

IL DIVIETO DI FICTIO LITIS COME CONNOTATO DELLA NATURA INCIDENTALE DEL GIUDIZIO DI COSTITUZIONALITÀ. SPUNTI A PARTIRE DALLA RECENTE ORDINANZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE IN TEMA DI LEGGE ELETTORALE**

1. *Materia elettorale e strettoie del giudizio incidentale: una situazione davvero irreversibile?* – 2. *Il divieto assoluto di fictio litis e l'incidentalità come rapporto tra "grandezze" oggettive.* – 3. *Quale incidentalità? La natura non scritta del divieto di fictio litis e l'evoluzione verso la "concretezza".* – 4. *Una rilettura della giurisprudenza costituzionale: dalla centralità (più esibita che reale) dei criteri oggettivi al rilievo (sostanziale) da attribuirsi all'interesse ad agire e agli altri presupposti processuali nel giudizio a quo.* – 5. *Intorno al dubbio di costituzionalità della legge elettorale, ovvero: su regole ed eccezioni nella giustizia costituzionale.*

1. Materia elettorale e strettoie del giudizio incidentale: una situazione davvero irreversibile?

Nella riflessione degli ultimi anni intorno alla fisionomia del giudizio incidentale, molta attenzione è stata dedicata ai problemi di confine della sua operatività, in particolar modo quelli connessi alla inidoneità strutturale di determinate questioni di legittimità costituzionale ad arrivare al vaglio della Corte costituzionale¹. Tra queste, in virtù della riserva operata dall'art. 66 Cost. a favore del meccanismo parlamentare di verifica dei poteri, un posto di rilievo è stato tradizionalmente assegnato alle questioni che investono la legge elettorale², con l'effetto che scarse o nulle sono state ritenute le *chances* di prospettare al giudice ordinario una *quaestio legitimatis* avente ad oggetto profili di costituzionalità di quest'ultima³.

Quello che si riteneva impossibile è tuttavia avvenuto con l'adozione della recente ordinanza della Corte di cassazione del 21 marzo/17 maggio 2013, n. 12060, con la quale sono stati sollevati dubbi di costituzionalità (per violazione soprattutto degli artt. 48, co. 2, e 56 Cost.) concernenti alcuni degli aspetti più controversi della vigente legge elettorale nella versione risultante dalla modifica operata dalla legge 21 dicembre 2005, n. 270: i criteri per l'attribuzione dei premi di maggioranza alla Camera e al Senato e la modalità di formulazione delle liste.

I primi commenti, sebbene largamente prevalenti nel senso di ritenere la fondatezza di almeno alcune delle questioni avanzate dalla Corte di cassazione, hanno tuttavia ravvisato il principale ostacolo al loro accoglimento nel fatto che, per i termini in cui sono poste, esse si presentano quali questioni prive del requisito dell'incidentalità, siccome l'oggetto della tutela richiesta al giudice *a quo* coincide in tutto e per tutto con la censura di incostituzionalità delle relative norme della legge elettorale⁴. Il dubbio prospettato

* Ricercatore in Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università di Perugia [giorgio.repetto@unipg.it].

** In corso di pubblicazione in *Giurisprudenza costituzionale*.

¹ V. sul punto R. BALDUZZI e P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra nella giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007, ed ivi in part. M. SICLARI, *Le «zone d'ombra» nei giudizi di legittimità costituzionale in via incidentale*, 11 ss.

² Su cui v. M. MANETTI, *L'accesso alla Corte costituzionale nei procedimenti elettorali*, in A. ANZON, P. CARETTI e S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, 2000, 119 ss. e V. MESSERINI, *La materia elettorale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, 553 ss.

³ Al punto che, nella prospettiva del sindacato di costituzionalità, si parla delle leggi elettorali come di "leggi irreversibili per ragioni di fatto" (così G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 305). Di "difficile sottoponibilità al giudizio costituzionale" parlano E. Malfatti, S. Panizza e R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2011, 336.

⁴ V. infatti U. DE SIERVO, *Legge sul voto. Lo stimolo dei giudici*, in *La Stampa*, 18 maggio 2013, E. ROSSI, *La Corte costituzionale e la legge elettorale: un quadro in tre atti dall'epilogo incerto*, in *federalismi.it*, n. 12/2013, F. DAL CANTO, *La legge elettorale dinanzi alla Corte costituzionale: verso il superamento di una zona franca?*, in www.forumcostituzionale.it, e R. ROMBOLI, *La costituzionalità della legge elettorale 270/05: la Cassazione introduce, in via giurisprudenziale, un ricorso quasi diretto alla Corte costituzionale?*, in *Foro it.*, 2013, 1836.

nell'ordinanza, infatti, muove da una censura avanzata dall'attore nel giudizio civile in cui si lamenta la violazione di alcuni profili del diritto di voto (*in primis* quelli connessi alla sua libertà e uguaglianza) determinata in via diretta e immediata dalle norme legislative, senza che essa si appunti su un provvedimento applicativo oggetto di esame nel giudizio *a quo*. Questa particolare struttura della questione la renderebbe priva del requisito dell'incidentalità, perché: a) il *petitum* del giudizio *a quo* (la richiesta di accertamento della violazione del diritto di voto) e la questione di legittimità costituzionale delle norme della legge elettorale finiscono per coincidere pressoché integralmente, e, di conseguenza, perché: b) il giudice del merito resta privo di un margine decisionale autonomo e residuale a seguito dell'eventuale declaratoria di incostituzionalità ad opera della Corte, assorbendo quest'ultima la forma e la sostanza della tutela invocata davanti al giudice. Caratteri, questi ultimi, che testimonierebbero come la questione sollevata dalla Corte di cassazione sia in realtà solo e soltanto una *lis ficta*, avanzata surrettiziamente davanti al giudice al solo scopo di giungere al giudizio di costituzionalità e ottenere, così, una declaratoria di incostituzionalità della legge⁵.

La vicenda, proprio per il fatto di porsi come caso di scuola o ipotesi "di confine", offre l'occasione per riflettere sui contorni, la struttura e la *ratio* di un corollario della natura incidentale del giudizio di legittimità costituzionale, appunto il divieto di *fictio litis*, che ha con tutta evidenza un significato centrale nel caso di specie ma alla cui incerta fisionomia, sia nella giurisprudenza che nella dottrina, mi sembra siano dovute le divergenti analisi della vicenda appena tratteggiata⁶. Incertezza dietro cui si agita il dibattito, mai veramente sopito, intorno alla natura del giudizio incidentale e al suo rapporto con il giudizio principale.

2. Il divieto assoluto di *fictio litis* e l'incidentalità come rapporto tra "grandezze" oggettive.

Prima di entrare nel merito dell'analisi, è opportuno collocare con precisione i problemi posti dal divieto di *fictio litis* all'interno del complessivo sistema di instaurazione del giudizio di costituzionalità in via incidentale. È osservazione frequente, infatti, che il divieto di proporre *lites fictae* – cioè questioni di costituzionalità contrassegnate da una simulazione preordinata ad aggirare il necessario requisito dell'incidentalità e ad attivare così, in modo surrettiziamente mediato ma in realtà diretto, il sindacato della Corte costituzionale – ricada all'interno del controllo sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale. Come è stato acutamente osservato di recente⁷, una tale assimilazione non sembra però così automatica. Se per rilevanza si intende infatti – sulla scorta dell'art. 23, comma 2, della legge n. 87 del 1953 – il rapporto di necessario condizionamento che, sulla risoluzione della controversia demandata al giudizio principale, esplica il giudizio affidato alla Corte costituzionale, pare evidente che nei casi di *lis ficta* questo condizionamento non possa che esservi sempre e necessariamente. Nel rivolgersi al giudice, infatti, il privato lamenta esclusivamente l'incostituzionalità di una legge e solo in ciò si riassumono i termini dell'invocata tutela giurisdizionale. Esaurendosi la sua pretesa nell'accoglimento della questione di costituzionalità, quest'ultima finisce quindi per essere sempre rilevante, quasi per definizione, perché il condizionamento operato sul giudizio *a quo* dal sindacato di costituzionalità è con tutta evidenza massimo, se non totale.

Questa constatazione spinge quindi a riconnettere l'istituto in esame alla più vasta area della verifica intorno all'incidentalità (o pregiudizialità) del rapporto tra i due giudizi⁸, nella quale la rilevanza occupa una posizione centrale, ma certo non esclusiva⁹. È l'ambito, in altre parole, che vuole il giudizio *a quo* come "radice e ragion d'essere" della questione, perché esso rappresenta il punto di mediazione tra le istanze sog-

⁵ Tra le posizioni critiche nei confronti dell'ordinanza in questione, quella espressa con maggiore nitidezza e coerenza mi sembra quella di A. ANZON DEMMIG, *Un tentativo coraggioso ma improprio per far valere l'incostituzionalità delle legge per le elezioni politiche (e per coprire una "zona franca" del giudizio di costituzionalità)*, in *Nomos*, 1-2013.

