

Anna Gragnani*

La distinzione fra diritto e potere nello Stato di diritto costituzionale: il [comunicato-stampa](#) «Incostituzionalità della Legge elettorale n. 270/2005» ed il canone di «adeguatezza funzionale»

ABSTRACT

A [Press release](#) of the Constitutional Court announces that [some provisions](#) for the election of the Italian Parliament have been declared unconstitutional and nevertheless the Parliament elected on an unconstitutional legal basis still has the power to approve a new law and thus remedy the unconstitutionality for the next elections. Therefore, the decision of the constitutional judge regards the present legal situation as temporarily constitutionally acceptable. The issue is, how long? In addition, what is the competence of a Parliament elected on an unconstitutional legal basis?

The Author investigates the nature of such a press release and examines the impact and the consequences of the declaration of an electoral law and the powers of the legislature in the transitional period from a comparative point of view.

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. Il [comunicato-stampa](#) «Incostituzionalità della Legge elettorale n. 270/2005». – 3. *Sugli effetti giuridici del [comunicato-stampa](#) «Incostituzionalità della Legge elettorale n. 270/2005».* – 4. [Comunicato-stampa](#) di «incostituzionalità accertata ma non dichiarata» con «ordine (non motivato) di provvisoria ulteriore vigenza della legge incostituzionale». – 5. *Incostituzionalità della legge per l'elezione del Parlamento e ripristino della legalità costituzionale.* – 6. *Digressione. Le attività informali nello stato di diritto costituzionale e il processo costituzionale come prototipo della decisione neutrale.* – 7. *La distinzione fra diritto e potere nello stato di diritto costituzionale secondo il canone di «adeguatezza funzionale».*

1. Introduzione

Il [comunicato-stampa](#) «Incostituzionalità della Legge elettorale n. 270/2005»¹, divulgato dal Palazzo della Consulta il 4 dicembre 2013, sollecita una rinnovata riflessione su uno dei temi più dibattuti e complessi del diritto costituzionale: le relazioni fra Corte costituzionale e Parlamento².

*Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università di Firenze.

¹ Il comunicato «Incostituzionalità della Legge elettorale n. 270/2005», è reperibile sia sul sito ufficiale della Corte costituzionale all'indirizzo www.cortecostituzionale.it, sub *Comunicati stampa e note informative*, sia in questa [Rivista](#), alla Pagina “[Cronache dalla Corte costituzionale](#)” 2013 ed [ivi](#) anche la serie di interventi effettuati in proposito sugli organi d'informazione, da parte di componenti od ex componenti della Corte stessa.

² Dal comunicato, invece, non risulta alcuna indicazione delle ragioni che hanno consentito al giudice costituzionale di ritenere ammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate in via incidentale dalla Corte di cassazione, [ordinanza 17 maggio 2013, n. 12060](#), superando le numerose perplessità avanzate in proposito dalla dottrina. Su questi profili, che non costituiscono oggetto della nostra riflessione, fra i numerosi contributi, F. DAL CANTO, *La legge elettorale*

Le circostanze del caso offrono un punto di osservazione privilegiato perché estremo. Si tratta di verificare se in forza della dichiarazione d'incostituzionalità della legge per l'elezione del Parlamento, spetti al giudice costituzionale il potere di determinare l'invalidità di ogni attività delle Camere costituite secondo la legge viziata, influire sulla durata della legislatura ed eventualmente determinare la disciplina per le successive elezioni. Detto altrimenti: attraverso il sindacato sulla fonte ordinaria di legittimazione del Parlamento, spetta al giudice costituzionale anche la decisione sulla sua esistenza e sulle modalità della sua successiva costituzione?³

2. Il [comunicato-stampa](#) «Incossituzionalità della Legge elettorale n. 270/2005»

Dodici righe scritte in un atto intestato all'Ufficio Stampa della Corte costituzionale rendono noto che alcune norme della legge elettorale per l'elezione della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica sono state dichiarate incossituzionali⁴. Il comunicato non le indica puntualmente. Si limita, invece, a richiamarne sinteticamente il contenuto. Si tratta delle norme che «prevedono l'assegnazione di un premio di maggioranza» e di quelle che «stabiliscono la presentazione di liste elettorali "bloccate", nella parte in cui non consentono all'elettore di esprimere una preferenza»⁵.

dinanzi alla Corte costituzionale: verso il superamento di una zona franca? (nota a Corte di Cassazione, I Sez. civile, ord. n. 12060/2013), in www.forumcostituzionale.it, 14 giugno 2013; 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, cc. 1836 ss.; P. ZICCHITTU, *L'incossituzionalità della legge elettorale ovvero quando il giudice comune "confonde" Corte costituzionale e Parlamento. (Nota a Corte di Cassazione ordinanza n. 12060/2013)*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, novembre 2013. Sull'accesso in via incidentale al giudizio di legittimità costituzionale con riferimento alle leggi elettorali, L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, Torino, 2011, 243 ss.

³ La dichiarazione d'incossituzionalità di leggi elettorali ha sollevato nell'ordinamento tedesco alcuni degli interrogativi che abbiamo sinteticamente formulato. Fra i numerosi contributi, J. FROWEIN, *Gleichheit der Wahl und Größe der Wahlkreise*, in *DÖV*, 1963, p. 857 ss., p. 861; H.H. KLEIN, *Bundesverfassungsgericht und Staatsraison*, Frankfurt a.m. - Berlin, 1968, in particolare p. 12 ss.; ID., *Art. 41 in Grundgesetz-Kommentar*, a cura di T. MAUNZ, G. DÜRIG, München, agg. 2013; per uno studio monografico sull'incossituzionalità della legge elettorale, H. MAURER, *Die Verfassungswidrige Bundestagswahl*, Bad Homburg, 1969; G. ROTH, *Art. 41, in Mitarbeiterkommentar GG*, a cura di C. UMBACH, T. CLEMENS, München, 2002, p. 127 ss.; M. GRAßHOF, *Die Vollstreckung von Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Frankfurt a.m., 2003, p. 224 ss.; G. BLASBERG, *Verfassungsgerichte als Ersatzgesetzgeber*, Frankfurt a.m., 2003; E. BENDA, O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, III ed., Heidelberg, 2012, p. 556 ss.; M. MORLOK, *Wahlrecht auf dem Prüfstand des Verfassungsgerichtbarkeit*, in *JZ*, 2011, 236 ss.; ID., *La giustizia elettorale in Germania*, in *La giustizia elettorale*, a cura di E. CATELANI, F. DONATI, M.C. GRISOLIA, Napoli, 2013, p. 77 ss., p. 89. una risalente ma interessante indagine comparata fra l'ordinamento austriaco e quello tedesco sulle conseguenze della dichiarazione d'incossituzionalità della legge elettorale è dovuta a E. KLEIN, *Wahlanfechtung und Funktionsfähigkeit des Parlaments, Zur Entscheidung des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs vom 24. Juni 1970*, in *ZaöRV*, 1971, p. 497 ss.

⁴ A. D'ALLOIA, *Finale di partita. Incossituzionale la legge elettorale*, in www.confronticostituzionali.eu, 6 dicembre 2013; A. RUGGERI, *La riscrittura, in un paio di punti di cruciale rilievo, della disciplina elettorale da parte dei giudici costituzionali e il suo probabile "seguito" (a margine del comunicato emesso della Consulta a riguardo della dichiarazione d'incossituzionalità della legge n. 270 del 2005)*, in questa *Rivista*, 9 dicembre 2013; G. AZZARITI, *Dopo la decisione della Corte costituzionale sulla legge elettorale. «Blowin' in the wind»*, in www.costituzionalismo.it, 10 dicembre 2013 e, ivi, M. VILLONE, *Legge elettorale. I paletti della Corte segnano la strada*, 16 dicembre 2013; G. TARLI BARBIERI, *La spada di Damocle sul porcellum: alcune note sparse in vista dell'imminente pronuncia della Corte costituzionale sulla l. 270/2005*, nella rivista www.osservatoriosullefonti.it, dicembre 2013.

⁵ Così, [comunicato-stampa](#) «Incossituzionalità della Legge elettorale n. 270/2005», cit.

Il testo divulgato dall'Ufficio Stampa prosegue con l'annuncio che «Le motivazioni saranno rese note con la pubblicazione della sentenza, che avrà luogo nelle prossime settimane»⁶.

Il comunicato termina con due considerazioni.

La prima attiene agli «effetti giuridici» della preannunciata decisione. Si precisa che la loro decorrenza «dipende» dalla pubblicazione della sentenza⁷.

La seconda considerazione è rivolta al Parlamento italiano della XVII legislatura. Il comunicato dell'Ufficio Stampa della Corte costituzionale lo informa che «può sempre approvare nuove leggi elettorali, secondo le proprie scelte politiche, nel rispetto dei principi costituzionali»⁸.

3. Sugli effetti giuridici del [comunicato-stampa](#) «Incostituzionalità della Legge elettorale n. 270/2005»

Punto di partenza della nostra riflessione sul [comunicato](#) «Incostituzionalità della Legge elettorale n. 270/2005» è l'affermazione che gli «effetti giuridici» dell'anticipata sentenza decorrono dalla sua pubblicazione⁹.

Il rilievo corrisponde agli [artt. 136 Cost.](#) e [30 l. 87/1953](#), ma si tratta della classica ipotesi in cui l'espresso diritto positivo — nel caso di specie la disciplina costituzionale e ordinaria degli effetti delle sentenze d'incostituzionalità — ci consente di valutare se qualcosa è stato fatto bene o male, ma non di identificare ogni effetto giuridico prodotto¹⁰.

⁶ Così, [comunicato-stampa](#) «Incostituzionalità della Legge elettorale n. 270/2005», *cit.*

⁷ Così, [comunicato-stampa](#) «Incostituzionalità della Legge elettorale n. 270/2005», *cit.*

⁸ Così, [comunicato-stampa](#) «Incostituzionalità della Legge elettorale n. 270/2005», *cit.*

⁹ In un successivo comunicato «Precisazioni del Presidente della Corte costituzionale», divulgato dal Palazzo della Consulta il 6 dicembre 2013 e reperibile sia sul sito ufficiale della Corte costituzionale, www.cortecostituzionale.it, *sub Comunicati stampa e note informative*, sia in questa [Rivista](#), alla Pagina «[Cronache dalla Corte costituzionale](#)» 2013, il Presidente ha ribadito che «Quanto agli effetti della recente sentenza sulla legge elettorale» «la Corte si è già ufficialmente espressa con gli ultimi due capoversi del comunicato del 4 dicembre scorso» premesso che «l'Organo di Giustizia costituzionale si esprime unicamente attraverso i propri atti collegiali e le dichiarazioni ufficiali del suo Presidente. Ogni altra dichiarazione od opinione, manifestata in qualunque diversa forma, non è in alcun modo riferibile alla Corte e non ne riflette il pensiero». Secondo quanto riportato dalla stampa, la precisazione è stata ritenuta necessaria in seguito a una [lettera rivolta al Presidente della Corte dal Vicepresidente Luigi Mazzella](#), che avrebbe contestato, fra l'altro, la redazione del comunicato ad opera del solo Presidente. Sull'opportunità di introdurre una disciplina della divulgazione dei comunicati del giudice costituzionale, un utile elemento di valutazione è la disciplina relativa all'approvazione e divulgazione dei comunicati-stampa del Tribunale costituzionale federale tedesco, contenuta §§ 17 e 32 del regolamento del Tribunale (*Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgericht, GOBVerfG*) del 15 dicembre 1986 pubblicato in *BGBI*, I, p. 2529, da ultimo modificato il 7 gennaio 2002, pubblicato nel *BGBI* I, p. 1171, reperibile sul sito ufficiale del Ministero federale della Giustizia, all'indirizzo internet, www.bmj.de, sul tema A. GRAGNANI, *Comunicati-stampa dal Palazzo della Consulta anziché provvedimenti cautelari della Corte costituzionale? Sugli «effetti preliminari» della dichiarazione d'incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 531 ss., nota 45 pp. 545-546.

