest'ultimo caso, la mancanza di un concreto caso applicativo era inevitabile, data l'efficacia differita della riforma sanitaria.

La Corte ha anche più volte deciso questioni di costituzionalità proposte direttamente dai privati, a prescindere da un caso concreto di applicazione o violazione della legge. Ciò è accaduto sia in relazione a diritti previsti dal I emendamento<sup>53</sup>, sia in relazione a

---

<sup>48</sup> See *Younger v. Harris*, 401 U.S. 37 (1971): “procedures for testing the constitutionality of a statute ‘on its face’...are fundamentally at odds with the function of the federal courts”; “the power and duty of the judiciary to declare laws unconstitutional is... derived from its responsibility for resolving concrete disputes brought before the courts for decision”. V. anche P.G. KAUPER, *Judicial review of constitutional issues in the United States*, in H. Mosler (a cura di), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, Colonia-Berlino 1962, 590; L. TRIBE, *American constitutional law*, New York 2000; M. SHAPIRO – A. STONE SWEET, *On Law, Politics, and Judicialization*, New York 2002, 344.

<sup>49</sup>In Italia, la possibilità di una contestazione diretta della legge negli USA è menzionata da A. CERRI, *Corso*, cit., 154 s.; P. BIANCHI, *La giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, in J. Luther-R. Romboli-R. Tarchi (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Torino 2000, 51.

<sup>50</sup>V. C. PADULA, *L'asimmetria nel giudizio in via principale*, Padova 2005, 21 ss.

<sup>51</sup>Il 27.6.2013 la Corte suprema respinse la richiesta di *certiorari* presentata sia dal *Massachusetts* che dal Ministero federale, confermando la decisione del 26.6.2013 *US v. Windsor* (che aveva dichiarato il *Doma* “unconstitutional as a deprivation of the equal liberty of persons that is protected” dal V emendamento) e la decisione della Corte d'appello per il I circuito su *Massachusetts v. USDHHS*, che aveva dichiarato incostituzionale il *Doma*.

<sup>52</sup> V. la sent. Corte suprema del 28.6.2012, *National federation of independent business et al. v. Sebelius, Secretary of Health and human services, et al.*

<sup>53</sup> V. R. FALLON, *As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing*, 113 *Harv. L. Rev.* 1321

diritti di altro tipo (ad es., con riferimento all'aborto<sup>54</sup>, alla materia elettorale, a questioni di discriminazione)<sup>55</sup>.

In tali azioni di accertamento la questione di costituzionalità è l'unico oggetto del giudizio. Ciò può avvenire perché il sindacato di costituzionalità, negli USA, è diffuso. Ai nostri giudici non si può chiedere la dichiarazione di incostituzionalità della legge, ma l'esperienza statunitense potrebbe suggerire di ritenere ammissibili le azioni di accertamento preventivo dei diritti minacciati da una legge incostituzionale.

#### 6. *Qualcosa di più di una suggestione: i principi fondamentali in tema di giustizia costituzionale e la specialità della materia delle elezioni politiche*

Da quanto sopra detto è emerso che, per chi scrive, la questione di costituzionalità sollevata dalla Cassazione con l'[ordinanza del 17.5.2013](#) (e, in generale, le questioni sollevate nel corso di un'azione di accertamento del diritto pregiudicato da una legge incostituzionale) dovrebbe essere ammessa dalla Corte costituzionale, sia alla luce delle regole sul processo costituzionale e dei principi del diritto processuale civile sia considerando i criteri individuati dalla Corte per “testare” l'incidentalità della questione: gli oggetti del giudizio *a quo* e del giudizio di costituzionalità sono diversi e spetta al giudice comune verificare le condizioni dell'azione (legittimazione, attiva e passiva, ed interesse ad agire); se il giudice argomenta in modo plausibile la loro esistenza, la Corte dovrebbe giudicare nel merito.

