CONSULTA ONLINE
PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892

2017 FASC. 2

(ESTRATTO)

ALESSIO RAUTI

LA CORTE COSTITUZIONALE ED IL LEGISLATORE. IL CASO EMBLEMATICO DEL CONTROLLO SULLE LEGGI ELETTORALI

02 MAGGIO 2017

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Alessio Rauti*

La Corte costituzionale ed il legislatore. Il caso emblematico del controllo sulle leggi elettorali**

SOMMARIO: 1. Legislazione e giurisdizione: di un'apparente dicotomia. – 2. La discrezionalità del legislatore fra giudici e Corti europee. – 3. Il tramonto (definitivo?) della *political question doctrine* in materia elettorale. Dalla "legge truffa" alla sentenza n. 1 del 2014. – 4. L'assenza di stringenti indicazioni delle Corti europee. – 5. L'applicazione elastica delle regole processuali nel giudizio costituzionale sulle leggi elettorali. – 6. "A volte ritornano…". L'incidentalità della q.l.c. nella sent. n. 35/2017. – 7. I tre assunti della sent. n. 1 del 2014 e la ragionevolezza dell'*Italicum*: il *self restraint* della Corte sulla soglia di assegnazione del premio e sulla *SperrKlausel*. – 8. L'annullamento del ballottaggio. – 9. Le multicandidature ed il criterio residuale di scelta fra i collegi. – 10. Contrappeso e *self restraint*: la sorte del vizio di forma della legge sull'*Italicum*. – 11. Un sindacato a geometria variabile (astratto/concreto) e l'oscillante riferimento agli "inconvenienti di fatto". – 12. La giurisdizione costituzionale come improbabile rimedio per l'apatia democratica.

1. *Legislazione e giurisdizione: di un'apparente dicotomia* – Il progressivo sbilanciamento dello Stato costituzionale verso il "diritto dei giudici" è un fenomeno tanto evidente quanto particolarmente complesso. Fra le molteplici cause di tale evoluzione si può richiamare, innanzitutto, il "peso" crescente accordato alla garanzia dei diritti fondamentali anche nella prospettiva inter- e sovra-nazionale, nonché la pervasiva richiesta di una loro tutela pure rispetto a campi non ancora, o non adeguatamente, normati.

In questo quadro, da un lato, non sempre il legislatore si mostra disposto a, o in grado di, fornire con sollecitudine un'apposita, ragionevole regolamentazione (e ponderazione) degli interessi in gioco. Dall'altro lato, l'esigenza di garanzia *adeguata* alla situazione è comunque assolvibile al meglio da una *iurisdictio* intesa come complessa opera del pensiero e non più nella sua accezione originaria, ovvero quale ripetizione fonetica dell'altrui parola (secondo il compito originariamente pensato da Montesquieu per la *bouche de la loi*). In questo senso, se la "voce della legge" fu storicamente invocata per evitare applicazioni a macchia di leopardo delle leggi incidenti sui diritti, nello Stato costituzionale contemporaneo proprio la magistratura è investita di un'istanza di *differenziazione*, preordinata tuttavia ad una più efficace tutela dei diritti fondamentali[1].

Sintetica A ciò si aggiunge la lunga ombra della c.d. "dottrina Marshall" sulla natura delle Costituzioni, che di esse ha valorizzato soprattutto l'essere *fonti* (superiori) del diritto – come tali, norme utilizzate nella funzione giurisdizionale per decidere sul caso concreto e per individuare il diritto *valido* da applicare – e meno il valore di atto politico per eccellenza[2]. Com'è noto, tale

---

* Ricercatore confermato di *Diritto costituzionale* e docente di *Diritto pubblico* nell'Università "Mediterranea" di Reggio Calabria.

** Una versione ridotta del presente contributo è destinata al n. 2/2017 di *Rassegna Parlamentare*.

[1] Potrebbe dunque sostenersi che «La giurisprudenza non *dice*, propriamente, nulla: essa *non-parla*, resta *altra* dalla *voce*. La sua pratica è la scrittura, che è sempre muta, che è traccia, che si fa soltanto lavorando attraverso le *differenze*, mettendo così in questione l'idea di una legge *identica* a sé stessa»: così T. GAZZOLO, *Voce e scrittura del diritto. Per una giurisprudenza senza-legge*, in *Pol. dir.*, 1-2/2016, 50.

[2] La prima occasione in cui tale *doctrine* viene sviluppata risale alla nota sentenza *Marbury* vs. *Madison* del 1803, adottata, appunto, sotto la presidenza *Marshall*, con la quale per la prima volta si legittima formalmente e si esercita il *judicial review of legislation*, radicando la competenza della *Supreme Court* statunitense e degli altri giudici a pronunciarsi sulla validità delle leggi del Congresso (mentre in seguito, nel giudizio *Fletcher* vs. *Peck* del 1810, la Corte si è trovata per la prima volta ad accertare l'incostituzionalità di una legge statale). In tema, cfr. *John Marshall. 'Judicial review' e stato federale*, a cura di G. Buttà, Milano 1998. Nel definire la Costituzione una *higher law*, la Corte non solo le riconobbe una forza superiore rispetto alla legge ordinaria, ma – ciò che davvero fu una conquista fondamentale anche per l'avvenire – la considerò una vera e propria *law*, una fonte del diritto rientrante a pieno titolo nei materiali normativi di cui il giudice deve fare uso, anche al fine di disapplicare la legge incostituzionale nel caso concreto. In tal modo la Costituzione fu sottratta al rischio di una sua utilizzazione quale mera cornice di buoni propositi per il legislatore. Sui riflessi del

precedente si rivelò fondamentale negli Stati Uniti per lo sviluppo storico del *judicial review* e rimane ancora oggi un modello di effettiva e diffusa *implementazione* delle norme costituzionali che ha, in qualche modo, ottenuto una complessiva conferma anche nel nostro sistema di giustizia costituzionale accentrato.

Sul punto, è sufficiente ricordare la progressiva sensibilizzazione della magistratura ai valori del nuovo impianto costituzionale – si pensi, in tal senso, al famoso congresso di Gardone del 1965 dell'Associazione nazionale magistrati[3] – ed il netto aumento delle occasioni di collaborazione fra Corte e giudici[4]. Per quanto, infatti, alla prima resti riservata la giurisdizione di invalidità, risulta nel tempo progressivamente esteso l'ambito della giurisdizione di validità rimesso ai secondi[5], nel quadro di una relazione volta a tracciare nuovi e dinamici confini, all'interno di «una grande opera di ingegno collettivo, perché non si è trattato di scoprire ciò che già esisteva, ma di inventare qualcosa che non esisteva prima»[6].

Tuttavia, ove ci si dimentichi della seconda "anima" delle Costituzioni, ovvero della loro natura di progetto politico, si può avere paradossalmente l'effetto – o l'impressione psicologica – di un sovraccarico "politico" delle Corti costituzionali, investite, loro malgrado, di questioni il cui tasso di politicità comincia a superare mediamente la soglia fisiologicamente sottesa ad un giudizio di legittimità su un atto politico. In breve: l'assenza di mediazione rappresentativa nell'attuazione ed attualizzazione della Costituzione – o l'ingiustificata attesa del legislatore che siano altri (i giudici) ad affrontare i nodi centrali della vita del Paese – costringe la Corte ad adottare decisioni dotate di un *surplus* di "forza politica" (sia pure, anche qui, non partitica)[7].

In questa prospettiva, si potrebbe ad esempio ritenere che il *self restraint* della Corte di fronte alla c.d. discrezionalità del legislatore non sia solo il portato del principio di separazione fra i poteri nel rapporto fra organi di indirizzo ed organi di garanzia. Nel profondo, infatti, esso costituisce l'esito conseguente ad una concezione a tutto tondo delle Carte costituzionali, intese dunque anche come fondamentali pre-condizioni politiche di sviluppo di una società.

Del resto, l'idea per cui la Consulta e la Costituzione *insieme stanno ed insieme cadono*[8] non può che valere anche per la concezione della Carta fondamentale quale massimo atto politico. Detto in altri termini: se la via dell'attuazione politica della Carta risultasse in tutto e per tutto coperta o sostituita dalla giurisprudenza costituzionale – con i suoi limiti derivanti dall'inevitabile approccio (a

«sillogismo di Marshall» sullo sviluppo della giustizia costituzionale, v. ora O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano 2014, spec. 17 ss.

[3] … ricordato nella ricorrenza del centenario dell'ANM (1909-2009). In particolare, cfr., per opportuni approfondimenti, E. BRUTI LIBERATI, *L'associazione dei magistrati italiani,* in AA.VV., *Cento anni di associazione magistrati*, a cura di E. Bruti Liberati e L. Palamara, Milano 2009, 14 ss. Nella mozione conclusiva si afferma che «spetta pertanto al giudice, in posizione di imparzialità ed indipendenza nei confronti di ogni organizzazione politica e di ogni centro di potere: 1) applicare direttamente le norme della Costituzione quando ciò sia tecnicamente possibile in relazione al fatto concreto controverso; 2) rinviare all'esame della Corte costituzionale, anche d'ufficio, le leggi che non si prestino ad essere ricondotte, nel momento interpretativo, al dettato costituzionale; 3) interpretare tutte le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione, che rappresentano i nuovi principi fondamentali dell'ordinamento giuridico statuale».

[4] In tema, cfr., di recente, M. CARTABIA, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale,* in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, Torino 2016, 481 ss.

[5] Di un principio di «unicità della giurisdizione d'invalidità costituzionale» discorrono A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale,* Torino 2014[5], 252 ss.

[6] Così A. PUGIOTTO, *Dalla «porta stretta» alla «fuga» dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni,* in *Quad. cost.*, 1/2016, 150, secondo cui può individuarsi in tale evoluzione l'opera «di un agrimensore che, per un verso, traccia i reciproci confini e, per altro verso, segna i percorsi possibili attraverso le zone d'intersezione»

[7] Sul concetto di "forza politica", v. T. MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche,* in *Opere,* Tomo I, *Teoria generale,* Milano 2000, spec. 196 ss. Sui fattori di attivismo della Corte costituzionale, v., di recente, G. D'AMICO-D. TEGA, *1993-2013: la Corte costituzionale tra giurisdizione e politica*, in AA.VV., *Vent'anni di Costituzione (1993-2013). Dibattiti e riforme nell'Italia tra due secoli,* a cura di S. Sicardi, M. Cavino e L. Imarisio, Bologna 2015, spec. 578 ss.

[8] Cfr. nuovamente A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti*, cit., 16.

vocazione sistemica, ma pur sempre) casistico ai problemi – non potrebbe che aversi, insieme, una degenerazione del valore politico della Costituzione e del ruolo non solo giurisdizionale, ma di garanzia della Corte, con l'accentuato rischio di una sua delegittimazione. Ovviamente, non si tratta di cedere alla premessa del *political constitutionalism* per cui, a fronte della migliore capacità del circuito rappresentativo di tutelare i diritti, andrebbe evitata l'incorporazione di questi ultimi nelle Costituzioni e la relativa opera giurisdizionale di applicazione e "manutenzione"[9]. Piuttosto, si difende qui una concezione *non riduttiva* della Carta fondamentale, che tenga conto di entrambe le sue anime (di progetto politico e parametro di legittimità).

In aggiunta, la trama dei rapporti fra politica e giurisdizione si è via via arricchita di ulteriori filoni. Accanto al tradizionale ruolo, insieme contro-maggioritario e di "supplenza", della Corte costituzionale va considerata innanzitutto l'accresciuta creatività nell'attività interpretativa dei giudici ed il loro nuovo ruolo conquistato sul campo del giudizio incidentale.

Anche a tali giudici va riferito il termine "politico" nell'accezione lata e debole della classica bipartizione luhmaniana, quella che non chiama in campo un'appartenenza partitica, ma la capacità di incidere sulla vita di una comunità politico-sociale. Così, quanto agli effetti dell'azione, anche nelle pronunzie dei giudici "comuni" è rintracciabile un *tertium genus* situato fra l'atto normativo del disporre in generale ed in astratto – che non ha nulla a che fare con un giudizio in corso – e la decisione giurisdizionale dotata di effetti (esclusivamente) *inter partes*[10].

Sia sufficiente richiamare il fatto che, nonostante le decisioni giurisdizionali abbiano formalmente effetti *inter partes*, ogni giudice ha comunque in mano l'innesco di un potenziale giudizio di costituzionalità ed il caso su cui deve decidere può costituire l'occasione tipica per ottenere una pronuncia *erga omnes* di accoglimento della Consulta. Agli stessi giudici, poi, la Corte sostanzialmente impone un maggiore "protagonismo" nell'individuazione delle tipologie di decisione specificamente richieste. Dovendo gli organi rimettenti indicare anche il c.d. "verso" delle pronunzie manipolative, essi partecipano, a loro modo, a "indirizzare" l'esercizio del potere decisorio della Corte – sebbene spetti a quest'ultima la scelta in merito non solo all'accoglimento o al rigetto, ma anche alla "tipologia" di decisione da utilizzare – e contribuiscono all'evoluzione del giudizio costituzionale, nel quale viene così introdotto per via pretoria uno specifico concetto di *petitum* originariamente non connesso ad un sindacato diretto esclusivamente a "rimuovere dubbi" di costituzionalità.

Specularmente, pure la scelta del giudice di rigettare l'istanza di parte volta ad ottenere un giudizio della Corte costituzionale è pur sempre potenzialmente gravida di conseguenze "politiche", sia pure limitatamente al fatto che così si impedisce alla Consulta un giudizio eventualmente demolitorio della legge, potenzialmente applicabile ad una serie indefinita di vicende processuali.

Insomma, sull'adempimento della classica funzione di "portiere" o di "doganiere", svolta dal giudice *a quo*, retroagisce l'anima ibrida del giudizio incidentale, che è allo stesso tempo *concreto* – nella misura in cui la sua genesi è radicata in un caso concreto – e *astratto*, in quanto potenzialmente in grado di trascendere, nei suoi esiti, il giudizio principale. Già sotto quest'aspetto, dunque, pure il lavoro dei giudici "comuni" ha forza politica in senso lato e incide sulla più ampia politicità che caratterizza l'operato del giudice delle leggi[11].

---

[9] Riprendiamo la sintetica definizione da R. BIN, *Diritti, giudici e poteri*, in *Quad. cost.*, 4/2013, 1049. Sul "costituzionalismo politico", v. O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit., 226 ss.

[10] Sul «fastidioso doppio significato del termine "politico" (…) che ha il suo fondamento in diversi riferimenti sistemici che noi dobbiamo tenere distinti», cfr. N. LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli 1990, 52.

[11] Sulla *vexata quaestio* della "politicità" delle Corti costituzionali, oltre al T. MARTINES, *Contributo*, cit., spec. 196 ss., v., più di recente, M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in AA.VV., *Studi in onore di L. Elia*, Milano 1999, 873 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La Corte in-politica*, in *Quad. cost.*, 2/2005, 273 ss., nonché per il tentativo di risalire, attraverso l'analisi delle decisioni costituzionali, ad una «dottrina» della Consulta sulla natura delle proprie funzioni, A. MORELLI, *Il ruolo e le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica dell'ordinamento democratico*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. Ruggeri, Napoli. 2006, 401 ss. Più di recente, cfr. inoltre A. SPADARO, *Sulla intrinseca "politicità" delle decisioni "giudiziarie" dei tribunali costituzionali*

Ci sono poi casi singolari nei quali l'aspetto appena descritto si ripresenta nella sua massima portata. Ne è un fulgido esempio la sent. n. 119/2015, su cui ritorneremo brevemente in seguito, in cui addirittura la Corte di Cassazione ha deciso di pronunciare d'ufficio, dopo l'inammissibilità del ricorso, un principio di diritto nell'interesse della legge – che non avrebbe potuto avere alcun effetto sulla vicenda all'origine del suo giudizio (ai sensi dello stesso art. 363 c.p.c) – ed ha contestualmente ritenuto necessario rivolgersi alla Consulta per un vaglio di costituzionalità sul divieto legislativo di accesso degli stranieri al servizio civile nazionale.

Per quanto, in teoria, il principio di separazione tra poteri si traduca anche nella distinzione fra la produzione della *disposizione* – di competenza legislativa – e la genesi della *norma*, compito degli operatori pratici (fra i quali i giudici), non v'è dubbio che il principio fissato in tal modo dalla Cassazione, senza alcun legame (se non genetico) con la vicenda processuale originaria, non è una mera norma da applicare ad un caso (oramai inesistente), ma si presenta *nei fatti* come l'enunciazione di una disposizione – a sua volta, interpretabile – che ha come unico scopo la produzione del diritto *per il futuro*. Sotto tale aspetto, cade la tradizionale visione dell'equilibrio costituzionale che vede il governo provvedere *per il presente,* il Parlamento disporre *per il futuro* ed i giudici decidere *per il passato* (ovvero: in relazione a fatti già accaduti)[12].

