

## LA VICENDA DEL GIUDIZIO SULLA LEGGE ELETTORALE: CRISI FORSE PROVVISORIA DEL MODELLO INCIDENTALITÀ

1. *Giudizio sulla legge elettorale e incidentalità* – 2. *Il rischio di regole deboli sull'accesso*. – 3. *Giudicato costituzionale e limiti di contenuto della legge elettorale*. – 4. *Effetti nel tempo ed effetti sui poteri del Parlamento*

### 1. Giudizio sulla legge elettorale e incidentalità

Che l'ammissione della questione di legittimità della legge elettorale non sarebbe risultata agevolmente componibile con il modello incidentale di giudizio costituzionale sulle leggi era apparso sufficientemente chiaro già a chi aveva preso in esame la linea argomentativa seguita nell'ordinanza di rimessione (Corte di cassazione, prima sezione civile, ordinanza 21 marzo 2013, n. 1260, depositata il 17 maggio 2013), quando tuttavia il consolidato giurisprudenziale della Corte costituzionale su tale modello faceva ritenere non implausibile una decisione preclusiva. Poi, invece, lo scostamento dal quadro dei precedenti ha riproposto i problemi, immutati sia dopo la sentenza costituzionale 4 dicembre 2013-13 gennaio 2014, n. 1, sia dopo la decisione di merito della Corte di cassazione (prima sezione civile, n. 8878 del 4 aprile 2014, depositata il 16 aprile 2014).

A rimanere del tutto irrisolto è il nodo dell'incidentalità come «autonomo svolgimento» del giudizio *a quo*, che la Corte aveva sempre messo a fondamento della rilevanza: «il giudizio *a quo* deve avere, da un lato, un *petitum* separato e distinto dalla questione di costituzionalità, sul quale il giudice remittente sia legittimamente chiamato, in ragione della propria competenza, a decidere; dall'altro, *un suo autonomo svolgimento, nel senso di poter essere indirizzato a una propria conclusione, al di fuori della questione di legittimità costituzionale, il cui insorgere è solo eventuale*» (tanto si legge, in termini particolarmente espliciti, nella sent. 9-13 febbraio 2009, n. 38). Distinzione e separazione del *petitum* e *autonomo svolgimento* del giudizio *a quo* sono condizioni di ammissibilità - nella loro indissolubile concomitanza - quand'anche l'azione proposta innanzi al giudice comune sia intesa al mero accertamento di un diritto previsto dalla legge: in tal senso va letta la massima secondo la quale l'accesso al giudizio di costituzionalità deve essere ammesso solo se «la questione di legittimità costituzionale, lungi dal costituire l'oggetto unico del giudizio» si ponga «come un incidente nell'*iter* logico-giuridico da seguire ai fini dell'accertamento del diritto medesimo» (sent. 24 ottobre-7 novembre 2002, n. 437).

Con la sent. n. 1 del 2014, la Corte, quanto all'ammissibilità, muove il discorso su linee argomentative concomitanti, ma diverse eppure non sempre tenute distinte, tratte dalla propria giurisprudenza e tuttavia astratte dal contesto originario, rivelando la fatica durata nella ricerca di una «dimostrazione» interna alla logica del processo costituzionale (e probabilmente nella restituzione testuale di una ricostruzione a più voci particolarmente difficile).

Per ritenere, invero, «non implausibile» la motivazione sulla rilevanza prodotta dal remittente (la Corte insiste sul tema richiamando ampia giurisprudenza: l'apprezzamento della rilevanza, anche quanto al riscontro dell'interesse ad agire, dell'incidente di legittimità è affidato alla valutazione del giudice *a quo*, e non è «suscettibile di riesame» da parte del giudice costituzionale), la sentenza afferma che alla Corte resta solo da valutare se «sia individuabile nel giudizio principale un *petitum* separato e distinto dalla questione (o dalle questioni) di legittimità costituzionale, sul quale il giudice rimettente sia chiamato a pronunciarsi», anche allo

---

\* Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Napoli Federico II — [sandro.staiano@unina.it](mailto:sandro.staiano@unina.it)

scopo - soggiunge la Corte - «di scongiurare la esclusione di ogni garanzia e di ogni controllo su taluni atti legislativi».

Nella premessa maggiore del sillogismo costruito dalla Corte, il *focus* è nella distinzione e nella separazione dei *petita*, che si assume consistere, nel giudizio principale, nella «pronuncia di accertamento del diritto azionato» in quanto tale diritto sia «reso incerto» (nella sua «portata», afferma l'ordinanza di rimessione) dalla legge elettorale della cui costituzionalità si dubita. Il *petitum* del giudizio costituzionale consiste invece nella dichiarazione di illegittimità della stessa legge. La linea di demarcazione è invero molto sottile, trattandosi di un diritto garantito dalla Costituzione: nel giudizio principale si tratterebbe di accertare la portata di un tale diritto, avendo subito essa l'incertezza derivante da una norma legislativa ordinaria; in altri termini, si dovrebbe accertare, nella sostanza, che via sia stata una lesione costituzionale (poiché il diritto di cui si controverte è costituzionalmente protetto) consistente nella produzione di uno stato di incertezza circa la «portata» del diritto controverso. Ma al compito di ricondurre a certezza la «portata» del diritto potrebbe attendere solo la Corte costituzionale. La diversità del *petitum* sarebbe dunque implicata dalla diversità nella natura dell'attività giurisdizionale svolta dal punto di vista implicato: di accertamento (o di accertamento costitutivo, secondo l'ordinanza di rimessione), davanti al giudice comune; costitutiva dell'effetto caducatorio della legge, davanti al giudice costituzionale. I *petita* sarebbero perciò diversi, poiché in un caso l'accertamento sarebbe l'oggetto del giudizio; nell'altro sarebbe il presupposto dell'effetto costitutivo della dichiarazione di illegittimità.