¹⁰ Prendiamo spunto dall'osservazione che un eccesso di positivismo «si basa su un modo di pensare che è in grado di comprendere solo ciò che l'uomo ha fatto male», di C. SCHMITT, *Colloquio radiofonico del 1 febbraio 1933*, ora in *Un giurista davanti a se stesso, Saggi e interviste*, a cura di G. AGAMBEN, Milano, I ed. 2005, II ed. 2012, p. 34. Con specifico riferimento ai rapporti fra diritto ed esigenze della politica, sul tema G. AZZARITI, *Forma e sostanza del diritto*, in www.costituzionalismo.it, 2010; con riferimento all'abuso delle forme giuridiche nello stato di diritto costituzionale, C. PESTALOZZA, *«Formenmißbrauch» des Staates*, München, 1973. È improprio l'uso dei comunicati-stampa della Corte costituzionale per fini diversi da quelli per i quali sono previsti e inadeguata, per gli effetti che determina, la informale

Innanzitutto, l'attestazione dell'incostituzionalità della [legge 270/2005](#), ancorché informalmente divulgata, rende sin da subito incontestabile il dovere costituzionale del Parlamento di rimuovere l'incostituzionalità che vizia la fonte ordinaria della sua legittimazione perché, come osservato nel comunicato, il medesimo Parlamento conserva il potere legislativo, quanto meno a tal fine e per altri atti non rinviabili¹¹. La precisazione che «il Parlamento può sempre approvare nuove leggi elettorali, secondo le proprie scelte politiche, nel rispetto dei principi costituzionali», infatti, non è da intendere come relativizzazione di un dovere che non può che essere incondizionato e inderogabile, perché gli organi costituzionali sono tenuti a osservare la Costituzione e devono fare il possibile per realizzare il disegno costituzionale¹². Essa vale soltanto a scongiurare ogni dubbio sul persistente potere di approvare una nuova disciplina, benché quel medesimo Parlamento sia stato eletto secondo una legge incostituzionale¹³.

Ciò significa che la Corte costituzionale ha accertato l'esigenza costituzionale di una proroga provvisoria della vigenza della legge incostituzionale o, più precisamente, del suo contenuto regolativo, che, quindi, sopravvive provvisoriamente alla dichiarazione d'incostituzionalità già deliberata¹⁴, secondo quanto si legge nel medesimo comunicato.

Invero, un Parlamento eletto secondo una legge incostituzionale non conserverebbe il potere di approvare una nuova legge elettorale se la disciplina sulla cui base è costituito non fosse ultrattiva, cioè se cessasse di essere efficace successivamente alla dichiarazione d'incostituzionalità.

La legge elettorale, infatti, è elemento della fattispecie costitutiva del potere legislativo del Parlamento, poiché soltanto a un Parlamento effettivamente eletto in una determinata legislatura spetta il potere legislativo. Le leggi elettorali hanno effetti durevoli, non solo istantanei. Così come una limitazione degli effetti della sentenza d'incostituzionalità, secondo i principi costituzionali di legittimo

divulgazione del contenuto di sentenze costituzionali, specialmente se disgiunta dalle motivazioni su cui si fondano, in tal senso «fatta male» rispetto alla disciplina costituzionale e ordinaria relativa alla loro pubblicazione, sul tema già A. GRAGNANI, *Comunicati-stampa*, cit.

¹¹ Una conferma di quanto osservato si può desumere da H. BETGHE, §§ 78-79, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar*, a cura di T. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, G. ULSAMER, H. BETHGE, R. MELLINGHOF, C. VON COELLN, K. GRABHOF, D. HÖMIG, R. MÜLLER-TERPITZ, J. ROZEK, München, opera a fogli mobili, ult. agg. 2013; l'Autore, che sostiene la tesi della nullità della legge incostituzionale, osserva che la sentenza d'incostituzionalità produce l'effetto di eliminare l'«apparenza» di norma della disposizione incostituzionale e in tal senso (soltanto) possiede un minimo carattere «costitutivo», in particolare *Rand Nummer* (numero a margine, di seguito RN), 84. A nostro avviso, un analogo effetto scaturisce da qualsiasi altro atto, anche informale, imputabile alla Corte costituzionale, che sia capace di eliminare la medesima «apparenza». Sugli effetti preliminari prodotti mediante la divulgazione del contenuto di atti futuri nei rapporti di diritto costituzionale, M. KLOEPFER, *Vorwirkung von Gesetzen*, München, 1974. Sugli «effetti preliminari» della dichiarazione d'incostituzionalità riferibili ad alcuni comunicati-stampa della Corte costituzionale, A. GRAGNANI, *Comunicati-stampa*, cit.

¹² Sul punto con riferimento agli effetti prodotti dai comunicati-stampa indirizzati a organi costituzionali, rinvio a quanto già scritto in A. GRAGNANI, *Comunicati-stampa*, cit., p.533 ss.

¹³ Sul punto già, M. VILLONE, *Legge elettorale*, cit.

¹⁴ La tipologia decisoria che consente questa soluzione sarà esaminata più avanti nel testo.

affidamento e di certezza del diritto, si impone per la conservazione della validità degli atti parlamentari anteriori alla pronuncia¹⁵, corrispondentemente, una medesima limitazione *pro futuro* è premessa necessaria della valida deliberazione di atti ulteriori da parte dello stesso Parlamento viziato nella sua composizione.

Conseguentemente, non può vigere contestualmente — ma se del caso, soltanto per il futuro — una normativa elettorale eventualmente risultante dalla dichiarazione d'incostituzionalità.

Dal [comunicato-stampa](#) scaturisce, inoltre, incondizionatamente, un ovvio limite per l'iniziativa legislativa in materia elettorale, che non potrebbe avere per oggetto norme analoghe a quelle dichiarate incostituzionali, come ammonisce il riferimento al rispetto dei principi costituzionali.

D'altra parte, l'approvazione di una legge elettorale conforme a Costituzione è un dovere che discende dal principio di supremazia della Costituzione¹⁶, non è la data di pubblicazione della sentenza d'incostituzionalità che ha la forza giuridica di differirlo.

Il giudice costituzionale non è libero di stabilire le conseguenze dell'incostituzionalità, ma deve determinarle secondo il diritto costituzionale perché a esso è vincolato¹⁷. Quest'ultimo può richiedere il differimento di altri effetti dell'incostituzionalità della legge, ma mai del dovere di compiere le attività necessarie a ripristinare la legalità violata, nei tempi adeguati secondo il diritto costituzionale. Il dovere di restituire all'ordinamento un diritto conforme a Costituzione è conseguenza necessaria di qualsiasi dichiarazione d'incostituzionalità¹⁸, anche di quelle che graduano nel tempo i propri effetti poiché esse sono preordinate sempre e unicamente a garantire la rigidità della Costituzione. Si tratta di un imperativo che sfugge a una differente determinazione della Corte costituzionale e che non

¹⁵ B. CARAVITA, *La modifica della efficacia temporale delle sentenze della Corte costituzionale: limiti teorici e pratici*, in A.A. V.V., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano, 1989, p. 243 ss., p. 257 sulla rilevanza della categoria dei rapporti durevoli per la salvezza degli atti di organi dichiarati incostituzionali.

¹⁶ Per una condivisibile lettura degli effetti delle sentenze del giudice costituzionale rigorosamente orientata al principio di supremazia della Costituzione, A. PIZZORUSSO, *Le decisioni della Corte costituzionale: comandi o consigli?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1963, p. 345 ss., p. 357; A. PACE, *Superiorità della Costituzione ed efficacia immediata della sentenza d'incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 444 ss., del medesimo Autore, anche nota alle ordinanze del Tribunale di Ferrara, 27 febbraio 1965 e del Tribunale di Roma, 5 marzo 1965, in *Giur. cost.*, 1965, p. 461 ss., nonché *Ancora sul «deposito in cancelleria» come «pubblicazione» delle pronunce d'illegittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1970, p. 2056 ss., in particolare p. 2058.

¹⁷ Con particolare attenzione al rapporto fra giudizio *a quo* e giudizio costituzionale incidentale, A. PACE, *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei giudizi pendenti*, in *Effetti*, cit., p. 53 ss., p. 56 ss. per la determinazione della portata dell'art. 136 Cost.; V. ONIDA, *Considerazioni sul tema*, op. ult. cit., p. 185 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità: possibilità e limiti*, in op. ult. cit., p. 211 sulla distinzione fra delimitazione degli effetti del tempo e determinazione del contenuto dell'incostituzionalità. Sull'esigenza che ogni decisione della Corte sia fondata sull'intermediazione di un «voluto normativo», Così M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale. Tendenze recenti*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, p. 1151 ss., p. 1152.

¹⁸ A tal fine non sempre è sufficiente l'eliminazione della norma incostituzionale per effetto della sentenza d'incostituzionalità.

dipende dalla forma che divulga la già dichiarata incostituzionalità. L'interpretazione della Costituzione espressa dalla Corte costituzionale poggia, infatti, sulla sua autorevolezza, che non dipende dalla forma delle sue decisioni¹⁹.

Un [atto](#) estraneo al giudizio costituzionale ha anticipato, quindi, effetti giuridici della sentenza che non dipendono dalla sua pubblicazione.

Peraltro, il dovere di ripristinare la legalità violata dall'incostituzionalità della legge elettorale non può essere assolto con un atto istantaneo. Per l'approvazione di una nuova legge è necessaria un'attività che richiede un tempo considerevole. Un procedimento legislativo, infatti, non è un meccanico «assemblaggio di presupposti», ma un *iter* concepito secondo i tempi necessari per l'adozione di una decisione democratica²⁰. La Costituzione esclude per le leggi elettorali che questi ultimi possano essere brevi. [L'art. 72, ultimo comma, Cost.](#), dispone, infatti, che la procedura normale di esame è sempre adottata, fra gli altri, per i disegni di legge in materia elettorale.

La precisazione che la dichiarazione d'incostituzionalità non incide sul potere del Parlamento di approvare una nuova legge elettorale ci consente di ricondurre il [comunicato-stampa](#) sull'incostituzionalità della [legge 270/2005](#), ma probabilmente anche l'anticipata sentenza, alla tipologia decisoria della cosiddetta «incostituzionalità accertata ma non dichiarata» nella particolare variante contenente un ordine di ulteriore provvisoria vigenza della legge incostituzionale, una tecnica decisoria impiegata dal *Bundesverfassungsgericht* e oggetto di particolare attenzione nella letteratura tedesca²¹, ma

¹⁹ Sul punto un utile termine di confronto è offerto dalle osservazioni del Tribunale costituzionale federale nel parere espresso secondo una sua competenza oggi non più prevista dalla legge che ne disciplina le funzioni; il parere è pubblicato in *BVerfGE*, 2, 79, per l'affermazione che «Sebbene i pareri del Tribunale costituzionale non possiedano forza vincolante in senso giuridico», «ciascuno di essi ha una tale autorità e un tale significato» che «nessun organo legislativo e nemmeno il Governo potrebbero mai permettersi di contrapporsi a un parere» (il Tribunale nel caso di specie fa proprie le parole in precedenza espresse dal Segretario di Stato del Ministero federale della Giustizia).

²⁰ Così M. KLOEPFER, *Vorwirkung*, cit.

²¹ Sull'«incostituzionalità accertata ma non dichiarata» nell'esperienza tedesca, fra gli altri, M. LUCIANI, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni '90*, in A.A. V.V., *Effetti*, cit., p. 105 ss., p. 109 ss., A. CERVATI, *Incossituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana*, op. ult. cit., p. 287 ss., in particolare 295 ss. per la proroga dell'applicazione di una legge incostituzionale. Per uno studio monografico sulla varia tipologia delle sentenze del Tribunale costituzionale federale, G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, Torino, 2002. Sugli effetti temporali delle sentenze del giudice costituzionale e specialmente sul differimento degli effetti dell'incostituzionalità, A.A. V.V., *Effetti*, cit., R. PINARDI, *La Corte i giudici, il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incossituzionalità*, Milano, 1993, p.65 ss.; F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale: contributo ad una teoria dell'invalidità costituzionale della legge*, Cedam, 1997; M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000. Nella letteratura tedesca sulla cosiddetta «incossituzionalità accertata ma non dichiarata» fra gli altri, J. IPSEN, *Rechtsfolgen des Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden Baden, 1980; S. KREUTZBERGER, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgericht*, Frankfurt a.m., 2007; con particolare riferimento alla speciale variante contenente l'ordine di provvisoria ulteriore vigenza della disciplina censurata, P. LERCHE, *Aktuelle Fragen zur verfassungsgerichtlichen Anordnung der Weitergeltung verfassungswidriger Normen*, in *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift für Georg Röss*, a cura di J. BRÖHMER, R. BIEBER, C. CALLIESS, Köln, 2005, p. 1221, ss.; H. BETGHE, *Entscheidungswirkungen und Konsequenzen des Sportswetten-Urteils des Bundesverfassungsgericht*, in *DVB*, 2007, p. 917 ss., in particolare p. 219; ID., § 78-79, cit.

già utilizzata anche dalla Corte costituzionale²², benché l'ultrattività della legge incostituzionale talora sia stata contestata nella dottrina italiana²³.