Se si ritenesse necessario un concreto caso applicativo o violativo della legge ai fini della rilevanza della questione, ciò implicherebbe una conseguenza paradossale ed una conseguenza aberrante: la prima è che *la tutela dei diritti fondamentali sarebbe carente proprio di fronte alle leggi più pericolose, cioè a quelle che non hanno bisogno di un atto applicativo per ledere i diritti stessi*<sup>56</sup> o che vengono applicate con atti non impugnabili

---

(2000); A. STONE SWEET, *Why europe rejected american judicial review and why it may not matter*, 101 *Mich. L. Rev.* 2773 ss. (2003); HART AND WECHSLER's, *op. cit.*, 168 ss.; R. FALLON, *Fact and fiction about facial challenges*, 99 *Calif. L. Rev.* 915 (2011).

<sup>54</sup>Anche la famosa sent. *Roe v. Wade* del 1973, che portò alla depenalizzazione dell'aborto, era un'azione di accertamento, perché l'attrice non aveva abortito (e la Corte suprema giudicò quando l'attrice aveva già partorito).

<sup>55</sup> V. M. SHAPIRO – A. STONE SWEET, *op. cit.*

<sup>56</sup> Sulle problematiche relative al sindacato di costituzionalità riguardante le leggi autoapplicative e le

*davanti ai giudici comuni (come avviene per la legge elettorale per le Camere)*. La seconda è che il privato dovrebbe violare la legge ed esporsi al rischio della conseguente sanzione pur di “costruirsi” la possibilità di chiedere ad un giudice di sollevare la questione di costituzionalità<sup>57</sup>: se una legge penale vietasse in assoluto lo sciopero in contrasto con l'art. 40 Cost., sarebbe necessario scioperare e rischiare la pena prevista? Non dovrebbe essere possibile esercitare un'azione di accertamento del diritto di sciopero, nel quale sollevare questione di costituzionalità della legge illegittima?

Ma questa strada dovrebbe essere percorribile in ogni caso: cioè, anche qualora la legge non sia autoapplicativa ma debba essere seguita da un'attuazione amministrativa (come nel caso della legge elettorale), la possibilità di chiedere l'accertamento del diritto fondamentale da essa compreso dovrebbe essere soggetta solo ai requisiti del diritto processuale civile, a prescindere dalla possibilità di creare una vicenda applicativa della legge<sup>58</sup>.

Tale conclusione, sopra argomentata sulla base delle norme relative al processo costituzionale e delle nozioni processualcivilistiche di *petitum* e *causa petendi*, è avvalorata anche da argomentazioni di tipo sistematico.

Si è già accennato che, nel definire i concetti di “giudice” e di “giudizio”, la Corte costituzionale ha espressamente utilizzato un criterio sistematico, intendendo quei concetti alla luce dei tre principi fondamentali in materia di giustizia costituzionale: il principio di costituzionalità (cioè di protezione della Costituzione dalle violazioni operate dalle leggi), il principio di certezza del diritto e il diritto di azione a tutela dei diritti fondamentali.

La Corte stessa ha definito il “principio di costituzionalità” come quello “secondo cui

---

leggi-provvedimento v., anche per ulteriori citazioni, A. CARDONE, *Le leggi-provvedimento*, cit., 377 ss.

<sup>57</sup> Questa è la tesi di P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 14 s.

<sup>58</sup> Invece, M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano 1955, 11 s., ammette solo in relazione alle “leggi autoapplicative” “la domanda di mero accertamento positivo della persistenza, nonostante la legge, di un proprio potere o negativo della sussistenza di un proprio dovere” (in nota l'Autore esamina proprio il caso della legge lesiva del diritto di voto – legge che, dunque, sembra essere curiosamente inclusa fra quelle autoapplicative –, evidentemente alla luce della c.d. legge “truffa”, emanata 2 anni prima). Anche P. CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, 15 ss., ammette l'azione di mero accertamento solo di fronte alle leggi autoapplicative (che anche per lui comprendono le leggi elettorali) e solo qualora incidano sui rapporti interprivati, mentre, qualora attengano “allo *status civitatis* o addirittura all'ordinamento degli organi costituzionali, neanche l'espedito dell'azione preventiva di mero accertamento sarebbe configurabile, per la assoluta impossibilità di trovare il *legitimus contradictor* contro il quale instaurare il processo-espedito”.

il controllo da parte di questa Corte deve coprire nella misura più ampia possibile l'ordinamento giuridico”<sup>59</sup>.