Ma la costruzione può avere senso solo se al giudice *a quo* residui un accertamento non assorbito dalla decisione del giudice costituzionale, poiché, se così non fosse, la distinzione proposta sarebbe puramente potenziale, tendenzialmente finanche nominalistica, realizzandosi coincidenza sostanziale dei *petita*.

Ora, sul punto dell'«autonomo svolgimento», la decisione della Corte si fa molto ellittica. E i riferimenti ai precedenti si fanno disorganici.

Nella sentenza n. 1 del 2014 è detto, invero, che al giudice *a quo* «residuerebbe la verifica delle altre condizioni da cui la legge fa dipendere il riconoscimento del diritto di voto». L'asserzione è generica, e non è agevole figurarsi quali siano tali ulteriori condizioni: se esse implicino accertamenti di fatto, o se consistano in presupposti di diritto diversi da quelli considerati dal giudice costituzionale. Si può solo inferire che esse sono «altre» rispetto a quelle considerate dalla Corte e che dovrebbero valere a qualificare il *petitum* innanzi al giudice *a quo*. La domanda intorno alla loro esistenza, più esattamente intorno alla loro *possibile* esistenza, diviene perciò centrale nella considerazione dell'intera vicenda di accesso al giudizio costituzionale, sulla quale fa indubbiamente chiarezza la risposta che proviene dalla richiamata sentenza n. 8878 del 2014, resa dalla Corte di cassazione, giudice *a quo*.

Tale decisione non compie e dichiara di non dover compiere alcuna verifica di «altre condizioni da cui la legge fa dipendere il riconoscimento del diritto di voto», ma afferma che, dopo la sentenza della Corte costituzionale, al giudice ordinario residua di accertare «le conseguenze della pronuncia costituzionale e, in particolare, se vi sia stata una lesione giuridicamente rilevante del diritto di voto». Non si tratta dunque di accertamento né di condizioni di diritto né di circostanze di fatto – la Corte di cassazione dà atto peraltro che non vi sono «ulteriori accertamenti di fatto da svolgere» – secondo quanto aveva preconizzato la Corte costituzionale. Ciò che la Corte di cassazione dichiara di dover accertare sono le «conseguenze» della decisione del giudice costituzionale.

Ci si può legittimamente chiedere quale sia la necessità giuridica di un tale «accertamento», che si risolve in una sorta di superfetazione del contenuto della pronuncia della Corte costituzionale. Ma valga la considerazione analitica della formula che si rinviene nella motivazione della richiamata sentenza n. 8878 del 2014: «il giudice ordinario accerta le conseguenze della pronuncia costituzionale e, in particolare, se vi sia stata una lesione giuridicamente rilevante del diritto di voto». Il verbo «accerta» si connette al predicato «le conseguenze ...» e alla proposizione «se vi sia stata una lesione ...», dei quali la seconda viene presentata come la specificazione del primo. Il *petitum* separato e distinto del giudizio principale è, dunque, negli assunti della Corte di cassazione, l'accertamento delle «conseguenze» della decisione della Corte costituzionale: sia o non sia giuridicamente necessario tale accertamento, il giudice *a quo* può ritenere che il *petitum* così identificato non coincide con quello del giudizio costituzionale, anzi che non possa logicamente coincidere con esso, poiché la possibilità stessa di dare corso alla sua considerazione nasce solo *dopo* la decisione della Corte costituzionale. Sennonché, quando poi la Corte di cassazione deve stabilire quali siano in concreto tali «conseguenze», le individua nell'accertamento della «lesione giuridicamente rilevante del diritto di voto», presentandolo come una parte («in particolare», si legge nella decisione) delle «conseguenze». Ora, da un lato, non si vede – e non è detto nella decisione – quali siano siffatte ulteriori «conseguen-

ze» che possano trovare campo nel giudizio principale; dall'altro, e soprattutto, l'accertamento della «lesione giuridicamente rilevante del diritto di voto» non è parte delle «conseguenze» della sentenza costituzionale, ma è esattamente il nucleo del *petitum* innanzi alla Corte costituzionale, cui accede, completandolo, la domanda di dichiarare l'illegittimità della legge.