⁶ A favore dell'ammissibilità della questione, anche se sulla base di percorsi argomentativi non sempre coincidenti, si pronunciano A. CERRI, G. AZZARITI, F. LANCHESTER e P. CARNEVALE, negli scritti pubblicati su *Nomos*, 1-2013 e richiamati *infra*, nonché C. PADULA, *Spunti di riflessione sull'azione di accertamento e l'incidentalità nel giudizio di costituzionalità*, in *Consulta OnLine*, 6.9.2013 (www.giurcost.org).

⁷ P. CARNEVALE, *La Cassazione all'attacco della legge elettorale. Riflessioni a prima lettura alla luce di una recente ordinanza di rimessione della Suprema Corte*, in *Nomos*, 1-2013, 3 e ivi ulteriori riferimenti a dottrina e giurisprudenza.

⁸ V. la rassegna dei significati ascrivibili alla nozione di "pregiudizialità costituzionale" (per quanto non perfettamente coincidente con quella di "incidentalità") operata da N. TROCKER, *La pregiudizialità costituzionale*, in *Pregiudizialità e connessione nel processo civile. Atti del XVI° Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Rimini, 1989, 128.

⁹ Sulla non riducibilità della verifica intorno all'incidentalità al solo esame della rilevanza, per quanto ampiamente inteso, v. M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984, 94 ss., in part. 100 s.

gettive e concrete (di tutela degli *iura* individuali) e quelle oggettive e astratte (di garanzia della supremazia della Costituzione rispetto alla legge) che insieme sorreggono e giustificano il giudizio di costituzionalità¹⁰.

Senonché, pur essendovi un consenso di fondo su quest'ultimo punto, non risulta sempre facile individuare le conseguenze che scaturiscono dall'incidentalità così ricostruita, come è dimostrato, proprio sul terreno del divieto di *fictio litis*, dalla frequente constatazione per cui la giurisprudenza costituzionale sull'argomento è caratterizzata da un orientamento ondivago, quando non apertamente contraddittorio¹¹. Ora, nonostante alcune incertezze, resta nondimeno vero che, almeno in prima battuta, alcuni punti fermi possono essere individuati. La Corte costituzionale ha infatti ritenuto che, seppure può essere ammessa una questione proveniente da un giudizio in cui l'unica censura dedotta sia quella relativa all'incostituzionalità della legge, è necessario che i due giudizi siano contrassegnati da una diversità di *oggetto*, tale che al giudice *a quo* residui uno spazio di accertamento autonomo e distinto da quello su cui si è incentrato il giudizio di costituzionalità¹². E uno spazio autonomo e distinto deve ritenersi sussistente in tutti i casi in cui al giudice residui comunque il potere di adottare un provvedimento idoneo a soddisfare le pretese avanzate in giudizio; un provvedimento che sia però logicamente distinto e separato dalla declaratoria di incostituzionalità¹³.

È stato osservato come, a fronte di una simile elaborazione del divieto di *fictio litis*, rafforzata dall'individuazione di criteri di giudizio incentrati sulla struttura oggettiva della questione di costituzionalità, resti largamente preclusa la possibilità che del giudizio incidentale ci si possa servire per porre all'attenzione della Corte questioni sorte all'interno di giudizi volti al mero accertamento di diritti costituzionali¹⁴. Casi, cioè, nei quali la lesione di una situazione giuridica costituzionalmente protetta discenda direttamente ed esclusivamente da una disposizione di legge, con la conseguenza che, a seguito della sua eliminazione ad opera della Corte, al giudice *a quo* non resterebbe che prendere atto della già avvenuta soddisfazione dell'interesse della parte e nessuno spazio autonomo residuerebbe per la risoluzione della controversia e/o l'aggiudicazione del diritto controverso¹⁵.

L'esclusione in via di principio della possibilità che azioni di accertamento di diritti costituzionali, per quanto concrete ed effettive, possano arrivare al vaglio della Corte appare quindi strettamente connessa ad una incidentalità che si vuole salvaguardata solamente se tra i due giudizi permane una differenza strutturale tra "grandezze" oggettive (la richiesta avanzata nel giudizio *a quo* e la questione di costituzionalità in quello *ad quem*), tale in ogni caso da evitare l'arrivo alla Corte di una questione assimilabile ad un ricorso sostanzialmente diretto. Un esito, quest'ultimo, da scongiurare anche a dispetto del fatto che il giudizio *a quo* sia stato validamente instaurato ed in esso si lamenti la lesione effettiva di un bene della vita costituzionalmente rilevante¹⁶.

¹⁰ L'espressione è di G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 269.

¹¹ V. per tutti l'ampia rassegna di A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, 2012, 155 s. nonché già la nota redaz. alla sent. n. 4 del 2000 in *Giur. cost.*, 2000, 37 ss.

¹² "Quindi il giudizio *a quo* deve avere, da un lato, un *petitum* separato e distinto dalla questione di costituzionalità sul quale il giudice remittente sia legittimamente chiamato, in ragione della propria competenza, a decidere; dall'altro lato, un suo autonomo svolgimento, nel senso di poter essere indirizzato ad una propria conclusione, al di fuori della questione di legittimità costituzionale, il cui insorgere è soltanto eventuale", così la sent. n. 38 del 2009, ma v. anche sentt. nn. 84 del 2006, 127 del 1998, 263 del 1994, 65 del 1964 nonché ordd. nn. 175 del 2003, 17 del 1999 e 291 del 1986.

¹³ Così, tra le molte, la sent. n. 127 del 1998: "[i]n effetti, nel caso qui in esame, non è dato scorgere quale ulteriore provvedimento, ex art. 703 cod. proc. civ., potrebbe essere emesso dal giudice *a quo*, per rimuovere la supposta turbativa, una volta venuto meno, con il travolgimento della normativa denunciata, l'obbligo per il privato di richiedere la prevista autorizzazione".

¹⁴ Il principale esponente dell'orientamento critico verso un simile esito è A. CERRI, *Corso*, cit., 152 ss., anche sulla scorta di alcune notazioni di P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 13 ss., ma per restare alla letteratura manualistica v. anche A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009, 190. In argomento, per utili osservazioni, v. S. CUPPELLINI, *La fictio litis e le azioni di accertamento dei diritti costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2003, 1377 ss., G. PISTORIO, *Il curioso caso di una fictio litis (tre volte) inammissibile*, ivi 2009, 315 ss. e L. IMARISIO, *Lites fictae e principio di incidentalità: la dedotta incostituzionalità quale unico motivo del giudizio a quo*, in *Giur. it.*, 2004, 589 ss.

¹⁵ Né pare possibile ritenere che al giudice residuerebbe comunque il potere di dichiarare che la parte, a seguito dell'annullamento disposto dalla Corte, ha diritto a tenere un certo comportamento o a non subire determinate conseguenze, considerato che esso scaturisce comunque dall'effetto *erga omnes* della dichiarazione di incostituzionalità. Per una ricostruzione parzialmente diversa, relativa però alla fattispecie non del tutto sovrapponibile delle leggi provvedimento, v. M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1957, 18.

¹⁶ Così l'accezione prevalente, anche se non universalmente accettata, in dottrina: per tutti v. G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 286. L'indifferenza delle condizioni per poter sollevare una questione incidentale, nei casi di *lis ficta*, rispetto agli interessi coinvolti nel giudizio *a quo* è chiaramente esposta da M. LUCIANI, *Le decisioni processuali*, cit., 112 nt. 59, ove si legge che l'accezione di *fictio litis* posta a base dell'orientamento restrittivo della Corte costituzionale in tema di ammissibilità "coincide con quella di lite che, pur coinvolgendo autentiche situazioni soggettive di singoli, ha per oggetto soltanto il dubbio di costituzionalità, sì che l'apertura del giudizio principale non vale che da mero espediente per ottenere l'accesso alla Corte, precluso a chi agisse in via diretta", con rinvio alle sentt. nn. 65 del 1964, 92 del 1973 e 256 del 1982.

3. Quale incidentalità? La natura non scritta del divieto di *fictio litis* e l'evoluzione verso la "concretezza".

Prima di trarre le conseguenze dal quadro appena esposto e ritenere che una simile nozione di incidentalità sbarrerà necessariamente la strada ad azioni di accertamento dei diritti costituzionali (che, per quanto detto, finirebbero per integrare sempre e comunque delle *lites fictae*), può valere la pena riflettere ulteriormente sui tratti distintivi della nozione di incidentalità che si è venuta affermando storicamente, per come essa si riverbera sulla fisionomia e, soprattutto, sulla *ratio* del divieto di *fictio litis* .