L'evoluzione qui appena accennata è legata, come si ricordava, anche alla vistosa ritrosia del legislatore ad intervenire in ambiti potenzialmente pericolosi sotto il profilo del consenso elettorale. Non stupisce dunque che, in assenza di una specifica legislazione, vi possano essere decisioni dei giudici "comuni" destinate a costituire un punto di snodo decisivo per lo sviluppo dell'ordinamento, contribuendo a costruire il «diritto senza legge»[13]. Viene alla mente, ad esempio, il *test* sviluppato dalla Corte di Cassazione nella triste vicenda Englaro al fine di decidere in quali casi si può procedere all'interruzione delle pratiche mediche salva-vita (alimentazione ed respirazione artificiali) [14]. Com'è noto, il processo argomentativo di normo-genesi è stato sviluppato a partire dai princìpi costituzionali e del diritto internazionale[15], in completa assenza di una normazione sulle direttive anticipate di trattamento nelle situazioni di fine vita. Sotto il profilo sostanziale, ben pochi giudici potranno in futuro ignorare tali indicazioni in presenza di una situazione simile, al di là del fatto che la decisione della Cassazione non è formalmente vincolante per altri casi.

Ma ancora molti altri esempi potrebbero farsi in ordine alla formazione di "filoni" diritto vivente particolarmente innovativi. Si pensi alle decisioni sulla *stepchild adoption* – istituto che consente al minore di essere adottato dal *partner* del proprio genitore biologico – e sulla "omogenitorialità", nelle quali, anche alla luce della Cedu (e della giurisprudenza della Corte edu) l'ampio risalto accordato al principio del "superiore interesse del minore" ha spinto, ad esempio, i giudici ad un'interpretazione

contemporanei, in *Federalismi.it*, 5/2017, 14, secondo cui, pur dovendosi considerare la supplenza della Consulta alle omissioni legislative una «*culpa felix*» – secondo la definizione di G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità),* in *Dig. (pubb.)*, IX, Torino 1994, 32 – si potrebbe riconoscere che «forse abbiamo preteso troppo dalla Corte costituzionale». In particolare, «(…) la soluzione del problema di un'eventuale eccesso di *politicità* della Corte non va ricercata sul piano degli "effetti" (pronunzie costituzionali), ma delle "cause" (inerzia o incapacità politico-legislativa del tandem Governo/Parlamento)». Su tale tema v. ora AA.VV., *Giudici e legislatori,* in *Dir. pubbl.*, 2/2016, 483 ss.

[12] Così T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, in ID., *Opere*, cit., Tomo I, Milano 2000, 500 s.

[13] … a sua volta costituito da diritti privi di copertura legislativa: cfr. A. MORELLI, *I diritti senza legge,* in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri,* cit., II, 1452 ss.; T. GAZZOLO, *Voce e scrittura del diritto,* cit., 49 ss.

[14] Cass. civ., sez. I, sent. 16 ottobre 2007, n. 21748.

[15] Basti pensare al principio del consenso informato – «il quale esprime una scelta di valore nel modo di concepire il rapporto tra medico e paziente, nel senso che detto rapporto appare fondato prima sui diritti del paziente e sulla sua libertà di autodeterminazione terapeutica che sui doveri del medico» – che per la Cassazione ha «un sicuro fondamento nelle norme della Costituzione» (artt. 2, 13 e 32), ma che trova riconoscimento anche nell'art. 5 della Convenzione (di Oviedo) del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, del il 4 aprile 1997 (resa esecutiva con la l. n. 145/2001), nonché come profilo del più generale diritto all'integrità della persona garantito dall'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (cfr. § 6 dei *Motivi della decisione*).

del tutto innovativa ed estensiva dell'art. 44, I c., della legge n. 184/1983 che, proprio per realizzare tale principio, consente l'adozione del minore "in casi particolari"[16].

Anche sotto questo punto di vista, l'attuale modello di Stato costituzionale non è affatto un «mero perfezionamento del modello classico di Stato di diritto»[17], ma il frutto di un cambiamento decisivo nel quale non solo la legge non è più schermo assoluto per la giurisdizione – che può tentare di superarla rimettendo gli atti alla Corte – ma le due funzioni, legislativa e giurisdizionale, sono poste «l'una a fianco dell'altra, entrambe di fronte alla Costituzione»[18]. Se i giudici possono attingere direttamente alla Carta fondamentale, non sorprende che essi siano chiamati in modo pressante alla c.d. interpretazione costituzionalmente conforme della legge. Allo stesso modo, è difficile oramai immaginare *diritti (costituzionali)… senza diritto,* sia perché le stesse norme costituzionali che li incorporano sono fonti del diritto, sia in quanto il compito di rispondere ad una domanda di giustizia implica che, in assenza di legislazione, il giudice si spinga ad individuare una regola per il caso anche ricavandola *direttamente* dalle norme costituzionali[19].

La struttura progressivamente complessa di tale architettura sembra mettere seriamente in dubbio l'assunto in base al quale politica e giurisdizione danno vita a una vera e propria *dicotomia*, intesa come rapporto fra due termini che ricomprendono tutto l'insieme e fra i quali, dunque, *tertium non datur*[20].

Semmai, pur condividendo le due funzioni il carattere della complessità, fra essi c'è una tensione data semmai dall'oscillazione fra l'evidente *diversità* e la potenziale esistenza di punti di contatto. Le differenze fra i due termini derivano da molteplici fattori, fra i quali: lo scopo delle operazioni svolte, il diverso tipo di procedimento, la presenza di norme in materia di indipendenza ed imparzialità (che riguardano particolarmente i giudici), gli effetti delle decisioni e la possibilità, propria del legislatore, di attivarsi senza un impulso esterno (a differenza dei giudici che ordinariamente pronunciano su domanda). Se il complesso di tali elementi assicura l'irriducibile diversità fra la funzione giurisdizionale e quella legislativa – facendo dunque salvo il fondamentale principio di separazione dei poteri – alcuni di questi elementi sembrano comunque subire una notevole evoluzione nello Stato costituzionale contemporaneo, all'interno di una fisiologica «tensione (…) tra due fuochi, come nella

[16] Cfr., ad es., la sentenza del Tribunale di Roma del 29 ottobre 2015. Fra i casi consentiti dalla norma viene in gioco segnatamente la lettera *d*), che si riferisce all'ipotesi in cui sia constatata l'impossibilità di affidamento preadottivo, da intendersi anche come impossibilità *giuridica* nell'interesse della minore, partorita a seguito di procreazione medicalmente assistita all'estero. Per il collegio, tale schema deve applicarsi anche all'ipotesi del convivente dello stesso sesso, che aveva seguito lo stato di gravidanza della *partner* ed instaurato con la minore un rapporto genitoriale di tipo significativo (ancorché non di lunga durata). Va ricordato che la stessa Corte di Cassazione si è pronunciata sulla riconducibilità della *stepchild adoption* ai "casi particolari" previsti dalla legge sulle adozioni con la sentenza n. 12692/2016, confermando l'adozione in un caso simile e ribadendo che in questo caso si «prescinde da un preesistente stato di abbandono del minore e può essere ammessa sempreché alla luce di una rigorosa indagine di fatto svolta dal giudice, realizzi effettivamente il preminente interesse del minore» (la decisione è consultabile in *Fam. dir.*, 11/2016, 1025, con nota di S. VERONESI, *La Corte di Cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*, 1034 ss.). In tema, cfr. almeno AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, a cura di F. Giuffrè e I. Nicotra, Napoli 2014 (e spec., per i dovuti distinguo, la relazione di sintesi di T. AULETTA, *Dai princìpi costituzionali al "diritto vivente". Riflessioni sullo sviluppo del diritto di famiglia e sulle prospettive future*, spec. 646 ss., nonché, nello stesso *Volume*, la *relazione di sintesi del secondo gruppo di lavoro*, su *famiglia e relazione*, di E. LAMARQUE, 591 ss.).

[17] Si tratta di un'affermazione alquanto pacifica in dottrina. Per tutti, cfr. da ultimo M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 8, ma *passim.*

[18] Così, nuovamente, M. FIORAVANTI, *Il legislatore*, cit., 8, secondo cui tale evoluzione – dallo «*Stato di diritto della tradizione*» allo «*Stato costituzionale del presente*» (p. 1) – non è solo un mero perfezionamento, ma fonda un vero e proprio nuovo assetto di poteri. In tema, ci permettiamo di segnalare qui un pregevole inedito: S. POLIMENI, *I controlimiti nel dialogo fra le Corti*, tesi di dottorato Università Mediterranea di Reggio Calabria, XXIX ciclo, 2017, 2 ss.

[19] In tema, cfr., fra gli altri, D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al Diritto: contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2, della Costituzione italiana*, Napoli 2008.

[20] Nelle diadi i due termini possono essere antitetici (e dunque: contraddittori) oppure complementari/convergenti (contrari). A partire da tale distinzione, l'eventuale passaggio ad una triade può avvenire: nel primo caso, «per sintesi e dialettica, o per negazione della negazione», ovvero eliminando il "contraddittore". Nel secondo caso, «per composizione», ovvero operando una convergenza fra i contrari: cfr. N. BOBBIO, *Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*, Roma 2014, 7 s.

figura geometrica dell'ellisse»[21]. Del resto, a differenza della dicotomia nella semplice diversità – che si avvicina piuttosto alla categoria logica della contrarietà – i due termini ideali non escludono ipotesi intermedie, ma, per definizione, l'uno non può assorbire l'altro[22]. In tal senso, il superamento dell'idea del giudice come bocca della legge si realizza anche in una maggiore porosità/contaminazione fra le due funzioni sotto alcuni profili. Così, ad esempio, come già ricordato, alcune decisioni giurisdizionali possono avere una forza *sostanzialmente erga omnes* e/o addirittura non spiegare alcun effetto su un caso concreto. Si danno poi evidenti casi di funzioni *para-giurisdizionali* esercitate da organi a composizione politico-partitica.

Il discorso diventa ancor più chiaro ove si sposti lo sguardo al versante della giurisprudenza costituzionale ed alle differenti ricostruzioni delle Corti come giudici o, secondo l'accezione che ne diede il "primo" Kelsen, come "legislatori negativi". La stessa Consulta, del resto, offre al giudice *a quo* una risposta fondamentale per la risoluzione del caso concreto, rispetta le norme del suo processo, ma, allo stesso tempo, può annullare una legge con effetti speculari a quelli realizzabili dal legislatore ed incidere con pari forza sul tessuto ordinamentale e sulla vita sociale e politica del Paese. In aggiunta, con una formula di sintesi, potrebbe dirsi che nella stessa attuazione di una Costituzione *per princìpi* intervengono diverse forme di discrezionalità – legislativa, giurisdizionale e "di garanzia" (tipica della Corte) – che inevitabilmente si intersecano.

Nel caso, dunque, della Corte costituzionale la natura di giudice peculiare ("di garanzia") si riflette su alcuni temperamenti della diversità della sua funzione rispetto a quella del legislatore. Si pensi non solo all'effetto *erga omnes* delle sue decisioni di accoglimento, ma anche all'uso "elastico" delle norme processuali. Si tratta, dunque, anche qui, di verificare se *nel complesso* il temperamento dei fattori di *diversità* rispetto alla funzione legislativa non diventi irragionevole e, comunque, tale da preservare nella funzione svolta dalla Consulta il tratto fondamentale dell'essere "giudice".

2. *La discrezionalità del legislatore fra giudici e Corti europee* – In tale quadro va ovviamente inquadrata la molteplicità di livelli di tutela dei diritti fondamentali, rispetto ai quali hanno assunto un peso rilevante le decisioni di giudici "esterni" agli equilibri interni fra i poteri dello Stato ed i loro rapporti con le Corti nazionali.

Il superamento dell'isolamento – o, com'è stata di recente definita, della "solitudine" – delle Corti interne pone in capo a queste ultime il compito di verificare, di volta in volta rispetto alle questioni concrete, se quella dei giudici europei si dimostri una buona o cattiva compagnia[23]. Il rischio, infatti,

[21] Su tale immagine, v. ancora M. FIORAVANTI, *Il legislatore*, cit., 18.

[22] La distinzione presuppone (pur non coincidendovi) la differenza fra i due diversi tipi di legittimazione – democratica e meta-democratica – di cui godono, rispettivamente, gli organi di indirizzo politico (direttamente o indirettamente) ed i giudici, compresi la Corte costituzionale. In tema, v. per tutti A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano 1994, *passim*. Per l'innesto, in tale quadro, anche di una terza forma di legittimazione, quella scientifica, cfr., dello stesso Autore, *Sulle tre forme di "legittimazione" (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in AA.VV., *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale* (Atti del Seminari di Parma svoltosi il 19-03-04), a cura di A. D'Aloia, Torino 2006, 569 ss. Anche qui, chiaramente, possono darsi. Da un lato, infatti, pure la Consulta possiede un'anima democratica (ancorché solo in via indiretta e parziale, ovvero attraverso l'elezione di una parte dei giudici ad opera del Parlamento in seduta comune), ma non può dirsi in alcun modo rappresentativa (cfr. V. CRISAFULLI, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in ID., *Stato, popolo, Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano 1985, 231), traendo piuttosto la sua legittimazione dalla funzione di garanzia della Costituzione (ivi compreso il principio democratico), allo stesso modo, potrebbe dirsi, del Pontefice cattolico, eletto dai cardinali ma, secondo il diritto canonico, non rappresentativo degli stessi. La *diversità* richiamata nel testo riguarda piuttosto le *modalità* di attuazione della Costituzione – e, dunque, le funzioni, la struttura dell'organo che le esercita e le norme che ne disciplinano l'esercizio – che ovviamente pur risentono delle differenze di legittimazione. Sul «doppio lato» – politico e giurisdizionale – dello Stato moderno e nello Stato costituzionale contemporaneo, cfr. M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione*, in AA.VV., *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, 2001, 3 ss.

[23] La terminologia è ripresa da S. CASSESE, *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino*, in *Ars interpretandi*, 1/2015, 21 ss. (e, in tema, utilizzata pure da F. SAITTO, *'Solitudine' delle corti costituzionali? Sindacato sulle misure di austerity e protezione dei diritti sociali tra giudici nazionali e Corte EDU*, in *Dir. pubbl.*, 1/2016, 421 ss.).

è che, divenuti oramai «parti di un sistema corale»[24], i giudici interni si ritrovino accanto a Corti esterne che utilizzano "chiavi" musicali differenti per interpretare gli "spartiti" (le disposizioni delle Carte sui diritti) e legate ad equilibri assai diversi da quelli consacrati nelle Costituzioni nazionali. In tal senso, la stessa immagine irenica del "dialogo fra le Corti" non riesce a nascondere l'esistenza di occasioni di conflitto fra l'ordinamento interno e quelli europei (dell'Unione o della CEDU) o di difficile "negoziazione" svolta dai giudici costituzionali nella prospettiva multi-livello, per quanto nel lungo periodo è facile notare diversi, reciproci adattamenti.

La stessa scelta della Consulta di ricorrere allo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione – prima nel giudizio in via principale e poi anche in quello incidentale – può valorizzare un importante strumento di cooperazione processuale inter-livello e, dunque, di "avvicinamento" fra le Corti. Ma, allo stesso tempo, rende potenzialmente più dirompente l'ipotesi di un eventuale dissidio, come dimostra il "caso Taricco", sul quale torneremo di qui a un momento. Più in generale, sarebbe molto più difficile sfuggire al c.d. «dilemma del porcospino», se non fosse per l'abilità delle Corti di gestire il conflitto sul piano del mutuo adattamento e/o del ricorso a sottili (ancorché spesso discusse) tecniche argomentative[25]. Del resto, se le relazioni fra le Corti non possono essere fondate su criteri di sotto- o di sovra-ordinazione – fra le stesse, trattandosi, piuttosto, di «un rapporto "a rete"»[26], solo il contestuale ricorso a strumenti di dialogo e di negoziazione del conflitto (o di gestione sul piano argomentativo) può evitare che le maglie della trama risultino soffocanti. In tal modo, anche attraverso la gestione del conflitto gli indirizzi delle diverse Corti possono nel tempo affinarsi e talvolta convergere.

Tale opera si mostra poi particolarmente delicata e talvolta assai ardua nell'ipotesi di pronunce delle Corti europee che incidano pesantemente sul rapporto fra giudici interni e legislatore statale. Formalmente, non v'è dubbio che il limite interno delle c.d. *political question* non riguarda allo stesso modo i giudici europei, essendo peraltro ben altra cosa il c.d. margine di apprezzamento che caratterizza la giurisprudenza della Corte EDU. Si potrebbe infatti sostenere che, mentre le *political question* "interne" definiscono un *domaine reservèè* del legislatore nazionale tendenzialmente stabile, il riconoscimento da parte della Corte EDU di un margine di apprezzamento statale ha una sua specifica finalità, un precipuo effetto ed un probabile corollario[27]. Innanzitutto, con tale strumento non si intende delimitare un preciso campo di azione sottratto alla giurisdizione statale, quanto e piuttosto preservare la complessiva flessibilità nei rapporti *fra gli Stati*. Inoltre, i confini rimessi al margine di apprezzamento degli Stati sono particolarmente mobili e sottesi dal principio di proporzionalità, potendo il giudice europeo estendere i margini del suo intervento al crescere della convergenza fra le legislazioni statali[28]. In terzo luogo e di conseguenza, «l'apertura verticale induce quella orizzontale. (…) giudici nazionali divengono interessati ad accertare quale sia la soluzione

[24] Cfr. nuovamente S. CASSESE, *op. ult. cit.*, 21.

[25] L'immagine di Schopenhauer evocata nel testo che allude, com'è noto, al dilemma di due creature che, nel tentativo di combattere il freddo, devono trovare la giusta distanza per avvicinarsi fra loro senza ferirsi reciprocamente – è stata da ultimo utilizzata proprio in relazione al dialogo fra le Corti in Europa da S. CASSESE, *op. ult. cit.*, cit., 30 (riprendendo uno spunto di P. Cruz Villalón), secondo cui anche queste ultime «debbono cercare il giusto equilibrio tra cooperazione e isolamento».