La Corte di cassazione occulta, dunque, con un abile gioco verbale, l'impossibilità di ogni «ulteriore autonomo svolgimento» del giudizio principale, in ragione della sostanziale coincidenza dei *petita*. Nell'argomentazione che essa propone, Achille non raggiunge mai la tartaruga, come nella migliore tradizione filosofica delle proposizioni autoreferenziali. Forse la Corte costituzionale attendeva dal giudice *a quo* – cui spetta l'«apprezzamento della rilevanza dell'incidente di legittimità costituzionale», che peraltro nella specie era stato già oggetto di «giudicato interno» al procedimento ordinario – una via d'uscita dal paradossale argomentativo in cui la vicenda giurisdizionale ha avuto esito. Una tale via d'uscita non è stata individuata. Anzi la Corte di cassazione ha disatteso, in punti significativi, le aspettative dichiarate nella decisione della Corte costituzionale, incrinandone la linea argomentativa.

## 2. Il rischio di regole deboli sull'accesso

La conseguenza è rimarchevole: la vicenda che ha condotto alla dichiarazione di illegittimità della legge elettorale costituisce un vistoso disallineamento dai tratti connotativi del modello incidentale, poiché ha dato luogo, nella sostanza, a un accesso in via diretta cui la domanda innanzi al giudice comune si è rivelata meramente strumentale.

Né sembra che tale esito possa essere «assorbito» costruendo agevolmente un sistema di limiti intorno alla «nuova» modalità di accesso. E ciò perché, se si considera meglio la decisione della Corte costituzionale, essa non appare ignara della debolezza dell'argomentazione adottata, ma ritiene che, nella realistica considerazione del sistema, e in ragione dell'entità delle lesioni inferte dalla legge ordinaria a diritti e valori costituzionali fondamentali (tra i quali il diritto di voto), sia ormai preminente l'esigenza di eliminare le cosiddette «zone franche» dal giudizio di legittimità costituzionale. Tanto risulta *per tabulas*, ove la Corte afferma che, diversamente orientandosi, avrebbe finito «con il creare una zona franca nel sistema di giustizia costituzionale proprio in un ambito strettamente connesso con l'assetto democratico, in quanto incide sul diritto fondamentale di voto», per ciò stesso determinando «un vulnus intollerabile per l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato».

Che questa sia la motivazione profonda della Corte emerge anche dalla lettura della giurisprudenza costituzionale che essa propone in tema.

In particolare, essa richiama un lontano precedente (che era stato poi disatteso nei successivi sviluppi giurisprudenziali).

Quando la Corte costituzionale fu chiamata a pronunciarsi sui decreti legislativi di esproprio approvati in forza della delega contenuta nella legge 21 ottobre 1950, n. 841, di riforma agraria, si trovò per la prima volta innanzi all'eccezione di inammissibilità incentrata sulla coincidenza tra il *petitum* nel giudizio principale e quello nel giudizio di costituzionalità, trattandosi di legislazione provvedimentale. Allora la Corte si orientò per l'ammissibilità, ritenendo che, una volta dichiarata l'illegittimità del decreto legislativo, sarebbe stato comunque necessario riassumere il processo principale davanti al giudice di merito per la decisione della controversia, e che nella soluzione di questa la pronuncia della Corte costituzionale avrebbe fatto stato «costituendo la premessa maggiore del sillogismo giudiziale», non potendosi verificare «un fenomeno processuale simile a quello conseguente ad una decisione di cassazione senza rinvio» (sentenza 13 maggio-25 maggio 1957, n. 59). Con quella decisione fece ingresso nella giurisprudenza della Corte l'argomento autoreferenziale in tema di ammissibilità: la domanda è ammissibile poiché il processo dovrà essere comunque riassunto davanti al giudice di merito; cioè l'incidentalità è fatta salva dalla mera necessità procedurale del ritorno della controversia innanzi al giudice di merito.

Ma in quella risalente decisione si manifesta per la prima volta anche la nozione di «zone franche» (non v'è il *nomen*, ma v'è il concetto), e l'idea che a esse non si debba dare campo nel sistema di giustizia costituzionale. Afferma invero la Corte che non si può accedere alla tesi dell'inammissibilità per le «conseguenze a cui porterebbe il suo accoglimento, determinando la *esclusione di ogni garanzia e di ogni controllo* sui provvedimenti di esproprio, che i giudici di merito non potrebbero sindacare a causa della loro natura legislativa e che la Corte costituzionale non potrebbe neppure essa esaminare senza convertirsi, secondo la tesi che si confuta, in giudice di merito».