Ciò ha portato a notare come “le finalità generali del giudizio di costituzionalità... possano influire sulla configurazione della fase di avvio di questo”<sup>60</sup>, e tale influsso dovrebbe operare anche nel momento in cui si valuta la rilevanza della questione.

La Corte ha anche mostrato di saper tener conto delle particolarità dell’atto oggetto del giudizio e dei diritti coinvolti, ad esempio quando ha ammesso, per la prima volta, l’impugnazione di un atto legislativo in sede di conflitto di attribuzioni tra poteri, dando rilievo al fatto che si trattava di un decreto-legge disciplinante la campagna elettorale, cioè incidente su un diritto politico che non avrebbe potuto essere garantito tramite il giudizio in via incidentale, e considerando anche la *prassi* relativa a tale fonte<sup>61</sup>.

La Corte mostrò consapevolezza dell’importanza della materia elettorale anche nella [sent. 422/1995](#), che fece un uso assai ampio dell’illegittimità consequenziale “non potendo certamente essere lasciati spazi di incostituzionalità (da cui discenderebbero incertezze e contenzioso diffuso) in materia quale quella elettorale, dove la certezza del diritto è di importanza fondamentale per il funzionamento dello Stato democratico”.

In definitiva, 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<sup>62</sup>, che costituisce il primo fondamento del carattere democratico della Repubblica. La particolare importanza della *legalità* nella materia elettorale (e dunque, *a fortiori*, della legalità costituzionale nelle elezioni politiche) risulta anche dal fatto che i giudizi relativi alle elezioni amministrative

---

<sup>59</sup> [Sent. 387/1996](#), punto 2.2; in dottrina v. G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *op. cit.*, 272: il “principio di costituzionalità” implica la “possibilità di controllo della legislazione tutta intera, senza ‘zone franche’; a p. 288 si legge che “il giudizio incidentale deve avere portata generale, cioè essere idoneo a ‘coprire’ l'intero ordinamento per consentire il vaglio di costituzionalità di tutte le norme legislative”; v. anche L. PALADIN, *La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle Corti costituzionali europee: spunti comparatistici*, in L. Carlassare (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova 1988, 11.

<sup>60</sup> V. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *op. cit.*, 273 s.

<sup>61</sup> V. la [sent. 161/1995](#), punto 3 del *Diritto*.

<sup>62</sup> Sul carattere “inviolabile” di diritti di elettorato attivo e passivo ex artt. 48 e 51 v. M. CECCHETTI, *op. cit.*, p. 5 ss.

possono essere promossi con azione popolare<sup>63</sup>.

Dunque, pare che la Corte potrebbe – invece che intendere il requisito della rilevanza alla luce della “vocazione naturale” del giudizio incidentale (sorgere in collegamento con una concreta vicenda applicativa o violativa) - interpretare l’art. 23 l. 87/7953 alla luce dei sopra citati principi-cardine della Costituzione e delle peculiarità della materia delle elezioni politiche.

---

<sup>63</sup> Su ciò v. la nota 3 e M. MANETTI, *op. cit.*, 131 s.; E. LEHNER, *Le garanzie dei diritti elettorali*, Roma 2012; E. LEHNER, *Azione popolare e giustizia elettorale*, in E. CATELANI, F. DONATI e M.C. CRISTINA GRISOLIA (a cura di), *La giustizia elettorale*, cit., 95 ss.