[26] Così M. CARTABIA, *Diritti, giudizi e conflitti*, in *Ars interpretandi*, 1/2015, 48.

[27] In tema, cfr. almeno F. DONATI-P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo,* in AA.VV, *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa,* a cura di P. Falzea, A. Spadaro e L. Ventura, Torino 2003, 65 ss., nonché, più di recente, M. LUGATO, *Riflessioni sulla base giuridica del margine di apprezzamento statale nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea,* 2-3/2012, 359 ss.

[28] Ovviamente, in tutti e due i casi perdura un'ampia penombra di discrezionalità delle Corti nell'individuazione di ciò che costituisce *political question* e degli ambiti che rientrano nel margine di apprezzamento statale (nonché dei contorni di tale margine e della loro evoluzione nel tempo). Sul primo aspetto, v. C. PIPERNO, *La Corte costituzionale e il limite di* political question, Milano 1991, nonché, più di recente, D. BELVEDERE, *Il "difetto di giurisdizione" della Corte costituzionale in presenza della discrezionalità del legislatore ed il "difficile" ruolo del giudice* a quo, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, cit., I, 221 ss.

legislativa data in altri Paesi a certi problemi, per le implicazioni che possono esservi nei conseguenti giudizi nazionali»[29].

Tuttavia, i due istituti – *self restraint* della Corte costituzionale a fronte di una *political question* e riconoscimento del *margine di apprezzamento statale* da parte delle Corti europee – possono facilmente incrociarsi, con effetti singolari e non poco problematici. L'ipotesi è resa possibile dalla natura esterna delle Carte dei diritti dell'Unione e del Consiglio d'Europa e dei relativi giudici che ne garantiscono l'osservanza. Difatti, esse pongono «obblighi di risultato che incombono allo Stato nel suo complesso, attraverso l'attività, cioè, di qualsiasi dei suoi organi»[30].

Ora, la circostanza per cui lo Stato membro dell'Unione o del Consiglio d'Europa risponde *nel suo complesso* per l'inadempimento degli obblighi internazionali o dell'Unione – dunque anche in conseguenza di decisioni giurisprudenziali – chiama in causa non soltanto le relazioni fra l'organizzazione sovra- o inter-nazionale e lo Stato membro, ma anche, in via conseguenziale, il rapporto interno fra legislatore e giudici.

Sono proprio questi ultimi – compresa la Corte costituzionale – a risentire in primo luogo di tale "pressione", ancor più insistente e assai pericolosa laddove i rapporti fra Stato ed organizzazioni inter- o sovra-nazionali investano una *political question* e addirittura nel caso in cui il rispetto della discrezionalità del legislatore statale sia invece imposto dal rispetto di un *principio supremo*, come nel caso della tassatività della fattispecie penale, dando vita alle note problematiche dei c.d. *controlimiti*[31].

Ne è un esempio recente l'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale, resa in via incidentale sulle questioni sollevate a fronte della decisione *Taricco* della Corte di giustizia che chiama i giudici nazionali a disapplicare le normative nazionali in tema di prescrizioni pregiudizievoli dell'art. 325 TFUE. In particolare, il giudice dell'Unione fa riferimento a misure che impediscano «di infliggere sanzioni effettive e dissuasive *in un numero considerevole di casi di frode grave* che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, o in cui preveda(no), per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea»[32].

Ora, la scelta della Consulta di operare in tal caso un rinvio pregiudiziale avviene al termine di un'ordinanza fondata in modo deciso su un assunto assai consueto nei rapporti "interni" col legislatore, ma qui messo in tensione dall'ardita scelta della Corte di Lussemburgo: il principio di tassatività delle norme penali, stante la natura *sostanziale* che la prescrizione assume nell'ordinamento italiano. Così, può leggersi che

[29] Così S. CASSESE, *op. ult. cit.*, 29.

[30] Così, con riferimento alla CEDU, E. CANNIZZARO, *I diritti degli "stranieri" nella Cedu*, in AA.VV., *Quattro lezioni sugli stranieri*, a cura di C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro, Napoli 2016, 36, secondo cui proprio tale natura degli obblighi convenzionali fa sì che «l'oggetto del controllo operato dalla Corte non riguard(i) generalmente l'esistenza di una situazione di conformità normativa fra gli ordinamenti degli Stati parte e le disposizioni convenzionali. Se così fosse, la Convenzione formulerebbe un obbligo di mezzi e non di risultato».

[31] Ovviamente, la stessa discrezionalità legislativa in materia non può tradursi in manifesta irragionevolezza o addirittura arbitrio, come dimostra anche di recente la sentenza n. 56/2016, in materia di sanzioni penali per reati paesaggistici, con la quale la Corte ha stigmatizzato, fra l'altro, l'irragionevole scelta del legislatore di punire più gravemente le condotte incidenti su beni sottoposti a vincoli provvedimentali – qualificate come delitti – rispetto a quelle incidenti su beni vincolati per legge, configurate come contravvenzione, e di delineare un complessivo trattamento sanzionatorio delle prime di gran lunga più severo rispetto a quello riservato alle seconde, che integrano invece una contravvenzione (art. 181-*bis* del codice dei beni culturali e del paesaggio, d. lgs. 42/2004, come modificato dalla l. n. 308/2004). Con la pronunzia, *riduttiva di disposizione*, è stata dichiarata l'illegittimità di due intere lettere (*a* e *b*) del menzionato articolo, con l'effetto di estendere alla prima tipologia di condotta quanto già previsto per la seconda, ovvero limitando la qualificazione di delitto paesaggistico ai soli interventi volumetrici di particolare consistenza. Cfr. A. NATALINI, *La "contravvenzionalizzazione" del delitto paesaggistico: il "sacrificio" del precetto (e del giudicato) in nome della (ir)ragionevolezza sanzionatoria*, in *dirittopenalecontemporaneo*, 2016.

[32] Cfr. decisione CGUE dell'8 settembre 2015 (C-105/14).

al giudice – s'intende: anche a quello europeo – «non possono spettare scelte basate su discrezionali valutazioni di politica criminale. In particolare il tempo necessario per la prescrizione di un reato e le operazioni giuridiche da compiersi per calcolarlo devono essere il frutto dell'applicazione, da parte del giudice penale, di regole legali sufficientemente determinate».

In questo caso, il rinvio non è solo un opportuno avviso di possibile rottura episodica del "dialogo", ovvero la premessa per l'attivazione dei contro-limiti[33]. È altresì il modo tangibile in cui il *tandem* giudici-Corte prova a reagire ad una inattesa e ardita sollecitazione dell'Unione europea. In altri termini, il fatto stesso che, pur dopo l'inaudito "via libera" della Corte di giustizia, alcuni giudici abbiano sollecitato l'intervento della Consulta anziché procedere alla verifica ed alla eventuale disapplicazione richiesta dal giudice dell'Unione è un freno importante ai tentativi di aggiramento del Tribunale costituzionale da parte della CGUE[34]. È chiaro, peraltro, che in questo caso ai giudici necessita comunque un chiarimento sul modo in cui i due ordinamenti si integrano con riguardo alla fattispecie al centro del "caso Taricco", che solo la Corte costituzionale può ed è legittimata a realizzare, pure a costo di intimare sostanzialmente al giudice dell'Unione il rispetto dei contro-limiti. Del resto, proprio attraverso la sua posizione ed un'innegabile autorevolezza, la Consulta può condurre la "negoziazione" necessaria per assicurare la garanzia dei diritti in gioco e, al contempo, per stimolare il legislatore ad intervenire al fine di assicurare una maggiore conformità dell'ordinamento interno ai princìpi del diritto dell'Unione.

L'occasione di dialogo viene dunque offerta dal giudice delle leggi con piena consapevolezza del proprio ruolo di custode della certezza dei diritti costituzionali – a fronte del rischio di opposti esiti giurisprudenziali – e, dunque, della stessa riserva in capo al legislatore statale in un ambito direttamente "fortificato" da un principio fondamentale, nonostante alla stessa Consulta sia ben chiara la necessità di rivedere la normativa italiana sulla prescrizione. Ma, se da un lato, la sentenza della Corte di giustizia può essere letta nel senso di un brusco azzeramento dei margini di apprezzamento

[33] La mossa è rimessa alla Corte di giustizia, la quale dovrà decidere se con la sua precedente sentenza «abbia ritenuto che il giudice nazionale debba dare applicazione alla regola anche quando essa confligge con un principio cardine dell'ordinamento italiano». L'ordinanza è valutata in termini positivi anche da A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in questa *Rivista*, *Studi*, 2017/I, 81 ss.. Sulla vicenda Taricco si è già formata una ricchissima bibliografia. Oltre al contributo già citato – ed a quelli richiamati in seguito – ci limitiamo a ricordare, fra gli altri: AA.VV., *I Controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Napoli 2017; R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4 luglio 2016, nonché, nella stessa *Rivista*, V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco". Note minime all'ordinanza della Corte Costituzionale n. 24 del 2017*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 febbraio 2017; F. BAILO, *Il principio di legalità in materia penale quale controlimite all'ordinamento eurounitario: una decisione interlocutoria (ma non troppo!) della Corte costituzionale dopo il caso Taricco*, in questa *Rivista*, *Studi*, 2017/I, 95 ss.; G. PICCIRILLI, *L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida (nota a Corte cost., ord. n. 24/2017)*, in questa *Rivista*, *Studi*, 2017/I, 125 ss.

[34] In verità, in questi casi il rischio che i giudici diano direttamente seguito alle indicazioni della Corte di giustizia, disapplicando la legge e così aggirando il giudice delle leggi, non è affatto improbabile. Per alcuni esempi – con esiti per giunta opposti – v. D. TEGA, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari:* narrowing the dialogue, in *Forum di Quaderni Costituzionali* 6 marzo 2017, 1 (che cita le decisioni della Corte di Cassazione nn. 44584/2016 e 2210/2015). Per A. GUAZZAROTTI, *I paradossi della vicenda Taricco*, in *LaCostituzione.info*, come accaduto in altre occasioni, anche qui «i giudici nazionali cercano di allearsi con il giudice europeo per scardinare un insieme di lacci e laccioli apprestato dal legislatore nazionale per ostacolare il loro perseguimento della giustizia (garantendo l'impunità rispetto a reati difficili da indagare e perseguire)». In ogni caso, l'A. rileva che in questo caso la Corte di giustizia utilizza surrettiziamente il rinvio pregiudiziale in luogo del naturale rimedio che dovrebbe attivare la Commissione europea, ovvero la procedura di infrazione – con la quale lo Stato rimane libero di stabilire le modalità di adempimento dell'obbligo di rimediare alla violazione eventualmente accertata – che tuttavia presenta un alto tasso di politicità (e, dunque, potenzialmente, di ineffettività). Ma, si afferma, proprio a tale rimedio si dovrebbe infine ricorrere nel caso in cui la Corte di giustizia si rifiutasse di "collaborare" e la Consulta attivasse i contro-limiti annullando *in parte qua* la legge di esecuzione dei Trattati dell'Unione. In verità, come si ricorda più avanti nel testo, nella stessa ordinanza di rinvio la Consulta si muove con piglio su due fronti, non solo suggerendo alla Corte di giustizia una rivalutazione della sua decisione, ma tentando di spostare il piano del conflitto sui rapporti fra Unione e legislatore statale.

nell'individuazione degli strumenti necessari per garantire il rispetto dell'art. 325 TFUE, dall'altro lato il nostro giudice delle leggi svolge il suo "controllo d'identità" con altrettanta fermezza, individuando i precisi limiti di intervento in una *political question* che incrocia, allo stesso tempo, una *constitutional basic feature*[35].

È interessante, poi, che la Corte avvii due processi fra loro complementari. Il primo si fonda sulla formale richiesta di collaborazione del giudice dell'Unione[36] attraverso la rivalutazione della sua stessa decisione alla luce, fra l'altro, del principio della tutela più intensa di cui all'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, che fa salve le garanzie più estese dei diritti eventualmente accordate dalle stesse Costituzioni nazionali. In questo caso, per la Consulta la tutela offerta nel nostro ordinamento è più garantista rispetto a quelle offerte dall'art. 49 della Carta di Nizza e dallo stesso art. 7 della CEDU. Tale prima indicazione è dunque un'offerta serrata di "dialogo", all'interno di una ordinanza garbata nello stile ma dotata di insolita «assertività» (e, per alcuni tratti, di non poca aggressività)[37].

Il secondo consiste nella "ricollocazione" del conflitto. In particolare, la Consulta tenta di sfuggire al pericolo di una tensione interna riconoscendo, da un lato, l'effettivo rischio di violazione dell'art. 325 TFUE, ma, dall'altro lato, riposizionando il conflitto sul piano della responsabilità statale per violazione dei Trattati. Tuttavia, poiché, tale responsabilità può derivare notoriamente anche da decisioni dei giudici interni – compresa la Corte costituzionale – tale passaggio è ancor più emblematico. Sembra infatti che la Consulta voglia alludere al fatto che, a prescindere da ogni questione di responsabilità statale, non le si può chiedere di tradire la ragione profonda della sua stessa funzione di garanzia: la difesa dell'identità costituzionale nazionale (se si vuole: del nucleo duro costituzionale). Né può seriamente pensarsi che la c.d. "europeizzazione" dei contro-limiti determinata dall'art. 4, TUE, possa indurre facilmente la Corte costituzionale ad abdicare alla sua funzione essenziale di custode delle *constitutional basic features* lasciando al giudice dell'Union il compito di individuare ciò che costituisce "identità nazionale", specie di fronte al rischio di avere un "gioco a somma negativa".

Insomma, la Corte di giustizia non può imporre alla Consulta una sorta di auto-delegittimazione, se è vero che, si ripete, Costituzione e giudice delle leggi *simul stabunt, simul cadent* e che il livello di garanzia dei princìpi fondamentali e dei diritti inviolabili costituisce – all'interno di un sistema «corale» di giudici, interni ed esterni – ciò che resta del "diritto all'ultima parola" dei Tribunali costituzionali. È questa, in definitiva, la *chiave delle chiavi* di interpretazione di ogni "spartito" sui diritti: il pericolo di profonda alterazione dell'equilibrio costituzionale nella tutela dei diritti fondamentali e la preferenza per scelte che lo rendano dinamicamente ottimale. Al di là, dunque, dell'esito di questo "botta e risposta" con il giudice dell'Unione, saggiamente la Consulta rimette comunque al legislatore il compito provvedere ad una modifica della disciplina che rispetti, allo stesso tempo, il diritto dell'Unione ed i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione.

Pure al di fuori, comunque, di tali veri e propri *hard cases*, la necessità di muoversi su due tavoli – quello, interno, dei rapporti con la discrezionalità del legislatore e quello, esterno, del "dialogo" con le Corti europee – ha indotto più volte la Consulta ad introdurre, non senza una buona dose d'inventiva, moduli argomentativi particolarmente creativi (e non poco discussi). Così è avvenuto, ad esempio, in un altro campo "privilegiato" di tensioni con le Corti d'Europa qual è il sindacato sulle scelte statali (particolarmente costose) in materia di diritti sociali, dove pure in verità il rapporto con i giudici europei potrebbe offrire una sponda utile per riassestare gli stessi rapporti col legislatore[38].

---

[35] Sul rapporto fra contro-limiti ed identità nazionale, rinviamo ancora a S. POLIMENI, *I controlimiti nel dialogo fra le Corti*, cit.

[36] … che in verità ostenta toni piuttosto ultimativi: cfr. A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta*, cit.

[37] Così D. TEGA, *Il tono dell'ordinanza,* cit., 1.

[38] Per M. CARTABIA, *Diritti*, cit., 39, «Probabilmente, una certa diffusa timidezza delle istituzioni politico-rappresentative, unitamente al fatto di operare in un quadro costituzionale composito come è quello dell'Europa contemporanea – in cui neppure le Corti supreme si trovano in posizione solitaria al vertice del sistema giurisdizionale, dato che, specie in materia di tutela dei diritti individuali, condividono responsabilità e competenze con altre corti e giudici

In tale sforzo, è emblematico l'indirizzo della nostra Corte costituzionale volto a reinterpretare le sentenze della Corte di giustizia in modo da individuarne la sostanza e cogliere i margini di discrezionalità che essa lascia agli Stati, come accade pure in casi relativi alla tutela dei diritti sociali e sulla base di una differente prospettiva di valutazione da cui muove la Consulta, necessariamente «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto tra loro», a fronte, invece, di un giudizio *caso per caso* delle Corti europee[39].

Nel complesso, è evidente che la giurisprudenza delle Corti europee non tiene spesso conto dei limiti dei Tribunali costituzionali statali, che devono fare i conti con la propria legittimazione interna al sistema statale, alla luce dell'intreccio fra il loro destino e quello della stessa Carta fondamentale. Al punto che ci si è provocatoriamente chiesti se quella svolta dai giudici europei sia «un'effettiva funzione giurisdizionale in assenza dei suoi termini dialettici, cioè una comunità sociale e un potere politico»[40].