È infatti necessario, anche se scontato, rimarcare come quest'ultimo non sia stato consacrato in un testo normativo ma, al contrario, sia stato elaborato nel tempo della Corte costituzionale in quanto variabile dipendente dei modi di configurare i rapporti tra giudizio *a quo* e giudizio incidentale. Rapporti che, come è ben noto, hanno subito nel tempo una notevole e significativa evoluzione, frutto innanzi tutto dell'ambigua scelta operata in sede di Assemblea costituente all'atto della stesura dell'art. 1 della l. cost. n. 1 del 1948; un'ambiguità solo in parte risolta dall'approvazione dell'art. 23, comma 2, della legge n. 87 del 1953, che si è posta come base effettiva, anche se a lungo contestata, dell'accezione di rilevanza della questione di legittimità costituzionale invalsa attualmente e, con essa, della complessiva fisionomia incidentale del giudizio di costituzionalità¹⁷.

Senza, evidentemente, poter ripercorrere i termini di questa evoluzione, che esulerebbero dai limiti del presente lavoro, è utile tuttavia sottolineare come l'accennato divieto di *lis ficta* non assuma la stessa intensità e gli stessi contorni in tutte le declinazioni che della rilevanza (e dell'incidentalità) sono state prospettate e si sono contese la scena.

Riprendendo la classificazione accolta in uno degli studi più approfonditi sull'argomento¹⁸, basti ad esempio pensare alle diverse accezioni del divieto in questione a seconda che il congegno instaurativo del giudizio di legittimità costituzionale venga finalizzato rispettivamente: a) a configurare la questione come strumento preordinato alla tutela dei diritti e degli interessi costituzionalmente garantiti alle parti; b) a fare della questione lo strumento per consentire alla Corte di eliminare dall'ordinamento le norme incostituzionali, così da preservare la rigidità della Costituzione; c) a concepire la questione come strumento per impedire al giudice di applicare leggi costituzionalmente illegittime.

Con riferimento all'ipotesi ricostruttiva *sub a*), in primo luogo, si riteneva che la possibilità riconosciuta alle parti di sollevare la questione di legittimità¹⁹ potesse essere filtrata dal giudice solamente nell'eventualità che essa si rivelasse in realtà meramente pretestuosa o dilatoria, nel senso che questi poteva negare ingresso alla Corte costituzionale "o quando sia in grado di dimostrare l'inapplicabilità della disposizione di legge oppure quando, pur apparendo la disposizione suscettibile di applicazione da un punto di vista astratto, il giudice proceda nel giudizio applicandone un'altra"²⁰. In questa prima variante, al forte nesso di derivazione tra la *quaestio* e la pretesa avanzata dalle parti fa da contraltare un divieto di *lis ficta* assai lasco, che si traduce infatti nella sola esigenza che la norma indubbiata debba essere applicata nel giudizio principale (il che tuttavia, come si è già visto, rappresenta l'elemento che contrassegna per definizione le *lites fictae*).

Nell'ipotesi ricostruttiva *sub b*), i presupposti del meccanismo instaurativo vengono orientati all'esigenza *obbiettiva* di preservare la corrispondenza obbiettiva tra fonti primarie e Costituzione, il che attenua sino al massimo grado il nesso di derivazione pregiudiziale dal giudizio *a quo* ²¹. In questo orizzonte, al degradare della rilevanza a mera occasionalità dell'applicazione della norma indubbiata corrisponde il massimo

¹⁷ Sui termini di questa evoluzione v. ora l'indagine ricostruttiva di L. AZZENA, *La rilevanza nel sindacato di costituzionalità dalle origini alla dimensione europea* , Napoli, 2012, 40 ss. Sull'ambiguità del modello, nella prospettiva della fase di instaurazione, v. R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti* , Milano, 1985, 52 ss., spec. 61.

¹⁸ F. PIZZETTI e G. ZAGREBELSKY, "Non manifesta infondatezza" e "rilevanza" nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi, Milano, 1972, *passim* ma riassuntivamente v. 78 ss., classificazione di recente riproposta da F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale* , in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *IL giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?* , Torino, 2002, 163 ss.

¹⁹ La ricostruzione si muoveva nel presupposto (criticato sin da subito da V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale* , II, 2, *La Corte costituzionale* , V ed., Padova, 1984, 287 e non accolto dalla giurisprudenza) di scindere i requisiti per la sollevazione a seconda che questa avvenisse d'ufficio o su istanza di parte.

²⁰ F. PIZZETTI e G. ZAGREBELSKY, op. ult. cit., 129.

²¹ "Considerando la questione come strumento di garanzia della conformità dell'ordinamento con la Costituzione, il giudice sarà tenuto a sollevarla ogni qual volta, nel corso di un giudizio, vengono in esame disposizioni legislative che giustificano dubbi di costituzionalità, a prescindere dal fatto che la questione di costituzionalità si ponga come pregiudiziale, ovvero che dalla pronuncia della Corte costituzionale possano derivare conseguenze nel giudizio *a quo* ", F. PIZZETTI e G. ZAGREBELSKY, op. cit., 116.

affievolimento del divieto di *lis ficta*, che infatti si ritiene scongiurato anche per il solo fatto che “sia instaurato, per iniziativa di qualcheduno, un qualche giudizio, anche inammissibile o improcedibile, oltre che, *a fortiori*, semplicemente infondato, e perfino forse nell’ipotesi in cui semplicemente, ma erroneamente, lo sembri”²².

Come si può vedere, le prime due ipotesi ricostruttive, sebbene speculari in quanto espressive di un’accezione, rispettivamente, massimamente concreta e massimamente astratta del giudizio incidentale, finiscono poi per convergere quanto all’ammissibilità, in linea di massima, della *lis ficta*, per quanto ciò avvenga in base a ragioni opposte: nel primo caso, in virtù della centralità assegnata all’interesse delle parti svincolato dall’apporto e dal sindacato del giudice *a quo* e, nel secondo caso, dall’esigenza di garantire quella corrispondenza obiettiva, che portava a ritenere che l’istituto della rilevanza (e con esso il complesso dell’incidentalità) dovesse essere orientato al “principio della piena sindacabilità, almeno teorica, da parte della Corte di tutto il corpo legislativo”²³.

Nell’ipotesi ricostruttiva *sub c)* – che rappresenta l’opzione che si è largamente imposta sia in dottrina che in giurisprudenza –, il nesso di derivazione tra i due giudizi risulta essere invece particolarmente stringente (al punto da far largamente coincidere la rilevanza con la pregiudizialità²⁴) ma in un’ottica che privilegia al massimo grado la sua riconduzione non agli interessi *soggettivi* delle parti, quanto piuttosto all’interesse *oggettivo* del giudice, appunto, a non dare applicazione a norme incostituzionali²⁵. È in questo modello ricostruttivo, in particolare, che trova terreno fertile il divieto di *fictio litis* inteso nei termini restrittivi sopra delineati, perché in quell’interesse oggettivo presidiato dal giudice viene fatto rientrare anche il divieto di aggirare surrettiziamente il nesso di incidentalità. Il divieto, così rigidamente inteso, è dovuto quindi alla separazione netta che si è voluta istituire tra competenza del giudice e quella della Corte, in quanto rispettivamente orientate a garantire due sfere normative (quella della legalità *legale* e quella della legalità *costituzionale*²⁶) che, da questa prospettiva, si assumono come non comunicanti. È per questa ragione, quindi, che l’impossibilità per il giudizio *a quo* di degradare a mera “stazione di passaggio” – in un itinerario che ha di mira, sin dall’inizio, solamente l’arrivo al Giudice delle leggi – viene intesa in senso assai rigido, in quanto espressiva di quella rigida separazione funzionale che è alla base del modello incidentale. Ed è in nome di questa esigenza, pertanto, che si giustifica la ricostruzione del rapporto tra i due giudizi come imperniati su due *petita* necessariamente diversi ed autonomi, pur se uniti dal “cordone ombelicale”²⁷ costituito dalla necessaria pregiudizialità/rilevanza tra giudizio incidentale e giudizio principale.

Lo sforzo di rendere quanto più possibile oggettivo il rapporto di pregiudizialità tra i due giudizi non può tuttavia far dimenticare che esso, benché sia prevalso storicamente, ha comunque incamerato alcuni elementi propri agli altri due modelli, subendo una significativa contaminazione soprattutto man mano che si sono venuti accentuando gli elementi di concretezza, ad esempio per quanto concerne l’incisività del sindacato della Corte sulla rilevanza²⁸.

²² F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sull’autonomia del giudizio costituzionale*, Napoli, 1966, 82 s.

²³ G. ZAGREBELSKY, *La rilevanza: un carattere normale ma non necessario della questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1969, 1005.

²⁴ F. PIZZETTI e G. ZAGREBELSKY, op. cit., 146.

²⁵ V. CRISAFULLI, *In tema di instaurazione dei giudizi incidentali di costituzionalità delle leggi*, in *Studi in memoria di Carlo E-sposito*, IV, Padova, 1974, 2803.

²⁶ È, quest’ultimo, il modello esposto da C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. I. Le ideologie del costituente*, Milano, 1979, 180 ss. Nella prospettiva del divieto di *lis ficta*, il punto è ben colto da A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, 1990, 167.

²⁷ Secondo la nota espressione di V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 292.

