

## Porte che si aprono e che si chiudono

### La sentenza n. 110 del 2015<sup>1</sup>

Sara Lieto e Pasquale Pasquino

(24 giugno 2015)

#### 1. Introduzione

Le sentenze delle corti, in particolare quelle delle corti costituzionali, dovrebbero essere analizzate non solo prese individualmente, ma in serie. Nonostante la vecchia opposizione dottrinale fra corti di *common law*, vincolate al principio dello *stare decisis* (*vulgo*: ai precedenti), e quelle dette di *civil law* che lo ignorerebbero<sup>2</sup>, l'esistenza di precedenti, in particolare di quelli vicini nel tempo, è un aspetto che deve necessariamente essere preso in considerazione quando si studiano (ed eventualmente si discutono) le sentenze della Corte costituzionale italiana. E' di qui che prende le mosse il testo che segue.

#### 2. Un precedente ingombrante: la sentenza n. 1 del 2014

Che la questione di legittimità costituzionale della soglia di sbarramento del 4% prevista dalla legge elettorale italiana per il Parlamento europeo non avrebbe incontrato fortuna e che con molta probabilità la Corte si sarebbe orientata verso l'inammissibilità, era in qualche modo prevedibile. Tuttavia, rispetto alle considerazioni sulle sorti dell'ordinanza avanzate in altra sede<sup>3</sup>, la Corte ha assunto una decisione di inammissibilità giustificata da argomentazioni di natura processuale sulle quali è importante proporre un'ulteriore riflessione. Condizionata da un precedente del calibro della sentenza n. 1 del 2014, la Corte non ha potuto evitare il confronto, sentendosi quasi costretta a ricavare proprio dagli argomenti utilizzati per l'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale della legge elettorale di Camera e Senato<sup>4</sup>, le ragioni per giustificare invece, in questo caso,

---

<sup>1</sup> Questo articolo è il risultato di una riflessione comune dei due autori. I paragrafi 1 e 4 sono stati redatti da Pasquale Pasquino e i paragrafi 2 e 3 da Sara Lieto.

<sup>2</sup> Sul tema resta fondamentale il libro di J. Merryman, *La tradizione di civil law: nell'analisi di un giurista di common law*, Milano, Giuffrè, 1973.

<sup>3</sup> Si v. S. Lieto, *Sulla questione di legittimità costituzionale della «soglia di sbarramento» della legge elettorale per il Parlamento europeo*, in Forum di Quaderni costituzionali, Rassegna n. 7/2014.

<sup>4</sup> «3. [...] Le questioni allora sollevate davanti a questa Corte, insorte nel corso di un giudizio finalizzato ad accertare la portata, ritenuta incerta, del diritto di voto nelle elezioni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, sono state dichiarate ammissibili sulla base dei seguenti argomenti: la circostanza che l'ordinanza di rimessione avesse offerto una "motivazione ampia, articolata ed approfondita" su pregiudizialità e rilevanza; il positivo superamento, da parte della stessa ordinanza, dei due test di pregiudizialità della questione di legittimità costituzionale rispetto alla definizione del giudizio principale, attinenti alla diversità di oggetto del giudizio a quo rispetto al giudizio di costituzionalità e alla sopravvivenza di un margine di autonoma decisione del giudice a quo dopo l'eventuale sentenza di accoglimento; la peculiarità dell'oggetto, costituito da una legge, quella elettorale, che incide sull'esercizio di un diritto

l'inammissibilità della questione, con la conseguenza però di ripiegare su un percorso argomentativo che sembra, a chi scrive, privo di forza persuasiva e che con una metafora può essere presentato come il segno della volontà di riaccostare l'uscio che era stato spalancato un anno e mezzo fa.