Difatti, se pure in particolare la Corte di giustizia sembra esercitare in pienezza tale funzione in sede di decisioni interne al proprio ordinamento di origine – si pensi al giudizio di validità della Corte di giustizia sulle fonti comunitarie derivate – nei rapporti con gli Stati il loro essere giudici è singolarmente privo di un aspetto tradizionalmente legato alla funzione giurisdizionale, ovvero l'inserimento in un preciso rapporto di separazione con la sfera di discrezionalità legislativa e l'essere soggetti alla legge (dei singoli Stati). Peraltro, il ricorso al rinvio pregiudiziale ad opera dei giudici nazionali intreccia inevitabilmente le due prospettive ed apre il campo ad insolite iniziative della Corte di giustizia, come quella qui descritta, che chiamano anche le giurisdizioni nazionali a svincolarsi dai limiti interni, magari attraverso la disapplicazione delle norme interne e nonostante l'esistenza di specifici vincoli costituzionali per i giudici "comuni", a partire dall'art. 101, II c., Cost. In questo, la funzione svolta dalla Corte di giustizia – e un po' meno della Corte di Strasburgo, che ordinariamente interviene dopo l'esaurimento degli ordinari rimedi giurisdizionali interni – sembra premere per una svolta tale da compromettere eccessivamente quella *contrarietà* rispetto alla funzione legislativa che ancora deve contraddistinguere la *iurisdictio* nello Stato costituzionale contemporaneo.

Tale differenza costituisce, del resto, uno dei limiti attuali alla costruzione "federale" dei rapporti fra le Corti interne e quelle europee, anche rispetto al funzionamento dell'Unione europea[41], accanto all'assenza di una piena unità politica[42].

– influenza l'atteggiamento complessivo delle autorità giudiziarie, spingendole a non rifuggire da decisioni controverse e divisive e rendendole a loro volta fattori attivi della dialettica giurisdizionale».

[39] Cfr. sent. 264 del 2012 (ma v. pure la sent. n. 85/2013 sul caso ILVA). Sulle ragioni delle diverse prospettive da cui muovono, rispettivamente, la Corte costituzionale e le Corti europee, v. da ultimo M. CARTABIA, *Diritti,* cit., spec. 39 ss.

[40] Così R. BIN, *Diritti,* cit., 1054. Ma v. pure nuovamente M. CARTABIA, *Diritti,* cit., 43.

[41] … cui si aggiunge il duplice difetto formale di giurisdizione: *a*) della Corte di giustizia nel giudicare l'invalidità degli atti statali e *b*) della Corte costituzionale nel giudicare l'invalidità delle fonti dell'Unione. Che poi un sostanziale avvicinamento a tale obiettivo si sia fin qui realizzato o ipotizzato per vie traverse (rispettivamente: rinvio pregiudiziale di interpretazione e giudizio di legittimità costituzionale sulla legge di esecuzione dei Trattati in presenza di un contrasto fra una fonte comunitaria ed il nucleo duro costituzionale), questo non fa che confermare la mancanza di un vero federalismo giudiziario (e di una *Supreme Court*) all'interno dell'Unione Europea.

[42] È chiaro poi che una tale trasformazione difficilmente può aversi senza che siano affrontati i problemi derivanti dall'attuale struttura bicefala della "giustizia" europea (Corte di giustizia/Corte EDU). Da un lato, l'idea che il giudice dell'Unione possa in futuro assorbire le funzioni della seconda sulla base di una sola *Carta europea dei diritti* – sulla quale v. A. SPADARO, *Una (sola) Corte per l'Europa,* in AA.VV., spec. 560 ss. – sembra per ora parecchio lontana dalla sua realizzazione, soprattutto se si tiene conto del persistente, limitato ambito di estensione dell'attuale Carta di Nizza (formalmente coincidente con il campo di applicazione del diritto dell'Unione, sia pure con l'applicazione potenzialmente trasversale del principio di non discriminazione). Dall'altro lato, in relazione all'ipotesi speculare (la Corte EDU come *unico* giudice europeo), il processo di adesione dell'Unione al Consiglio d'Europa ha subìto una brusca battuta d'arresto con il parere n. 2/13 della Corte di giustizia proprio in vista delle notevoli conseguenze che essa avrebbe determinato in ordine ai poteri "di chiusura" del giudice della Convenzione, alle quali peraltro si potrebbero aggiungere, secondo alcuni, i rischi di «una pericolosa deriva, poiché (si) sminuirebbe il valore e la portata della Carta di Nizza, ben più avanzati della CEDU» (cfr. nuovamente A. SPADARO, *op. ult. cit.*, 563).

E tale inestricabile legame si irradia oramai da tempo verso lo stesso operato degli altri giudici nazionali, protagonisti crescenti nel nostro sistema di giustizia costituzionale, su cui gravano, inevitabilmente, onori ed oneri in un controllo di costituzionalità che oramai implica anche valutazioni di convenzionalità e osservanza del diritto eurounitario.

3. *Il tramonto (definitivo?) della* political question doctrine *in materia elettorale. Dalla "legge truffa" alla sentenza n. 1 del 2014* – La delicatezza nei rapporti fra Corte e legislatore in materia elettorale è sempre stata ben chiara alla dottrina costituzionalistica. Al punto che per alcuni studiosi apparve sin da subito insostenibile tanto l'idea che un sistema elettorale potesse realizzare l'eguaglianza matematica o assoluta del peso del voto *in uscita,* sia che il sistema elettorale in senso stretto avrebbe dovuto costituire per il giudice delle leggi una *political question doctrine* e dunque un ambito precluso ad un qualsivoglia giudizio di ragionevolezza. Considerato lo sviluppo nel lungo periodo, sembrano più che mai profetiche e stimolanti le conclusioni, in tema di uguaglianza, di un autorevole studioso, secondo cui:

«(…) rientra fra i compiti della Corte costituzionale di sindacare gli arbitri possibili in tal campo, ed anzi di tracciare – ove sia necessario – una precisa linea distintiva tra gli arbitrii medesimi e le classificazioni rispettose della parità di trattamento. Né questo importa che la Corte esautori il legislatore, trasformandosi da interprete del testo costituzionale in produttore di nuovo diritto. Anche nelle ipotesi estreme or ora accennate, la distinzione della competenza resta ferma, giacché la potestà legislativa conserva sempre – come s'è notato – un ambito larghissimo di valutazioni incontrollabili, per lo meno dal punto di vista del principio d'eguaglianza»[43].

Partendo dunque dal presupposto che un controllo di costituzionalità sul sistema elettorale in senso stretto non comporta per ciò stesso un esautoramento della funzione legislativa e lascia ferma la distinzione di competenze rispetto alla giurisdizione costituzionale, il punto decisivo viene costituito dai confini del sindacato di ragionevolezza, che, secondo tale tesi, dovrebbe limitarsi ad individuare le ipotesi di arbitrio del legislatore.

In sostanza, deve escludersi che l'eguaglianza in uscita nelle elezioni possa essere assoluta e matematica. A ragionare diversamente, si dovrebbe trarre la conclusione della compatibilità con la Costituzione del solo sistema proporzionale, per quanto anche questo, se può meglio approssimarsi a tale forma di eguaglianza, difficilmente può garantirne la realizzazione ideale ed integrale.

In effetti, l'argomento dell'*eguaglianza sostanziale* del voto di ciascun cittadino fu una delle censure di incostituzionalità più penetranti rivolte dalle opposizioni alla legge De Gasperi (c.d. "legge truffa") del 1953[44]. Anche chi non accoglieva la tesi della costituzionalizzazione implicita del sistema proporzionale riconosceva che «se tale eguaglianza in materia elettorale significasse *eguaglianza sostanziale* del voto di ciascun cittadino, si dovrebbe trarre la logica conseguenza che nessun altro sistema sarebbe ammissibile se non quello indicato»[45].

---

[43] Così L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza,* Milano 1965, 314 s. In tema, cfr. M.S PIRETTI, *La legge truffa. Il fallimento dell'ingegneria politica,* Bologna 2003.

[44] … fra gli altri, da P. CALAMANDREI, *Incoscienza costituzionale,* in *Il Ponte,* 1952, 1185. Sulla tesi che negava la legittimità costituzionale di qualsiasi sistema maggioritario, pure in un'eventuale applicazione relativa, cfr. C. LAVAGNA *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1952, 848 ss. Tuttavia, si v. anche, dello stesso A., le *Istituzioni di diritto pubblico*[2], Torino 1973, 558, in cui affermava l'incostituzionalità di un sistema uninominale «puro e semplice» – ovvero senza correttivi – precisando che sarebbe stato invece ammissibile qualora «fosse tale da realizzare, attraverso determinati accorgimenti e per la riduzione del numero dei partiti, una rappresentanza molto ampia delle minoranze». Cosa ancora più interessante è che l'A. chiarisca che la valutazione di costituzionalità di una legge elettorale «dipenderebbe (…) dalla concreta sociologia elettorale» – e, dovrebbe dirsi, dalla potenziale strutturazione dei partiti, che dunque, almeno in teoria, non potrebbero costituire meri inconvenienti di fatto).

[45] Così, F. PIERANDREI, *Considerazioni giuridiche sulle ultime elezioni politiche italiane e sulle leggi ad esse relative,* in *Jus,* 1953 e successivamente in ID., *Scritti di diritto costituzionale,* Torino 1965, 279.

Tra i più accesi detrattori del premio si segnalava che – a fronte del principio di eguaglianza degli elettori senza distinzione per opinioni politiche (derivante dal combinato disposto dell'art. 3 e dell'art. 48 della Costituzione) – il termine "voto eguale" non comportasse solo l'esclusione del voto plurimo o multiplo, ma anche, in fase di trasformazione dei voti in seggi, l'illegittimità dell'attribuzione *ex lege* di un valore superiore ai voti dati a determinate liste rispetto a quello attribuito ad altre liste. Il premio, peraltro, avrebbe inciso in modo inammissibile anche sull'elettorato passivo – imponendo ai candidati delle liste di opposizione un numero di voti più alto rispetto a quello sufficiente per l'elezione dei candidati di maggioranza – e sullo stesso art. 49 Cost, ovvero sulla capacità dei partiti di influire sulla politica nazionale in base alla loro effettiva forza elettorale[46].

Tale tesi, non priva di fascino ma decisamente minoritaria in dottrina, fu anche confutata dalla Corte costituzionale a partire da una risalente pronunzia in cui il principio di eguaglianza del voto di cui all'art. 48 Cost. venne declinato in senso esclusivamente *formale*, ovvero nella prospettiva dell'eguaglianza in entrata – con esclusione, dunque, del voto plurimo e del voto multiplo – ritenendosi, invece, che il principio di uguaglianza non si estendesse al risultato concreto della manifestazione di volontà dell'elettore[47]. In tal senso:

«Ciascun voto, quindi, nella competizione elettorale, contribuisce potenzialmente e con pari efficacia alla formazione degli organi elettivi dell'amministrazione locale. Ma (…) il principio dell'eguaglianza non si estende, altresì, al risultato concreto della manifestazione di volontà dell'elettore. Risultato che dipende, invece, esclusivamente dal sistema che il legislatore ordinario, non avendo la Costituzione disposto al riguardo, ha adottato per le elezioni politiche e amministrative, in relazione alle mutevoli esigenze che si ricollegano alle consultazioni popolari».

Tuttavia, da un lato, con la sentenza in esame, di infondatezza, la Corte giudicò nel merito un particolare profilo – la nullità delle schede non vidimate prima dello spoglio – della legge di elezione degli organi delle amministrazioni comunali e dei Consigli provinciali, così escludendo l'esistenza di una *political question* in relazione all'intera materia elettorale. Dall'altro lato, rispetto alle formule di trasformazione dei voti in seggi, più che una *political question* il ragionamento della Corte sembra quasi alludere non solo ad una *decostituzionalizzazione* della materia, ma all'esistenza, in questo caso, di un ambito *costituzionalmente irrilevante* o quantomeno non coperto dagli artt. 3 e 48 Cost. Più tardi (sent. cost. n. 172/1999), infatti – sebbene in relazione ad altro ambito – la Corte ci ricorderà che esiste uno «spazio vuoto di diritto costituzionale», nel quale il legislatore può far pieno uso del «proprio potere discrezionale».

[46] Va appena ricordato che, in base alla legge n. 148 del 1953, venivano garantiti, a titolo di premio, 380 seggi alla Camera al gruppo di liste collegate che avessero raggiunto la maggioranza assoluta dei voti validi. Tale cifra assoluta di seggi sarebbe corrisposta al 64.01% dei seggi complessivi, considerato che, all'epoca, il numero dei seggi era variabile e determinato in base all'entità della popolazione. Si trattava dunque di un premio solo eventuale e *majority reinforcing*, diretto cioè a rinforzare una maggioranza già esistente. Per una serrata critica alla tesi della compatibilità con la Costituzione dei soli sistemi elettorali proporzionali, cfr. F. PIERANDREI, *Considerazioni giuridiche*, cit., 282 ss., secondo cui, «se tutto ciò fosse vero, si dovrebbe anche conchiudere che, oltre la Camera, nemmeno il Senato potrebbe essere eletto con un sistema diverso da quello proporzionale giacché la Costituzione, quanto al metodo delle elezioni, detta la medesima assai ampia formula per ambedue le Assemblee ("suffragio universale e diretto", artt. 56 e 58) e in generale disciplina le stesse Assemblee nell'identico modo» (p. 283). A ciò si aggiunge, secondo l'A., la circostanza dirimente per cui, a differenza di quanto si ritenne preferibile per la Camera, la Costituente votò un ordine del giorno secondo cui avrebbe dovuto essere costituito il Senato con il sistema maggioritario a collegio uninominale. Com'è noto, nel momento in cui fu approvata la legge n. 148 del 1953 la normativa vigente di elezione del Senato (l. n. 29 del 1948) prevedeva un sistema maggioritario di assegnazione dei seggi in collegi uninominali *supermajority*, con eventuale applicazione residuale del criterio proporzionale in circoscrizioni regionali per la ripartizione dei seggi non assegnati nei collegi in cui nessun candidato avesse ottenuto il 65% dei voti validi. Tuttavia, a causa dell'altissima maggioranza richiesta, il sistema "residuale' (proporzionale) divenne da subito il meccanismo principale di ripartizione dei seggi del Senato. Basti pensare che nelle elezioni del 1948 solo 15 su 237 seggi furono assegnati nei collegi uninominali.

[47] Sent. n. 43 del 1961.

A fronte della completa chiusura della Corte è significativo che proprio in quel periodo un'attenta dottrina invitava a considerare «i veri problemi» che si sarebbero posti in questo ambito, riconducendoli proprio all'individuazione di un limite alla manipolazione del peso del voto *in uscita*. Posto che nessun sistema elettorale può mai garantire un'eguaglianza assoluta o matematica – e che dunque l'eguaglianza in questo ambito è sempre relativa – il delicato compito della Corte di tracciare «una precisa linea distintiva tra gli arbitrii medesimi e le classificazioni rispettose della parità di trattamento», richiedendo dunque alla legislazione elettorale un «minimo di ragionevolezza», induce tale dottrina a proporre alcune esemplificazioni, più che mai attuali, sia in relazione all'entità delle soglie di sbarramento, sia in ordine alle caratteristiche del premio di maggioranza[48].

Per quasi cinquant'anni la possibilità di un controllo da parte della Corte sulla ragionevolezza dei sistemi in senso stretto di elezione delle Camere era rimasta confinata agli studi della dottrina, mentre non erano mancate decisioni relative alla legislazione elettorale di contorno (incompatibilità, ineleggibilità, par condicio, etc.). Con la sentenza di accoglimento n. 1 del 2014, com'è noto, la Consulta rompe gli indugi dopo molteplici moniti espressi in svariate sedi.

In verità, il fatto che il giudizio di costituzionalità sia stato aperto alle ipotesi di "manifesta irragionevolezza" della legge di elezione delle Camere mostra anche qui la tendenza della Consulta ad intervenire in materie politicamente delicate con un margine molto ampio di tolleranza, secondo uno schema affatto simile al controllo sul «minimo di ragionevolezza» indicato da Paladin. È pur vero che il giudice delle leggi sconta inevitabilmente l'aporia logica di un giudizio di costituzionalità che potrebbe in teoria lasciar salve leggi elettorali pur irragionevoli, ma "non in modo manifesto", similmente a quanto può dirsi per il discutibile controllo sull'*evidente* mancanza di presupposti di necessità e di urgenza del decreto legge[49]. Probabilmente, però, qui in misura maggiore che in altre occasioni analoghe, è ancor più in gioco il rischio di una eccessiva politicizzazione della Corte o, se si vuole, il rischio di avventurarsi in un terreno assai scivoloso per la sua legittimazione. In altri termini, la delimitazione dell'ambito di giudizio ai soli casi di manifesta irragionevolezza costituisce uno degli elementi sostanziali del suo giudizio – oltre a quelli processuali cui si farà riferimento in seguito – che possono far funzionare in modo fisiologico la *diversità* esistente fra la funzione giurisdizionale e quella legislativa. Tuttavia, evidentemente, ciò può essere accolto fino in fondo solo nella prospettiva di una lenta ma graduale capacità del giudice delle leggi di porre progressivamente argini più chiari alla discrezionalità del legislatore in materia elettorale.