²⁸ M. LUCIANI, *Le decisioni processuali*, cit., 249 ss. nonché, da ultimo, A. CERRI, *Corso*, cit., ove si rileva come l’intensificarsi del controllo della Corte sui presupposti del giudizio *a quo* rischi di fare dell’ordinanza di rimessione “una sorta di sentenza non definitiva”. Basti pensare a quei casi, seppur estremi (presi criticamente in rassegna da F. Dal Canto, *La rilevanza e il valore del fatto*, cit., 190 ss.), in cui la Corte, nel motivare l’inammissibilità per difetto di rilevanza, si spinge a ricostruire la fattispecie, sulla base della lettura degli atti di causa, in modo diverso da quanto aveva fatto il giudice remittente (sentt. o ordd. nn. 96 e 99 del 1999, 93, 114, 230, 514 e 555 del 2000, nonché, da ultimo, ordd. nn. 82 e 60 del 2012, 235 del 2013) ovvero a ridefinire i profili di diritto, indicando al giudice remittente la norma che egli avrebbe dovuto correttamente censurare (sentt. o ordd. nn. 114, 191 e 514 del 2000, 209 del 2002, 163 e 212 del 2005). In argomento v. anche L. AZZENA, *La rilevanza*, cit., 63 ss.

Oltre a ciò, non può essere sottaciuto come ad influire su un riassetto rispetto ad un modello di incidentalità/concretezza fondato sul “legame più o meno stretto tra giudizio *a quo* e *ad quem*” sia anche il progressivo diffondersi del ricorso al diritto vivente, con l’effetto di qualificare la concretezza “in quanto emblematica del modo in cui la norma agisce nel momento applicativo; è una vicenda allora che interessa il giudizio di legittimità solo per la sua «tipicità»; come banco di prova, come esempio del modo in cui vive la legge nel sistema”: così A. PUGIOTTO, *La «concretezza» nel sindacato di costituzionalità: polisemia di un concetto*, in *Jus*, 1994, 97 s.

L'evoluzione che ha spinto la Corte, quale giudice della rilevanza, ad approfondire il nesso di dipendenza con il rapporto materiale che è alla base del giudizio *a quo*²⁹ ha indubbiamente comportato un certo riassetto della nozione di incidentalità, almeno nel senso che in essa è venuto attenuandosi quel rapporto di autonomia/distinzione tra grandezze (la richiesta avanzata al giudice *a quo*, da un lato, e la questione di costituzionalità, dall'altro lato) a favore dell'attribuzione di un peso maggiore ai contorni della vicenda concreta (per gli interessi che in essa sono coinvolti, per le loro vicende processuali e per il grado di compromissione di norme costituzionali). Nella valorizzazione di questi tratti specifici vi è l'idea che il collegamento con la fattispecie di partenza ancora la questione di legittimità ad un caso concreto senza però, con questo, smarrire il senso della sua destinazione ultima, che è quella di produrre effetti potenzialmente validi per tutte le ipotesi analoghe e, in questo modo, di "oggettivarsi"³⁰. Ecco, quindi, che a diventare centrale è la capacità della questione di legittimità (per il fatto di promanare da una controversia in cui è in discussione l'attribuzione effettiva di un bene della vita) di tradursi in un dubbio oggettivo, un dubbio cioè in grado di trascendere le circostanze del caso di partenza e assumere i contorni di un quesito che si sarebbe potuto porre in quello come in altri casi³¹. Alla garanzia di una separazione tra sfera del giudice e sfera della Corte si viene quindi progressivamente affiancando una maggiore compenetrazione tra le due, con l'effetto di valorizzare maggiormente l'influenza delle caratteristiche concrete della pretesa dedotta davanti al giudice (siano esse sostanziali o processuali) sulla valida instaurazione del giudizio di costituzionalità.

Il punto, ora, è capire se questa complessiva evoluzione sia da ritenersi senza conseguenze rispetto alla ricostruzione del divieto di *fictio litis* o se, invece, non induca a considerare criticamente la sua operatività sulla base dei soli requisiti attinenti alla diversità di struttura tra gli oggetti dei relativi giudizi e non anche alla luce dei presupposti (in primo luogo l'interesse ad agire) che fanno ritenere una controversia realmente concreta ed effettiva.

4. Una rilettura della giurisprudenza costituzionale: dalla centralità (più esibita che reale) dei criteri oggettivi al rilievo (sostanziale) da attribuirsi all'interesse ad agire e agli altri presupposti processuali nel giudizio a quo.

Tutto questo, si badi bene, non vale a revocare in discussione l'assunto generale, oggi largamente condiviso, che tiene rigidamente distinti la rilevanza della questione di costituzionalità e l'interesse ad agire della parte nel giudizio *a quo*³². Nel momento in cui si è rimarcato come, nella ricostruzione del divieto di *fictio litis*, non si possa del tutto prescindere da un collegamento del relativo esame con la struttura dell'azione e della pretesa fatta valere nel giudizio *a quo*³³ si sta solamente sottolineando come una certa interferenza in

²⁹ Così M. LUCIANI, *Le decisioni processuali*, cit., 246. V. anche N. TROCKER, *La pregiudizialità costituzionale*, cit., 167.

³⁰ Secondo F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto*, cit., 182 "Dapprima [scil. nella fase instaurativa] la questione di costituzionalità è strumentale al caso, successivamente è quest'ultimo che si riduce a strumento della risoluzione di essa. Nel passare quindi dall'ottica del giudice remittente a quella della Corte ci si muove di fatto, per riprendere ancora i diversi significati di concretezza, da una concezione rigorosa, intesa come strumentalità, ad una più ampia, volta essenzialmente a esaltare i caratteri *tipici* della vicenda concreta onde giungere ad una pronuncia utile all'ordinamento in generale" (corsivo dell'A.).

³¹ È in questo senso che, nella materia in discussione, mi sembra debba essere rivalutato l'assunto di A. CERRI (ne *Il profilo tra argomento e termine della questione di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, I, 1978, 356 ss.), sulla "esemplarità" del dubbio di costituzionalità avanzato nel giudizio *a quo*. In questi termini v. già F. CERRONE, «Obbiettivazione» della questione di costituzionalità, «rilevanza puntuale» e «rilevanza diffusa» in un recente orientamento della Corte costituzionale, in *Giur. cost.*, 1983, 2419, secondo il quale il nuovo corso allora inaugurato dalla giurisprudenza della Corte in punto di esame della rilevanza "risponde dunque ad un disegno che si propone di ricavare dal caso concreto un modulo che consenta al giudice costituzionale di giungere a conclusioni, istituzionalmente preordinate nel caso delle pronunce di accoglimento, ma forse sempre potenzialmente orientate a scavalcare i limiti del giudizio nel corso del quale la *quaestio* è sorta, per incidere in un ambito più vasto ed indeterminabile *a priori*".

³² Così, in giurisprudenza, l'assunto non è contestato: v. sentt. nn. 24 del 1959, 17, 56 e 70 del 1960, 124 del 1968, ecc. Occorre, peraltro, distinguere nettamente il problema della valutazione dell'autonomo interesse ad agire nel giudizio *a quo*, nei termini accennati nel testo, dal ruolo che può avere l'interesse processuale ad ottenere una pronuncia dalla Corte, problema che resta oggi ormai pacificamente assorbito dal requisito della rilevanza: così A. CERRI, *Il profilo tra argomento e termine*, cit., 350 e, nella dottrina più recente, P. VERONESI, *Conflitto tra poteri e giudizio incidentale a confronto: interesse ad agire, rilevanza e concretezza*, in *Giur. cost.*, 1995, 3220 e A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti*, cit., 189. Nella dottrina meno recente v. però C. ESPOSITO, *L'interesse a ricorrere nei giudizi contro le leggi*, in *Giur. cost.*, 1960, 650, A. M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 1967, 7 e S. BARTOLE, *Nuove riflessioni sull'interesse a ricorrere nei giudizi in via principale sulla legittimità delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1974, 540 s.

³³ Come d'altronde, era stato autorevolmente sostenuto, a suo tempo, da A. M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi*, cit., 15, nt. 15: "il problema dell'accertamento della natura artificiosa del processo inscenato in vista della proposizione di una questione di legittimità

questo caso sia dovuta, da un lato, agli itinerari lungo i quali è stata progressivamente costruita l'incidentalità costituzionale³⁴, e, dall'altro lato e soprattutto, al rapporto che si è venuto stabilendo tra esame della rilevanza e divieto di lite pretestuosa.

L'accento posto dalla giurisprudenza della Corte, in sede di esame sulla rilevanza, sul sempre più necessario condizionamento tra la questione di costituzionalità e la risoluzione del giudizio *a quo*³⁵, infatti, si ripercuote anche sulle modalità di accertamento della *lis ficta*, tenuto conto che, come detto, i due controlli operano sì in ambiti diversi ed anzi si escludono reciprocamente, ma restano pur sempre strettamente connessi perché accomunati dall'obiettivo di garantire la natura incidentale del giudizio.