Secondo la Corte, la verifica della pregiudizialità, «la quale implica l'esistenza di un *petitum* separato e distinto dalla questione di costituzionalità su cui il giudice a quo sia chiamato a pronunciarsi, va compiuta, [...], tenendo nel dovuto conto *l'imprescindibile esigenza di evitare il rischio di immunità della legge di cui si tratti dal sindacato di costituzionalità*», (3.4 in diritto), (nostro il corsivo). La ragione per cui la Corte nella sentenza n. 1 del 2014 ha ritenuto, dunque, la questione ammissibile è da ricondurre all'impossibilità, altrimenti, di poter realizzare il controllo di costituzionalità della legge elettorale secondo l'ordinaria via incidentale, dal momento che nel caso delle elezioni per il Parlamento nazionale, il controllo dei risultati elettorali è sottratto al giudice comune ed è rimesso dall'art. 66 Cost. alle Camere di appartenenza degli eletti<sup>5</sup>. Nel caso, invece, della legge elettorale per il Parlamento europeo, le relative vicende elettorali «possono essere sottoposte agli ordinari rimedi giurisdizionali, nel cui ambito può svolgersi ogni accertamento relativo alla tutela del diritto di voto e può essere sollevata incidentalmente la questione di costituzionalità delle norme che lo disciplinano». Fin qui nulla da rilevare, salvo però ricordare che l'ipotesi di accertamento del diritto può esulare da specifiche circostanze rispetto alle quali se ne assume una concreta lesione. A questo proposito, tuttavia, va evidenziato che sia nel caso Bozzi che in quello Besostri<sup>6</sup> l'azione in giudizio

---

fondamentale, il diritto di voto, avente «come connotato essenziale il suo collegamento ad un interesse del corpo sociale nel suo insieme»; la cui protezione imponeva di ammettere la questione «allo scopo di porre fine ad una situazione di incertezza sulla effettiva portata del predetto diritto determinata proprio da «una (già avvenuta) modificazione della realtà giuridica», in ipotesi frutto delle norme censurate» (sentenza n. 1 del 2014); l'esigenza, ormai ripetutamente affermata da questa Corte (ex plurimis, sentenze n. 384 del 1991 e n. 226 del 1976), «che non siano sottratte al sindacato di costituzionalità le leggi, quali quelle concernenti le elezioni della Camera e del Senato, che definiscono le regole della composizione di organi costituzionali essenziali per il funzionamento di un sistema democratico-rappresentativo e che quindi non possono essere immuni da quel sindacato», giacché «[d]iversamente, si finirebbe con il creare una zona franca nel sistema di giustizia costituzionale proprio in un ambito strettamente connesso con l'assetto democratico; [...] perciò stesso si determinerebbe un vulnus intollerabile per l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato» (sentenza n. 1 del 2014)», paragrafo 3, in diritto.

<sup>5</sup> «[...] ai fini dell'ammissibilità della questione occorre, così, non soltanto che l'oggetto del giudizio principale e quello del giudizio di legittimità costituzionale non coincidano (ex plurimis, ordinanze n. 56 del 2011, n. 17 del 1999), ma altresì che *l'incertezza sulla effettiva portata del diritto di voto*, derivante da una normativa elettorale in ipotesi costituzionalmente illegittima, *sia destinata, altrimenti, a restare insuperabile*, a causa dell'impossibilità che la relativa questione di costituzionalità venga sollevata secondo l'ordinaria via incidentale in un giudizio avente ad oggetto la vicenda elettorale», paragrafo 3.3, in diritto, (il corsivo è di chi scrive).

<sup>6</sup> Dai nomi dei rappresentanti legali delle parti attrici (cittadini elettori) che hanno dato origine ai due giudizi di accertamento del diritto di voto (per l'elezione di Camera e Senato e per l'elezione del Parlamento europeo) e ai ricorsi per via incidentale alla Corte; nell'un caso, da parte della Corte di Cassazione con l'ordinanza di rimessione del 2013; nell'altro, da parte del Tribunale di Venezia, con ordinanza di rimessione del 2014.

per accertare il diritto di voto dei cittadini assume comunque concretezza in quanto si riferisce (più o meno esplicitamente) a leggi elettorali già applicate (ciò è particolarmente riscontrabile nel ricorso Besostri, dove si fa espressamente riferimento alle elezioni del 2009). L'impressione che si ha è che la Corte, intrapresa la strada per giustificare una diversa presa di posizione rispetto alla n. 1 del 2014, ritenendo inammissibile, in questo caso, la questione perché non ci sarebbero, a differenza dell'altro caso, impedimenti alle vie di accesso alla Corte attraverso il ricorso per via incidentale<sup>7</sup>, si sia ritrovata di fronte ad una evidente contraddizione. Il ricorso alla Corte nel caso della legge elettorale per il Parlamento europeo non ha forse avuto origine a partire da un giudice e da un giudizio? Non è per via incidentale che la questione è stata posta dal giudice competente?