Se davvero l'[art. 136 Cost.](#) interponesse un ostacolo sempre insuperabile alla proroga della vigenza di norme incostituzionali, come è stato sostenuto in dottrina, cioè se altri preminenti principi costituzionali non giustificassero in particolari casi una limitazione della portata di tale disposizione, un comunicato dell'Ufficio Stampa della Corte costituzionale che fosse impiegato per rendere ultrattiva una norma di cui divulga la già deliberata sentenza d'incostituzionalità sarebbe palesemente elusivo del disposto costituzionale. La Corte, invero, per mezzo di un comunicato del suo Ufficio Stampa pretenderebbe di superare un effetto costituzionalmente necessario delle sentenze²⁴. D'altra parte, la

²² Esemplare, Corte costituzionale, [sentenza 13 gennaio 2004, n. 13](#), che dichiara l'incostituzionalità dell'art. 22, comma 3, l. 28 dicembre 2001, n. 448, contenente disposizioni relative all'organizzazione dell'Ufficio scolastico regionale, ritenute lesive della competenza regionale, ma allo scopo di non recare danno ai diritti relativi alla posizione lavorativa dei docenti e ai diritti degli alunni, ne dispone l'ulteriore temporanea applicazione. Afferma il giudice costituzionale: «Il tipo di pronuncia che questa Corte è chiamata ad adottare è suggerito insomma dall'esigenza di tenere insieme il rispetto del riparto delle competenze costituzionali e la continuità del servizio scolastico. L'art. 22, comma 3, della legge n. 448 del 2001 deve pertanto *continuare ad operare* fino a quando le singole Regioni si saranno dotate di una disciplina e di un apparato istituzionale idoneo a svolgere la funzione di distribuire gli insegnanti tra le istituzioni scolastiche nel proprio ambito territoriale secondo i tempi e i modi necessari ad evitare soluzioni di continuità del servizio, disagi agli alunni e al personale e carenze nel funzionamento delle istituzioni scolastiche» [così, punto 4. della motivazione, corsivo aggiunto]. La pronuncia è annotata, fra gli altri, da R. DICKMANN, *La Corte amplia la portata del principio di continuità (osservazioni a Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 13)*, in [www.federalismi.it](#), 22 gennaio 2004 e P. MILAZZO, *La Corte costituzionale interviene sul riparto di competenze legislative in materia di istruzione e «raffina» il principio di continuità*, in *Le Regioni*, 2004, p. 963 ss., in particolare p. 975.

²³ Sul punto, G. SILVESTRI, *Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale: due aspetti dello stesso problema*, in A.A., V.V., *Effetti temporali*, cit., p. 47 ss., in particolare p. 51, per l'affermazione che «il potere della Corte di incidere ricostruttivamente su norme giuridiche» incontra fra i suoi limiti «l'impossibilità di attribuire efficacia ultrattiva alle norme dichiarate incostituzionali, per il chiaro disposto dell'art. 136 Cost.»; invece, A. RUGGERI, *Vacatio sententiae «retroattività parziale» e nuovi tipi di pronunzie della Corte costituzionale*, in *op. ult.*, cit., p. 65 ss., p. 68 ss., afferma la necessità dell'adozione di un sistema «di protrazione transitoria degli effetti delle leggi dichiarate incostituzionali, almeno con riguardo alle leggi c.d. costituzionalmente obbligatorie (o, meglio, alle norme legislative costituzionalmente imposte), al fine di dar modo al legislatore di riparare tempestivamente i vuoti provocati dalla pronunzia della Corte, senza che l'ordinamento debba pagare il costo — talora, veramente insopportabile — di una più o meno lunga carenza di norme che ridonderebbe non nella semplice disapplicazione o disattuazione di un valore costituzionalmente protetto e precedentemente bene o male applicato o attuato, bensì nella violazione dello stesso»; A. PIZZORUSSO, *Soluzioni tecniche per graduare gli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Effetti*, cit., p. 89 ss., p. 100 ss. sulla possibilità per la Corte di inserire nel dispositivo che contiene l'annullamento anche l'individuazione di alcune norme transitoriamente applicabili; A. CERRI, *Materiali e riflessioni sulle pronunzie di accoglimento «datate»*, in *Effetti*, cit., p. 135 ss., p. 145 ss., il quale osserva come rispetto a discipline indefettibili non è esclusa la possibilità di pronunce demolitorie, ma anche che la Corte costituzionale, talora, in simili casi, ha ovviato al problema del vuoto normativo informando tempestivamente il Governo e procrastinando la pubblicazione della sentenza fino alla pubblicazione di un decreto-legge diretto a sostituire la disciplina incostituzionale. Per la distinzione fra non retroattività della sentenza della Corte costituzionale e protrazione della vigenza della legge, nonché per il rilievo che a questo fine occorre un intervento del legislatore, B. CARAVITA, *La modifica della efficacia temporale delle sentenze della Corte costituzionale: limiti teorici e pratici*, in A.A. V.V., *Effetti*, cit., p. 258; p. 266 con riferimento al potere espressamente attribuito al Tribunale costituzionale austriaco di mantenere in vita leggi incostituzionali; V. ONIDA, *Relazione di sintesi*, in *op. ult.* cit., p. 335 ss., p. 339 per il rilievo che la soluzione di differire gli effetti delle sentenze d'incostituzionalità tramite il ritardato deposito della sentenza darebbe luogo a dubbi perché «affiderebbe a un'operazione apparentemente “neutrale” la determinazione di un aspetto rilevante», nonché per l'osservazione che un autentico differimento contrasterebbe con l'art. 136 Cost. ma che la perdurante efficacia di norme poi dichiarate incostituzionali in alcuni casi discende già dai principi dell'ordinamento.

²⁴ Sul tema, V. ONIDA, *Relazione*, cit.; diversamente, S. BARTOLE, *Elaborazioni dottrinali e interventi normativi per delimitare l'efficacia temporale delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, in A.A. V.V., *Effetti*, cit., p.

forma giurisdizionale della funzione di garanzia della Costituzione non sta nella libera disponibilità del giudice costituzionale perché è stabilita dalla Costituzione e dalle fonti cui essa rinvia per la disciplina della giurisdizione costituzionale.

Conviene, allora, esaminare le caratteristiche della tipologia decisoria sopra ricordata per verificare se, ed eventualmente a quali condizioni, la proroga della vigenza delle norme dichiarate incostituzionali — o più precisamente la provvisoria applicazione di una corrispondente disciplina — sia imposta, invece, dalla Costituzione e possa ritenersi idonea a soddisfare ogni esigenza costituzionale rilevante con speciale riferimento alla dichiarazione d'incostituzionalità della legge per l'elezione del Parlamento.

4. [Comunicato-stampa](#) di «incostituzionalità accertata ma non dichiarata» con «ordine (non motivato) di provvisoria ulteriore vigenza della legge incostituzionale»

Le elezioni sono l'atto più importante dello Stato perché attraverso esse la volontà del popolo sovrano diventa potere pubblico²⁵.

La disciplina delle elezioni è la prima decisione sull'autentica democraticità di un ordinamento²⁶. Il loro svolgimento, invero, è un fatto che non assicura l'effettività del diritto del popolo sovrano di scegliere i propri rappresentanti e vincolare, così, secondo la sua volontà il potere statale²⁷. Le elezioni, infatti, sono svolte anche in regimi non democratici.

La materia elettorale è riservata dalla Costituzione alla legge, nel rispetto di alcuni principi fondamentali, quali la libertà, l'eguaglianza, la personalità e la segretezza del voto²⁸.

I vizi del procedimento elettorale possono essere di tale gravità da rendere l'organo rappresentativo una mera apparenza. In altri casi, consentono di considerare le elezioni una scelta (ancorché viziata) del corpo elettorale²⁹.

117 ss., p. 126 ss. sull'ipotesi di disciplina del potere di fissazione della decorrenza degli effetti delle sentenze da parte della stessa Corte in via di autoregolamentazione o di disciplina integrativa; p. 127, per l'ipotesi di attribuire al Presidente della Corte costituzionale il potere di incidere direttamente sulla decorrenza degli effetti delle sentenze disponendo sul tempo del loro deposito, ma con provvedimento motivato con riferimento a quanto già espresso nella sentenza.

²⁵ Così H. MAYER, *Demokratische Wahl und Wahlsystem*, in *HBStR*, III, Heidelberg, 2005, a cura di J. JENSEN e P. KIRCHHOF, p. 521 ss.

²⁶ Ancora H. MAYER, *Demokratische*, cit.

²⁷ Per un'analisi della «materia elettorale» condotta dalla prospettiva delle situazioni soggettive che ne costituiscono «il fondamento imprescindibile», considerazione che non deve mai essere pretermessa nella valutazione delle conseguenze dell'incostituzionalità di una legge elettorale, M. CECCHETTI, *Il contenzioso pre-elettorale nell'ordinamento italiano*, *La giustizia*, cit., pp. 5-76.

²⁸ G. FERRARI, *Elezioni (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 607 ss.; D. FISICHELLA, *Elezioni (Sistemi elettorali)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 649 ss. Di recente, L. TRUCCO, *Democrazie elettorali*, cit., 24 ss.; M. CECCHETTI, *Il contenzioso*, cit., anche per il necessario riferimento alla giurisprudenza costituzionale.

²⁹ Sul tema, H. H. KLEIN, *Art. 41*, cit., RN 101 ss.

Siccome una legge elettorale incostituzionale vizia la «qualità democratica»³⁰ del Parlamento, ma non necessariamente la contraddice totalmente, si giustifica la continuità di funzionamento di un'istituzione irrinunciabile per un sistema rappresentativo, senza la quale l'ordinamento costituzionale sarebbe colpito fatalmente.

Di qui, il principio di continuità del Parlamento³¹, che, paradossalmente, trova il suo fondamento e la sua giustificazione proprio nel principio democratico anche quando la sua composizione è viziata da incostituzionalità³².

Anche la Corte costituzionale ha sancito che gli organi costituzionali e quelli a rilievo costituzionale non possono essere esposti «al rischio, neppure teorico», di una paralisi del loro funzionamento. Il principio della continuità esige che essi non siano privati «neppure temporaneamente, del complesso delle norme elettorali contenute nella propria legge di attuazione»³³.

La cosiddetta sentenza d'«incostituzionalità accertata ma non dichiarata» con «ordine di provvisoria ulteriore vigenza della legge incostituzionale»³⁴ è una tipologia decisoria che consente di evitare l'indesiderata (perché incostituzionale) conseguenza di interrompere la funzionalità del Parlamento — che discenderebbe, invece, dalla disciplina degli effetti previsti dagli [artt. 136 Cost.](#) e [30 l. 87/1953](#) — e di preservare al tempo stesso la prerogativa parlamentare di scelta del sistema elettorale, una decisione tutta politica quest'ultima, fatto salvo il rispetto dei principi costituzionali.

In mancanza di un espresso ordine di proroga del diritto incostituzionale, dalla pronuncia di «incostituzionalità accertata ma non dichiarata» secondo il principio di supremazia della Costituzione

³⁰ L'espressione è di H. H. KLEIN, *Art. 41, cit.*

³¹ Sul principio di continuità, L. ELIA, *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, Milano, 1958; sul tema anche E. CHELI, *Organi costituzionali e di rilievo costituzionale*, in *Arch. giur.*, 1965, p. 100 ss.

³² Sul principio democratico come fondamento dell'esigenza di conservare la funzionalità del Parlamento ancorché viziato nella sua rappresentatività, H. H. KLEIN, *Art. 41, cit.*, RN 107 ss.

³³³ Così, Corte costituzionale, [sentenza 3 febbraio 1987, n. 29](#), in tema di ammissibilità del referendum abrogativo degli artt. 25, 26 e 27, della l. 195/1958, sul Consiglio superiore della magistratura, richiamata dalla recente sentenza 13/2012, relativa all'ammissibilità di referendum abrogativo sulla [legge 270/2005](#), che sarà esaminata più avanti. La [sentenza 29/1987](#) è annotata da P. CARNEVALE, *Inabrogabilità di leggi "costituzionalmente obbligatorie" ed inammissibilità di referendum "puramente" abrogativi: ancora una "svolta" nella giurisprudenza costituzionale in materia referendaria*, in *Giur. cost.*, 1987, p. 308 ss.

³⁴ Nella giurisprudenza e letteratura tedesca, il tipo di sentenza in esame è denominato dichiarazione d'incompatibilità, *Unvereinbarerklärung* della legge con la Costituzione (o nell'equivalente espressione dichiarazione d'incostituzionalità *Verfassungswidrigerklärung*) senza dichiarazione di nullità *Nichtigerklärung*) con ordine di proroga della vigenza, (*Weitergeltungsanordnung* o *Fortgeltensanordnung*). Sulle alternative denominazioni, H. BETGHE, § 78, *cit.*, RN 56 ss. ma anche il Tribunale costituzionale federale, cfr., ad esempio, *BVerfGE* 105, 73 (133), che afferma «Il contrasto di una norma con la Costituzione può condurre o alla dichiarazione di nullità, secondo il § 78 *BVerfGG* ovvero può condurre il Tribunale costituzionale federale all'accertamento dell'incostituzionalità o con termine di identico significato, all'accertamento dell'incompatibilità della norma con la Costituzione, (secondo i §§ 31, II comma e 79, I comma, *BVerfGG*)». Siccome è la dichiarazione di nullità che fa la differenza nella determinazione degli effetti delle sentenze, la formulazione tedesca appare più chiara di quella invalsa nella letteratura italiana, forse intenzionalmente equivoca nella distinzione che intende sottesa ai termini «accertamento» e «dichiarazione» (che nel linguaggio giuridico possono essere usati, invece, proprio come sinonimi) per scansare ogni impegnativa considerazione circa il carattere nullo o annullabile della legge incostituzionale.

conseguirebbe, invece, il cosiddetto «blocco dell'applicazione» (*Anwendungssperre*) a partire dal momento in cui si è verificata la collisione con il superiore diritto costituzionale, salvi i rapporti esauriti³⁵. Il dispositivo d'«incostituzionalità accertata ma non dichiarata», se privo di detto ordine o di altre disposizioni a essa collegate, quali la previsione di un termine per la rimozione dell'incostituzionalità (eventualmente accompagnato dalla sanzione della nullità in caso di inosservanza)³⁶ o l'indicazione di direttive per la correzione della disciplina o per la sua provvisoria applicazione, quindi, non si distinguerebbe sotto questo profilo da una normale pronuncia di illegittimità costituzionale. La particolarità di questa tipologia di sentenze si rinviene nella sua attitudine a fornire la base di siffatte disposizioni accessorie³⁷.