Fu, allora, Costantino Mortati a rilevare la fallacia dell'argomentazione addotta con la sentenza n. 59 del 1957. Egli oppose che non si poteva intendere quale fosse «la maggiore ampiezza della decisione di merito rispetto a quella del giudizio di costituzionalità», nei casi in cui la prima si limitasse a «dichiarare la volontà dell'altra che la precede», dato che «la sentenza della Corte, accertativa dell'incostituzionalità della legge, viene a togliere ogni contenuto dispositivo alla pronuncia richiesta nel giudizio di merito», poiché si rendeva evidente «il difetto di autonomia di quest'ultimo rispetto a quello di costituzionalità, per l'impossibilità di differenziarli o sulla base del diverso *petitum*, o della posizione di strumentalità che esso rivesta in confronto al primo. L'atto introduttivo del giudizio infatti, per intrinseca e ineliminabile necessità, non può contenere che una sola domanda, cioè quella rivolta a ottenere l'annullamento della legge (cioè proprio quell'accertamento negativo della validità del rapporto, che non può essere pertanto riservato al giudice di merito), sicché ... non appare contestabile che alla questione di costituzionalità non possa attribuirsi il carattere di eccezione riconvenzionale, sempreché a questo termine si voglia conservare il significato suo proprio». E, «una volta risolto il rapporto cui la legge ha dato vita in virtù della sentenza della Corte, *non residua al giudice a quo alcun altro accertamento, né gli compete alcuna vera pronuncia di merito, ma solo l'emaneazione di provvedimenti di mera esecuzione del giudicato costituzionale ...*». Mortati soggiungeva che non si poteva attribuire alcun significato, per individuare l'«autonomo svolgimento» del giudizio *a quo* dopo la pronuncia della Corte costituzionale, alla circostanza che la pronuncia del giudice di merito, ottenibile previa riassunzione avanti a esso della causa rimasta sospesa, fosse la sola idonea a definire il rapporto processuale: in casi come quelli esaminati, infatti, «ciò assume un rilievo puramente formale, poiché tutti gli effetti si ricollegano, pure per quanto attiene alla decorrenza, alla sentenza della Corte, la quale sola dichiara la volontà dell'ordinamento nel caso concreto ... mentre la pronuncia del giudice *a quo* è meramente riproduttiva della dichiarazione dell'altro giudice, non contenendo un nuovo accertamento, limitandosi solo a dichiarare quello già effettuato»<sup>1</sup>.

Mortati si orientava poi per l'ammissibilità, ma solo in virtù del principio di legittimità costituzionale, poiché l'assoluta peculiarità della legislazione provvedimentale avrebbe condotto a rendere immuni i decreti legislativi di esproprio da ogni controllo giurisdizionale di legittimità, ordinario e costituzionale. Ma, mentre affermava questa ineludibile esigenza di tutela, egli si mostrava ben consapevole del fatto che il perseguimento di essa conduceva inevitabilmente a una deviazione dal modello dell'incidentalità, deviazione che egli concepiva come una sorta di «specificazione», tale da non compromettere i connotati di fondo del sistema, tanto più che si trattava di applicarla in una sola fattispecie, quella delle leggi provvedimento. E, invero, secondo Mortati, non risultavano applicabili a quel tipo di giudizio «i principi valevoli per gli altri giudizi di legittimità costituzionale di competenza della Corte», sia quanto ai profili processuali, sia per la carenza in essi dell'efficacia *erga omnes*.

L'avvertenza vale anche per l'oggi, mentre non è in gioco la legislazione provvedimentale, ma la legislazione elettorale, che si colloca nel cuore della decisione politica sulla forma di governo.

E, sotto questo profilo, la forza assorbente riconosciuta all'esigenza di rimuovere le «zone franche» dal giudizio di legittimità costituzionale rischia di condurre a esiti di torsione del modello di giustizia costituzionale vigente in Italia, dei suoi caratteri originari e dei tratti consolidatisi nel tempo.

Ormai la locuzione medesima ha assunto un significato potenzialmente distorsivo: «zona franca» evoca una elusione impropria del controllo di legittimità costituzionale, dunque manifesta un giudizio negativo e prospetta una necessità di correzione. Giudizio negativo e necessità di correzione sono in molti casi fondati e giustificati e la formula è utile a raccogliere un'esigenza di affermazione del principio di legittimità costituzionale. Ma quando il riferimento non è alla patologia della sottrazione impropria di particolari fattispecie al giudizio di legittimità costituzionale, per riguardare invece i limiti propri di tale giurisdizione, pienamente corrispondenti alla disciplina per essa apprestata, l'uso del lemma «zona franca» – ormai divenuto una sorta di espressione idiomatica, di binomio irreversibile con accezione negativa – è fuorviante. Quella che in tali ipotesi è chiamata «zona franca» è in realtà il limite segnato per il potere.

Si tratta poi di valutare in concreto quando si tratti di «zona franca» – la quale si può formare anche perché a tanto conduca l'orientamento al *self-restraint* della stessa Corte – e quando di fisiologica limitazione del campo di competenza del giudice costituzionale (si consideri il caso – sotto questo profilo incerto – dei regolamenti parlamentari: la sent. 5 maggio-9 maggio 2014, n. 120 ne ha confermato assai di recente l'insindacabilità, né sembra alle viste un diverso orientamento, tanto più perché la Corte, a tutela della posizioni costituzionalmente protette che possano risultare lese, suggerisce il rimedio del conflitto di attribuzione).

<sup>1</sup> C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, 159 ss.

Ma, con riferimento alla giurisdizione costituzionale, si è nel campo dei limiti – legittimi – del potere della Corte, e non nel campo delle «zone franche» – improprie –, quando è il carattere incidentale del sistema a precludere l'accesso, poiché l'incidentalità contribuisce a definire la natura stessa del controllo di legittimità costituzionale sulle leggi in Italia.

Se questo è vero, ecco un assunto pienamente difforme dalla mentalità del secolo: una sentenza eccedente il campo della giurisdizione come delimitato dalla legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, e dal consolidarsi del sistema come incidentale, si colloca, essa sì, in una «zona franca» dal controllo di legittimità, in ragione della sottrazione a gravame stabilita dall'art. 137, c. 3, Cost.