A questo punto la Corte – piuttosto che rivedere il suo percorso argomentativo - tenta di risolvere l'antitesi, entrando nel merito della natura dell'azione di accertamento. Essa, infatti, sostiene che: 1) l'azione di accertamento deve avere carattere sostanziale, deve cioè mirare all'accertamento in concreto del diritto di voto in relazione ad una specifica competizione elettorale e ai suoi risultati<sup>8</sup>; 2) che *il giudice a quo* «limitandosi a ricordare l'esistenza dell'istituto dell'interesse ad agire e a citare il *petitum* della domanda, senza argomentare sull'incertezza necessaria ai fini del valido esercizio dell'azione di accertamento, *non offra una adeguata motivazione delle ragioni per le quali ha ritenuto ammissibile tale azione*, sulla quale è chiamato a pronunciarsi nel giudizio principale. *Il mero riferimento all'interesse "all'accertamento della pienezza del diritto di voto" con riguardo "alle future consultazioni per l'elezione del Parlamento Europeo", senza alcun'altra indicazione, nemmeno sintetica o per relationem, non può essere considerato motivazione sufficiente, [...], idonea, in quanto tale, a escludere un riesame ad opera di*

---

<sup>7</sup> La Corte infatti sottolinea: «3.1 La questione sollevata dal Tribunale ordinario di Venezia con riferimento alla normativa per l'elezione dei membri italiani del Parlamento europeo si differenzia per un profilo determinante –*attinente al diverso regime del controllo giurisdizionale sulla relativa vicenda elettorale* – dalla questione decisa con la citata sentenza n. 1 del 2014 e, per questa ragione, sulla sua ammissibilità si deve pervenire a conclusioni diverse, in applicazione degli stessi criteri elaborati da quella decisione in conformità alla giurisprudenza di questa Corte in tema di pregiudizialità e rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale», (corsivo nostro).

<sup>8</sup> «Come si è visto, invero, questioni relative a eventuali profili di illegittimità costituzionale della normativa che disciplina l'elezione del Parlamento europeo, e in particolare dell'art. 21, primo comma, numeri 1-bis) e 2), della legge n. 18 del 1979, impugnati nel presente giudizio, *ben possono pervenire al vaglio di questa Corte attraverso l'ordinaria applicazione del meccanismo incidentale, nell'ambito di un giudizio principale promosso a tutela del diritto di voto, passivo o attivo, avente ad oggetto la vicenda elettorale e, in particolare, i suoi risultati*, così come si è già verificato per lo stesso art. 21, primo comma, numero 2) (sentenza n. 271 del 2010, pronunciata nell'ambito di giudizi principali di impugnazione dell'atto di proclamazione degli eletti al Parlamento europeo in esito alle elezioni svoltesi il 6 e il 7 giugno 2009), nonché per altre leggi elettorali, diverse da quelle per il Parlamento nazionale (come in particolare la normativa sulla quale è stata pronunciata più di recente la sentenza n. 275 del 2014, in tema di elezioni comunali)», paragrafo 3.5, in diritto, (corsivo nostro).

questa Corte dell'apprezzamento compiuto dal giudice a quo ai fini dell'ammissibilità dell'azione», (paragrafo 3.2, in diritto; corsivo nostro).

In sostanza, la Corte ritiene che chiamare in causa un giudice solo per ottenere l'accertamento del proprio diritto, senza che ancora ve ne sia stata una violazione, manifesti una mancanza sostanziale di interesse ad agire, che il giudice adito dovrebbe rilevare<sup>9</sup>; in altre parole, se non vi è stata violazione del diritto il suo titolare non avrebbe interesse a proporre una domanda di accertamento al giudice. Ora, senza voler entrare nel merito della natura dell'azione di accertamento e sulla proponibilità del mero accertamento, su cui non solo in dottrina ma anche in giurisprudenza si riscontrano orientamenti molto diversi – anche se prevalentemente orientati nel caso dei diritti assoluti a ritenere del tutto proponibile il mero accertamento - va comunque tenuto presente che, non solo nel caso Besostri ma anche nel caso Bozzi, l'azione di accertamento del diritto di voto viene proposta in relazione a leggi elettorali che avevano già trovato applicazione (in particolare nel ricorso Besostri si sottolinea: «Il timore che la legge elettorale italiana per il Parlamento Europeo minacci l'uguaglianza e le libertà del diritto di voto dei cittadini italiani e provochi una distorsione nella rappresentanza dei cittadini italiani come cittadini dell'Unione non è puramente teorica, ma empiricamente verificabile proprio in forza delle elezioni europee del 2009»).