4. *L'assenza di stringenti indicazioni delle Corti europee* – Il richiamo finora svolto al c.d. dialogo fra le Corti, come fra poco si vedrà, non è *ultroneo* rispetto al tema centrale, la materia elettorale, di questo scritto. Va infatti ricordato che il nostro ordinamento non ha ricevuto indicazioni stringenti da parte delle Corti europee in relazione ai meccanismi di trasformazione dei voti in seggi. È pure vero che la Corte EDU ha sviluppato una consolidata giurisprudenza in materia elettorale, ma in relazione soprattutto ad aspetti di fondo, come la titolarità del diritto di voto, il suo libero esercizio ed i limiti all'elettorato passivo[50].

---

[48] Ci riferiamo ancora una volta al contributo di L. PALADIN, *Il principio costituzionale*, cit., secondo cui, ad esempio, «può essere valida la previsione per cui non competa la rappresentanza ai partiti che non abbiano raggiunto una cifra elettorale superiore al 5% della massa dei voti, ma sembra già molto discutibile l'elevazione del "quorum" al 10%. Ed inversamente è certo che non sarebbe conforme all'art. 3, I comma, una nuova legge Acerbo; ma non è forse impedita la possibilità di stabilire "premi di maggioranza" meno esorbitanti (sebbene tutti i premi in quanto tali diano luogo a "manipolazioni" dei sistemi elettorali e dunque rappresentino sensibili incoerenze del legislatore rispetto alle proprie premesse generali)».

[49] Lo ricorda A. RUGGERI, *La Corte alla sofferta ricerca*, cit., 5.

[50] In materia di limitazione del diritto di voto, cfr. M. OLIVETTI. *Il dilemma del prigioniero. Riflessioni critiche sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di limitazione del diritto di voto a seguito di una condanna penale*, in *Dir. soc.*, 4/2013, 583 ss.; F.R. DAU, *La Corte europea dei diritti dell'uomo ed il diritto ad elezioni libere. In merito alle pronunce Tanase c. Moldavia e Namat Aliyev c. Azerbaijan*, in *Federalismi.it*, 21/2012. Sulle limitazioni all'elettorato passivo per motivi etnici si possono richiamare la sentenza *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* del 22 dicembre 2009 – nella quale fu riscontrata la violazione del principio di non discriminazione di cui all'art. 14 Cedu in combinato disposto con l'art. 3, del Protocollo n. 1 – nonché, sempre rispetto allo stesso ordinamento

Anche su tali ambiti, peraltro, il giudice della Convenzione ha riconosciuto al legislatore statale un ampio margine di apprezzamento che, al di là delle affermazioni di principio, sembra comunque espandersi quanto più ci si avvicina al controllo sui meccanismi di trasformazione dei voti in seggi e, dunque, sulla c.d. eguaglianza in uscita[51], come ampiamente confermato dalle indicazioni rinvenibili nella sentenza *Yumak* e *Sadak*, riassuntive di una consolidata giurisprudenza[52].

La scarsa incidenza della Corte europea sui meccanismi di trasformazione dei voti in seggi viene dimostrata non solo da quest'ultima decisione – particolarmente emblematica, perché relativa alla soglia di sbarramento nazionale del 10% prevista dalla legge elettorale turca[53] – ma anche da quelle

statale, la decisione *Zornić v. Bosnia and Herzegovina*, del 15 luglio 2014, in cui rileva anche il mancato adempimento dell'obbligo di esecuzione della prima sentenza. Da ultimo, ma in relazione all'ingiustificata compressione del diritto di voto in base al requisito della residenza, si consideri la pronunzia *Pilav c. Bosnia Erzegovina* del 9 giugno 2016.

[51] Per una sintetica ed efficace ricostruzione, cfr. L. TRUCCO, *Il caso Mathieu-Mohin e Clerfayt*, in AA.VV., *Dieci casi sui diritti in Europa*, a cura di M. Cartabia, Bologna 2011, 237 ss., cui *adde* D. GIROTTO, *Giudicare le elezioni: l'implementazione dei principi codificati dal Consiglio d'Europa e il caso italiano*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4/2011, 2563 ss.**;** C. CIUFFETTI, *Il diritto a libere elezioni: orientamenti del Consiglio d'Europa e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Federalismi.it*, 4/2013.

[52] Nella sentenza *Yumak* e *Sadak* c. *Turchia* dell'8 luglio 2008 la Corte ha sintetizzato sei punti chiave della sua «consolidata giurisprudenza» sull'art. 3 del Protocollo n° 1 della Convenzione: a) tale articolo ha ad oggetto diritti individuali: il diritto di voto e quello di candidarsi alle elezioni; b) tali diritti «non sono assoluti. Essi possono essere soggetti al delle "limitazioni implicite" e gli Stati contraenti godono in materia di un ampio margine di apprezzamento»; c) La nozione di "limitazione implicita" che deriva dall'articolo 3 del Protocollo n°1 «riveste una importanza ancora più grande quando si tratta di stabilire la legittimità dei fini perseguiti dalle limitazioni ai diritti garantiti da siffatte disposizioni». In particolare, non essendoci una lista tassativa di scopi legittimi, gli Stati contraenti per giustificare l'applicazione di una restrizione, possono fondarsi liberamente su di uno scopo che non figuri in modo espresso, a condizione che la compatibilità di tale scopo col principio di supremazia del diritto e con gli obiettivi generali della Convenzione risulti confermata dalle circostanze del caso. In tale ipotesi il giudizio della Corte è guidato da due criteri, dovendosi «ricercare da un lato se vi sia stata arbitrarietà o mancanza di proporzionalità, e d'altra parte (…) verificare se la restrizione abbia leso la libertà di espressione dell'opinione della popolazione»; d) in ogni caso «nessuna delle condizioni di cui sopra deve ostacolare la libera espressione del popolo relativamente alla scelta del corpo legislativo – in altre parole, esse devono riflettere, o comunque non contraddire, la necessità di mantenere l'integrità e l'effettività di una procedura elettorale diretta a determinare la volontà della popolazione attraverso il suffragio universale»; e) «per quanto concerne il diritto di candidarsi alle elezioni, e cioè il versante «passivo» dei diritti garantiti dall'articolo 3 del Protocollo n° 1, la Corte deve mostrarsi in questo ambito ancora più prudente nella valutazione delle restrizioni di quanto non lo sia quando essa è chiamata ad esaminare le restrizioni al diritto di voto», valutando se sussista, in tema di accertamento delle ineleggibilità, una procedura «dotata delle garanzie sufficienti e necessarie per impedire un uso arbitrario di tale potere»; f) «una volta che la popolazione abbia operato liberamente e democraticamente la sua scelta, nessuna ulteriore modificazione nell'organizzazione delle elezioni potrà mai mettere in discussione tale scelta, eccetto che in presenza di ragioni imperative per l'ordine democratico».

[53] In questa decisione la Corte EDU rileva innanzitutto l'esistenza di una giurisprudenza apparentemente contraddittoria della Corte costituzionale nazionale – che aveva annullato una soglia del 25% per il livello dipartimentale e lasciato in piedi quella del 10% a livello nazionale (funzionale alla stabilità di governo) – ed il fatto che il Consiglio d'Europa non abbia fissato norme vincolanti in materia di soglie elettorali, pur indicando che le stesse «non dovrebbero compromettere la possibilità delle minoranze di essere rappresentate» (§§ 51-52). Infine, pur accertando che nel panorama degli Stati del Consiglio d'Europa una clausola di sbarramento superiore al 5% costituisca un'ipotesi del tutto infrequente, in tale pronunzia la *Grande Camera* condivide l'assunto, già espresso in una precedente decisione della *Camera*, secondo cui la soglia del 10% persegue uno scopo legittimo (il contenimento dell'eccessiva frammentazione e la stabilità di governo) e, pur ritenendo condivisibili le argomentazioni degli organi del Consiglio d'Europa sulla sua natura eccezionale nel panorama comparato – e sulla necessità di un suo ridimensionamento – sottolinea come l'effetto della medesima soglia possa variare sensibilmente a seconda del Paese in cui la stessa è applicata, della sua evoluzione politica e, in particolare, in funzione del diverso assetto dei partiti. Infine, in ordine agli eventuali correttivi apprestati dallo Stato turco, un'analisi delle diverse tornate elettorali induce la Corte ad accertare che solo in particolari contingenze e periodi di crisi un'altissima percentuale di consensi è rimasta priva di cittadinanza. Pur essendo poi vietate le unioni di partiti volte a superare la soglia, poiché il sistema prevede anche l'esclusione della soglia per i candidati indipendenti – ancorché questi non potrebbero essere un pieno surrogato alla funzione dei partiti – il giudice della Convenzione «constata che i partiti politici che rischiavano di essere colpiti dallo sbarramento del 10% sono riusciti a sviluppare tutta una serie di strategie per attenuare gli effetti di tale sbarramento e questo anche se così facendo essi vanno contro lo scopo di tale sbarramento, sarebbe a dire evitare una eccessiva frammentazione parlamentare». Nel complesso, la Corte ritiene che la soglia sia eccessivamente alta, ma che, in quel preciso contesto politico, non abbia violato i diritti della Convenzione. In tema, cfr. R. DE CARIA, *Soglie elettorali e tutela delle minoranze*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4/2008, 1912 ss.

relative all'ordinamento italiano, a partire dalla pronunzia della Commissione *Silvius Magnago e Südtiroler Volkspartei c. Italia* (n. 25035/94) del 15 aprile 1996[54], fino alla sentenza *Saccomanno* del 13 marzo 2012, relativa ad alcuni fra i profili più discussi della legge n. 270 del 2005 ed alla pretesa violazione dell'art. 3 del Primo Protocollo[55] e degli articoli 6 e 13 della CEDU[56].

Nella seconda decisione appena richiamata spicca innanzitutto il riferimento della Corte al rapporto 018(2006) sul diritto elettorale e l'amministrazione delle elezioni in Europa, adottato dalla Commissione di Venezia durante la sua 67a sessione plenaria tenutasi il 9 e 10 giugno 2006 e sottoposto all'Assemblea parlamentare il 6 novembre 2006, il cui contenuto preannuncia sostanzialmente l'esito della pronunzia. Difatti, in base al punto 28 del rapporto, riportato nella decisione:

«Gli effetti di un sistema elettorale particolare possono differire da un Paese all'altro e si deve riconoscere che i vari sistemi possono perseguire obiettivi politici divergenti se non addirittura antagonisti. Un sistema può privilegiare l'equa rappresentanza dei partiti in Parlamento e un altro può mirare a evitare la frammentazione della rappresentanza in piccoli partiti allo scopo di conferire una maggioranza assoluta dei deputati alla formazione incaricata di formare il governo. Un sistema elettorale può favorire una stretta relazione tra gli elettori e i «loro» deputati di circoscrizione e un altro agevolare l'introduzione delle donne, delle minoranze o di specialisti nelle liste bloccate dei partiti».

Nella sentenza la Corte richiama principi già espressi in precedenti pronunzie sulla centralità dell'art. 3 del Protocollo n. 1 nell'ambito della Convenzione[57] ed individua, fra i diversi diritti soggettivi implicati da tale articolo, quello, più generale, ad elezioni legislative che assicurino la libera espressione dell'opinione del popolo. Allo stesso tempo, però, si precisa che rispetto a tali diritti, riconosciuti ma non elencati o definiti espressamente, «vi è spazio per alcune "limitazioni implicite"». A tal fine, in continuità almeno formale con la sua giurisprudenza, la Corte individua due criteri di massima per valutare la violazione dell'art. 3: a) se vi sia stato un abuso o una mancanza di proporzionalità; b) se la restrizione abbia pregiudicato la libera espressione dell'opinione del popolo. Tuttavia, un siffatto controllo deve essere condotto alla luce dell'*evoluzione politica* del Paese interessato, «il che implica che alcune caratteristiche inaccettabili all'interno di un sistema possano essere giustificate nel contesto di un altro».

Un punto fermo anche in tale pronunzia è l'esistenza di un ampio margine di discrezionalità di cui godono gli Stati contraenti «quando si tratta di determinare il modo di scrutinio attraverso il quale

[54] In tale pronunzia relativa al c.d. *Mattarellum*, che la Corte reputa simile al caso *Yumak*, la Commissione ha considerato che «la soglia di sbarramento del 4% richiesta per l'elezione, con sistema proporzionale, del 25% dei restanti deputati» così come «un sistema che fissi uno sbarramento relativamente elevato» rientrano in quell'ampio margine di apprezzamento che in materia è accordato agli Stati.

[55] … che si riporta per completezza: «Le Alte Parti contraenti si impegnano a organizzare, a intervalli ragionevoli, libere elezioni a scrutinio segreto, in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo».

[56] *Giacomo Francesco Saccomanno e altri* contro *Italia* (ricorso n. 11583/08). Sulla decisione, v. L. TRUCCO, *Saccomanno e altri c. Italia": anche per Strasburgo, tutte le strade portano al legislatore*, in *Quad. cost.*, 4/2012, 901 ss.; F. SGRÒ, *Garanzie e preclusioni nei processi di riforma del sistema elettorale italiano*, in *Rass. parlam.*, 2013, 35 ss.; R. DICKMANN, *Rappresentanza* vs *governabilità. Rileggendo la sent. Corte EDU*, Saccomanno *vs* Italia, *del 13 marzo 2012 alla luce della sent. Corte cost. 1/2014*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* 29 gennaio 2014. Sul rapporto fra la sentenza *Saccomanno* e l'ordinanza di rimessione sollevata dalla Cassazione sul *Porcellum*, poi definite con sentenza n. 1 del 2014, cfr. M. STARITA, *Convenzione europea dei diritti umani e problemi di costituzionalità della legge elettorale italiana*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3/2013, 689 ss.

[57] In particolare, l'art. 3 del Protocollo n. 1 «sancisce un principio fondamentale in un regime politico veramente democratico e riveste dunque nel sistema della Convenzione una importanza fondamentale (si vedano *Yumak e Sadak c. Turchia* ([GC], n. 10226/03, 8 luglio 2008, § 105; *Mathieu-Mohin e Clerfayt c. Belgio*, sentenza del 2 marzo 1987, § 47, serie A n. 113). In effetti, la democrazia rappresenta un elemento fondamentale dell'«ordine pubblico europeo», e i diritti sanciti dall'articolo 3 del Protocollo n. 1 sono cruciali per la costituzione e il mantenimento delle basi di una vera e propria democrazia regolata dalla preminenza del diritto» (§ 46).

viene garantita la libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo». In specie, la garanzia fornita dall'art. 3 «non dà luogo ad alcun obbligo di introdurre un determinato sistema come la proporzionale o il voto maggioritario a uno o due turni» e «non implica che tutte le schede devono avere un peso uguale per quanto riguarda il risultato, né che tutti i candidati debbano avere uguali possibilità di vincere; è quindi evidente che nessun sistema può evitare il fenomeno dei "voti perduti"».

In altri termini, non solo l'art. 3 del Protocollo n.1 non offre un "modello" di sistema elettorale, ma per la Corte l'opzione per la formula proporzionale ovvero per quella maggioritaria non deve ritenersi, in quanto tale, maggiormente rispettosa dei diritti garantiti dalla Convenzione. Tuttavia, se tale premessa sembra fare il paio con quanto la Consulta italiana ha affermato nella sentenza n. 1/2014 sull'inesistenza di un preciso vincolo costituzionale in ordine alla scelta di un dato sistema elettorale – peraltro confermando anche qui la sua pregressa giurisprudenza – l'esito delle due decisioni è quanto mai diversificato, sia in ordine alle liste bloccate che al premio di maggioranza.

Sul primo punto la Corte EDU – alla luce del preteso, ed in effetti non implausibile, scopo del legislatore statale di combattere le infiltrazioni criminali attraverso la scelta delle liste bloccate – ha ritenuto manifestamente infondato il ricorso[58]. La premessa è abbastanza chiara: «poiché i vari sistemi elettorali possono perseguire scopi politici divergenti se non addirittura antagonisti, per quanto riguarda specificamente l'organizzazione delle liste un sistema può favorire una relazione stretta tra gli elettori e i deputati e un altro può adottare liste bloccate di partiti allo scopo, tra l'altro, di agevolare le candidature delle donne, di minoranze o di specialisti (…) in quanto lo scopo da considerare legittimo può variare in funzione dei fattori storici e politici propri del Paese interessato». Peraltro, emerge nella motivazione la particolare considerazione del «ruolo costitutivo» svolto dai partiti, che può giustificare una restrizione alla scelta dei candidati da parte degli elettori. Resta per giunta indimostrato, per la Corte di Strasburgo, che la normativa nazionale per questo «ostacoli o impedisca ad alcune persone o gruppi di prendere parte alla vita politica del Paese o tenda a favorire un partito politico o un candidato offrendo loro un vantaggio elettorale a scapito di altri».

In verità, il controllo della Corte sul punto sembra assai generico nella parte in cui ricorda che su 22 Paesi europei che hanno un sistema elettorale simile a quello italiano, ben 13 utilizzano le liste bloccate, senza tuttavia tener conto dei meccanismi specifici previsti in tali Stati e del complessivo modello in cui le stesse si inseriscono (si pensi all'esempio delle liste bloccate comunque "scalabili" dai candidati che ottengono una certa percentuale di preferenze o alla c.d. proporzionale personalizzata che caratterizza il sistema tedesco). Sotto tale profilo, teorico-generale, sembra dunque mancare un'adeguata valutazione del sistema elettorale in quanto appunto "sistema", ovvero dell'impossibilità di valutare i singoli istituti senza tener conto delle loro specificità e dei loro reciproci condizionamenti.