E si può bensì obiettare che, al livello dell'ordinamento in cui si colloca la Corte e in cui operano le sue decisioni, non potrebbe parlarsi di illegittimità della sentenza, poiché «... nei piani alti il diritto è al servizio della forza... quando coloro che agiscono agli apici del potere agiscono in modo non conforme ad una norma del sistema, questo loro comportamento non è una *violazione* di una norma precedente, ma la *produzione* di una norma nuova, cioè una modificazione del sistema e pertanto cade come improponibile il problema della sanzione, la quale presuppone un illecito»<sup>2</sup>. Tuttavia ciò a un prezzo: al prezzo del mutamento di natura della Corte, da organo giurisdizionale-politico (cioè non interamente giurisdizionale né interamente politico, ma insieme giurisdizionale e politico) a organo politico che decide sotto lo schermo del linguaggio della giurisdizione, il quale diviene una retorica discorsiva del comando.

Dunque non sembra che il sistema possa assorbire una nuova modalità di instaurazione del giudizio di legittimità costituzionale senza un mutamento radicale nella natura stessa della giurisdizione costituzionale.

Ma solo la Corte medesima – considerando le conseguenze sistemiche dei suoi orientamenti, i quali forse hanno subito mostrato di non corrispondere alle premesse (il Presidente della Corte, innanzi all'attrazione della decisione nel turbine delle interpretazioni politiche contingenti, ha dovuto precisarne la portata ancor prima che essa fosse pubblicata) – potrà rimeditare la sua posizione quanto all'accesso, specie dopo la richiamata decisione della Corte di cassazione, n. 8878 del 2014: non sono mancati in passato né mancheranno in futuro *revirement* anche assai rimarchevoli nella giurisprudenza costituzionale. E non si può fare a meno di considerare come tra i giudici comuni si vada diffondendo il convincimento che ormai sia dato libero accesso ai giudizi innanzi alla Corte sulle leggi elettorali, trattandosi solo di disbrigare la «pratica» dell'incidentalità mediante una clausola ellittica di qualificazione del giudizio *a quo* come «di accertamento» (si consideri come paradigma quanto si legge nell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Venezia, terza sezione civile, n. 1025, del 5 maggio 2014, depositata il 9 maggio 2014, con riferimento alla prospettata illegittimità della legge elettorale per il Parlamento europeo: «La questione di legittimità costituzionale sollevata è rilevante posto che *ai fini del richiesto accertamento* sulla pienezza del diritto di voto dell'elettore in occasione delle consultazioni per l'elezione del Parlamento Europeo deve farsi applicazione necessaria della disposizione e il giudizio non può essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione». Null'altro. Ancor meno nell'ordinanza del Tribunale di Cagliari, in data 12 maggio 2014: «La questione di legittimità costituzionale è rilevante al fine dell'azione di accertamento-costitutiva proposta dai ricorrenti...»).

Non è perciò da escludere che la prospettiva – attesa o temuta – della messa sotto tutela permanente del decisore politico della legge elettorale da parte della Corte costituzionale possa risultare disattesa. La sentenza n. 1 del 2014 trova spiegazione in uno stato emergenziale derivante dall'inerzia del legislatore, incapace di correggere una legge con effetti fortemente disfunzionali, rivelatisi tali nella ripetuta messa in opera. Una situazione che non è (o si spera non sia) facilmente ripetibile.

### 3. Giudicato costituzionale e limiti di contenuto della legge elettorale

Quanto precede deve anche orientare in ordine ai limiti entro i quali il legislatore dovrà sentirsi stretto nella formulazione della nuova legge elettorale.

La Corte ha voluto fare espresso richiamo «all'ampia discrezionalità del legislatore» quanto alla scelta della formula e del sistema elettorale, rilevando che il suo intervento, «nella perdurante inerzia del legislatore ordinario», è consistito nello svolgimento di un *test* di proporzionalità e di ragionevolezza per verificare il corretto bilanciamento tra l'esigenza di assicurare un'adeguata maggioranza parlamentare e dunque un governo stabile e quella di assicurare la rappresentatività dell'assemblea parlamentare.

<sup>2</sup> N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino 1958, 210 s.

L'affiancamento del principio di proporzionalità a quello di ragionevolezza ha reso particolarmente stringente tale scrutinio.

Nella sentenza n. 1 del 2014 - e non pare vi siano precedenti nella giurisprudenza costituzionale italiana - la Corte fa espresso riferimento, in modo diretto e non frammisto o sovrapposto alla verifica di ragionevolezza, al «test di proporzionalità» e alla sua articolazione, laddove si riferisce al «difetto di proporzionalità in senso stretto» (cioè all'accezione di proporzionalità a chiusura della sequenza applicativa del test secondo la teoria «tetrafasica»<sup>3</sup>), e alla necessità, ritenuta comune a «molte giurisdizioni costituzionali europee», di valutare «se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi». La Corte conclude per l'esito negativo nell'applicazione del test.