### **3. Quando lo stesso è diverso. Inammissibilità della questione di legittimità costituzionale o dell'azione di accertamento?**

Nel ritenere inammissibile la questione, la Corte ha sottolineato che il giudice *a quo* non ha offerto un'adeguata motivazione nell'aver ritenuto ammissibile l'azione di accertamento del diritto di voto in riferimento alle elezioni future del Parlamento europeo. La Corte, in altre parole, "rimprovera" al giudice rimettente di non aver motivato a sufficienza le ragioni che lo hanno indotto a ritenere apprezzabile l'azione di accertamento. L'accertamento, infatti, sarebbe ammissibile non in termini astratti ma in termini concreti, dunque rispetto ad un diritto che solo con l'applicazione della norma dubbia può ritenersi compromesso. Da questo punto di vista, tenuto conto del ragionamento della Corte sull'accertamento (secondo cui esso dovrebbe essere inteso in concreto e non in astratto), può essere utile ripercorrere, in parallelo, le vicende delle due richiamate leggi elettorali dinanzi alla Consulta.

---

<sup>9</sup> Con quali conseguenze la Corte non lo specifica, anche se viene in mente – non essendo propriamente configurabile un caso di lite temeraria - l'ipotesi che il giudice possa condannare la parte per «abuso di giudizio o di processo». Ma non si ritiene che possa essere questo il caso!

Per cogliere le incertezze dell'argomentazione della Corte, bisogna quindi fare un passo indietro. Va ricordato, innanzitutto, che l'azione di accertamento di Bozzi aveva carattere astratto, nel senso di non riferirsi ad una specifica competizione elettorale (nelle conclusioni del ricorso si legge infatti: «Poiché l'oggetto della causa non coinvolge alcuna questione di fatto, ma concerne soltanto una questione di puro diritto, l'attore ritiene che non occorra disporre mezzi istruttori ulteriori oltre al richiesto rinvio alla Corte Costituzionale»); il ricorso di Bozzi al Tribunale di Milano è del 2009; è vero che con la legge Calderoli (l. n. 270 del 2005) si era già votato nel 2006 e nel 2008 ma nell'atto di citazione di Bozzi si chiede semplicemente al Tribunale di Milano di accertare e dichiarare il diritto dell'attore di esercitare il proprio diritto di voto libero e diretto, così come costituzionalmente attribuito e garantito nel suo esercizio, senza che ci sia alcun riferimento alle elezioni già svolte con quelle regole, dunque un accertamento per il futuro; la questione di legittimità costituzionale della legge Calderoli (che ha origine da quella azione), respinta in primo e secondo grado, viene poi sollevata dalla Cassazione nel 2013.

E' importante poi ripercorrere alcune tappe fondamentali delle elezioni del PE: la legge elettorale per il Parlamento europeo è la n. 18 del 1979; nel febbraio del 2009 il Parlamento italiano ha introdotto una soglia di sbarramento del 4% (legge 20 febbraio 2009 n. 10); la legge elettorale nella sua nuova versione trova per la prima volta applicazione nelle elezioni del PE del giugno 2009; l'azione di accertamento del diritto di voto è di febbraio 2014 e fa empiricamente riferimento alle elezioni del 2009, anche se naturalmente gli effetti dell'accertamento non possono che riguardare elezioni future; la questione di legittimità costituzionale è stata sollevata dal Tribunale di Venezia in data 5 maggio 2014; le ultime elezioni per il PE si sono tenute in Italia il 25 maggio 2014; dunque quando è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale la legge elettorale con la previsione della soglia di sbarramento del 4% già aveva trovato applicazione. Fatte tutte queste premesse, allora, l'argomento dell'accertamento, e cioè se quest'ultimo lo si possa ritenere ammissibile solo in concreto e non in astratto, non sembra più molto persuasivo perché:

- 1) in entrambi i casi si è trattato di un'azione di accertamento del diritto di voto per il futuro (in questo senso astratto);
- 2) in entrambi i casi – se proprio la concretezza la si voglia assumere quale presupposto indispensabile per l'accertamento – va ricordato che le due leggi elettorali, rispetto al momento dei ricorsi, avevano già trovato applicazione.