Come anticipato, generalmente, l'istantaneo «blocco dell'applicazione» non è ammesso dalla Costituzione per il caso dell'incostituzionalità della legge per l'elezione del Parlamento perché si tratta una disciplina «costituzionalmente necessaria»³⁸. La sospensione dell'applicazione della legge elettorale incostituzionale con riferimento a tutti gli atti e i rapporti pendenti, passati e (in parte almeno) futuri, allontanerebbe ancora di più l'ordinamento dal disegno costituzionale, che secondo la Costituzione non può fare a meno del Parlamento.

Rispetto agli atti e ai rapporti antecedenti alla pronuncia ma ancora pendenti, gli effetti collegati alla dichiarazione d'incostituzionalità secondo gli [artt. 136 Cost.](#) e [30 della l. 87/1953](#) determinerebbero una gravissima lesione dei principi di legittimo affidamento e di certezza del diritto perché,

³⁵ H. BETGHE, § 78, *cit.*, RN 63 ss., nonché E. BENDA, O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, *cit.*

³⁶ Si tratta di una soluzione talvolta adottata dal Tribunale costituzionale federale tedesco, così H. BETGHE, § 78, *cit.*, RN 84, con riferimento a *BVerfGE* 11, 115 (146) 130, 240 (262).

³⁷ Ancora H. BETGHE, § 78, *cit.*, ID., anche § 79, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *cit.*

³⁸ Sulla conservazione degli effetti degli atti deliberati da un Parlamento viziato nella sua composizione e sugli effetti *pro futuro* della sentenza d'incostituzionalità della legge elettorale, E. KLEIN, *Wahlanfechtung*, *cit.*; E. BENDA, O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, *cit.*, p. 556 ss.; M. MORLOK, *Wahlrecht*, *cit.*; esprime dubbi destinati a restare sul piano teorico, H. MAURER, *Die Verfassungswidrige*, *cit.*, p. 27. In giurisprudenza, *BVerfGE* 1, 14, (38); *BVerfGE* 3, 41, (44); *BVerfGE* 34, 81, (95, 103 ss.) *BVerfGE* 108, 169 (173); *BVerfGE* 121, 266, (313). Con riferimento all'attesa sentenza della Corte costituzionale sulla [legge 270/2005](#), A. D'ALOIA, *Finale di partita*, *cit.*, A. RUGGERI, [La riscrittura](#), *cit.*, M. VILLONE, *Legge*, *cit.*

anche tenuto conto del principio *tempus regit actum* nei limiti in cui è invocabile³⁹, in conseguenza della loro caducazione, potrebbe determinarsi un vero e proprio «*caos normativo*»⁴⁰.

Riguardo agli atti e ai rapporti futuri, cioè a quelli insorti successivamente alla divulgazione della dichiarazione di incostituzionalità (o se si negassero effetti al [comunicato-stampa](#), a quelli insorti dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza) come anticipato, la cessazione della vigenza della legge, o più precisamente dell'applicazione della normativa incostituzionale per effetto della sentenza costituzionale, priverebbe il Parlamento del potere di approvare una nuova legge elettorale.

L'effetto «legalizzante»⁴¹ che scaturisce dall'accertamento contenuto nella sentenza è sorretto dall'autorità del giudice costituzionale⁴² — non dall'incostituzionale esercizio del potere legislativo⁴³ — e consente di evitare che la dichiarazione d'incostituzionalità determini una situazione ancora più lontana dalla Costituzione. La sua portata, tuttavia, deve essere commisurata alle ragioni che lo fondano.

³⁹ Sul punto, già B. CARAVITA, *La modifica*, cit. Rispetto agli atti anteriori alla pronuncia d'incostituzionalità si osserva, inoltre, che il cosiddetto principio *tempus regit actum*, ricordato nel dibattito sugli effetti dell'incostituzionalità della [legge elettorale 270/2005](#), non sempre è sufficiente a evitare l'invalidazione degli atti adottati sulla base di una legge incostituzionale. La questione è stata dibattuta rispetto agli atti amministrativi, per i quali si distinguono le norme che disciplinano le modalità di esercizio del potere di adottare l'atto e le norme attributive di quel potere. Sugli effetti della dichiarazione di incostituzionalità nella teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo, V. ONIDA, *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 514 ss.; A. TRAVI, *Illegittimità della reiterazione dei decreti-legge e disciplina dell'attività amministrativa*, in *Dir. pubblico*, 1997, p. 131 ss.; M. MAGRI, *La legalità costituzionale dell'amministrazione*, Milano, 2002, p. 103 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Atto amministrativo e legge incostituzionale: profili sostanziali e processuali*, in *Urbanistica e appalti*, 2002, p. 223 ss.; A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, Roma, I ed., 2012, II ed. aggiornata in corso di pubblicazione, p. 361.

⁴⁰ L'espressione «*caos normativo*» è ricorrente nella letteratura tedesca con riferimento a simili situazioni e l'esigenza costituzionale di certezza del diritto è considerata uno dei presupposti delle sentenze d'«incostituzionalità accertata ma non dichiarata» con ordine di prolungamento della vigenza ed è espressa in varie decisioni del Tribunale costituzionale federale tedesco, fra le quali, *BVerfGE*, 37, 217, (262), laddove il giudice costituzionale afferma che, eccezionalmente, le disposizioni incostituzionali devono essere ulteriormente applicate, in tutto o in parte, quando la particolarità della norma dichiarata incostituzionale, per ragioni di diritto costituzionale, in particolare per l'esigenza di certezza del diritto, rende necessario autorizzare la conservazione della disposizione costituzionale come regola per un periodo transitorio, in modo che in questo tempo non si determini una situazione ancora più lontana dalla Costituzione rispetto alla precedente. Sulla prolungata operatività di una disciplina incostituzionale per evitare una situazione di più grave incostituzionalità, si ricorda anche la già citata sentenza della Corte costituzionale 13/2004.

⁴¹ Sull'effetto di «legalizzazione» prodotto dall'ordine di ulteriore vigenza della disciplina incostituzionale scaturente dalla sentenza del giudice costituzionale, P. LERCHE, *Aktuelle Fragen*, cit., p. 1227, H. BETGHE, *Entscheidungswirkungen*, cit., 2007, p. 920; sul medesimo effetto, con particolare riferimento all'ulteriore applicazione di disposizioni attuative del diritto europeo per evitare una situazione di più grave incostituzionalità, D. EHLERS, A. EGGERT, *Zur Zulässigkeit einer zeitlich begrenzten weiteren Anwendung gemeinschaftsrechtswidrigen nationalen Rechts*, in *JZ*, 2008, p. 585 ss.

⁴² H. BETGHE, § 79, cit., RN 90.

⁴³ In tal senso sopravvive il contenuto delle norme incostituzionali, perché lo impone la Costituzione per regolare gli effetti determinati dall'apparenza normativa, ma non è propriamente ultrattiva la loro fonte.

Nella letteratura tedesca, che ha dedicato particolare attenzione alla natura dell'ordine di applicazione del diritto incostituzionale, il prolungamento della vigenza è considerato una funzione di supplenza del legislatore⁴⁴ da parte del giudice costituzionale, additato in simili circostanze come «*Notgesetzgeber auf Zeit*» («legislatore d'emergenza *pro tempore*»), «*Ausnahmegesetzgeber*» («legislatore d'eccezione»), «*Reservgesetzgeber*» («legislatore di riserva»), «*Ersatzgesetzgeber*» («legislatore supplente»), «*Aushilfsgesetzgeber*» («legislatore ausiliario»), «*Annexkompetenzträger*» («titolare di competenza per annessione»), con l'avvertenza che le prime due qualificazioni sono contestate poiché possono dare luogo a una superficiale e inammissibile falsificazione concettuale⁴⁵. Invero, esse erroneamente inducono ad associare lo stato di emergenza costituzionale a un'attività a esso completamente estranea. La soluzione dell'«incostituzionalità accertata ma non dichiarata» con ordine di provvisoria ulteriore vigenza della disciplina incostituzionale si prospetta, infatti, come soluzione necessitata e vincolata a rigorosi presupposti costituzionali, non come decisione libera adottata e giustificata da uno stato d'emergenza⁴⁶. Siccome la normativa prorogata corrisponde nel suo contenuto alla volizione del legislatore, ma la sua ulteriore vigenza non possiede quella medesima legittimazione, dal punto di vista qualitativo il fenomeno della proroga del diritto incostituzionale per disposizione del giudice costituzionale non è differente da quello che si ritiene ammesso secondo un'interpretazione estensiva del § 35 *BVerfGG*, cioè del potere del Tribunale costituzionale di dettare disposizioni per l'esecuzione delle proprie sentenze. Il rilievo è ancora più evidente quando l'ordine di ulteriore vigenza contiene direttive per la futura provvisoria applicazione della normativa⁴⁷.

Sulla base delle ragioni che giustificano la cosiddetta provvisoria vigenza della disciplina incostituzionale e nei limiti rigorosi in cui essa è voluta dalla Costituzione, come anticipato, è agevole individuare la sua portata rispetto ai rapporti antecedenti alla dichiarazione d'incostituzionalità, ma ancora pendenti, che devono essere conservati per il principio di certezza del diritto (salvo altri vizi formali o sostanziali che giustifichino una differente conclusione)⁴⁸.

Problematica è, invece, la determinazione della portata degli effetti di questa tipologia di decisione *pro futuro*. Essa sicuramente riconosce al Parlamento la sua legittimazione per la doverosa approvazione di una nuova legge elettorale e consente la convalida degli eletti ancora da compiere, poiché la costituzione del Parlamento è inscindibile dalla sua continuità.

⁴⁴ Rispetto al comunicato-stampa sulla [legge 270/2005](#) evidenzia la funzione di supplenza svolta dalla Corte costituzionale, fra gli altri, A. RUGGERI, [La riscrittura, cit.](#)

⁴⁵ P. LERCHE, *Aktuelle Fragen, cit.*

⁴⁶ Ancora, P. LERCHE, *Aktuelle Fragen, cit.*

⁴⁷ H. BETGHE, § 79, *cit.*, RN 90.

⁴⁸ Fra gli altri, H. H. KLEIN, *Art. 41, cit.*, C. HILLGRÜBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, Heidelberg e a., III ed. rivista, 2011, p. 301 ss.

Tuttavia, la rappresentatività delle Camere elette sulla base di una legge incostituzionale resta viziata nella sua «qualità democratica»⁴⁹, sicché, innanzitutto, ragioni di correttezza costituzionale nei riguardi del popolo sovrano impongono la rinuncia all'esercizio delle prerogative parlamentari non imposte da esigenze costituzionali che devono essere soddisfatte secondo il principio di continuità e senza dilazione.

Concetto, ci rendiamo conto, di opinabile concretizzazione, poiché si presta a comprendere pressoché tutto ciò che può essere fatto (o fatto meglio) per realizzare il disegno costituzionale, perché realizzarlo è sempre doveroso nei limiti del possibile. Ci pare, però, incontrovertibile che un Parlamento eletto sulla base di una legge incostituzionale sia privo del potere di revisione costituzionale, prerogativa il cui esercizio per definizione non è una necessità costituzionale.

Non può essere trascurato che l'incostituzionalità della legge elettorale, nonostante l'esigenza costituzionale di una sua provvisoria ulteriore vigenza, resta un vizio fra i più gravi di un ordinamento democratico.

La determinazione degli effetti della sentenza d'incostituzionalità della legge elettorale richiede complessi bilanciamenti fra contrapposti interessi costituzionali, nessuno dei quali deve essere pretermesso⁵⁰: la funzionalità del Parlamento, il diritto di voto, il diritto di elettorato passivo, il principio costituzionale di certezza del diritto.