Senonché l'«importazione» di siffatto metodo potrebbe rivelarsi estemporanea, se non ne sarà precisata, nella giurisprudenza futura della Corte, la connessione con la ricostruzione dei tratti peculiari del sistema italiano e con una teoria della giustizia costituzionale. Ad avvertire di necessità siffatte è Robert Alexy, cui si deve l'«invenzione» (nel senso di rinvenimento tra le possibilità logiche dei sistemi giuridici) del test di proporzionalità, ove rileva «le particolarità istituzionali delle delibere della Corte costituzionale», considerando che «... la teoria dell'argomentazione di diritto costituzionale non è una teoria meramente metodologica ed ermeneutica»; ciò in particolare «quando si tratta del controllo da parte del legislatore con riguardo al criterio dei diritti fondamentali. Ogni delibera presa in questo ambito rappresenta non solo una delibera sulla questione di quali diritti il cittadino dispone, bensì anche una delibera circa la suddivisione delle competenze tra la Corte costituzionale e il legislatore democraticamente legittimato. Anche questo argomenta. In altre parole, si tratta di una concorrenza tra i discorsi della Corte costituzionale e del Parlamento. Nella soluzione di questo problema hanno un ruolo essenziale da un lato le ragioni che giustificano le decisioni della Corte costituzionale e dall'altro quelle che si utilizzano a favore dei provvedimenti del Parlamento. Queste ragioni possono essere formulate come principi formali ...»<sup>4</sup>. Ma, avverte Alexy, «... una teoria ... dell'argomentazione di diritto costituzionale consiste in tre parti: della teoria dei principi; della teoria generale del discorso razionale giuridico; della teoria della giustizia costituzionale»<sup>5</sup>. Insomma, il principio di proporzionalità, come metodo di scrutinio della legittimità costituzionale, si colloca entro una teoria generale del discorso pratico razionale, discorso altamente formalizzato («... un complesso di ventidue regole esplicitamente formulate e suddivise in cinque gruppi, e da una tavola di sei forme di argomenti»<sup>6</sup>), al di fuori della quale non può trovare campo.

Senza lo scioglimento di questi nodi teorici, la richiamata traslazione nel sistema italiano del metodo del test di proporzionalità – ammettendo che essa sia desiderabile, per il particolare tipo di politicità che caratterizza la giustizia costituzionale italiana – è destinata a rimanere imperfetta, ed eccessivamente confidente nelle virtù a esso ascritte, assumendo piuttosto i tratti di una retorica della razionalizzazione, che varrebbe a coprire una *valutazione*, a sua volta aspirante a conformarsi alle *valutazioni* di «collettività» di riferimento (come pure di fatto pare stia avvenendo). E ciò in collisione con gli assunti metodologici di fondo di Alexy, il quale ritiene «plausibile» ma non condivisibile «l'idea che chi decide debba attenersi alle valutazioni della collettività e di determinate cerchie»<sup>7</sup>. Vi sono dunque eccellenti ragioni affinché, prima di importare, si svolga uno studio adeguato del rendimento del criterio di proporzionalità nei sistemi nazionali di giustizia costituzionale nei quali si assume applicato, e dei cui tratti vanno valutate le affinità e le distanze rispetto a quello italiano.

Ma nel caso qui in esame va svolta una considerazione ancora più di fondo e più intensamente preclusiva della pedissequa traslazione del criterio di proporzionalità. Se ogni «delibera» sui diritti fondamentali è anche «delibera» sulla ripartizione di competenza tra legislatore e giudice costituzionale, la Corte, per il

<sup>3</sup> Sulla quale, M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in Atti della Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, spec. 4 ss.

<sup>4</sup> R. ALEXY, *Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik*, nella traduzione di Massimo La Torre *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, in *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. La Torre e A. Spadaro, Torino, 2002, 43.

<sup>5</sup> Ivi, 44.

<sup>6</sup> R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main, 1978, trad. it. *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, 1998, 17 s.

<sup>7</sup> R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., 12.

fatto stesso di accettare di giudicare, demolisce il presupposto sistemico per l'applicazione del criterio della proporzionalità, il meno «deferente» nei confronti del legislatore, poiché tale criterio diviene una modalità di prevalenza di una valutazione politica – quella della Corte – su altra valutazione politica – quella del legislatore – entrambe della stessa qualità, cioè entrambe intese al perseguimento di un indirizzo, alla scelta di scopi e di mezzi per perseguirlo, nel quale è in gioco il consenso intorno a una singola specifica decisione.

Per questa via, l'applicazione del test di proporzionalità delude le aspettative di chi intravedeva in esso un fattore di certezza e di massima approssimazione alla «razionalità obiettiva» nelle modalità di decisione della Corte. In ispecie la «quarta fase», quella della «proporzionalità in senso stretto», della previsione del rapporto tra gli effetti attesi dalla legge e i costi imposti ai diritti e agli interessi in gioco, vede il giudice adottare un tipo di determinazione perfettamente sovrapposta a quella del decisore politico.