Con questa sentenza di inammissibilità la Corte sembra in realtà voler chiudere i battenti rispetto al varco aperto dalla n. 1 del 2014. Infatti, se la Corte avesse ritenuto ammissibile la questione ciò avrebbe costituito, a distanza di poco tempo, una tappa molto significativa in termini di consolidamento del controllo di costituzionalità delle leggi elettorali a partire da un'azione di accertamento del diritto di voto. Nel caso di specie, la scelta dell'inammissibilità per ragioni strettamente legate all'azione da cui ha avuto origine il giudizio *a quo* sembra espressione di una volontà della Corte di ritornare sui propri passi. Diverso discorso si sarebbe potuto fare, invece, se la Corte avesse deciso l'inammissibilità per altri motivi o se si fosse pronunciata con una sentenza di rigetto. In particolare in tale ultima ipotesi (sarebbe stato difficile, infatti, immaginare un accoglimento)<sup>10</sup>, si sarebbe alquanto rafforzato il precedente della n. 1 del 2014; non avrebbe, infatti, pesato tanto in sé la dichiarazione di infondatezza, quanto piuttosto la circostanza di essere la Corte entrata nel merito, al di là cioè dell'esito del giudizio.

#### **4. Due pesi e due misure. Un passo indietro a salvaguardia del modello italiano.**

Lo sforzo argomentativo della Corte per mostrare la differenza fra il caso della legge elettorale Calderoli e quello della legge per il Parlamento europeo e le sue faglie logiche ci spingono a chiederci quali sono le ragioni che hanno determinato i giudici delle leggi a dichiarare l'inammissibilità della seconda questione, con uno sforzo argomentativo, che forse sarebbe stato più opportuno investire in una sentenza di rigetto. Cosa ha temuto la Corte nel rimandare al mittente la domanda di chiarimento circa la costituzionalità di una legge elettorale, dopo la n. 1/2014? Diverse risposte possono essere prospettate. Ma sembra che la ragione centrale sia stata, come accennato, quella di ridimensionare il valore di precedente della sentenza relativa alla legge Calderoli. Questa apriva l'accesso alla Corte a qualsivoglia legge elettorale ampliando, su un tema delicato e di dirompente significato politico, la procedura di accertamento di un diritto, indipendentemente dalle conseguenze che una dichiarazione di incostituzionalità potesse avere sul processo a partire dal quale nasceva la richiesta – poiché è evidente, come molta dottrina aveva sostenuto prima della sentenza sulla legge Calderoli, che non è possibile soddisfare la richiesta proveniente dal giudice *a quo* se non con effetti per il futuro ma niente affatto sul processo in corso.

---

<sup>10</sup> In tal senso, si v. S. Lieto, *Sulla questione di legittimità costituzionale della «soglia di sbarramento» della legge elettorale per il Parlamento europeo*, cit.

E' difficile negare che la sentenza che ha rimosso dall'ordinamento alcune norme della legge n. 270 del 21 dicembre 2005 sia nata e sia stata giustificata – fuori da argomenti di puro diritto – da circostanze eccezionali. La coesistenza di continue denunce della medesima da parte di tutti i gruppi politici, stampa e pubblica opinione, e la richiesta incalzante del Presidente della Repubblica per una sua modifica, insieme all'incapacità del Parlamento di produrre una diversa legge, rappresentavano una enorme pressione sui giudici della Consulta affinché questi dessero un colpo decisivo ad un edificio traballante che nessuno era in grado di smontare e di ricostruire. Quel precedente diventava però una minaccia per il modello italiano del ricorso incidentale che è incardinato sul meccanismo di una risposta da fornire al giudice *a quo* perché questi possa proseguire nel processo.