Così, ad esempio, manca un riscontro sulla specificità della censura avanzata da alcuni ricorrenti, per cui addirittura la lista bloccata prevista dalla l. n. 270/2005 poteva contenere un numero di candidati addirittura pari al numero di seggi in palio nella circoscrizione. Al contrario, proprio tale critica all'eccessiva lunghezza delle liste è risultata determinante per l'illegittimità pronunciata dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza del 2014, in cui l'incostituzionalità non si è appuntata sulle liste bloccate in quanto tali, ma sulla loro particolare conformazione prevista dal c.d. *Porcellum.* In ciò si intravede, dunque, una innegabile "distanza" fra le due Corti, circa il livello più o meno penetrante di analisi degli istituti elettorali: particolarmente generico nel caso della Corte EDU – in quanto ampiamente depotenziato dal riconoscimento di un ampio margine di apprezzamento e legato

[58] Non c'è dubbio, infatti, che, al di là dei suoi evidenti difetti, il sistema delle liste bloccate si espone meno – ancorché non del tutto – al rischio di clientelismi verticali e infiltrazioni criminali, che invece cresce a dismisura con la possibilità di esprimere una o due preferenze per i singoli candidati. In quest'ultimo caso, infatti, non solo le organizzazioni criminali possono far valere tutta la loro "microfisica del potere" nel controllo del territorio, ma, specie in circoscrizioni ampie, i costi della campagna elettorale necessari per affrontare una competizione anche *interna* alla stessa lista può essere un formidabile incentivo a trovare validi finanziatori nel sottobosco dell'illegalità.

peraltro ad una sommaria comparazione con i sistemi degli altri Paesi europei – ed invece particolarmente approfondito per quanto riguarda il giudizio della Consulta.

Analoga considerazione può estendersi anche alla risposta della Corte EDU alle diverse censure relative alle norme sui premi di maggioranza, cui si contesta anche la mancata previsione di una soglia minima di consenso per l'assegnazione del "tesoretto". Peraltro, è interessante notare come i ricorrenti contestino le eccezioni governative pure sullo stesso piano della stabilità e governabilità, sottolineando come «il meccanismo dei premi di maggioranza non favorisca minimamente la coesione delle forze politiche, ma le unioni al solo scopo di vincere la competizione elettorale, il che esacerberebbe le tensioni all'interno della maggioranza». Ma la censura più forte riguarda ovviamente il rispetto del principio di rappresentanza, denunciandosi il carattere sproporzionato dei premi (nonché, con una certa ingenuità, il fatto che questi non siano previsti in Costituzione).

Stupisce poi il tenore argomentativo del giudice di Strasburgo nella parte in cui introduce la decisione su questo punto ricordando che «in alcuni sistemi proporzionali il legislatore fissa delle soglie per correggere gli effetti negativi di questo tipo di scrutinio e assicurare una maggiore stabilità all'interno del Parlamento (*Yumak e Sadak* già cit., §§ 61 e 63)» e che «Nel caso di specie ci si trova di fronte a meccanismi simili, ossia i premi di maggioranza, ai quali il legislatore ha fatto ricorso allo stesso scopo di correggere gli effetti negativi del sistema elettorale vigente in Italia, e in particolare garantire una maggiore stabilità di governo» (*ibidem*, §§ 71-72).

Quest'equiparazione denota anche qui una certa leggerezza (che, a questo punto, potrebbe definirsi "insostenibile") in quanto si accostano strumenti che, sia pure entrambi "selettivi" e tendenti ad una sovra-rappresentazione di alcuni partiti a danno di altri, possiedono scopi ed effetti diversi. È evidente, infatti, che il premio di maggioranza è preordinato ad agevolare la stabilità e la governabilità ed avvantaggia i soli partiti che ne fruiscono – con conseguente sotto-rappresentazione dell'opposizione – mentre la *SperrKlausel* risponde al diverso obiettivo di semplificare il quadro partitico delle assemblee rappresentative e può produrre effetti selettivi *anche* tra le fila dell'opposizione (oltre che della maggioranza: di qui, molto spesso, la compresenza di premio e di soglia). Di più: la soglia potrebbe talvolta spiegare effetti *solo* sull'opposizione, come nel caso in cui la legge assicuri comunque l'assegnazione di un premio alla *lista* (non coalizione) vincente che abbia raggiunto una certa soglia di voti o che vinca al ballottaggio (come previsto dall'*Italicum* prima che la sentenza n. 35 del 2017 si abbattesse sul secondo turno). In questa ipotesi, infatti, la maggioranza "prodotta" dagli esiti elettorali è, per definizione, riconducibile ad una lista che supera la soglia, ma quest'ultima può avere invece conseguenze più o meno incisive sull'opposizione.

Il punto è che un tale accostamento induce la Corte EDU a basarsi sui precedenti in tema di soglia di sbarramento per concludere che

«considerata la portata dei premi adottati nel sistema italiano e alla luce dei criteri derivanti dalla giurisprudenza della Corte (si veda, in particolare, *Yumak e Sadak* già citata, §§ 61 e 63, per quanto riguarda la compatibilità con la Convenzione della soglia elettorale del 10% imposta a livello nazionale e integrata da alcune modifiche) tali premi non sembrerebbero di natura tale da pregiudicare l'equilibrio tra i principi della giusta rappresentanza e della stabilità di governo».

In verità, il giudice di Strasburgo "sembra" pure dare peso al fatto che il legislatore italiano non abbia previsto alcuna soglia di consenso minima per l'assegnazione del premio. Ma anche sotto questo aspetto, senz'altro il più interessante, la Corte chiama nuovamente in causa l'ampio *margine di apprezzamento* accordato agli Stati[59]. Infine, pur facendo applicazione dei due ricordati criteri fondamentali ben sintetizzati nella sentenza *Yumak*, la Corte ritiene che non vi sia violazione dell'art. 3 del Protocollo n. 1 della Convenzione, in quanto la disciplina sui premi di maggioranza «opera al

[59] «Sicuramente il legislatore italiano non ha previsto alcuna soglia di consenso minima per l'attribuzione dei premi in questione. Tuttavia, i sistemi dei premi di maggioranza come quello del caso di specie devono essere considerati nell'ambito del margine di discrezionalità particolarmente ampio accordato agli Stati contraenti nell'ambito in questione» (§ 75).

fine di favorire le correnti di pensiero sufficientemente rappresentative e la costituzione di maggioranze sufficientemente stabili nelle assemblee» (§ 75).

L'impressione conclusiva è che, al di là dei princìpi di fondo, alcuni dei quali affermati in maniera più netta in precedenti decisioni e per taluni "dimenticati" nella pronunzia in esame[60], le censure più rigorose avanzate dai ricorrenti – e più interessanti al fine di individuare, anche alla luce della Convenzione, un certo tipo di equilibrio nel problematico rapporto fra rappresentanza e governabilità – siano stati infine assorbite (meglio: divorate) dalla categoria onnivora del c.d. *margine di apprezzamento*.

Anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia non mancano pronunzie in materia elettorale, relative, tuttavia, alle elezioni del Parlamento europeo e comunque attinenti, anche qui, alla titolarità del diritto di voto ed ai limiti posti dalle normative nazionali all'elettorato attivo. Da ultimo, nella recente sentenza *Delvigne* il giudice di Lussemburgo si è espresso in via pregiudiziale sulla compatibilità con gli artt. 39 e 49 della Carta di Nizza dell'esclusione perpetua dalle liste elettorali (fra le quali anche quelle per il Parlamento europeo), stabilita dalla normativa francese come conseguenza di una pronuncia definitiva di condanna per omicidio[61]. Tuttavia, non emergono indicazioni stringenti sul sistema elettorale in senso stretto, ancorché, comunque, la decisione del Consiglio 2002/772/CE, Euratom, del 25 giugno 2002, richieda per l'elezione dei parlamentari europei un sistema proporzionale ed indichi come soglia di sbarramento massima il 5% dei voti validi (artt. 1 e 2 bis).

Nel complesso, l'assenza, nella giurisprudenza delle Corti europee (di Strasburgo e Lussemburgo), di indicazioni particolarmente penetranti sul sistema elettorale in senso stretto ha certamente evitato di introdurre ulteriori e autonomi elementi di tensione fra la Consulta ed il legislatore. Tuttavia, ha pure privato il giudice delle leggi di un importante *assist* a giustificazione della dirompente scelta di annullare per la prima volta una legge relativa all'elezione delle Camere. Insomma, la mancanza di una "sponda" nella giurisprudenza della Corte EDU ha acuito la portata politicamente dirompente dell'inattesa sentenza costituzionale "pilota" del 2014.

L'accelerazione del giudizio incidentale sulle leggi elettorali negli ultimi anni si è invece dimostrato un formidabile campo di prova della collaborazione Corte-giudici, anche, va detto, sotto il profilo della loro capacità di spingersi arditamente in *tandem* al confine del carattere incidentale del giudizio, mettendone a dura prova i requisiti di incardinazione[62]. In tale processo i giudici hanno saputo cogliere i segni dei tempi ed i vistosi mutamenti nell'evoluzione democratica del Paese, fino ad offrire alla Consulta un dono – la possibilità di difendere il principio democratico anche in relazione a leggi di elezione delle Camere – potenzialmente avvelenato, cui ha fatto seguito la pronuncia di sentenze storiche, ma non prive di qualche fragilità, sia sul piano processuale che su quello sostanziale.

5. *L'applicazione elastica delle regole sul processo costituzionale nei giudizi sulle leggi elettorali* – Del controllo di ragionevolezza che la Corte può svolgere sulle leggi elettorali diremo fra poco. Ora, ci si deve innanzitutto soffermare sulle sue discusse scelte processuali, particolarmente delicate

[60] Cfr. nuovamente R. DICKMANN, *Rappresentanza*, cit., 3.

[61] Grande Sezione della Corte di Giustizia del 6 ottobre 2015 (C-650/13). La Corte ha concluso nel senso che gli articoli della Carta non ostano a che la normativa di uno Stato membro escluda in automatico dai beneficiari del diritto di voto alle elezioni al Parlamento europea le persone cui sia inflitta una condanna penale per un delitto grave divenuta definitive (§ 58). Tuttavia, nel valutare la compatibilità della normativa francese con l'art. 52 della Carta, la stessa Corte individua diverse condizioni, fra le quali le prescrizioni per cui il limite: deve essere disposto con legge, deve far salvo il contenuto essenziale del diritto in gioco e rispettare il principio di proporzionalità, sia posto nell'interesse generale e risponda all'esigenza di salvaguardare i diritti e le libertà altrui. Sulla pronunzia, v. L. TRUCCO, *Il caso Delvigne e il diritto di voto europeo*, in *Quad. cost*, 4/2015, 1439 ss.

[62] Per un'analisi in tal senso, v. G. D'AMICO, *Il sindacato di costituzionalità della normativa elettorale dopo la sent. n. 1 del 2014*, in *Quad. cost.*, 4/2015, 1000 s., secondo cui «Non stupisce che la Corte costituzionale, nella sua giurisprudenza, proceda spesso "per strappi", cioè con pronunce fortemente innovative rispetto a quelle precedenti, a cui segue, non di rado, un ammorbidimento della posizione originaria, se non addirittura qualche passo indietro».

per la natura di giudice della Consulta. Questo profilo, insieme a quello *sostanziale,* va a comporre i due macro-temi sui quali l'intervento della Corte può potenzialmente innescare una ridefinizione della sua posizione nel delicato rapporto col legislatore e variamente conformare la ricordata *contrarietà* fra la funzione legislativa e quella di garanzia costituzionale.

Non ci riferiamo tanto alla rilevanza della questione – che poteva dirsi certamente esistente in relazione alla questione decisa con la sentenza del 2014 – ma al presupposto essenziale dell'incidentalità, ovvero l'esistenza di una differenza di oggetto fra il giudizio *a quo* ed il giudizio incidentale[63]. In dottrina, infatti, si era più volte rilevato che l'oggetto del giudizio di accertamento – relativo al diritto di voto nelle elezioni nazionali – fosse diverso dall'oggetto del giudizio costituzionale *solo in teoria*.

A dimostrazione di tale assunto può invocarsi non solo il fatto che, dopo la pronunzia del 2014, l'organo remittente ha definito il suo giudizio senza ulteriori valutazioni, ma anche la circostanza per cui in seguito la Corte, con la sentenza n. 110 del 2015, ha chiuso le porte del suo giudizio *ad una analoga questione sollevata all'interno di un giudizio di accertamento,* ma relativa alla legge di elezione della quota di parlamentari europei spettanti all'Italia. A ben vedere, dunque, *rispetto allo stesso tipo di giudizio,* possono esservi «porte che si aprono e che si chiudono»[64] e la corretta incardinazione del giudizio incidentale può aversi solo a condizione 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»[65]. Sicché, al fine dell'ammissibilità della questione sollevata in sede di giudizio di accertamento, non appare sufficiente «il mero interesse "all'accertamento della pienezza del voto" con riguardo alle future consultazioni del Parlamento europeo»[66].

È evidente, tuttavia, che se il ragionamento dovesse essere condotto sul solo piano delle regole processuali, la conclusione della Corte risulterebbe inaccettabile. In particolare, ove si ritenga esistente, seguendo la Consulta, la differenza di *petita* dei due giudizi e soddisfatte le altre condizioni processuali – analogamente a quanto accaduto nella vicenda definita con la sentenza n. 1 del 2014 – non si capisce perché mai un tale giudizio di costituzionalità debba essere "rimandato" a data futura, ovvero se e quando la medesima questione venga successivamente sollevata in una vicenda relativa ai risultati di una specifica tornata elettorale.

Difatti, delle due l'una. Si può ritenere che la questione possa essere sollevata in un giudizio di accertamento, senza che ciò determini necessariamente un difetto di incidentalità. In tal caso, fatti salvi gli altri presupposti processuali, la Corte dovrebbe aprire le porte del suo sindacato, come ha già fatto nel 2014, a prescindere dal fatto che il giudizio *a quo* di accertamento verta sulla portata del diritto di voto rispetto a norme in elezioni per le quali l'ordinamento non appresta una tutela processuale. Oppure il giudizio di accertamento, per sua stessa natura e per il fatto che non implica necessariamente la presenza di lesioni attuali di un diritto, è inidoneo *sempre e comunque* a costituire il punto di partenza per un giudizio incidentale.

---

[63] Sulla proposta di una incidentalità «*ai limitati fini…*», ovvero di un allargamento delle maglie dell'incidentalità nei peculiari casi di zone d'ombra o addirittura "franche" dal giudizio costituzionale, cfr. P. CARNEVALE, *La Corte vince ma (non sempre) convince. Riflessioni intorno ad alcuni profili della "storica" sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 3/2013. Per ulteriori approfondimenti, anche bibliografici, sia consentito rinviare al nostro *I sistemi elettorali dopo la sentenza n. 1 del 2014. Problemi e prospettive,* Napoli 2014, 33 ss.

[64] Così S. LIETO-G. PASQUINO, *Porte*, cit.

[65] In senso adesivo, v. pure la successiva ord. n. 165 del 2016, sempre relativa alle elezioni del Parlamento europeo.

[66] Cfr. §§ 3.2. e 3.3 del *Considerato in diritto.* Proprio la *ratio* di tale preclusione processuale ha indotto la dottrina a rinvenire in tale decisione un vero e proprio *overruling*, in punto di ammissibilità della questione, rispetto al *leading case* del 2014: cfr. F. SORRENTINO, *La Corte e i suoi precedenti:* overruling *o continuità?,* in *Giur. cost.,* 3/2015, 886 ss.

Nel momento in cui tale schema logico salta – si pensi appunto al differente esito della sentenza 110/2015 rispetto alla pronunzia n. 1 del 2014 – viene meno l'oggettività delle norme processuali e risulta sotto tensione uno degli elementi tipici della funzione giurisdizionale. Sotto questo aspetto, si nota un moto centripeta di allontanamento dalla tradizionale posizione del giudice, per quanto non ci si avvicini nel complesso ai caratteri della funzione legislativa, permanendo ulteriori fattori tipici dell'attività giurisdizionale, come il contraddittorio e l'attivazione della Corte su istanza. Peraltro, la ricordata decisione del 2015 era stata oggetto di letture contrastanti in dottrina, sembrando a taluno che tale sentenza avesse definitivamente chiuso le porte del giudizio incidentale alle questioni sollevate su leggi elettorali in un giudizio di accertamento[67].

In realtà, come si dirà più avanti, la recentissima sentenza n. 35 del 2017 dimostra piuttosto una certa continuità nella giurisprudenza in materia e conferma la presenza di un doppio binario rispetto alle questioni sollevate in un giudizio di accertamento, a seconda che siano previsti o no ordinari rimedi giurisdizionali.

Di certo, è oramai assodata la scelta della Corte di sindacare anche il sistema elettorale in senso stretto in sede di giudizio incidentale, anche su leggi elettorali regionali, come dimostra la sentenza n. 193 del 2015, relativa ad una questione incardinata a seguito di ricorso successivo ad una tornata elettorale regionale, nella quale il giudice delle leggi ha svolto un controllo particolarmente penetrante sui risultati elettorali, come si dirà meglio più avanti.