Di tali problemi è segno proprio la sentenza n. 1 del 2014, la quale, avendo adottato il descritto approccio metodologico incentrato sulla proporzionalità, ed essendo il frutto di una vistosa deviazione dall'incidentalità, è pervenuta a sovrapporre, in positivo, una formula elettorale di produzione giurisprudenziale a quella introdotta dal legislatore, una formula fondata su un diverso bilanciamento tra stabilità delle maggioranze parlamentari e rappresentatività, che prende luogo, allo stesso titolo, del bilanciamento compiuto dal decisore politico (si consideri, in tal senso, la scelta in ordine alla soglia di sbarramento, che rimane in vigore dopo la pronuncia della Corte). Questa scelta, a sua volta, è sottratta, per propria natura, a qualsiasi sede in cui possa farsi applicazione giuridica del test di proporzionalità: una decisione di tipo politico sottratta a controllo giuridico, adottata in una sede non rappresentativa (forse la decisione avrebbe avuto diverso segno, e i problemi sarebbero stati minori, se fosse stata seguita la scelta di formulare la decisione caducatoria in modo da far interamente «rivivere» la legge precedente quella dichiarata costituzionalmente illegittima, poiché, in tal caso, sarebbe tornata in vigore una normativa elettorale di derivazione interamente parlamentare, mentre la manipolazione che la Corte ha scelto di compiere imprime alla normativa di risulta il segno della produzione sostanzialmente giurisprudenziale).

Ecco perché il riferimento alla discrezionalità del legislatore, ripetuto nella sentenza n. 1 del 2014, va preso molto sul serio, considerate le descritte circostanze in cui la decisione è venuta in essere, ed essendo evidente l'intendimento della Corte di non incorrere in ulteriori eccessi di ruolo quanto al merito delle scelte legislative in una fase di così elevata esposizione, che si è rivelata in tutta la sua portata nelle reazioni politiche alla sentenza e nel tenore della decisione di merito della Corte di cassazione.

I limiti posti al legislatore futuro dalla sentenza n. 1 del 2014 debbono, dunque, considerarsi di stretta interpretazione, e non ne sembra consentita una lettura «integrata», capace di definire i tratti di un sistema elettorale e di sue varianti da ritenersi il solo conforme alla Costituzione secondo il dettato della Corte. Un simile tentativo – nel quale peraltro alcuno ha ritenuto cimentarsi – è precluso dal tenore della decisione, ove essa afferma che «non c'è ... un modello di sistema elettorale imposto dalla Carta costituzionale, in quanto quest'ultima lascia alla discrezionalità del legislatore la scelta del sistema che ritenga più idoneo ed efficace in ragione del contesto storico». Vanno invece solo rilevate le connotazioni che dovranno essere comunque attribuite ai sistemi che prevedano la presentazione di liste concorrenti e ai meccanismi intesi a produrre effetti maggioritari nell'applicazione della formula elettorale.

Sotto questo profilo il quadro ricavabile dalla sentenza è, opportunamente, assai scarno: l'eventuale previsione di un premio di maggioranza non dovrà essere disgiunta dalla statuizione di una soglia minima di voti e di seggi da conseguire per ottenerne l'attribuzione; il meccanismo di attribuzione del premio di maggioranza non dovrà essere differenziato in modo tale da favorire «la formazione di maggioranze parlamentari non coincidenti nei due rami del Parlamento»; in caso di introduzione di sistemi che prevedano la presentazione di liste concorrenti «bloccate», che cioè non consentano la manifestazione di preferenze, ma conducano all'elezione nell'ordine di presentazione, tali liste non potranno contenere un numero tanto «elevato di candidati» da renderne «difficile la conoscenza» da parte dell'elettore.

La discrezionalità del legislatore resta dunque piena in ordine sia al carattere prevalente della formula elettorale (maggioritario o proporzionale), sia alla scelta tra sistemi incentrati sullo scrutinio di lista e sistemi incentrati sui collegi uninominali, sia alla determinazione quantitativa dei premi di maggioranza e delle soglie minime per conseguirli, sia all'opzione tra voto di preferenza e liste bloccate, al numero dei candidati da comprendere nelle liste, al numero delle preferenze esprimibili.

Né sembra che ciascuna di tali scelte possa essere orientata da valutazioni diverse da quelle derivanti dalla considerazione delle caratteristiche del sistema dei partiti nel momento storico, le quali determineranno inevitabilmente le scelte «quantitative» lasciate necessariamente nel vago dalla Corte: quale sia la soglia numerica nella lista bloccata oltre la quale diviene «difficile la conoscenza» dei candidati; quale sia

l'entità del premio di maggioranza e quale sia la soglia minima, superate le quali il sistema diventi distorsivo in violazione di ragionevolezza e proporzionalità.

In proposito, ogni aspirazione a risultati di assoluta obiettività è destinato a rivelarsi inane. Anche il tentativo di applicare al problema il linguaggio formalizzato della matematica, «calcolando» la «non eccessiva distorsività» di soglia di sbarramento e premio di maggioranza ha dovuto constatare che una tale valutazione non è possibile in presenza della combinazione dei due meccanismi<sup>8</sup>. Ma si può aggiungere che, in ogni caso, la valutazione sull'accettabilità del grado di distorsione che questi meccanismi introducono è strettamente legata ai caratteri di ogni specifico sistema partitico e alla percezione che i decisori politici posseggono della loro posizione in esso: ciò che è «eccessivo» in un dato luogo e in un dato tempo può non esserlo in altro luogo e in altro tempo, o in altra dinamica della forma di governo (si pensi soltanto al rendimento della formula *plurality*, non esportabile nella sua forma pura). La scelta spetta al legislatore. Se esso è «debole» e se le dinamiche partitiche sono troppo incerte e provvisorie, difficilmente si potrà pervenire a decisioni.