Mentre infatti resta indiscutibile che tra incidentalità/rilevanza e interesse ad agire della parte nel giudizio *a quo* vi sia una diversità che qualifica l'intima natura del giudizio incidentale, ciò non toglie, però, che questo legame possa occasionalmente emergere e un'influenza tra i due criteri, laddove l'incidentalità non è assistita dal presidio della rilevanza, possa di conseguenza ammettersi. Dove, infatti, la distinzione funzionale tra rilevanza e interesse ad agire (che riflette i diversi requisiti per l'autonoma instaurazione dei due giudizi) sia posta a salvaguardia della (tendenziale) oggettività del nesso pregiudiziale che lega la *quaestio* al giudizio *a quo*, essa rimane saldamente in piedi³⁶. Nel caso di divieto di *lis ficta*, invece, proprio per il fatto che qui un esame intorno alla rilevanza come nesso di condizionamento non ha alcuna ragion d'essere, la verifica intorno alla sussistenza dell'incidentalità dovrebbe richiedere, più che il solo esame di quei requisiti oggettivi (che non tengono conto del coinvolgimento di interessi effettivi e concreti), un controllo intorno all'autonomia del giudizio *a quo* e alla sua valida instaurazione. Nel caso in cui esso dia esito negativo, in particolar modo laddove non sia riscontrabile un interesse ad agire in capo alle parti del giudizio, il sospetto che la questione di legittimità sia stata sollevata in frode all'incidentalità si fa infatti particolarmente pressante, proprio perché la censura non risulta agganciata alla violazione di una situazione giuridica soggettiva che sia in origine *specifica* e *concreta*: il che rescinde sicuramente il nesso di incidentalità, sia con riferimento all'origine del giudizio costituzionale, sia in relazione alle sue ricadute successive³⁷.

Quei requisiti, si potrà facilmente obiettare, restano però tutt'ora richiamati nella giurisprudenza della Corte costituzionale, senza che il requisito dell'interesse ad agire abbia invece acquistato, almeno in apparenza, un valore autonomo. In realtà, a leggere attentamente la giurisprudenza in argomento, l'impressione merita di essere riconsiderata. Molte delle pronunce più recenti che hanno fatto ricorso a quei requisiti, infatti, presentano un collegamento tutt'altro che occasionale, in punto di controllo sulla natura incidentale della questione di legittimità, con il presupposto dell'interesse ad agire e con gli altri presupposti processuali, tanto da far dubitare che esso resti davvero del tutto ininfluenza rispetto all'individuazione della *fictio litis*.

Per restare ai casi più spesso evocati nel dibattito recente, si pensi innanzi tutto alla sent. n. 38 del 2009, avente ad oggetto il dubbio di costituzionalità della legge regionale dell'Emilia Romagna 24 aprile 1995, n. 32 concernente l'attivazione di convenzioni per la qualificazione e il sostegno delle scuole dell'infanzia private. All'esito di un tormentato *iter* processuale svoltosi davanti ai giudici amministrativi, il T.A.R. per l'Emilia-Romagna solleva la relativa questione su istanza di alcune associazioni rappresentative di interessi diffusi rivolti alla difesa del principio di laicità dello Stato (il Comitato "Scuola e Costituzione", la Chiesa Cristiana Avventista del Settimo Giorno, la Comunità Ebraica e la Chiesa Evangelica Metodista) con riguardo, tra l'altro, a quelle norme della legge che, "nel prevedere un sostegno finanziario direttamente a favore delle scuole d'infanzia private per contributi di spesa corrente e di investimento, violerebbero l'art. 33, primo e terzo comma, Cost., il quale fissa i principi della libertà di istituzione di scuole e istituti di educazione senza oneri per lo Stato". La Corte, nel dichiarare inammissibile la questione in quanto "priva di incidentalità" e prima di lamentare l'assenza di un *petitum* separato e distinto nel giudizio *a quo* e l'autonomo svolgimento di quest'ultimo, chiarisce infatti che "[s]i è in presenza, sostanzialmente, di una impugnazione diretta, ad opera dei ricorrenti, di norme legislative regionali, con esclusiva deduzione di vizi di legittimità costituzionale a

costituzionale riguarda il giudice *a quo* (ai fini di una eventuale pronuncia reieittiva per carenza d'interesse) e non quello costituzionale" (c. m.).

³⁴ Con particolare riferimento alla concretezza, intesa come nesso che connette la proponibilità della *quaestio legitimitatis* alla struttura e alle caratteristiche dei rapporti materiali (il che vale a dire: degli interessi sostanziali) dedotti nel giudizio principale.

³⁵ Su cui v. da ultimo L. AZZENA, *La rilevanza*, cit., 61 ss.

³⁶ Si pensi, per fare un esempio, alla giurisprudenza della Corte secondo la quale una questione non deve ritenersi irrilevante per il solo fatto che dalla dichiarazione di incostituzionalità non derivi una soddisfazione dell'interesse concreto della parte: ord. n. 53 del 2010 e sent. n. 241 del 2008.

³⁷ Secondo la prospettiva accolta da G. SILVESTRI, *Controllo di costituzionalità della legge*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1994, 148, ad avviso del quale il legame del giudizio incidentale con le situazioni concrete deve necessariamente essere riscontrato sia nella fase di "partenza" che in quella di "arrivo".

tutela non già di propri interessi legittimi ... ma al solo scopo di far valere il generale principio di laicità dello Stato, nella sua accezione di principio costituzionale fondamentale³⁸. L'aggiramento del nesso di incidentalità, in altre parole, muoveva innanzi tutto dall'assenza di un interesse qualificato dei ricorrenti già nel giudizio *a quo*, con la conseguenza che la coincidenza tra i due giudizi e l'assenza di una valutazione autonoma per il giudice rimettente, più che un requisito considerato autonomamente, appare piuttosto la conseguenza dell'originaria assenza dei criteri che presiedono al radicamento del processo principale.

Altro esempio è quello deciso con la sent. n. 84 del 2006, in cui ad essere sottoposta alla Corte era la questione di legittimità costituzionale della legge reg. Abruzzo n. 51 del 2004, nella parte in cui sancisce l'ineleggibilità alla carica di consigliere regionale dei sindaci dei comuni della regione aventi una popolazione superiore a cinquemila abitanti. Il giudizio *a quo*, instaurato da un sindaco impossibilitato a candidarsi sulla base della norma contestata, viene ritenuto dalla Corte come avente ad oggetto solo e soltanto il dubbio di legittimità, col conseguente difetto di incidentalità della questione. La coincidenza di oggetto, tuttavia, più che ai caratteri oggettivi in cui si manifesta la *quaestio*, appare dovuta anche in questo caso ad una carente legittimazione del ricorrente nel giudizio *a quo* in quanto privo di interesse: il diritto da questi invocato, infatti, non era stato "esercitato, né contestato, atteso che il procedimento elettorale non risultava neppure avviato all'epoca della domanda di accertamento preventivo"³⁹.

Altre occasioni recenti in cui il riscontro della violazione dell'incidentalità è strettamente connesso con un difetto di interesse nel giudizio *a quo* sono quelle decise con le ordinanze n. 220 del 2010 e 56 del 2011. In entrambi i casi, alla Corte vengono sottoposte questioni di legittimità costituzionale, sollevate in sede di incidente di esecuzione, di alcune norme dell'ordinamento penitenziario attinenti al regime di carcere duro, volte rispettivamente a limitare in modo significativo i colloqui col proprio difensore e con i familiari e ad impedire in modo assoluto la possibilità di cuocere cibi in cella. In entrambi i casi, la Corte riscontra che i reclami sono stati avanzati al solo fine di censurare l'approvazione di norme più restrittive rispetto al passato, con la conseguente sovrapposizione tra gli oggetti dei due giudizi. A ben vedere, tuttavia, questa ragione di inammissibilità è strettamente connessa e, per così dire, qualificata da un'altra ad essa collegata: le due ordinanze, infatti, ancor prima, omettevano di indicare se ed in che misura le norme contestate avevano concretamente inciso sulle condizioni di vita dei due detenuti reclamanti e quindi se questi potevano vantare un effettivo interesse a ricorrere⁴⁰, con un evidente pregiudizio per una valutazione della rilevanza delle relative questioni e con l'effetto di determinarne la manifesta inammissibilità.