La «pratica concordanza»⁵¹ dei contrapposti interessi esige che la compressione degli interessi sacrificati resti «tollerabile» secondo la Costituzione, cioè non superi la ragionevole misura rispetto allo scopo che la giustifica, tenuto conto di tutte le particolarità della concreta situazione e dell'esigenza di evitare che la rigida applicazione di un parametro sacrifichi indebitamente altri interessi costituzionali⁵².

Siccome il [comunicato-stampa](#) riferisce dell'avvenuta dichiarazione d'incostituzionalità della legge elettorale, ma anche del contestuale persistente potere del Parlamento di approvare una nuova disciplina per le elezioni, si può ragionevolmente ipotizzare che il prolungamento della vigenza della [legge 270/2005](#) sarà disposto anche dall'attesa sentenza. Tuttavia, non si può escludere una diversa

⁴⁹ Ancora H. H. KLEIN, *Art. 41, cit.*

⁵⁰ Per un esame dei diritti e degli interessi costituzionali che devono essere bilanciati nella giustizia elettorale senza poter essere totalmente sacrificati, anche per gli essenziali riferimenti alla giurisprudenza costituzionale, ancora, M. CECCHETTI, *Il contenzioso, cit.*, in particolare p. 8 ss. e p. 20 ss.

⁵¹ H. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechtes des Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg e a., XVI ed., 1999.

⁵² In tal senso, sul canone della «tollerabilità» come parametro costituzionale, sulla sua distinzione rispetto al principio di proporzionalità e per un esame con rilievi critici circa il suo impiego nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, nonché sui rischi inerenti alla sua elevata astrazione, R. K., ALBRECHT, *Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab*, Berlin, 1995. Sull'applicazione di questo canone per la decisione delle istanze cautelari nel giudizio costituzionale, A. GRAGNANI, *La tutela cautelare, cit.*

soluzione. In proposito conviene tenere conto anche delle [dichiarazioni in merito attribuite dalla stampa al giudice Giuseppe Frigo](#)⁵³.

Resta prima da precisare che, proprio per i rigorosi limiti nei quali la Costituzione impone in rari casi la proroga del diritto incostituzionale, è deplorabile la circostanza che questo ordine sia implicitamente contenuto in un comunicato non motivato dell'Ufficio Stampa della Corte costituzionale⁵⁴ (che anticipa, con l'incostituzionalità della legge elettorale, la persistente legittimazione del Parlamento), anziché in una sentenza motivata del giudice costituzionale.

5. Incostituzionalità della legge per l'elezione del Parlamento e ripristino della legalità costituzionale

Secondo le [dichiarazioni attribuite dalla stampa al giudice costituzionale Giuseppe Frigo](#), si prospetta l'eventualità che alla pronuncia d'incostituzionalità possa sopravvivere una disciplina elettorale applicabile senza che si rendano necessari ulteriori interventi normativi.

In base a quanto riferito da un quotidiano, circa «il tema del possibile “vuoto” normativo determinato dalla sentenza e riguardo alla questione se il sistema elettorale funziona anche senza le due norme cassate, il medesimo giudice avrebbe affermato: «Qualcuno dei costituzionalisti, oggi così facondi, cominci a dire perché non si potrebbe votare con la legge così modificata. Il fatto è che ne uscirebbe un sistema proporzionale puro. Capisco che a qualcuno questo non vada bene e che il tema alimenti la dialettica politica, ma qualcuno mi deve dimostrare che in questo momento la legge elettorale non funziona proprio. Non è vero che noi abbiamo creato un vuoto»⁵⁵.

Le affermazioni nei termini sopra riportate sollecitano qualche ulteriore riflessione.

In primo luogo, la sopravvivenza di una disciplina elettorale «auto-applicabile»⁵⁶ (diversa da quella colpita da incostituzionalità) potrebbe in ipotesi essere ritenuta condizione necessaria per la dichiarazione d'incostituzionalità di norme delle leggi elettorali tenuto conto che la Corte costituzionale ha rigettato l'istanza di auto-rimessione di una questione di legittimità — si trattava dell'art. 37, terzo comma, della [legge n. 352 del 1970](#) — poiché la dichiarazione d'incostituzionalità avrebbe

⁵³ Ci si riferisce all'articolo di M. TEDESCHI, *Il giudice costituzionale: nessun vuoto normativo*, in *Il Corriere della Sera*, 10 dicembre 2013, disponibile anche in questa [Rivista](#), alla Pagina “[Cronache dalla Corte costituzionale](#)” 2013

⁵⁴ Sull'esigenza che l'ordine di proroga della vigenza del diritto incostituzionale sia adeguatamente motivato, diversamente dal cosiddetto «blocco dell'applicazione» che è un effetto naturalmente conseguente alla dichiarazione d'incostituzionalità, E. BENDA, O. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, cit., H. BETGHE, §§ 78-79, cit.

⁵⁵ I passi citati sono tratti dall'articolo di M. TEDESCHI, *Il giudice*, cit.

⁵⁶ Il carattere di «auto-applicabilità» indica nella giurisprudenza costituzionale l'idoneità a fornire una base normativa sufficiente per lo svolgimento delle elezioni, così, ad esempio, nella [sentenza 30 gennaio 2008, n. 15](#), annotata da G. TARLI BARBIERI, *Le sentenze sui referendum «Guzzetta» tra (apparenti) conferme e (sostanziali) novità*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 190 ss.

potuto comportare in caso di inerzia del legislatore l'esposizione di organi costituzionali al rischio di paralisi di funzionamento⁵⁷.

Se dalla citata giurisprudenza costituzionale dovesse trarsi una simile conclusione⁵⁸, essa non sarebbe accettabile perché renderebbe estremamente vulnerabile l'ordinamento. Potrebbe risultare preclusa la garanzia di rigidità della Costituzione proprio nel caso delle più gravi situazioni d'incostituzionalità e sarebbe assicurato un potere incontrollabile a maggioranze non rispettose del disegno costituzionale.

In secondo luogo, se in forza della proroga delle norme incostituzionali, il Parlamento conserva il potere di approvare una nuova legge anche dopo la sentenza d'incostituzionalità e a quest'ultima sopravvive una disciplina elettorale «auto-applicabile» (corrispondente al testo della [legge 270/2005](#) privato delle norme incostituzionali) l'efficacia nel tempo delle due normative deve essere coordinata nella sentenza.

Invero, secondo [gli artt. 136 Cost.](#) e [30 l. 87/1953](#), le norme dichiarate incostituzionali cessano di essere efficaci dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza e, quindi, non valgono più né come regola di condotta o di qualificazione giuridica per i rapporti anteriori ancora pendenti né per i rapporti futuri; mentre secondo la medesima disciplina generale degli effetti delle sentenze costituzionali, la normativa (davvero) sopravvissuta alla dichiarazione d'incostituzionalità non è toccata dalla decisione della Corte e conserva, quindi, la propria originaria efficacia senza soluzione di continuità.

Nel caso in esame si impongono allora due precisazioni.

La prima, come anticipato, riguarda la proroga della disciplina incostituzionale. Fintanto che il Parlamento conserva il potere legislativo, deve essere protratta la vigenza della disciplina sulla cui

⁵⁷Precisamente, Corte costituzionale, [sentenza 25 gennaio 2012, n. 13](#), punto 5.1 della motivazione, per l'affermazione che: «l'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale che consenta la reiterazione del differimento – oltre a rimettere alla mera volontà dei parlamentari in carica la determinazione del momento in cui si produrrebbe l'efficacia stessa del *referendum*, ove questo avesse un esito positivo – potrebbe comportare, in caso di inerzia del legislatore e di ripetute reiterazioni, una grave incertezza che esporrebbe organi costituzionali a una paralisi di funzionamento anche solo teorica e temporanea, ipotesi esclusa dalla costante giurisprudenza di questa Corte (da ultimo, [sentenze nn. 15 e 16 del 2008](#)). Viene perciò meno “uno dei presupposti perché la Corte possa accogliere la proposta istanza di autorimessione della relativa questione di costituzionalità» ([sentenza n. 304 del 2007](#))”.

⁵⁸ La conclusione, peraltro, è dubbia perché nella già citata [sentenza 13/2012](#), la Corte lascia impregiudicata la questione. Al punto 3 della motivazione afferma, infatti, che «Eventuali questioni di legittimità costituzionale della [legge n. 270 del 2005](#), a prescindere dalla valutazione sulla loro non manifesta infondatezza, non sono pregiudiziali alla definizione dei presenti giudizi, che hanno ad oggetto il controllo dell'ammissibilità delle due richieste referendarie». Occorre inoltre ricordare che nella già citata [sentenza 29/1987](#) la Corte ha affermato che per l'«esigenza di salvaguardia di costante operatività, l'organo, a composizione elettiva formalmente richiesta dalla Costituzione, una volta costituito, non può essere privato, neppure temporaneamente, del complesso delle norme elettorali contenute nella propria legge di attuazione. Tali norme elettorali potranno essere abrogate *nel loro insieme* esclusivamente per sostituzione con una *nuova disciplina, compito che solo il legislatore rappresentativo è in grado di assolvere*», [corsivi aggiunti].

base l'organo rappresentativo è stato incostituzionalmente eletto, perché gli effetti della legge elettorale hanno carattere durevole. Le disposizioni che conformano il sistema elettorale consentono di svolgere le elezioni, fondano e giustificano la legittimazione del Parlamento costituito sulla base di esse ad esercitare le attribuzioni costituzionali. Proprio da questa premessa, nascono tutte le preoccupazioni relative anche alla conservazione della validità degli atti anteriori alla sentenza d'incostituzionalità, che si riproporrebbero ove la legge viziata perdesse la propria efficacia, con la differenza che a partire dal momento in cui è divulgata l'incostituzionalità non sarebbe giustificato invocare i principi costituzionali di legittimo affidamento e certezza del diritto per salvaguardarne gli effetti.

La seconda precisazione riguarda l'efficacia della normativa che si pretende sopravvissuta alla sentenza.

Siccome le elezioni si sono svolte secondo la normativa originaria, è sulla base di essa soltanto che il Parlamento è legittimato a svolgere le sue funzioni in virtù del principio di continuità, non lo sarebbe sulla base di quella sopravvissuta. Quest'ultima, in verità, è sopravvenuta perché all'epoca delle avvenute consultazioni elettorali non esisteva nel significato regolativo che avrebbe acquistato per effetto della sentenza, sicché essa non conserva un'originaria efficacia, che non possedeva, ma ne acquista una diversa (e incompatibile con quella originaria) per effetto della sentenza costituzionale. Tuttavia, proprio per la necessaria proroga della disciplina incostituzionale, la normativa cosiddetta sopravvissuta non potrà dispiegare i propri effetti sui rapporti pendenti dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione ma solo per le future elezioni, proprio come se fosse una legge del Parlamento e sempre che esso non approvi una disciplina. Del resto, l'efficacia di una norma non è scindibile dal suo contenuto regolativo.

La sentenza si preoccuperà, quindi, di disciplinare i propri effetti⁵⁹ secondo la tecnica di segmentazione del contenuto normativo di un testo legislativo⁶⁰, in modo da coordinare le due discipline — quella incostituzionale e quella cosiddetta sopravvissuta ma in verità sopravvenuta per effetto della decisione del giudice costituzionale — e far sì da una parte, che una disciplina esattamente corrispondente a quella della [legge 270/2005](#) non perda *ope legis* la propria efficacia benché incostituzionale perché una sentenza della Corte costituzionale ha accertato che la sua ulteriore applicazione si impone per il principio di continuità del Parlamento; dall'altra, che le disposizioni contenute in quel medesimo testo legislativo non colpite dalla sentenza d'incostituzionalità acquistino per effetto di quest'ul-

⁵⁹ Per questa esigenza, B. CARAVITA, 2014: *Anno di elezioni o di riforme? Breve promemoria sui tempi e sui contenuti*, in www.federalismi.it, 8 gennaio 2014.

⁶⁰ Sul tema, A. PIZZORUSSO, *Soluzioni tecniche*, cit., p. 98 ss.

tima un'intenzione regolativa e un'efficacia tutta nuova, che non si dispiega, secondo la regola generale, dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza nell'applicazione ai rapporti antecedenti alla dichiarazione d'incostituzionalità ancora pendenti e nemmeno a tutti quelli successivi.

L'approvazione di una nuova legge elettorale da parte del Parlamento non porrebbe, invece, esigenze di coordinamento con la proroga provvisoria della precedente disciplina perché le leggi dispongono solo per l'avvenire⁶¹, sicché essa sarebbe applicabile soltanto per le prossime elezioni sulla cui base sarà legittimata ogni attività del nuovo Parlamento.

Pertanto, nel caso relativo alla [legge 270/2005](#), l'ipotesi che l'eliminazione delle norme colpite da incostituzionalità determini l'automatico passaggio a un «sistema proporzionale puro» e che, quindi, residui una disciplina applicabile appare problematica⁶². Invero, le disposizioni di una legge non sono componenti interscambiabili casualmente assemblate in un testo, ma parti di una decisione che aspira ad esprimere una volontà democratica, se del caso incostituzionale. Il giudice costituzionale non può disconoscere la loro natura.