#### 4. Effetti nel tempo ed effetti sui poteri del Parlamento

La Corte costituzionale ha avuto cura di regolare gli effetti della propria decisione, affermando che essa non travolge gli atti posti in essere «in conseguenza di quanto stabilito durante il vigore delle norme annullate, compresi gli esiti delle elezioni svoltesi e gli atti adottati dal Parlamento eletto». E ha ritenuto che anche tali elezioni costituiscono un «fatto concluso» con la proclamazione degli eletti. Fin qui, l'argomentazione non sembra discostarsi dalle consuete linee ricostruttive del concetto di «retroattività» e delle limitazioni che questa incontra innanzi ai «rapporti esauriti».

Quanto, invece, alle attività che le Camere svolgeranno fino a nuove elezioni, la Corte deve far ricorso al «principio fondamentale di continuità dello Stato», come esso si realizza in particolare «nella continuità di tutti gli organi costituzionali, a cominciare dal Parlamento», che non può perdere la propria capacità di deliberare, sicché la sentenza non può dispiegare effetti in ordine agli atti «che le Camere adotteranno prima di nuove consultazioni elettorali».

A questo secondo, accidentato, versante, guarda l'attenta dottrina che si interroga sui limiti cui ritenere assoggettate le Camere quanto alle attività e quanto alla durata, in ragione della perdita di legittimazione derivante dalla decisione caducatoria della Corte. Si sostiene, dunque, che, poste in tale condizione, le Camere possono bensì deliberare una nuova legge elettorale conforme alle indicazioni della sentenza n. 1 del 2014, e svolgere altre attività deliberative, ma non certo produrre una revisione costituzionale incidente sulla forma di governo e sul tipo di Stato, né pretendere di durare per l'intera legislatura.

Risulta, ovviamente, non agevole l'esatta determinazione delle attività che sarebbero consentite e della durata necessaria a svolgerle, determinazione per la quale varrebbe unicamente il criterio, da applicare però in concreto, secondo il quale il «principio fondamentale di continuità dello Stato» potrebbe «valere per brevi periodi, non già come succedaneo del voto popolare»<sup>9</sup>.

In proposito valgono alcune considerazioni di sistema suggerite dai tratti della vicenda in corso, priva di precedenti e connessa a uno stato di crisi politico-istituzionale anch'esso privo di precedenti.

Se la Corte costituzionale ha posto tanta attenzione nel circoscrivere la portata della propria decisione, curando che essa non travolga, né in via diretta né per implicazione indiretta, il Parlamento in carica, è certo perché essa nutre la consapevolezza di avere chiamato in causa relazioni fondamentali tra organi costituzionali in un gioco di poteri in atto, come si diceva, «ai piani alti» dell'ordinamento giuridico.

Essa, invero, ha esplorato il limite estremo della propria funzione di giudice delle leggi, quando ha superato gli argini dell'incidentalità, assumendo una determinazione della quale potrebbe predicarsi, in astratto – e soprattutto per gli effetti «positivi» prodotti, più che per quelli ablativi – il vizio di incompetenza assoluta, se esistesse una sede in cui questo potesse risultare giustiziabile (che a ragion veduta non esiste, e non può esistere). A ciò è stata indotta dalla percezione che l'inerzia del legislatore nel rinnovare lo Stato in alcuni punti vitali ha condotto a una situazione di emergenza.

<sup>8</sup>G. LODATO, S. PAJNO, G. SCACCIA, *Quanto può essere distorsivo il premio di maggioranza? Considerazioni costituzionalistico-matematiche a partire dalla sent. n. 1 del 2014*, in *Federalismi.it*, n.9, 2014.

<sup>9</sup>A. PACE, *Un rischio per la democrazia*, in *costituzionalismo.it*, 5 aprile 2014 e *La condanna del porcellum*, in *La Repubblica*, 22 aprile 2014).

Il Parlamento, a sua volta, subisce un doppio effetto di delegittimazione: per aver visto dichiarare illegittima la legge elettorale sulla base della quale è stato eletto; per vedere vigere una nuova legge che esso non ha prodotto, ma che è dovuta ad altro organo costituzionale.

Ma, se queste sono le condizioni istituzionali, la Corte non avrebbe potuto spingersi a proporsi come fattore sostanziale della destituzione del Parlamento, né di paralisi della sua attività, senza porsi in posizione di supremazia su altro organo costituzionale. E ciò avrebbe condotto alla lacerazione della forma di Stato.

La delegittimazione del Parlamento in carica è dunque un dato politico. Quanto dureranno le Camere e quali attività potranno svolgere dipenderà dai puri rapporti di forza. Non v'è stata e non v'è una sede giudiziale in cui tali rapporti possano essere condotti per subirne la regolazione.