Del resto, una connessione esplicita tra il difetto di incidentalità e la carenza di interesse ad agire (o di altri presupposti processuali⁴¹) non costituisce una novità nella giurisprudenza della Corte, affiorando in modo esplicito anche in quelle pronunce spesso addotte a riprova della prevalenza dei criteri oggettivi più volte ricordati. È il caso, in primo luogo, della sentenza n. 65 del 1964, riguardante la questione di legittimità dell'art. 116 c.p. sollevata nel corso di incidente di esecuzione penale. Questa pronuncia è particolarmente rilevante perché stabilisce per la prima volta (se non si sbaglia) i due requisiti della diversità di oggetto tra i due giudizi e dell'autonomo svolgimento del giudizio *a quo*, ma lo fa apportando fondamentali precisazioni sul loro valore e sul loro significato. La censura rivolta dalla Corte all'ordinanza di rimessione, infatti, era incentrata sul carattere tardivo e irrituale della questione, in quanto sollevata dopo che il ricorrente era stato condannato nel giudizio penale⁴². Pur nella complessità del problema, allora molto dibattuto, va notato che la Corte collega il difetto di incidentalità non tanto alla censura rivolta direttamente contro la norma di legge,

³⁸ Punto 12. del *Cons. in dir.*, corsivo aggiunto

³⁹ Punto 4.2. del *Cons. in dir.*

⁴⁰ Nel caso dell'ord. n. 220 del 2010 "omettendo di indicare se il reclamante avesse richiesto colloqui in eccesso rispetto al limite attualmente consentito, se detti colloqui fossero pertinenti a specifici procedimenti o adempimenti per i quali si ponessero esigenze difensive altrimenti non assicurabili, se fossero intervenuti provvedimenti di rigetto dell'Amministrazione penitenziaria"; nel caso dell'ord. n. 59 del 2011 "omettendo di precisare se il reclamante avesse formulato richieste finalizzate ad ottenere l'attenuazione delle predette limitazioni nei suoi confronti, e sulla base di quali esigenze".

⁴¹ Primo fra tutti il difetto assoluto di giurisdizione: cfr. ord. n. 127 del 1998, sent. n. 2 del 2009 (quest'ultima particolarmente rilevante, in quanto – ad avviso esplicito della Corte – il rilevato difetto assoluto nel giudizio *a quo* "si riflette sul presente giudizio di legittimità costituzionale, il quale, nelle circostanze e nei termini in cui la questione è proposta, risulta privo del carattere di incidentalità, per il quale il *petitum* del giudizio principale non deve identificarsi con l'oggetto della questione sollevata" (c. n.). Per una critica a questa pronuncia v. L. PRINCIPATO, *Il petitum del giudizio principale e l'oggetto della questione di legittimità costituzionale: quando il giudizio di costituzionalità diviene regolamento «preventivo» di giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 2009, 12 ss.

⁴² Questo, ovviamente, al di là delle critiche che potevano rivolgersi alla soluzione prescelta dalla Corte, prima fra tutte quella di V. CRISAFULLI, *Sulla proponibilità di questioni di legittimità costituzionale in sede di esecuzione penale*, in *Giur. cost.*, 1964, 680 ss. Il tema, col connesso sospetto di *lis ficta*, si è successivamente riproposto più volte, ma non mancano casi in cui la Corte ha dichiarato le relative questioni ammissibili: per tutte v. sent. n. 403 del 1993.

quanto piuttosto all'assenza di un autonomo giudizio di merito. Ed è proprio questa "condizione essenziale" a far difetto nel caso di specie ed è solo e soltanto al fine di verificare la sussistenza di questa condizione che la Corte elabora i criteri più volte discussi, ritenuti significativamente "i coefficienti in base ai quali un siffatto giudizio possa dirsi concretamente ed effettivamente instaurato, e col suo proprio contenuto"⁴³.

Da questa sentenza, quindi, sembra emergere retrospettivamente una lettura parzialmente, ma significativamente, diversa dell'operare dei requisiti in base ai quali tradizionalmente viene riscontrata una lite pretestuosa. Questi ultimi non sarebbero *costitutivi* del divieto (di modo che il loro riscontro vale di per sé ad individuare una *lis ficta*, come fossero presunzioni *iuris et de iure*), ma meramente *ricognitivi* (appunto come *coefficienti*, presunzioni *iuris tantum*) di un quadro processuale che probabilmente nasconde un ricorso surrettiziamente diretto alla Corte, una frode all'incidentalità, *ma di per sé non lo costituisce, essendo a tal fine necessario valutare la sussistenza di ulteriori elementi* (come elettivamente, per quanto si è detto, il difetto di interesse ad agire o di altri presupposti processuali del giudizio *a quo*)⁴⁴.

Il quadro così delineato risulta peraltro compatibile anche con le ipotesi, parzialmente sovrapponibili a quelle già prese in esame, in cui il difetto di incidentalità viene ravvisato prevalentemente nella mancata impugnazione, nel giudizio principale, di un provvedimento esecutivo della legge, elemento che dovrebbe valere a separare funzionalmente la sfera d'azione del giudice *a quo* da quella della Corte costituzionale. Anche in queste ipotesi⁴⁵, infatti, l'assenza di provvedimenti applicativi non è da ritenersi in quanto tale come costitutiva del divieto di aggirare il nesso incidentale, ma come la spia di una richiesta di tutela, il più delle volte, anticipata rispetto all'intervenire di un provvedimento effettivamente lesivo (e quindi avanzata per motivi di mera cautela)⁴⁶.

Queste notazioni, in definitiva, portano a ritenere che, pur in un quadro giurisprudenziale da cui è difficile trarre indicazioni univoche, la *ratio* del divieto di *fictio litis* resta certamente intesa come un presidio all'incidentalità del giudizio di legittimità costituzionale, nel senso che esso vale a sottrarre al giudizio della Corte questioni in cui, da un lato, l'unico intento della "strategia" processuale della parte consiste nell'attivare il sindacato di costituzionalità e, dall'altro lato *ma in concorso necessario con questo elemento*, quando questo intento risulti del tutto svincolato dalla deduzione di una pretesa nel giudizio *a quo* in grado di rendere quest'ultimo comunque validamente instaurato⁴⁷: il caso è, come nelle vicende ora riportate, quello dell'azione esercitata in anticipo e/o a scopo meramente cautelativo; quando non vi sia un interesse apprezzabile la cui lesione è dedotta in giudizio; quando il ricorso o l'azione sono sollevati per un interesse meramente scientifico, ipotetico, "politico".

⁴³ Sulla stessa scia della sent. n. 65 del 1964, v. tra le altre anche la sent. n. 92 del 1973 (in tema di sanzione pecuniaria conseguente al rigetto di istanza di ricusazione nel giudizio civile: "l'istanza non prospetta una domanda diretta a impostare una controversia di merito", con la conseguenza che "nell'ordinanza non vi è, e non poteva esservi, alcun riferimento all'esistenza di un autonomo giudizio"), la sent. n. 256 del 1982 (in tema di divieto a svolgere lavoro in Italia per il cittadino straniero coniugato con cittadina italiana, in un giudizio instaurato al fine di partecipare ad un concorso pubblico "per il quale il termine di presentazione della domanda di ammissione era scaduto ancor prima della pronuncia dell'ordinanza di rimessione"), nonché la sent. n. 214 del 1986 ("la detta questione non è inserita in via incidentale in una controversia di merito ma è stata proposta direttamente e immediatamente in via principale")

⁴⁴ D'altra parte, un esito non dissimile è quello che ha portato la Corte a ritenere esplicitamente che non vi è *lis ficta* nel caso in cui la dedotta incostituzionalità costituisca l'unico motivo di ricorso nel giudizio *a quo*, ogni qual volta ricorrano gli ulteriori presupposti più volte ricordati: così sentt. nn. 4 del 2000, 263 del 1994 e 128 del 1998. Altrove (ad es. sent. n. 50 del 2007) l'accertamento della sussistenza dei requisiti in questione è accompagnata dalla constatazione che il giudice *a quo* non ha implausibilmente motivato in ordine alla sussistenza dell'interesse ad agire e della legittimazione delle parti nel giudizio *a quo*.

⁴⁵ V., nella giurisprudenza recente, le ord. nn. 17 del 1999 e 175 del 2003, nonché le sentt. nn. 50 del 2007 e 270 del 2010.

⁴⁶ Tenendo anche conto che non mancano occasioni in cui questioni di costituzionalità rivolte avverso un atto legislativo, pur in assenza di provvedimenti esecutivi o attuativi, sono state decise nel merito dalla Corte: così, la sent. n. 80 del 1969 e, per certi versi, la sent. n. 62 del 1992.

⁴⁷ Così anche A. CERRI, *Corso*, cit., 153: "[p]iù semplice è allora dire che debbono ricorrere, 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", ma v. anche *ibidem*, 185. L'assunto, del resto, era ben presente nella giurisprudenza della Corte dei primi anni, in cui veniva valorizzata la sussistenza dell'"interesse alla tutela giurisdizionale, senza di che mancherebbe la causa giuridica valida e del processo principale e del processo costituzionale" (sent. n. 48 del 1957).

5. Intorno al dubbio di costituzionalità della legge elettorale, ovvero: su regole ed eccezioni nella giustizia costituzionale.

Quanto detto porta quindi a ritenere che quel rapporto di distinzione tra le pretese dedotte nel giudizio principale e in quello incidentale non abbia un valore in sé, ma sia in realtà legato alle vicende del rapporto processuale nel giudizio *a quo* e, di conseguenza, sia espressione di una incidentalità costituzionale che recupera il legame sostanziale (perché attinente al radicamento della richiesta di giustizia nel giudizio⁴⁸) tra il contenuto della pretesa che ha spinto la parte a rivolgersi al giudice e la formulazione della questione di costituzionalità.