Le disposizioni di un complesso regolativo del quale solo alcune norme sono state colpite da una sentenza d'incostituzionalità, per le stesse ragioni, non sono nemmeno — si perdoni l'espressione — materiale arbitrariamente riciclabile. La stessa Corte costituzionale aveva in precedenza osservato che la previgente disciplina elettorale aveva già definitivamente esaurito i propri effetti⁶³, sicché la sua reviviscenza non è ipotizzabile in questo caso neppure per effetto della dichiarazione d'incostituzionalità⁶⁴ ma, allora, nemmeno è concepibile la sua sopravvivenza come materiale per una decisione «manipolatrice».

⁶¹ Salvi i limitati casi in cui è ammessa la retroattività della legge, che non è consentita (e nemmeno concepibile) nella disciplina per lo svolgimento delle elezioni, dato il principio di continuità del Parlamento.

⁶² Sul punto, anche per un quadro delle diverse opinioni, G. TARLI BARBIERI, *La spada*, cit., p. 9 ss. Sulla determinazione della normativa di risulta nei giudizi costituzionali, R. ROMBOLI, *Natura e limiti del controllo della Corte costituzionale sulla normativa di risulta a seguito di referendum abrogativo e di dichiarazione di incostituzionalità*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino, 2002, p. 719 ss.

⁶³ Così, nella sentenza 12/2013, cit., punto 5.2 della motivazione. La decisione è annotata da A. PERTICI, *La Corte costituzionale conferma la propria giurisprudenza: quesiti referendari inammissibili se la normativa elettorale “di risulta” non è direttamente applicabile*, in [www.gruppodipisa.it](#), 2012; A. RUGGERI, *Davvero inammissibili i referendum elettorali per la (supposta) impossibilità di “reviviscenza” della normativa previgente rispetto a quella oggetto di abrogazione popolare? (A prima lettura di Corte cost. n. 13 del 2012)*, in questa *Rivista*, 2012; L. TRUCCO, *Note minime sul “prima e il “dopo” la sentenza della Corte costituzionale n. 13 del 2012 di inammissibilità dei referendum in materia elettorale* in [http://www.forumcostituzionale.it](#); R. GUASTINI, *Senza argomenti. La Corte sulla reviviscenza (e dintorni)*, nota a Corte costituzionale, [sentenza 4 gennaio 2012, n. 13](#), in *Giur. cost.*, 2012, p. 111 ss., A. D'ATENA, *Abrogazione referendaria ed effetto ripristinatorio*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 117 ss. per una critica delle conclusioni raggiunte dalla Corte e per la motivata esigenza di ridimensionare con riferimento al caso di specie le affermazioni enunciate in termini generali nei precedenti giurisprudenziali, ma anche per la precisazione dei concetti di reviviscenza e abrogazione; su questi profili ivi anche A. MORRONE, *Abrogazione e “reviviscenza” nella motivazione della sent. n. 13 del 2012 della Corte costituzionale*, p. 121 ss.

⁶⁴ Nella [sentenza 13/2012](#), punto 5 della motivazione, la Corte aveva affermato che la reviviscenza «si fonda su una visione “stratificata” dell'ordine giuridico, in cui le norme di ciascuno strato, pur quando abrogate, sarebbero da considerarsi quiescenti e sempre pronte a ridiventare vigenti» e che il medesimo istituto «non opera in via generale e automatica

L'incostituzionalità che colpisce le indicate norme della [legge 270/2005](#), sembra piuttosto il classico caso in cui l'illegittimità di alcune disposizioni fa proprio perdere al complesso regolativo cui esse appartengono il suo autentico senso, con la conseguenza dell'incostituzionalità dell'intera legge, che potrebbe essere disposta attraverso il ricorso a un'interpretazione estensiva dell'istituto dell'illegittimità consequenziale, invalsa del resto nella giurisprudenza costituzionale⁶⁵.

L'individuazione di una normativa residua come effetto conseguente alla dichiarazione d'incostituzionalità, dunque, sarebbe nel caso in esame un'autentica finzione, dovuta probabilmente alla preoccupazione di rimediare alle conseguenze dell'eventuale inerzia del legislatore⁶⁶.

Il ricorso alla normativa corrispondente al contenuto delle disposizioni della [legge 270/2005](#) escluse quelle dichiarate incostituzionali, cioè, un «sistema proporzionale puro», per le ragioni viste, sarebbe in realtà una nuova disciplina stabilita transitoriamente dal giudice costituzionale, assimilabile a quella che il Tribunale costituzionale federale tedesco ha il potere di stabilire per l'esecuzione delle sue sentenze secondo un'interpretazione lata del § 35 *BVerfGG*.

Tale soluzione muoverebbe dalla premessa che per lo svolgimento delle successive elezioni, in mancanza dell'approvazione di una nuova legge elettorale da parte del Parlamento, sarebbe preferibile una ormai nuova disciplina determinata dal giudice costituzionale, piuttosto che il loro svolgimento sulla base di una disciplina incostituzionale (soluzione di recente seguita, invece, dal Tribunale costituzionale federale tedesco⁶⁷).

e può essere ammesso soltanto in ipotesi tipiche e molto limitate, e comunque diverse da quella dell'abrogazione referendaria in esame. Ne è un esempio l'ipotesi di annullamento di norma espressamente abrogatrice da parte del giudice costituzionale, che viene individuata come caso a sé non solo nella giurisprudenza di questa Corte (peraltro, in alcune pronunce, in termini di «dubbia ammissibilità»: [sentenze n. 294 del 2011](#), [n. 74 del 1996](#) e [n. 310 del 1993](#); [ordinanza n. 306 del 2000](#))». Sulla reviviscenza della disciplina anteriore in conseguenza di una pronuncia d'incostituzionalità, ci limitiamo a ricordare i contributi di F. SORRENTINO, *L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 3 ss. in particolare p. 23, M. PATRONO, *Legge (vicende della)*, in *Enc. dir.*, 1973, p. 904 ss., A. CAPOTOSTI, *Reviviscenza di norme abrogate e dichiarazione d'illegittimità consequenziale*, in *Giur. cost.*, 1974, p. 1403 ss., nonché, *ivi*, A. FRANCO, *Considerazioni sulla dichiarazione d'incostituzionalità di disposizioni espressamente abrogatrici*, p. 3436 ss., A. CELOTTO, *Reviviscenza degli atti normativi*, in *Enc. giur.*, Roma, 1998, F. PETRINI, *La reviviscenza di norme abrogate*, in *Nomos*, 2012.

⁶⁵Salva la eventuale provvisoria proroga della sua vigenza. Sull'illegittimità consequenziale, A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettività della tutela*, Soveria Mannelli, 2008. La nullità della legge in caso sia stravolto il senso della disciplina residua per effetto dell'eliminazione di alcune norme incostituzionali, grazie anche a una più ampia estensione dell'oggetto del giudizio costituzionale, è affermata dalla giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco, cfr. fra le altre, *BVerfGE* 53, 1 (24); *BVerfGE* 100, 249 (263); *BVerfGE* 111, 226 (273). Sul tema, H. BETGHE, §78, *cit.*, RN 32 ss.

⁶⁶La preoccupazione non è affatto pretestuosa, ancora sul punto G. TARLI BARBIERI, *La spada*, *cit.*, p. 1.

⁶⁷Il Tribunale costituzionale federale tedesco ha adottato la soluzione dell'«incostituzionalità accertata ma non dichiarata» di alcune disposizioni della legge elettorale per l'elezione del Parlamento, con prolungamento della vigenza del diritto incostituzionale nella sentenza *BVerfGE*, del 3 luglio 2008, 2 BvC 1/07 e 2 BvC 2/07. Segnatamente, il giudice costituzionale ha accertato l'incostituzionalità di alcune disposizioni della legge per l'elezione del *Bundestag*, (*Bundeswahlgesetz*, *BWG*) relative alla ripartizione dei seggi e ha affermato che, tenuto conto dell'elevata complessità del compito regolativo e dei termini legislativi per la preparazione di un'elezione federale, appare inadeguato imporre al legislatore di modificare tempestivamente prima delle elezioni la disciplina elettorale prima della scadenza della legislatura in corso. Il giudice costituzionale ha osservato che il procedimento legislativo ordinario avrebbe dovuto concludersi al più tardi entro l'aprile 2009, in modo che la nuova disciplina potesse essere presa in considerazione per la preparazione delle

Si tratterebbe di una decisione altamente creativa del giudice costituzionale in una materia riservata dalla Costituzione al legislatore, ancora più creativa rispetto alla disposizione dell'ulteriore proroga del diritto incostituzionale, rispondente nel suo contenuto, anche se non più nella sua forza, alla volontà del Parlamento.

Simile soluzione può ritenersi giustificata, peraltro, secondo la gravità del vizio d'incostituzionalità che colpisce la legge elettorale.

6. Digressione. La rilevanza delle attività informali nello Stato di diritto costituzionale e il processo come prototipo della decisione neutrale

Prima di chiudere la nostra riflessione con la risposta agli interrogativi iniziali, è opportuna qualche ulteriore considerazione sui comunicati-stampa della Corte costituzionale, tenuto conto anche della già ricordata [richiesta](#) (*supra*, nota 9) che per la loro redazione sia resa necessaria l'approvazione collegiale, attribuita al Vicepresidente della Corte costituzionale Luigi Mazzella⁶⁸.

Dato che la prassi dei comunicati-stampa «anticipatori»⁶⁹ si fa sempre più consistente è opportuno domandarsi di nuovo se essi meritino una collocazione nello Stato di diritto costituzionale perché è lì che producono i loro effetti.

Caratteristica essenziale dello stato di diritto costituzionale è il vincolo di tutti i poteri alla Costituzione⁷⁰. Esso si traduce in una doppia condizione di validità imposta alle decisioni (anche) degli organi supremi: l'osservanza dei vincoli e dei limiti di contenuto stabiliti dalle norme costituzionali “sostanziali” e il rispetto delle disposizioni costituzionali formali (o organizzative) che differenziano

elezioni del diciassettesimo *Bundestag* tedesco. Un tale spazio di tempo, circa quattordici mesi, è stato considerato dal Tribunale così breve da recare il pericolo che le alternative non potessero essere pensate e dibattute in modo adeguato. Secondo il Tribunale al legislatore sarebbe stata anche sottratta la possibilità di regolare l'intreccio regolativo della ripartizione dei seggi, per gli elettori difficilmente comprensibile in una nuova base normativa chiara e comprensibile. Tenuto conto di tali elementi, il Tribunale ha ritenuto che potesse essere eccezionalmente sopportato che i seggi nel prossimo *Bundestag*, come nei trascorsi decenni, fossero ancora ripartiti secondo i §§ 7, III comma seconda frase, in combinato con il § 6, IV e IV comma, *BWG*, dei quali ha accertato l'incostituzionalità. Tuttavia il Tribunale ha imposto al legislatore di rimediare alla situazione d'incostituzionalità al più tardi entro il 30 giugno 2011. La sentenza è annotata criticamente da G. ROTH, *Negatives Stimmgewicht und Legitimationsdefizite des Parlaments*, in *NVwZ*, 2008, p. 1199 ss.; nella letteratura italiana, la pronuncia è esaminata da R. DE CARIA, *La sentenza costituzionale tedesca sugli Überhangsmandate: anche in materia elettorale non c'è diritto senza rimedio giurisdizionale*, in *DPCE*, 2009, p. 207 ss.

⁶⁸ V. [Bufera sul soccorso rosso della Consulta](#), in questa [Rivista](#), alla Pagina “[Cronache dalla Corte costituzionale](#)” [2013](#)

⁶⁹ Per questa definizione e sull'opportunità di una disciplina che precluda la diffusione dei comunicati «anticipatori» prima della pubblicazione della sentenza, A. GRAGNANI, *Comunicati-stampa*, cit.

⁷⁰ P. KUNIG, *Das Rechtsstaatsprinzip*, Tübingen, 1986; C. STARCK, *Der demokratische Verfassungsstaat: Gestalt, Grundlagen, Gefährdungen*, Tübingen, 1995; K. SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, Tübingen, 1997; AA. VV., *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica* a cura di P. COSTA e D. ZOLO, Milano, 2002, p. 354 ss. R. BIN, *Lo stato di diritto*, Bologna, 2004; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007; C. MÖLLERS, *Die drei Gewalten: Legitimation der Gewaltengliederung in Verfassungsstaat, europäischer Integration und Internationalisierung*, Weilerswist, 2008; M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo*, Roma, 2009.

il potere statale, lo ripartiscono e ne identificano la legittimazione, stabiliscono i limiti delle attribuzioni e conformano i procedimenti destinati all'assolvimento dei compiti per i quali i poteri sono attribuiti⁷¹. Le disposizioni costituzionali formali e sostanziali aspirano a creare e mantenere l'(essenziale) unità politica e l'ordinamento giuridico e a prevenirne la destabilizzazione scaturente da indebite interferenze, abusi e prevaricazioni anche nei rapporti fra poteri supremi⁷².