Rimane comunque un'evidente oscillazione nell'applicazione delle norme processuali. Le occasionali deroghe della Corte sembrano quasi altrettanti tasselli di bilanciamenti taciti nei quali il "giudice" si scontra con la *rigidità* delle norme processuali rispetto alle esigenze sostanziali del giudizio. Segnatamente, in presenza di eccezionali *zone d'ombra* della giustizia costituzionale, la pedissequa applicazione delle norme di procedura condurrebbe la Corte a risultati ugualmente o maggiormente aberranti, in contrasto con la generale funzione di garanzia della Costituzione riconosciuta alla Consulta[68]. Ed è qui il paradosso: nella rigidità di una norma che è la garanzia della giurisdizionalità e, allo stesso tempo, il suo principale intralcio.

Una peculiare applicazione di tale schema si rinviene, in verità, anche al di fuori del controllo sulle leggi elettorali, come dimostra la ricordata sentenza n. 119 del 2015, in cui il giudice delle leggi ha ritenuto ammissibile la questione nonostante fosse stata sollevata dalla Cassazione, dopo la pronuncia di inammissibilità del ricorso, in sede di pronuncia d'ufficio di un principio di diritto nell'interesse della legge. Qui la zona d'ombra, in verità, si presenta sotto altre vesti. La vicenda, come già anticipato, riguardava infatti l'impossibilità per gli stranieri di accedere al servizio civile nazionale, riservato ai cittadini italiani.

Si trattava dunque di un ambito rispetto al quale non si presentavano gli stessi problemi di "giustiziabilità" notoriamente riscontrabili in ordine ai canali di accesso utilizzabili per ottenere una decisione di illegittimità sulle leggi di elezione delle Camere e sui quali si ritornerà nel prosieguo del lavoro. Piuttosto, nei primi due gradi di giudizio, gli organi giudicanti avevano rigettato, per manifesta infondatezza, l'istanza sollevata dalla parte. Non esisteva, dunque, una *formale* zona d'ombra. Tuttavia, la circostanza per cui solo la Cassazione avesse manifestato il suo dubbio di legittimità alla Corte sollevando la questione, insieme al breve periodo di durata (annuale) del servizio civile, hanno

[67] Cfr. in particolare, S. LIETO-G. PASQUINO, *Porte che si aprono e si chiudono. La sentenza n. 110 del 2015,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*. Sulla sentenza, oltre ai lavori già citati, v. pure R. ROMBOLI, *Nota a Corte cost., sent. 110/2015,* in *Foro it.*, 2015, I, 2618, secondo cui nella decisione appare «meno valorizzato (…) un elemento che differenziava i due casi: in quello risolto con la sent. 1/14, infatti, si faceva valere la lesione del diritto al voto con riguardo a competizioni elettorali già svolte, mentre nel caso in esame la domanda di accertamento della lesione del diritto fondamentale di voto era stata formulata «con riferimento alle future consultazioni per le elezioni del parlamento europeo».

[68] In tema, cfr. per tutti AA.VV., *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi,* a cura di R. Balduzzi e P. Costanzo, Torino 2007.

sostanzialmente indotto la Consulta a ritenere che anche in altri casi sarebbe risultato sostanzialmente impossibile ottenere in tempo un'adeguata garanzia costituzionale dei propri diritti[69].

Ma, come si è già ricordato, è evidente che il principio stabilito dalla Cassazione in seguito alla pronunzia della Consulta, non solo non avrebbe potuto sortire alcun effetto sulle parti del giudizio (oramai estinto) – secondo quanto espressamente stabilito dall'art. 363 c.p.c. – ma, realisticamente, nella sua portata decisionale non avrebbe aggiunto alcunché alla pronunzia costituzionale. In particolare, per quanto i due oggetti di giudizio fossero sottilmente distinguibili[70], dopo la sentenza della Corte nessuna ulteriore valutazione della Cassazione risultava invero necessaria per la pronuncia del principio di diritto. È evidente, dunque, che l'allentamento delle maglie processuali non riguarda unicamente il controllo sulle leggi elettorali, purché però si rientri, anche potenzialmente, in una zona franca della giustizia costituzionale.

Nel complesso occorre valutare se, pur diretto a preservare l'integrità costituzionale e in particolare la difesa dei diritti fondamentali, il giudizio di ragionevolezza a tal fine condotto non allontani complessivamente l'operato della Corte dalle coordinate proprie dell'essere essa…un *giudice*, sia pure "speciale". La questione, si sa, non è nuova, ma si pone ora rispetto ad un nuovo indirizzo giurisprudenziale che, si è visto, sembra consolidarsi nel tempo.

6. *"A volte ritornano…". L'incidentalità della q.l.c. nella sent. n. 35/2017* – Non era scontata la scelta che la Corte avrebbe adottato in punto di ammissibilità della questione dopo la storica sentenza n. 1 del 2014, relativa alla "legge Calderoli" (n. 270/2005)[71]. Il dubbio derivava non solo dalle diffuse critiche cui tale pronunzia era andata incontro relativamente ad un uso, per così dire, "disinvolto" delle norme processuali, ma anche per l'oscillazione nelle successive sentenze – nelle quali la Corte aveva offerto soluzioni assai diverse – che tuttavia riguardavano elezioni di altri organi e/o differenti tipologie di vicende processuali. Nel complesso, le prime pronunzie rese dopo la sentenza del 2014 non erano ancora giudicate sufficienti a cogliere eventuali tentativi di *overruling*, ma neppure da esse emergeva una netta linea di continuità con la sent. n. 1/2014.

[69] In tema, cfr. M. RUOTOLO, *Principio di diritto nell'interesse della legge e questioni di legittimità costituzionale: tra le astratte simmetrie formali del diritto processuale e l'esigenza di "rendere giustizia costituzionale"*, in *Rivista AIC*, 1/2015, nonché, volendo, nella stessa *Rivista*, A. RAUTI, *Il diritto di avere doveri. Riflessioni sul servizio civile degli stranieri*, 4/2015.

[70] Per F. DAL CANTO, *Sul rilievo di una questione di legittimità costituzionale da parte della Cassazione che voglia pronunciare "ex officio" il principio di diritto nell'interesse della legge*, in *Foro it.*, 2014, I, 3450, si tratterebbe di due oggetti ben distinti. Sui delicati profili processuali della vicenda, cfr. R. ROMBOLI, *La legittimazione della Cassazione a sollevare questioni di costituzionalità nell'ambito del procedimento di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ai sensi dell'art. 363, 3° comma, c.p.c.*, in questa *Rivista*, *Studi*, 2015/II, 352 ss.

[71] Per l'idea che le questioni sollevate sulla legge avrebbero dovuto essere dichiarate inammissibili, se non altro per il rischio di compromettere irreversibilmente la natura del giudizio incidentale, v. fra i molti, R. BIN, *Italicum: perché dalla Corte non bisogna aspettarsi nulla*, in *LaCostituzione.info*, 11 dicembre 2016, ma v. anche, nello stesso *blog*, A. MORELLI, *Legge elettorale: perché il Parlamento dovrebbe decidere prima della Corte*, 9 dicembre 2016, secondo cui il rischio sarebbe stato « quello di alimentare una nuova mitizzazione della pronuncia della Corte sull'Italicum. Se le questioni di costituzionalità sollevate saranno accolte, non dovrà leggersi la decisione come una definitiva bocciatura del maggioritario (a favore del proporzionale), così come il rigetto delle medesime questioni non comporterà alcuna "costituzionalizzazione" della formula maggioritaria (o la necessità di estendere l'Italicum anche al Senato). Che tali fraintendimenti si abbiano, tuttavia, è molto probabile». Per diverse critiche alla scelta della Corte di giudicare nel merito le questioni sollevate sulla legge n. 53/2017, cfr., fra gli altri, F. FERRARI, *Sotto la punta dell'iceberg:* fictio litis *e ammissibilità della q.l.c. nella sent. n. 35/2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* 14 febbraio 2017). In senso contrario all'ammissibilità della questione, cfr. fra i molti M. COSULICH, Contra *Italicum, ovvero dell'ordinanza del Tribunale di Messina del 17 febbraio 2016,* in *Osservatorio costituzionale AIC*, 4.3.2016, cui *adde* le sintetiche notazioni di S. PIZZORNO, *L'Italicum alla prova della Corte costituzionale tra questioni di ammissibilità e di merito*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (4 gennaio 2017), e la bibliografia adesiva *ivi* richiamata; S. GIANNELLO, *L'Italicum "a processo": la possibilità concreta per la Corte di un ritorno alla normalità (del giudizio incidentale)*, in *Rivista AIC*, 1/2016. In tema, cfr. pure M. BIGNAMI, *La legge elettorale torna al vaglio della Corte costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 29.2.2016.

Già nella ricordata ordinanza n. 165 del 2016, di manifesta inammissibilità, sembrava tuttavia consolidarsi una precisa posizione della Corte, laddove si afferma che le possibilità di tutela di fronte al giudice comune – nella fase preparatoria e dopo la proclamazione degli eletti – garantita dall'ordinamento in relazione alle elezioni del Parlamento europeo, giustifica l'inammissibilità delle questioni sollevata in sede di giudizio di accertamento del diritto di voto. Un tale diritto, invece:

«non può trovare tutela giurisdizionale, in virtù di quanto disposto dall'art. 66 Cost. e dall'art. 87 del d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 (Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati), quali interpretati dai giudici comuni e dalle Camere in sede di verifica delle elezioni (sentenza n. 259 del 2009 e ordinanza n. 512 del 2000), anche alla luce della mancata attuazione della delega contenuta nell'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile), nella parte in cui autorizzava il Governo ad introdurre la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie concernenti atti del procedimento elettorale preparatorio, oltre che per le elezioni amministrative ed europee, anche per quelle per il rinnovo della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica».

Tale importante punto del *Considerato in diritto* fissa una chiara distinzione a seconda del tipo di elezione in gioco – utilizzando il giudizio di accertamento quale «rimedio surrogatorio»[72] all'eventuale assenza di ordinari rimedi giurisdizionali – e rende evidente l'uso *teleologico* delle norme sul processo costituzionale. L'apertura rispetto alle questioni riguardanti le elezioni nazionali si spiega *unicamente* in ragione del fatto che rimarrebbe altrimenti insoddisfatta la garanzia del diritto di voto. Di conseguenza, il giudizio di accertamento non può essere indiscriminato, perché altrimenti – e la Corte ne è consapevole – ciò costituirebbe un completo abbandono della logica incidentale del giudizio e si creerebbe dal nulla una sorta di ricorso *quasi-diretto* attivabile dai singoli per la tutela di qualsiasi diritto fondamentale[73].

Tuttavia, sotto l'angolatura delle norme processuali, è evidente – lo ribadiamo – l'incongruenza dello schema per cui *in un certo tipo di giudizio si può sollevare utilmente la questione di legittimità costituzionale solo se lo stesso riguardi un certo tipo di vicenda processuale (l'accertamento del diritto di voto in relazione alle elezioni delle Camere).* Il rilievo non sfugge certo al giudice delle leggi, che, elencando le cause della perdurante assenza di rimedi giurisdizionali ordinari per le elezioni parlamentari, fa anche riferimento alla mancata attuazione della delega nella parte in cui consentiva il Governo ad introdurre la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *anche* in questo caso (oltre alle elezioni amministrative ed europee, per le quali la delega è stata invece attuata). Si tratta, come si vedrà meglio fra poco, di un monito al legislatore ripreso in modo ancor più pressante nella successiva sentenza n. 35 del 2017, relativa, appunto, ad una questione sollevata in sede di giudizio di accertamento relativo alla "pienezza" del diritto di voto nell'ambito delle elezioni parlamentari[74].

---

[72] Il termine è utilizzato da A. MANGIA, *L'azione di accertamento come surrogato del ricorso diretto,* in *LaCostituzione.info*, 15 febbraio 2017, secondo cui «Non c'è dubbio che, limitatamente a questa vicenda, l'azione di accertamento abbia funzionato come un rimedio surrogatorio rispetto alle ordinarie modalità di instaurazione del giudizio costituzionale: qualcosa di simile, insomma, all'accesso diretto».

[73] Così, in relazione all'ordinanza della Cassazione sulla legge n. 270 del 2005, cfr. 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, I, 1836 ss.

[74] Sulla sentenza n. 35 del 2017, cfr. L. TRUCCO, *"Sentenza* Italicum*": la Consulta tra detto, non considerato e lasciato intendere,* in questa *Rivista*, *Studi*, 2017/I, 149 ss.; R. BIN, *La Corte ha spiegato, nulla è cambiato*, in *La Costituzione.info*, 10 febbraio 2017; A. RUGGERI, *La Corte alla sofferta ricerca di un accettabile equilibrio tra le ragioni della rappresentanza e quelle della governabilità: un'autentica quadratura del cerchio riuscita però solo a meta, nella pronunzia sull'Italicum,* in *Forum di Quaderni Costituzionali* 25 febbraio 2017.; M. LUCIANI, *Bis in idem: la nuova sentenza della Corte costituzionale sulla legge elettorale politica*, in *Rivista AIC*, 1/2017. La complessità della sentenza è stata più di una volta letta nel senso di una marcata sconfitta dei proporzionalisti: cfr. S. CECCANTI, *I sistemi elettorali per le elezioni politiche dopo la 35/2017: una sentenza figlia del referendum, ma per il resto deludente per i*

Rispetto alle questioni sollevate da ben cinque Tribunali ordinari sulla legge n. 52 del 2015, si è posta innanzitutto per la Corte la necessità di procedere ad un singolare *test* di verifica richiesto dall'eccezione di inammissibilità per irrilevanza avanzata dall'Avvocatura dello Stato. Il problema si poneva innanzitutto per la questione sollevata dal Tribunale di Messina prima della data di applicabilità dell'*Italicum* (1° Luglio 2016), rispetto alla quale anche da parte della dottrina si era indicata, come conseguenza lineare, la pronuncia di inammissibilità, attesa l'evidente mancanza di rilevanza (nonché di interesse ad agire) e l'orientamento della Corte che ne valuta l'esistenza al momento in cui la questione è sollevata.

Tuttavia, erano più che legittimi dubbi in merito, sia perché tale indirizzo giurisprudenziale era stato da tempo e più volte oggetto di deroga – si pensi alla restituzione degli atti per *ius superveniens* ed alla c.d. *irrilevanza di fatto e sopravvenuta* – sia perché la stessa pronuncia di inammissibilità avrebbe contraddetto frontalmente la sent. n. 1 del 2014 in punto di valutazione delle condizioni processuali, facendo di quella pronunzia una rondine che non fa primavera, senza dare risposta ad una domanda di giustizia costituzionale.

Segnatamente, considerati i tempi del giudizio incidentale e le attuali fibrillazioni del sistema politico, una chiusura *in limine litis* avrebbe potuto anche precludere la possibilità stessa di una pronuncia costituzionale resa *prima* delle prossime elezioni, riproponendosi a distanza di poco tempo quelle stesse difficoltà – assai rischiose per la legittimazione della Consulta – che erano state faticosamente affrontate nella pronuncia resa sul *Porcellum* a votazioni già avvenute.

Il giudice delle leggi si sforza, peraltro, di riagganciare la decisione alla pronunzia n. 1 del 2014, ritenendo che già sussistesse, al momento in cui è stata sollevata la questione, una situazione di incertezza oggettiva sulla portata del diritto di voto, derivante dalla modificazione dell'ordinamento giuridico in seguito all'entrata in vigore dell'*Italicum*, alla quale però si accompagna, anche qui, l'attuale esistenza di una zona d'ombra nella giustizia costituzionale. La stessa clausola di differimento degli effetti non è paragonabile ad una condizione sospensiva, poiché, spostando solo in avanti il *dies ad quem* dell'applicazione, non lo rende affatto aleatorio. In tal senso, per il giudice delle leggi, la rimozione della situazione di incertezza già esistente:

«rappresenta un risultato utile, giuridicamente rilevante e non conseguibile se non attraverso l'intervento del giudice. Ne deriva la sussistenza, nei giudizi *a quibus*, di un interesse ad agire in mero accertamento»[75].

In verità, appare ancora una volta singolare la scelta di riferirsi all'esistenza di un "interesse ad agire" della parte del giudizio *a quo* al fine di valutare la sussistenza della *rilevanza* e dell'incidentalità della questione, secondo uno schema proposto già nell'ordinanza in cui la Corte di Cassazione aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale sulla legge 270 del 2005, poi definita con la sentenza n. 1 del 2014[76].

Comunque sia, una volta sciolto il nodo più stretto, il medesimo esito argomentativo viene esteso in punto di ammissibilità alle altre questioni, sollevate invece dopo il 1° Luglio 2016, nonostante non mancassero anche qui dubbi o addirittura riserve di tipo processuale fra gli studiosi. Ci riferiamo alla

---

proporzionalisti, in *Federalismi.it*, 4/2017, nonché A. MORRONE, *Dopo la decisione sull'Italicum: il maggioritario è salvo, e la proporzionale non un obbligo costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* 13 febbraio 2017. In tema v. pure R. DICKMANN, *La Corte costituzionale trasforma l'Italicum in sistema elettorale maggioritario "eventuale" ma lascia al legislatore l'onere di definire una legislazione elettorale omogenea per le due Camere,* in *Federalismi.it*, 4/2017; V. BALDINI, *Parlamentarismo, democrazia e disciplina elettorale: quel che la sentenza n. 35/2017 dice e quel che (forse...) lascia intendere*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2017; C. ROSSANO, *Note sul premio di maggioranza ed esigenze di omogeneità delle leggi elettorali della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica nella sentenza della Corte costituzionale n. 35/2017*, in *Rivista AIC*, 1/2017.