Del resto, il ricorso a quei criteri, se non vuole essere irrigidito oltre misura e sganciato dalla *ratio* che connota l'incidentalità, non sembra in contraddizione con la proposta di valorizzare la sussistenza dell'interesse ad agire delle parti nel giudizio *a quo*: cosa impedisce di ritenere, ad esempio, che la coincidenza di oggetto tra giudizio *a quo* e giudizio *ad quem* non sia stigmatizzata come tale, ma piuttosto perché quando questa interviene è assai forte il rischio che nel giudizio *a quo* sia dedotta una pretesa nei confronti della quale il ricorrente non vanta un interesse attuale e concreto? Oppure che l'assenza di un autonomo spazio decisionale per il giudice riveli la probabile assenza di un nesso qualificato tra la tutela invocata dal privato e l'attivazione effettiva di un rimedio giurisdizionale?

In questo quadro, le azioni di accertamento di diritti costituzionali presentano dei tratti certamente peculiari perché, come si è detto, in esse la violazione di un diritto costituzionalmente garantito viene fatta discendere direttamente dalla legge, senza che il contenuto lesivo di essa non solo sia, ma neanche possa essere mediato da un provvedimento esecutivo o attuativo⁴⁹. Ciò rende queste ipotesi dei casi sicuramente di confine rispetto alla prospettazione normale dell'incidentalità costituzionale, in cui il dubbio intorno alla legge ritenuta incostituzionale non esaurisce di per sé la controversia, ma costituisce un momento, necessario ma pur sempre un momento tra gli altri, nell'*iter* decisionale del giudice.

Rispetto all'eventualità di sacrificare queste ipotesi pur di non mettere in discussione un'incidentalità costituzionale intesa in senso statico e formale, l'attribuzione di un rilievo qualificato alla sussistenza dell'interesse ad agire e degli altri presupposti processuali nel giudizio *a quo* potrebbe tuttavia servire, secondo quanto esposto nelle pagine precedenti, a fare salve le richieste di tutela derivanti dalla violazione immediata di un diritto costituzionalmente garantito, cercando al tempo stesso di renderle compatibili con lo stesso nesso di incidentalità per come si è venuto affermando nella giurisprudenza più recente, valorizzando cioè le componenti di concretezza⁵⁰. Infatti, la atipicità delle azioni di accertamento può essere resa compatibile con i caratteri essenziali dell'incidentalità se di quest'ultima si enfatizza il suo essere ancorata a situazioni concrete e quindi caratterizzata finalisticamente dall'esigenza di non lasciar disperdere richieste di tutela di diritti costituzionali che risultino non pretestuose o fittizie appunto perché (e nella misura in cui siano) validamente instaurate presso il giudizio *a quo*. È questo e non altro, in definitiva, il significato profondo della centralità assunta dal requisito dell'interesse ad agire nel qualificare il nesso di incidentalità e nella conseguente funzione di smascheramento di eventuali liti pretestuose.

Alla luce di questi esiti, i termini della questione di costituzionalità di alcune norme della vigente legge elettorale, avanzati dalla Corte di cassazione con l'ord. n. 12060 del 2013, richiedono quindi di essere attentamente meditati al fine di valutarne l'ammissibilità.

È innegabile che la questione avanzata presenti all'apparenza profili che possono spingere a qualificarla come un vero e proprio ricorso diretto mascherato, dato che nel caso di specie l'oggetto della tutela

⁴⁸ Ricordo solo l'insegnamento di S. Satta (da ultimo in Id., C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, 13. ed., Padova, 2000, 136) che riteneva ingiustificabile un interesse processuale distinto dall'interesse sostanziale che determina l'azione e che nel primo è già incluso.

⁴⁹ La conseguenza, in casi del genere, è che il *petitum* della richiesta formulata al giudice a quo viene necessariamente a coincidere con la *causa petendi*, vale a dire la dichiarazione di incostituzionalità della norma di legge che si assume direttamente lesiva.

⁵⁰ Considerato che, in casi del genere, il requisito dell'interesse ad agire avrebbe la funzione, come già detto, di agganciare l'incidente di costituzionalità alla richiesta non pretestuosa o fittizia, proprio perché sicuramente concreta e attuale, di tutela di un "bene della vita". Ad un esito sostanziale non dissimile, ma sulla base di un percorso diverso, volto a prospettare un'autonoma ricostruzione dell'incidentalità, maggiormente tarata sulle sue valenze "obiettive", giungono invece A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti*, cit., 190. Ad avviso degli AA., la via per ritenere ammissibili casi di *lis ficta* dietro i quali si ponga l'esigenza di porre rimedio ad una "zona d'ombra" del giudizio delle leggi sta nel postulare il "riconoscimento – fra gli stessi diritti soggettivi pubblici – del diritto oggettivo all'integrità costituzionale dell'ordinamento, che, senza rimettere in discussione l'incidentalità e la rilevanza, non identifica la *legitimitas ad agendum* della parte col suo mero interesse particolare-sostanziale" (in argomento, per ulteriori indicazioni, v. già A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale*, cit., 168 s.).

richiesta al giudice viene a sovrapporsi alla dedotta censura di incostituzionalità⁵¹. A prima vista, l'ordinanza di rimessione non riesce infatti ad allontanare del tutto questo sospetto: da un lato, perché qualifica la pretesa dei ricorrenti come mirante ad ottenere una pronuncia non di mero accertamento intorno all'avvenuta violazione degli artt. 48 e 56 Cost., bensì di accertamento-costitutivo (cioè la rimozione di una situazione normativa lesiva)⁵², ma ritenendo, dall'altro lato, che questo non comporti di per sé una coincidenza di oggetto tra i due giudizi principale e incidentale, tenuto conto che il primo "accerta l'avvenuta lesione del diritto azionato e, allo stesso tempo, lo ripristina nella pienezza della sua espansione, seppure per il tramite della sentenza costituzionale"⁵³.

Nel momento in cui postula una separazione tra le due sfere di giudizio calibrata, pare di capire, sul diverso grado di diffusione delle due pronunce (limitata al caso di specie una, con effetti *erga omnes* l'altra), l'ordinanza sembra infatti fare propria un'accezione minima e tutta formale del rapporto di incidentalità, che non trova precedenti utili nella giurisprudenza della Corte, per l'ovvia ragione che, ad intenderlo davvero così, esso si rivelerebbe sempre e comunque sussistente e quindi non avrebbe alcuna utilità nello sceverare questioni pretestuose da questioni autenticamente incidentali.

Nonostante ciò, il dato che merita maggiore attenzione è costituito dai termini effettivi della pretesa dedotta dinanzi al giudice *a quo* e dall'inquadramento che questi ne dà, anche alla luce delle pronunce adottate nei precedenti gradi di giudizio. Mi riferisco, in particolare, al fatto che la sussistenza, in capo al ricorrente, dell'interesse ad agire – sorto dalla violazione diretta ed immediata, ad opera della legge elettorale, del proprio diritto di elettorato attivo – rappresenta un punto non contestato neanche dalle pronunce adottate nei gradi di giudizio precedenti, che pure hanno rigettato la sua istanza⁵⁴. Dato, quest'ultimo che porta a ritenere il giudizio principale, come che lo si voglia classificare (se mirante ad una pronuncia di mero accertamento o di accertamento-costitutivo), come validamente instaurato⁵⁵.

Questa conclusione è sicuramente significativa perché rivela come sussista nel caso di specie il requisito principale che, secondo la lettura che prima si è prospettata della giurisprudenza della Corte, si pone a garanzia dell'incidentalità in casi del genere⁵⁶.

Questo, inoltre, non necessariamente dovrebbe introdurre nel sistema dell'accesso alla Corte elementi forieri di alterazioni profonde e imprevedibili, prima fra tutte un'apertura in via di principio verso il ricorso diretto. Anzi, proprio i tratti peculiari del caso di specie consentirebbero agevolmente alla Corte di scongiorare gli effetti distorsivi che vengono paventati⁵⁷, una volta che i requisiti dell'ammissibilità venissero calibrati in base ai caratteri eccezionali di questa come delle altre azioni di accertamento di diritti e ne venisse favorito l'inserimento nelle linee portanti della giurisprudenza pregressa. Al fine di delimitare i contorni del giudizio di ammissibilità potrebbero ad esempio essere individuati i seguenti requisiti: 1) violazione di situazioni soggettive operate direttamente ed immediatamente dalla legge (quando, cioè, un provvedimento esecutivo o attuativo non solo non ci sia, ma sia anche di fatto impossibile perché fuori dall'ordine delle cose sulla base della pretesa dedotta); 2) quando il soggetto agente nel giudizio *a quo* sia dotato di una propria ed autonoma legittimazione processuale (come è tradizionalmente avvenuto nel caso delle leggi-provvedimento

⁵¹ Così ricostruibile dall'ordinanza in questione: l'attore "deducendo che nelle elezioni per la Camera dei Deputati e per il Senato della Repubblica svoltesi successivamente all'entrata in vigore della legge n. 270/2005 e, in particolare, nelle elezioni del 2006 e del 2008, egli aveva potuto esercitare (e potrebbe esercitare ancora in futuro) il diritto di voto secondo modalità configurate dalla predetta legge in senso contrario a principi costituzionali del voto "personale ed eguale, libero e segreto" (art. 48, comma 2, Cost.) e "a suffragio universale e diretto" (artt. 56, comma 1, e 58, comma 1, Cost.) ... "ha chiesto quindi di dichiarare che il suo diritto di voto non può essere esercitato in modo libero e diretto, secondo modalità previste e garantite dalla Costituzione e dal Protocollo I CEDU ... e di conseguenza ha chiesto di ripristinarlo secondo modalità conformi alla legalità costituzionale".