Ciononostante, lo stato di diritto costituzionale non presuppone né impone l'assoluta formalizzazione delle attività statali. Anche le «attività informali» degli organi costituzionali assumono rilevanza⁷³ e sono talvolta «inestricabilmente connesse a quelle formali» e reputate necessarie per una più proficua realizzazione di queste ultime⁷⁴.

Un'attività rilevante, ovviamente, non è perciò stesso consentita.

Il discrimine fra le attività informali rilevanti, consentite o perfino utili e quelle irrilevanti, inopportune o perfino illegittime e, se del caso, incostituzionali è difficile da tracciare nel dettaglio, ma si possono individuare alcuni limiti.

In primo luogo le attività informali di un organo supremo non devono essere dirette a esercitare un'indebita influenza sugli altri organi poiché l'autonomia di ciascuno di essi è intangibile e nessuno di loro può assoggettare gli altri all'esercizio di una prerogativa non prevista dalla Costituzione⁷⁵.

In secondo luogo, gli atti informali non devono menomare il decoro delle istituzioni, sicché è assai deplorevole se non contraria a Costituzione la prassi che vede la frequente contestazione tramite esternazioni informali dell'autorità di un organo da parte di soggetti investiti di funzioni pubbliche⁷⁶.

In terzo luogo, non è consentita attraverso un'attività informale la produzione di effetti tipici di un'attività formale⁷⁷, altrimenti sarebbero eluse le disposizioni costituzionali che formalizzano il potere e potrebbero essere esposti a pericolo gli interessi da esse tutelati, nel caso del processo, innanzitutto la neutralità della decisione, che deve essere e apparire tale.

⁷¹ Sulla distinzione fra norme formali, organizzative o procedurali e norme sostanziali, C. PESTALOTTA, *Der Garantiegehalt der Kompetenznorm*, in *Der Staat*, 1972, p. 161 ss.

⁷² Sui due fini essenziali delle disposizioni costituzionali e sulla loro reciproca interdipendenza, K. HESSE, *Verfassung und Verfassungsrecht*, in *HdbVerfR*, a cura di E. BENDA, W. MAIHOFFER, J.-H. VOGEL, Berlin, II ed., 1995, p. 5 ss.

⁷³ Esemplici le consultazioni per la formazione del Governo, ma anche per la nomina alle più alte cariche dello Stato. Sulle attività informali, E. BOHNE, *Der informale Rechtsstaat*, Berlin, 1981; H. SCHULZE-FIELITZ, *Der Informale Verfassungsstaat*, Berlin, 1984; F. SCHOCH, *Entformalisierung staatlichen Handelns*, in *HbStR*, a cura di J. ISENSEE, P. KIRCHHOF, v. III, Heidelberg, III ed. 2005, p. 131 ss.

⁷⁴ Lo ha riconosciuto di recente la Corte costituzionale nella sentenza 1/2013, annotata fra gli altri, da M. LUCIANI, *La gabbia del Presidente*, in *Giur. cost.*, 2013, anticipate in www.associazionedeicostituzionalisti.it, maggio 2013, in particolare p. 6 sulle attività informali.

⁷⁵ Sul punto anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, A. GRAGNANI, *Comunicati*, cit.

⁷⁶ Ancora, A. GRAGNANI, *Comunicati*, cit.

⁷⁷ Sul punto e con particolare riferimento alle attività giurisdizionali, F. SCHOCH, *Entformalisierung*, cit.

Con tutto il rispetto che è dovuto agli organi costituzionali anche nell'esame delle loro decisioni⁷⁸, osserviamo che il [comunicato-stampa](#) «Incostituzionalità della Legge elettorale n. 270/2005» rischia di superare al tempo stesso il primo e il terzo dei limiti che dovrebbero frenare le attività informali, esponendo a potenziale pericolo l'istituzione.

Invero, il [comunicato sulla legge elettorale](#) non è stato affatto irrilevante nei rapporti di diritto costituzionale e ha anticipato alcuni effetti giuridici della futura sentenza, come si è tentato di dimostrare. Ma non solo. Esso ha anche esercitato direttamente un'influenza importante in sede politica. L'approvazione di una nuova legge elettorale per effetto del comunicato è diventata — o secondo i diversi punti di vista, è tornata a essere o a essere riconosciuta — come questione prioritaria nell'agenda parlamentare e nel confronto politico.

Che le sentenze d'incostituzionalità producano «corposi effetti politici» è inevitabile. Ciononostante, secondo la Costituzione i poteri del giudice costituzionale non hanno e non possono assumere natura politica⁷⁹.

Proprio per consentirle di vincere la formidabile sfida di riuscire a decidere giuridicamente, non politicamente, controversie di alto significato politico⁸⁰, l'ordinamento ha scelto come forma dei poteri del giudice costituzionale il processo e come logica del suo pensiero l'argomentazione giuridica.

La distinzione fra scelta politica e decisione giuridica di questioni politicamente molto rilevanti si verifica nel metodo della decisione e si può riscontrare nell'esame della motivazione delle pronunce, dove deve essere giustificata, secondo la logica giuridica, la riconducibilità del giudizio a una preesistente volontà di legge⁸¹.

Il vincolo della Corte al parametro costituzionale è co-determinato dalla sequenza processuale e soltanto da essa e nelle sue forme deve scaturire ogni tipo di effetto collegato a una dichiarazione d'incostituzionalità.

Il processo come prototipo della decisione neutrale protegge l'autorevolezza del giudice costituzionale e garantisce i destinatari delle decisioni⁸².

⁷⁸ Sollecita questa esigenza, A. VOßKUHL, *Der Grundsatz der Verfassungsorgantreue und die Kritik am BVerfG*, in NJW 1997, p. 2216 ss.

⁷⁹ Così M. LUCIANI, *Atti normativi*, cit., p. 1152.

⁸⁰ Così indica l'essenza della giurisprudenza costituzionale, A. VOßKUHL, *Der Rechtsanwalt und das Bundesverfassungsgericht – Aktuelle Herausforderungen der Verfassungsrechtsprechung*, in NJW, 2013, p. 1329 ss.

⁸¹ Sulla necessità che le decisioni della Corte non siano presentate come «soggettivistiche derivazioni di un dover essere dall'essere», ma debbano essere riconducibili a una preesistente volontà di legge, M. LUCIANI, *Atti normativi*, cit., p. 1152.

⁸² Sul significato e sul valore del processo costituzionale si vedano i contributi e in particolare la relazione di sintesi di R. ROMBOLI, in *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, a cura di E. BINDI, M. PERINI, N. PISANESCHI, Torino, 2008, p. 503 ss.

Allo scopo di assicurare la neutralità e terzietà delle sue pronunce, non soltanto nella sostanza, ma anche nella percezione dei suoi destinatari, fra l'altro, al giudice è sottratta l'iniziativa della decisione e con essa, in parte almeno, la scelta del momento nel quale ha il potere di esercitare le sue attribuzioni. Il brocardo *nemo iudex sine actore* vale anche per la Corte costituzionale.

Rispetto alla legittimità costituzionale della [legge 270/2005](#), il susseguirsi di decisioni formali e di interventi informali — che sono necessariamente rimessi a una spontanea iniziativa dell'organo o riconducibili soltanto al suo Presidente⁸³ — ha determinato, invece, una complessa costellazione nella quale gli atti informali si sono collegati a quelli formali e hanno dato luogo all'apparenza di una sequenza logica, alla quale a questi ultimi non è consentito appartenere e che rischia di indebolire la loro autorevolezza.

Invero, è stato evidenziato⁸⁴ che in sede di controllo sull'ammissibilità del *referendum* abrogativo, già nelle [sentenze n. 15](#) e [n. 16 del 2008](#) e [n. 13 del 2012](#), la Corte aveva ammonito il legislatore sui profili di dubbia costituzionalità della disciplina e che in occasione di una riunione straordinaria della Corte costituzionale, «convocata al fine non solo di illustrare l'attività giurisdizionale svolta nel 2012, ma anche «di rappresentare alcuni importanti problemi istituzionali e ordinamentali», il Presidente della Corte aveva lamentato «il non sempre puntuale adeguamento del legislatore alle decisioni della Corte» e, fra l'altro, il mancato seguito dato alla raccomandazione «tanto spesso richiamata nelle più diverse sedi politiche – a modificare la vigente legge elettorale»⁸⁵. Questa sequenza ha consentito di leggere nelle citate parole una «“chiamata”» alla quale avrebbe «prontamente risposto la I sezione civile della Corte di cassazione, che con [ordinanza n. 12060/2013](#), depositata in data 17 maggio 2013 (già cit. *supra*, nota 2), ha rinviato gli atti alla Corte, ritenendo rilevanti e non manifestamente infondate due distinte questioni relative alla vigente legge elettorale»⁸⁶.

Si è aggiunto il [comunicato-stampa](#) che ha anticipato l'attesa sentenza e un [successivo comunicato del Presidente della Corte costituzionale](#) che qualifica quello precedente come un atto ufficiale della Corte costituzionale nel quale si afferma essere stata espressa la posizione del Collegio sugli effetti della sentenza⁸⁷. Affermazione quest'ultima che pare sia stata [contestata, come si è detto, dal Vice-presidente della Corte.](#)

⁸³ Come sembrerebbe dalle già ricordate dichiarazioni riportate dalla stampa.

⁸⁴ E. ROSSI, *La Corte costituzionale e la legge elettorale: un quadro in tre atti e dall'epilogo incerto*, in [www.federallismi.it](#), 5 giugno 2013.

⁸⁵ L'intervento è reperibile sul sito ufficiale della Corte costituzionale, all'indirizzo http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/RelazioneGallo_20130412.pdf.

⁸⁶ Così, E. ROSSI, *op. ult. cit.*, p. 3.

⁸⁷ Si tratta del già citato [comunicato](#) del 6 dicembre 2013.

Ai nostri fini, non interessa verificare la veridicità delle supposizioni e delle affermazioni espresse, né crediamo di possedere strumenti adeguati a tal fine. Ci limitiamo a osservare che esse non appaiono pretestuose.

Non è nemmeno possibile accertare quale altro sarebbe stato l'oggetto dell'impegno e del dibattito fra le forze politiche, in sede parlamentare e di governo se esso non fosse stato occupato dal «seguito» del comunicato-stampa e dagli equivoci e scontri che esso ha inizialmente suscitato⁸⁸.

Ci pare, perciò, indubbio che queste considerazioni sono il segno che le predette attività informali svalutano indebitamente il significato della forma processuale e del metodo giuridico di decisione, che la Costituzione e le fonti cui essa rinvia hanno prescelto come fondamento della giurisdizione costituzionale quale nuova e ulteriore differenziazione del potere statale che si aggiunge alla classica tripartizione espressa in una delle più note teorizzazioni negli studi di Montesquieu.

Nel disegno costituzionale la distribuzione del potere tende proprio a valorizzare particolarmente il collegamento fra le scelte relative alla distribuzione del potere pubblico e quelle relative ai caratteri, al modo di procedere e al metodo di decisione dell'organo cui la frazione di potere è attribuita.

L'anticipazione in via informale attraverso un comunicato-stampa della dichiarazione d'incostituzionalità presenta, sia pur solo provvisoriamente, l'esito del giudizio e gli effetti che l'anticipata sentenza produce come atto di potere puro di un organo politicamente non responsabile, perché la Corte costituzionale non è responsabile di fronte al Parlamento.

Tuttavia, secondo la Costituzione il potere di giudicare sulla legittimità costituzionale delle leggi non è un potere puro ma vincolato al parametro costituzionale attraverso la sequenza processuale.

La Costituzione non attribuisce alla Corte costituzionale il potere di produrre effetti giuridici relativi alla incostituzionalità della legge mediante atti estranei alla sequenza processuale e non le conferisce affatto il potere di provocare effetti politici mediante atti *extra* processuali, benché gli effetti delle sue sentenze siano inevitabilmente influenti in sede politica.

Sotto questo profilo, l'anticipazione del dispositivo di una sentenza, oltretutto senza che se ne conoscano le motivazioni e senza che si sappia nemmeno se esse sono già state scritte, risulta davvero inadeguata alle funzioni e al ruolo che compete al giudice costituzionale.