Questa abbastanza illogica decisione di inammissibilità è un segnale rivolto ai giudici affinché non siano facilmente tentati di scaricare sulla Corte questioni che aprirebbero la strada ad una forma velata di ricorso diretto, come esiste in Germania. La scelta conservatrice dello status quo processuale da parte della Consulta, che questa sentenza manifesta, trova un parallelo nella opposizione che il presidente Criscuolo ha avuto modo di manifestare nei confronti dell'ipotesi di una modalità ancora più lontana dal nostro modello di giustizia costituzionale: quella proposta dal governo nel disegno di legge di revisione costituzionale che introdurrebbe un controllo a priori (di tipo francese nella variante della *saisine parlementaire*) per le leggi elettorali (proposta del tutto ragionevole per evitare che si ripetano situazioni come quella in cui ci troviamo di un Parlamento che esercita pienamente le sue funzioni, pur essendo stato eletto sulla base di una norma di legge dichiarata parzialmente contraria alla Costituzione).

Per tornare alla sentenza qui in analisi è chiaro che la richiesta da parte della Consulta di una «motivazione ampia, articolata ed approfondita» su pregiudizialità e rilevanza, serve come monito ai giudici ordinari a esercitare una specie di *self-restraint* per quanto attiene alle ordinanze di remissione su temi come le leggi elettorali.

Se peraltro la Corte avesse ammesso la questione una difficoltà supplementare si sarebbe presentata inevitabilmente ai suoi membri: quella di confrontarsi con una decisione della Corte costituzionale Federale tedesca che in un caso analogo (al quale fa riferimento il giudice remittente) aveva cancellato la legge approvata dal *Bundestag*, che introduceva una soglia di sbarramento per le elezioni tedesche al Parlamento di Strasburgo.<sup>11</sup> Un

---

<sup>11</sup> Sentenza del secondo Senato del 9 novembre 2011 (BVerfG, 2 BvC 4/101). Su di essa si veda l'ottimo contributo di G. Delledonne, *Il Bundesverfassungsgericht, il Parlamento europeo e la soglia di sbarramento del 5%: un (altro) ritorno del Sonderweg*, in AIC, N°: 1/2012, 14/03/2012.

compito non facile, poiché richiedeva una presa di posizione, probabilmente diversa da quella della Corte tedesca, su natura e funzioni del Parlamento europeo.

Infatti al paragrafo 118 di quella sentenza si legge, a proposito della distinzione fra il Parlamento tedesco e quello europeo, che «la clausola di sbarramento del 5% che esiste nelle elezioni per il *Bundestag* trova la sua giustificazione per l'essenziale nella circostanza che la formazione di una maggioranza stabile è necessaria nel caso di elezioni di un esecutivo in grado di governare e al fine della stabilità di questo in parlamento e che tale obiettivo è messo in pericolo dalla frammentazione dell'assemblea legislativa in molti piccoli gruppi»<sup>12</sup>. Circostanza assente per la Corte tedesca nel caso del Parlamento europeo, in base alla discutibile tesi che non esisterebbe di fronte ad esso un esecutivo politicamente responsabile – donde l'assenza della necessità di un meccanismo con funzione di riduzione della frammentazione della rappresentanza politica in seno a quella assemblea.

La Corte italiana attraverso la scorciatoia tortuosa della inammissibilità sembra aver preferito sottrarsi al confronto ed al dialogo con il *Bundesverfassungsgericht*, una corte più decisa nel dialogo con il suo Parlamento e con le istituzioni europee. Relativizzando l'apertura della sentenza sulla legge Calderoli essa si è aggrappata ad una lettura un po' riduttiva del ricorso incidentale. Ma non è mettendo la testa sotto la sabbia che il guardiano della Costituzione può rafforzare il suo prestigio e la sua reputazione.

---

<sup>12</sup> «Die Fünf-Prozent-Sperrklausel findet bei der Wahl zum Deutschen Bundestag ihre Rechtfertigung im Wesentlichen darin, dass die Bildung einer stabilen Mehrheit für die Wahl einer handlungsfähigen Regierung und deren fortlaufende Unterstützung nötig ist und dieses Ziel durch eine Zersplitterung des Parlaments in viele kleine Gruppen gefährdet wird».