⁵² Questo il passaggio dell'ordinanza: "L'interesse dei ricorrenti non è tanto quello di sapere di non aver potuto esercitare (nelle elezioni già svolte) e di non poter esercitare (nelle prossime elezioni) il diritto fondamentale di voto in modo conforme a Costituzione, ma è quello di rimuovere un pregiudizio che invero non è dato da una mera situazione di incertezza ma da una (già avvenuta) modificazione della realtà giuridica che postula di essere rimossa mediante un'attività ulteriore, giuridica e materiale, che consenta ai cittadini elettori di esercitare realmente il diritto di voto in modo pieno e in sintonia con i valori costituzionali" (p. 3.1.1. dei motivi).

⁵³ P. 3.2.1. dei motivi, *in fine*.

⁵⁴ Ed anzi, lo si osserva a margine del discorso, il fatto che sull'interesse ad agire nel caso concreto – stando all'ordinanza (p. 3. dei motivi) – si sia formato un giudizio interno rende meno agevole (anche se non impossibile) l'eventualità che la Corte costituzionale ravvisi il suo difetto, tenendo conto che il controllo da questa esercitato sul punto resta "un controllo esterno ... a garanzia dell'incidentalità e della concretezza del giudizio" (così, da ultimo, sent. n. 91 del 2013).

⁵⁵ Sulla centralità del requisito dell'interesse ad agire per ritenere ammissibili azioni di accertamento v. in generale A. PROTOSI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Studi in memoria di Salvatore Satta*, vol. II, Padova, 1982, 1202.

⁵⁶ Così ritenne condivisibilmente A. CERRI, *Ci sarà pure un giudice a Berlino! Il mugugno di Potsdam e la legge elettorale*, in *Nomos*, 1-2013, 2.

⁵⁷ In particolare da A. ANZON DEMMIG, *Un tentativo coraggioso ma improprio*, cit., 6.

e come avviene, in linea generale, nella materia elettorale, dove vige un *favor* per l'azione popolare); 3) quando questi lamenti la violazione solo e soltanto di diritti costituzionalmente garantiti (e non anche, quindi, per interessi legittimi, semplicemente diffusi o di mero fatto⁵⁸).

Ammettere un'ipotesi del genere, in definitiva, non equivale ad introdurre un cuneo rispetto al complesso e delicato sistema dell'incidentalità, quanto piuttosto valorizzarne la portata di garanzia concreta, includendovi un'eventualità sicuramente atipica, forse imprevedibile, ma, per quel che più conta, non in contrasto con la sua *ratio* di fondo⁵⁹. Se è così, allora, quella particolarità di cui si diceva non esprime una logica nel complesso ostile all'insieme di regole e significati mediante i quali è stata costruita col tempo la nozione di incidentalità, ma semmai ne rafforza le valenze garantistiche e rinsalda l'obiettivo di consolidamento della centralità della Costituzione e della sua superiorità rispetto al diritto legislativo.

In fondo, l'eccezionalità rappresentata da questa vicenda non appare altro, in ultima istanza, che il riverbero di un'anomalia più generale⁶⁰, quella che, dopo ripetuti tentativi (andati falliti) di abrogazione referendaria e di fronte ad una politica costituzionale che negli ultimi anni vede alternarsi l'inerzia alle ambizioni palingenetiche, ha spinto infine la giurisdizione a mettere in discussione un caposaldo del diritto politico come la legge elettorale⁶¹. Per quanto anomala, questa situazione ci ricorda comunque, dopo decenni di dibattito intorno ai sistemi elettorali tutto appiattito solamente sull'ingegneria costituzionale e sulle pretese virtù del loro "rendimento", che la politicità della legge elettorale non sta nella sua sottrazione in linea di principio a qualunque forma di controllo, quanto piuttosto nel suo essere momento terminale di un processo che, traendo impulso e legittimazione dall'esercizio di un diritto fondamentale del cittadino quale quello di voto, è finalizzato all'inveramento del circuito della rappresentanza democratica⁶².

Per riguadagnare, almeno in parte, la rappresentanza al terreno dei diritti politici non appare quindi ingiustificato che alle relative istanze si dia almeno ingresso nello strumento preposto dalla Costituzione a garantire l'effettività dei diritti e la superiorità delle relative scelte costituzionali rispetto alla legge: e questo, si badi bene, al di là degli esiti che potrà avere la pronuncia. Al fondo, è proprio questo complessivo orientamento ad una funzione di garanzia (nei confronti dei diritti costituzionali e della centralità della Costituzione) che si chiede alla Corte costituzionale di tenere vivo e mantenere presso di sé, nel momento in cui questa almeno ammettesse di poter decidere del merito della questione. Una volta preordinata a questo obiettivo, l'eccezione rinforzerebbe la regola dell'incidentalità costituzionale, piuttosto che indebolirla.

⁵⁸ Secondo una linea interpretativa già accolta da tempo nella dottrina processual-civilistica, v. A. PROTO PISANI, *Appunti*, cit., 1197.

⁵⁹ D'altra parte, in un'ottica non dissimile non manca chi ha notato le affinità tra il caso di specie e quelle ipotesi nelle quali la Corte ha usato duttilmente gli istituti del processo costituzionale "indotta da esigenze strategiche legate all'espansione dell'area di azione del principio di legittimità costituzionale e conseguentemente del proprio scrutinio", così P. CARNEVALE, *La Cassazione all'attacco della legge elettorale*, cit., 6, che richiama il riconoscimento della legittimazione a sollevare incidente di costituzionalità alla Corte dei conti in sede di giudizio preventivo di legittimità, nonostante la difficoltà a ritenere che, in quel caso, ci si trovi davanti ad un giudice e ad un giudizio. Analogamente, G. AZZARITI (*Lo spazio teorico e l'opportunità politica per un mutamento di giurisprudenza*, in *Nomos*, 1-2013, 2) richiama la sent. n. 161 del 1995, con cui – come noto – la Corte ha riconosciuto la possibilità, in casi eccezionali, di sollevare conflitti interorganici impugnando atti normativi primari, per chiedersi se sia sempre necessariamente da escludersi che un sindacato incidentale debba negare accesso "diretto" alle questioni sollevate nel corso di un giudizio principale. Allo stesso modo, a riprova della duttilità nei confronti degli strumenti processuali di cui la Corte ha fatto uso in casi eccezionali, in cui a restare irrimediabilmente compromessi erano diritti di rango costituzionale, si può ricordare la sent. n. 154 del 2004, con cui per la prima volta sono stati ammessi ad intervenire nel giudizio per conflitto interorganico i soggetti privati che erano stati offesi da membri del Parlamento che si erano avvalsi della garanzia dell'insindacabilità ex art. 68, co. 1, Cost.

⁶⁰ In questa chiave, v. già le condivisibili osservazioni di C. PINELLI (*Eguaglianza del voto e ripartizione dei seggi tra circoscrizioni*, in *Giur. cost.*, 2010, 3325) relative alla sent. n. 270 del 2010, con cui la Corte ha dichiarato l'inammissibilità di alcune questioni che investivano la legge per le elezioni al Parlamento europeo. Secondo l'A., la comprensibile resistenza della Corte costituzionale ad intervenire in materia elettorale, quando diventi pregiudiziale, "non è senza costi. Approfondisce il solco che ormai separa il Parlamento dalla Corte anche a prescindere da contingenze più recenti, e nello stesso tempo generalizza la convinzione che il diritto costituzionale abbia poco da dire delle regole del gioco democratico".

⁶¹ In tal senso, criticamente, v. R. ROMBOLI, *La costituzionalità della legge elettorale 270/05*, cit., 1838.

⁶² Secondo la ricostruzione fatta propria da F. LANCHESTER, *Voto: diritto di (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 1119 ss., che infatti si pronuncia a favore dell'ammissibilità della *quaestio* avanzata dalla Corte di cassazione in *Non ci sono "zone franche" nello stato di diritto costituzionale*, in *Nomos*, 1-2013, 6.