Secondo questi criteri, allora, non è ammissibile la prassi dei comunicati «anticipatori» che, dal Palazzo della Consulta, divulgano il contenuto di una sentenza d'incostituzionalità già pronunciata dalla Corte costituzionale, ma non ancora pubblicata al fine di anticiparne la produzione di alcuni

⁸⁸ Per i tempestivi e opportuni chiarimenti si vedano, fra gli altri, gli interventi sulla stampa di U. De Siervo, V. Onida e G. Zagrebelsky, riportati in questa [Rivista](#), alla Pagina "[Cronache dalla Corte costituzionale](#)" [2013](#).

effetti o perfino di produrre effetti che si ritengono non consentiti alle sentenze d'incostituzionalità, come la provvisoria proroga del diritto incostituzionale⁸⁹.

Anche il comunicato sull'incostituzionalità della legge elettorale, come diversi altri fra quelli divulgati dal Palazzo della Consulta, dato che non è ancora conoscibile la sentenza che ne costituisce l'oggetto e non ne indica le ragioni, non è capace di conseguire lo scopo che dovrebbe essere proprio dei comunicati dell'Ufficio Stampa della Corte costituzionale, cioè semplificare presso l'opinione pubblica la comprensione della decisione cui si riferiscono⁹⁰.

I comunicati sono atti ufficiali della Corte costituzionale perché a essa imputabili, ma sono atti informali perché non sono le forme ritenute necessarie dalla legge per la produzione degli effetti che sono suscettibili di produrre. Essi possono dare luogo perfino a effetti non riconducibili ai compiti che la Costituzione affida alla Corte costituzionale, che rischiano di trasmodare in influenze non consentite nell'attività di altri organi costituzionali. In controversie di alto significato politico, rischiano di coinvolgerla direttamente nel confronto politico⁹¹ e generalmente creano inconvenienti nei rapporti fra giudizi comuni e giudizio costituzionale incidentale⁹².

Si auspica, pertanto, che la Corte approvi, nell'ambito della sua autonomia normativa, una disciplina che autorizzi la diffusione di comunicati-stampa relativi alla già deliberata decisione di questioni di costituzionalità soltanto successivamente al deposito delle relative sentenze o ordinanze nelle forme prescritte dalla legge.

La raffinata tipologia decisoria a disposizione del giudice costituzionale consente, d'altra parte, il conseguimento degli effetti perseguiti attraverso i comunicati «anticipatori», sicché nessun fine proprio della giurisdizione costituzionale giustifica il ricorso a questi mezzi.

7. La distinzione fra diritto e potere nello Stato di diritto costituzionale secondo il canone di «adeguatezza funzionale»

È arrivato ora il momento di rispondere alle questioni che hanno costituito il punto di partenza delle nostre riflessioni.

⁸⁹ Come in precedenza illustrato, essa non sempre è ritenuta ammissibile dalla dottrina, fra gli altri, ritiene che essa sia preclusa dall'art. 136 Cost., G. SILVESTRI, *op. ult. cit.*

⁹⁰ Sul punto e per l'attività dell'Ufficio Stampa, secondo l'art. 26, I comma, del Regolamento dei Servizi e del Personale, approvato con deliberazione della Corte costituzionale del 10 febbraio 1984 e successive modificazioni, (reso disponibile su richiesta degli interessati), A. GRAGNANI, *Comunicati, cit.*

⁹¹ Ne è una riprova l'accesa discussione che ha suscitato fra i giudici costituzionali al di fuori dalla camera di consiglio, riportata in questa [Rivista](#), alla Pagina "[Cronache dalla Corte costituzionale](#)" 2013.

⁹² Sulle complicazioni che i comunicati «anticipatori» determinano nel rapporto fra Corte costituzionale e giudici comuni, A. GRAGNANI, *Comunicati, cit.*

Si tratta di interrogativi che impegnano la distinzione fra diritto e potere⁹³ nello Stato di diritto costituzionale.

Le conseguenze dell'incostituzionalità della legge elettorale non sono espressamente regolate né dalla Costituzione né dalle fonti ordinarie, sicché occorre cercare la risposta nei principi impliciti nel disegno costituzionale e nelle caratteristiche fondamentali dell'ordinamento costituzionale.

Alla Corte costituzionale spetta il sindacato sulle leggi elettorali⁹⁴.

Il diritto costituzionale consente di evitare che le sentenze della Corte producano una situazione di più grave incostituzionalità, sicché il giudice costituzionale può e deve assolvere il compito di garanzia che gli è affidato dalla Costituzione anche rispetto a leggi cosiddette «costituzionalmente necessarie».

La sopravvivenza alla dichiarazione d'incostituzionalità di una normativa «depurata» dalle norme incostituzionali non è condizione della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale.

In mancanza di una disciplina che possa risultare dalla dichiarazione d'incostituzionalità senza che sia stravolto il significato del complesso regolativo cui appartengono le norme colpite da incostituzionalità, la soluzione della provvisoria vigenza della legge elettorale incostituzionale disposta in una sentenza di «incostituzionalità accertata ma non dichiarata», come si è tentato di dimostrare, risponde allo scopo della giustizia costituzionale poiché rende possibile il ripristino della legalità costituzionale per il futuro⁹⁵ da parte di un organo, sì viziato nella sua composizione, e, quindi, nella sua rappresentatività, ma pur sempre un organo scelto dal corpo elettorale (salvo ovviamente che nelle concrete circostanze non possa ritenersi soltanto la mera apparenza di un organo rappresentativo).

Secondo i principi costituzionali, un autentico Parlamento, ancorché viziato nella sua «qualità democratica», è comunque una sede più adeguata a scegliere il sistema elettorale rispetto a un collegio di quindici giudici costituzionali politicamente non responsabile, i cui componenti sono privi di una

⁹³ L'espressione evoca la problematica che ben prima della nascita dello Stato costituzionale ha interessato essenzialmente i rapporti fra cittadini soggetti all'autorità del diritto statale sotto il profilo della delimitazione dell'autotutela consentita, cioè della limitazione della forza intesa come potere fisico, sul tema W. B. SCHÜNEMANN, *Selbsthilfe im Rechtssystem*, Tübingen, 1999. A nostro avviso, un parallelo può essere tracciato nello Stato di diritto costituzionale nei rapporti fra i poteri dello Stato che sono soggetti al diritto costituzionale e soltanto secondo questo diritto possono impiegare la forza di produrre gli effetti tipici del loro potere, più ampiamente sul punto A. GRAGNANI, *La tutela*, cit.

⁹⁴ Sulla materia elettorale come «zona d'ombra» della giustizia costituzionale, fra i numerosi contributi, M. SICLARI, *Il procedimento in via incidentale, Le zone d'ombra della giustizia costituzionale, I giudizi sulle leggi*, a cura di R. BALDUZZI, P. COSTANZO, Torino, 2007, p. 11 ss.

⁹⁵ Sulle due dimensioni della funzione di garanzia della Costituzione, la tutela più ampia possibile nei concreti rapporti di diritto costituzionale e sull'orientamento del loro futuro sviluppo, A. GRAGNANI, *La tutela*, cit.

diretta rappresentatività democratica, che decide con sentenze inoppugnabili nel segreto della camera di consiglio⁹⁶.

Per risolvere i conflitti di competenza non regolati espressamente dalla Costituzione, occorre tenere presente il significato del principio di separazione dei poteri nei moderni ordinamenti costituzionali⁹⁷.

Nel disegno costituzionale, le norme organizzative intendono non solo limitare il potere per prevenirne gli abusi, ma anche predisporre la migliore organizzazione possibile per l'efficiente adempimento dei compiti statali mediante l'attribuzione delle funzioni agli organi che per la loro struttura, per il carattere complessivo dell'istituzione e per i loro procedimenti di decisione, sono i più adeguati a esercitarle in conformità ai principi costituzionali⁹⁸, sicché le sfere di attribuzione sono delimitate non soltanto dai compiti loro assegnati, ma anche dal metodo previsto per il loro conseguimento.

Dal nesso fra la struttura degli organi, i loro procedimenti decisionali e le loro attribuzioni discende una ripartizione funzionale incentrata su un generale canone di adeguatezza⁹⁹.

Il principio dell'adeguatezza vale come canone interpretativo delle competenze e come criterio sussidiario di risoluzione dei conflitti non espressamente regolati. Esso richiede, fra l'altro, a ciascun organo di rinunciare al pieno esercizio dei propri poteri qualora ciò possa dare luogo a un'attività non coerente con la ripartizione funzionale voluta dalla Costituzione, sicché insorge un dovere di «leale astensione»¹⁰⁰.

Proprio tenuto conto di queste considerazioni, in mancanza di un'autentica normativa risultante dalla dichiarazione d'incostituzionalità, anche in caso di inerzia del legislatore ovvero in mancanza di un sufficiente tempo per l'approvazione di una nuova legge elettorale prima della fine naturale della legislatura o dell'anticipato scioglimento delle Camere, l'ipotesi del prolungamento della provvisoria vigenza del diritto incostituzionale disposto in una «sentenza d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata», secondo la gravità del vizio, potrebbe rispondere al disegno costituzionale meglio di

⁹⁶ Sul punto, P. CARNEVALE, *Può il giudizio di ammissibilità sulle richieste di referendum abrogativo divenire la sede di controllo di costituzionalità sulla legislazione elettorale?* in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 14 gennaio 2008.

⁹⁷ Sul senso della ripartizione funzionale nelle odierne concretizzazioni del principio di separazione dei poteri, G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985.

⁹⁸ T. VON DANWITZ, *Der Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur –Verfassungsvorgaben für staatliche Entscheidungsstrukturen und ihre gerichtliche Kontrolle*, in *Der Staat*, 35, p. 329 ss.

⁹⁹ Sul canone di adeguatezza funzionale, T. VON DANWITZ, *Der Grundsatz*, cit.; O. KÜSTER, *Das Gewaltenproblem im moderner Staat*, in *AÖR*, v. 36, p. 397 ss.; K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrecht des Bundesrepublik Deutschland*, 1957, p. 182, F. OSSENBÜHL, *Aktuelle Problemen der Gewaltenteilung*, p. 545 ss.; R. A. LORZ, *Interorganrespekt im Verfassungsrecht*, Tübingen, 2001. Sul principio di adeguatezza come parametro di decisione è di particolare interesse la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, ad esempio *BVerfG*, 68, 1, 86. Per la decisione delle domande di tutela cautelare nei giudizi costituzionali, A. GRAGNANI, *La tutela*, cit.; specialmente II ed., ivi anche un'esemplificazione di casi di applicazione del principio nella giurisprudenza costituzionale oltre all'ambito relativo all'attribuzione delle funzioni amministrative per il quale il principio di adeguatezza è espressamente formulato dall'art. 118 Cost.

¹⁰⁰ Così A. GRAGNANI, *Comunicati*, cit., p. 534.

una decisione creativa del giudice costituzionale che determini il sistema elettorale sotto l'apparenza di normativa residua alla dichiarazione d'incostituzionalità.

Sulla base di queste premesse e tenuto conto delle altre considerazioni già svolte, è possibile formulare alcune conclusioni.

In primo luogo, i principi costituzionali di legittimo affidamento e di certezza del diritto, di regola, impongono la conservazione degli atti compiuti sulla base di una legge elettorale incostituzionale, sicché essi non sono travolti dalla sentenza d'incostituzionalità.

In secondo luogo, in caso la Corte costituzionale accerti che la Costituzione impone la cosiddetta proroga provvisoria della legge elettorale incostituzionale, un Parlamento viziato nella sua composizione ha innanzitutto il compito di ripristinare la legalità costituzionale mediante l'approvazione di una nuova legge elettorale. Secondo il principio di continuità esso può e deve svolgere le altre funzioni per le quali la sua esistenza è necessaria. Spetta non alla Corte costituzionale, ma al Presidente della Repubblica la valutazione dell'eventuale esigenza di uno scioglimento anticipato delle Camere tenuto conto di ogni elemento rilevante nella decisione a lui affidata dall'art. 88 della Costituzione e anche della sentenza d'incostituzionalità del giudice costituzionale, che attraverso le sue pronunce, quindi, può influire (ma non in modo decisivo) sulla durata della legislatura¹⁰¹.

In terzo luogo, il Parlamento è un organo indefettibile di un sistema parlamentare. La sentenza d'incostituzionalità che colpisce la fonte ordinaria della sua legittimazione non determina automaticamente la cessazione della sua esistenza. La Costituzione impone che sia garantita la continuità delle funzioni parlamentari che, paradossalmente, può fondarsi sul principio democratico anche quando la composizione del Parlamento è viziata.

Le pronunce della Corte costituzionale possono influire sulla determinazione del sistema elettorale attraverso la garanzia del rispetto dei principi e delle regole costituzionali. La materia elettorale è riservata al legislatore, ma non si può nemmeno escludere, secondo la gravità dei vizi d'incostituzionalità, che il giudice costituzionale sia chiamato a svolgere funzioni di supplenza del legislatore, specialmente se il Parlamento eletto secondo una legge incostituzionale fosse solo un'apparenza di organo rappresentativo.

¹⁰¹ Per la soluzione di consentire a un Parlamento viziato di agire soltanto per un tempo limitato, M. MORLOK, *La giustizia*, cit., p. 89.