[75] § 3.3. del *Considerato in diritto.*

[76] … così riducendo l'incidentalità all'interesse ad agire: cfr. E. GROSSO, *Riformare la legge elettorale per via giudiziaria? Un'indebita richiesta di 'supplenza' alla Corte costituzionale di fronte all'ennesima disfatta della politica,* in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3/2013, 3.

tesi secondo cui pure tali questioni avrebbero dovuto essere dichiarate inammissibili, in quanto l'ultima udienza dinanzi ai giudici nel contraddittorio fra le parti si è svolta comunque in data precedente al primo Luglio 2016, momento in cui «i fatti si cristallizzano» e nel quale dunque, come si è sostenuto, il giudice deve valutare se sussista la rilevanza, senza che tale apprezzamento possa farsi in un momento successivo[77].

Senonché, se pure in passato la Corte ha ritenuto inammissibile la proposizione d'ufficio di una questione in una fase *antecedente* il contraddittorio, ciò non preclude che il giudice possa farlo, comunque, in un momento successivo al dibattimento. Sembra peraltro suggerirlo la stessa norma dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953, secondo cui l'ordinanza di rimessione deve essere «notificata, *quando non se ne sia data lettura nel pubblico dibattimento*, alle parti in causa ed al pubblico ministero quando il suo intervento sia obbligatorio». Più in generale, poi, ai fini del controllo sulla rilevanza, la Consulta ha costantemente individuato, quale momento "genetico" di incardinazione del giudizio incidentale, la data in cui l'ordinanza è stata adottata, non già la chiusura della fase dibattimentale. Segnatamente, fin tanto che la questione riguarda una norma di dubbia costituzionalità da applicare al caso, il giudice può sempre rimettere gli atti alla Corte, anche poco prima della decisione finale[78], fatta salva, chiaramente, l'eventuale inammissibilità per "questione tardiva"[79]. Del resto, le parti del giudizio principale avranno sempre la possibilità di costituirsi nel giudizio incidentale e partecipare al contraddittorio (salvo le eventuali ipotesi di decisione direttamente in camera di consiglio).

Se l'aspetto della tempistica costituiva forse la principale novità rispetto alla sentenza del 2014 – e probabilmente l'aspetto più aleatorio – in ordine all'incidentalità la Consulta riproduce in maniera assai fedele il percorso della pronunzia sul c.d. *Porcellum*, ritenendo innanzitutto di poter individuare una differenza fra l'oggetto del giudizio *a quo* – «l'accertamento della "pienezza di voto"» – e l'oggetto del sindacato della Corte («la legge elettorale politica, la cui conformità è posta in dubbio»). In questo caso si ritiene poi che l'ordinanza di rimessione contenga una motivazione sufficiente e non implausibile in ordine alla sussistenza dell'interesse ad agire dei ricorrenti nel giudizio principale.

Piuttosto, è rispetto al nucleo centrale della motivazione in punto di ammissibilità che la sentenza n. 35 del 2017 offre nuovi spunti di particolare interesse. Se in prima battuta la Corte riprende in maniera pedissequa il *considerato* dell'ord. n. 165 del 2016 – sottolineando anche qui che la *zona d'ombra* nasce dall'interpretazione dell'art. 66 Cost. da parte delle Camere e dei giudici e della mancata attuazione della legge delega n. 69 del 2009 in ordine alle elezioni delle Camere – non manca di aggiungere infine un inciso significativo:

«permanendo l'esigenza di evitare con riferimento alla legge elettorale politica, una zona franca rispetto al controllo di costituzionalità attivabile in via incidentale, deve restar fermo quanto deciso con la sentenza n. 1 del 2014»[80].

Si intravede qui un monito ancora più intenso rivolto al legislatore e la natura del tutto *eccezionale* delle sentenze costituzionali di merito su questioni relative alle formule elettorali sollevate in sede di giudizio di accertamento, compreso il *leading case* del 2014. Sembra quasi che la Corte abbia introdotto nel controllo sulla presenza delle condizioni processuali una sorta di *ammissibilità provvisoria* o *condizionale*, destinata ad essere confermata anche per le questioni future fin tanto che perdurerà il vuoto di tutela del diritto di voto nell'ambito delle elezioni parlamentari. In tale periodo,

[77] Ci riferiamo ancora a S. PIZZORNO, *op. cit.*, 2.

[78] La soluzione qui patrocinata era stata già proposta in dottrina da G. D'AMICO, «Adelante, Pedro, ... si puedes». *L'*Italicum *all'esame della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2016, spec. 359.

[79] Sulla tempistica dei giudici *a quibus* e sulle conseguenze in punto di ammissibilità delle questioni (premature o tardive) sollevate, cfr. S. AGOSTA, *Questioni di legittimità costituzionale* premature *e questioni* tardive *tra vocazione all'"accentramento" e istanze di "diffusione" del sistema di giustizia costituzionale: profili problematici*, in AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, a cura di E. Malfatti-R. Romboli-E. Rossi, Atti del Seminario svoltosi a Pisa il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio, Torino 2002, 561 ss.

[80] Cfr. § 3.1 del *Considerato in diritto.*

è come se operasse un'ulteriore condizione processuale per la valida incardinazione del giudizio incidentale: l'impossibilità di ottenere altrimenti la garanzia dei propri diritti fondamentali. E se è evidente che il giudizio su questioni sollevate in sede di giudizio di accertamento assomiglia ad un sindacato *para-preventivo*, ciò vale a maggior ragione per la sent. n. 35, avente come oggetto una legge elettorale in assoluto non ancora applicata. Qui, davvero, si giudica «in vitro»[81].

Da una differente prospettiva, potrebbe pure affermarsi che la valutazione del contesto politico-costituzionale operi nel giudizio costituzionale in modo affatto diverso da quanto si è visto in relazione alla giurisprudenza della Corte edu in materia di sistema elettorale in senso stretto. Se in quest'ultimo caso un siffatto accertamento va ad alimentare l'ampio margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati – con una speculare riduzione della giustiziabilità delle loro scelte rispetto al parametro dell'art. 3, Protocollo n. 1 della Cedu – per la Consulta si traduce nella considerazione dei problemi derivanti da un lungo vuoto di tutela dei diritti fondamentali in ambito elettorale dovuto ad una molteplicità di fattori, non ultimo la scelta del legislatore delegato di non introdurre la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in relazione alla fase preparatoria delle elezioni parlamentari[82].

Accanto a tale monito, emerge pure l'auspicio della Corte di vedere al più presto superata la lunga fase caratterizzata dall'assenza di ordinari rimedi giurisdizionali, in modo da potersi disfarsi agevolmente e in fretta di quest'anomalo e scomodo canale di attivazione del giudizio incidentale. Probabilmente, il carattere della transitorietà potrebbe far ritenere meno traumatica l'incongruenza che emerge dallo schema adottato dalla Corte, se non fosse per il fatto che qui la transitorietà risulta in ultimo rimessa alla scelta dello stesso legislatore. Di certo, però, il giudice delle leggi sembra particolarmente consapevole dei limiti del suo ruolo, al punto da confinare, sia pure con inevitabili incoerenze processuali, la portata dirompente della sentenza n. 1 del 2014.

Al fondo di tutto il ragionamento c'è dunque un bilanciamento complessivo nel quale si cerca di tenere insieme due aspetti fondamentali dell'essere un giudice ("speciale"): il compito insostituibile di evitare che l'attuale assenza di un ordinario rimedio giurisdizionale possa tradursi in una irrimediabile violazione del diritto di voto e, allo stesso tempo, la necessità che il giudizio incidentale rimanga quanto più possibile entro i confini posti dalle norme processuali. L'arduo tentativo ha come esito l'introduzione di un contrappeso dinamico alle scelte degli organi di indirizzo politico, ovvero di un uso degli strumenti processuali aperto all'evoluzione del sistema delle garanzie relative al procedimento elettorale.

In definitiva, può ritenersi che la trasformazione di alcuni elementi che fanno della Corte un giudice sia infine opportunamente mantenuta in una cornice complessivamente coerente al rapporto di *diversità* fra funzione legislativa e funzione giurisdizionale, sia per la logica di transizione che caratterizza l'evoluzione delle sentenze sul sistema elettorale (in senso stretto) delle Camere, sia per la precisa scelta della Corte di evitare un'estensione incontrollabile di tale indirizzo anche a giudizi relativi ad altre tipologie di elezione o ad altri diritti fondamentali, al precipuo scopo di rimanere nell'alveo delle norme processuali e sia pure al prezzo di non poche incongruenze.

7. *I tre assunti della sent. n. 1 del 2014 e la ragionevolezza dell'*Italicum: *il* self restraint *della Corte sulla soglia di assegnazione del premio e sulla* SperrKlausel – Con la sentenza n. 1 del 2014 il premio di maggioranza previsto alla Camera era stato annullato per non essere agganciato al raggiungimento di una soglia minima di voti. Tuttavia, tale decisione – sulla quale non ritorneremo

[81] Cfr. nuovamente A. RUGGERI, *La Corte alla sofferta ricerca*, cit., 5,

[82] Significativo, al riguardo, l'appunto di A. RUGGERI, *La Corte alla sofferta ricerca*, cit., 4: «La Corte è consapevole di portare sulle spalle una croce pesante e di doverla portare fino in cima perché è a ciò chiamata dal dovere di fedeltà alla Repubblica: sa, cioè, di dover entrare a tutti i costi nel merito e, fin dove possibile, correggere il dettato legislativo. A tutti i costi, anche dunque a quello di dover mettere sotto stress o, diciamo pure, sacrificare le regole processuali. Non solo dopo la pronunzia odierna (e già quella del 2014), ma soprattutto alla luce di questa, dovremmo forse ripensare da cima a fondo concetti elementari della giustizia costituzionale, quali quelli di rilevanza e d'incidentalità, chiedendoci cosa ne rimanga, perlomeno in talune circostanze, quale quella che ha portato alla discussa e discutibile sent. n. 10 del 2015, e in relazione a talune specie di leggi, quali appunto quelle elettorali».

in tale sede[83], al fine di soffermarci invece sulla più recente pronunzia n. 35 del 2017 – pareva confermare almeno tre assunti.

Veniva innanzitutto smentito l'assunto per cui l'inesistenza di un vincolo costituzionale alla scelta di un sistema elettorale proporzionale significhi assoluta libertà del legislatore in materia. In questo senso, è evidente l'*overruling* rispetto all'indirizzo inaugurato con la sentenza n. 43 del 1961.

In secondo luogo, emergeva con chiarezza la diversità di limiti che incontra il giudizio della Consulta rispetto al sindacato della Corte europea dei diritti dell'uomo e, in particolare, il differente atteggiarsi, rispettivamente, della *political question* interna – che non impedisce al giudice delle leggi di sindacare, sia pure con prudenza, la manifesta irragionevolezza delle leggi elettorali – e dell'ampio margine di apprezzamento statale riconosciuto dal giudice di Strasburgo in ordine alle formule di trasformazione dei voti in seggi[84].

Infine, risultava abbastanza chiaro che la necessità di una soglia minima di voti per l'ottenimento del premio costituisse, sì, un elemento riconducibile più agevolmente sottoponibile ad un controllo di manifesta irragionevolezza, ma sottendesse un principio, il *limite alla distorsione irragionevole*, che inevitabilmente preludeva la possibilità – ma anche l'estrema difficoltà – di un sindacato sull'eventuale macroscopica ragionevolezza della soglia eventualmente prevista. Non sorprende dunque il successivo epilogo costituito dalla sent. n. 35 del 2017 e l'idea dei giudici *a quibus* per cui la Corte non avrebbe comunque scelto di liquidare *in limine litis* la relativa questione per rispetto della discrezionalità del legislatore, procedendo invece ad un accertamento nel merito.

L'effetto *boomerang* della sentenza del 2014 non tarda ad emergere dopo l'approvazione della legge n. 52 del 2015 (*Italicum*), che mira ambiziosamente ad innescare una dinamica bipartitica stabilendo, solo per la Camera, l'assegnazione di un premio di maggioranza analogo a quello previsto dalla normativa precedente. Di diverso c'è che il premio è assegnato ad una lista e non ad una coalizione e che esso può essere conquistato raggiungendo al primo turno il 40% dei voti validi o vincendo al ballottaggio fra le due liste meglio piazzatesi al primo turno. A ciò si aggiunge lo "svuotamento" delle liste bloccate, sostituite dal singolo capolista e dal voto di preferenza per tutti gli altri candidati, insieme alla possibilità, solo per il primo, di multi-candidature in un massimo di dieci collegi. Completa il tutto la soglia di sbarramento del 3%.

Considerata la molteplicità di censure mosse alla legge dai cinque tribunali che hanno sollevato questione alla Corte – e soprattutto l'enciclopedica sentenza adottata dai giudici costituzionali – mi limiterò ad analizzare solo quei profili o quelle parti della motivazione che ritengo più interessanti per il taglio di questo lavoro, anticipando sin d'ora che le argomentazioni della pronunzia – talvolta molto sottili, ma in altri casi assai fragili – riflettono senza dubbio il difficile compito di tenere insieme una probabile divergenza interna al collegio decisionale. In questo, come in altri casi, si coglie l'effetto negativo sulla linearità delle motivazioni derivante dall'assenza del *dissent*, che pure tuttavia, proprio in ipotesi così politicamente delicate, avrebbe il difetto di mettere pericolosamente a rischio l'immagine unitaria della Corte.

Il primo difetto della nuova legge elettorale sarebbe, per i rimettenti, la compresenza della soglia e del premio, da cui deriverebbe l'illegittimità di quest'ultimo per l'eccessiva compressione della rappresentanza. La Corte non ritiene fondata la questione, anche in ragione del fatto che il premio ha lo scopo di assicurare l'esistenza di una maggioranza, mentre una ragionevole soglia di sbarramento può contribuire allo scopo di non ostacolarne la formazione e agevola un'opposizione non eccessivamente frammentata, così attenuando i disequilibri indotti.

Il punto è della massima importanza. Se consideriamo *l'Italicum,* per un partito che abbia già ottenuto al primo turno il 40% dei voti, la soglia di sbarramento può anche diminuire l'entità del

[83] … e sulla quale si rinvia al nostro *I sistemi elettorali dopo la sentenza n. 1 del 2014. Problemi e prospettive,* Napoli 2014.

[84] Ma in senso contrario, cfr. E. GROSSO, *Riformare,* cit., 15, secondo cui, considerato l'esito della ricordata sentenza *Saccomanno*, «gli ostacoli che sembrano frapporsi ad una decisione di accoglimento da parte di quest'ultima (la Corte costituzionale) sono gli stessi che impediscono alla Corte europea dei diritti dell'uomo dei diritti umani di affrontare nel merito la valutazione dell'entità del premio di maggioranza».

premio necessario a raggiungere i 340 seggi alla Camera, perché già di per sé sovra-rappresenta i partiti più grandi e semplifica il quadro politico. In questo senso, per la Corte la soglia frena i fattori che non agevolano la formazione di una maggioranza. Né la soglia può aiutare la lista vincente a raggiungere il 40% dei voti validi, che sono comunque computati anche tenendo conto di quelli espressi a favore di liste sotto-soglia e, dunque, non ammesse al riparto dei seggi[85]. Essendo poi assegnato il premio alla singola lista, la presenza di una soglia non aumenta ulteriormente in alcun modo l'effetto distorsivo a vantaggio del partito di maggioranza e a discapito dell'opposizione. Semmai, l'effetto congiunto dei due sistemi toglie ulteriore spazio alla rappresentanza delle minoranze *all'interno* dell'opposizione – e, dunque, delle minoranze *tout court*, visto che la maggioranza è costituita da una sola lista – tollerabile dalla Corte in quanto la soglia è ritenuta ragionevole.

Anche sulla soglia minima prevista per l'assegnazione del premio al primo turno, la Corte riesce a mantenere un profilo di *self restraint* degno di nota, non fissando alcun *range* di ragionevolezza e quasi appiattendo il proprio giudizio alle indicazioni della sentenza n. 1 del 2014. In particolare, una volta fissata dal legislatore una soglia minima di voti per ottenere il premio, alla luce della discrezionalità legislativa in materia, essa viene giudicata non *manifestamente irragionevole*, «poiché volta a bilanciare i principi costituzionali della necessaria rappresentatività della Camera dei deputati e dell'eguaglianza del voto, da un lato, con gli obiettivi, pure di rilievo costituzionale della stabilità del governo del Paese e della rapidità del processo decisionale, dall'altro». Se il riferimento alla sentenza del 2014 è lampante, la Consulta aggiunge pure che, a ritenere il contrario, si dovrebbe argomentare la non compatibilità con i principi costituzionali di una determinata soglia numerica, fino a ritenere legittima la sola attribuzione, non già di un premio di maggioranza, ma di un premio di governabilità, condizionato al raggiungimento di una soglia pari almeno al 50% dei voti o dei seggi. In tal senso, la Corte si arresta sul "passo doppio" del suo *leading case*, stabilendo che:

«Al cospetto della discrezionalità spettante in materia al legislatore, sfugge dunque, in linea di principio, al sindacato di legittimità costituzionale una valutazione sull'entità della soglia minima in concreto prescelta dal legislatore (attualmente pari al 40 per cento dei voti validi, e del resto progressivamente innalzata nel corso dei lavori parlamentari che hanno condotto all'approvazione della legge n. 1 52 del 2015). Ma resta salvo il controllo di proporzionalità riferito alle ipotesi in cui la previsione di una soglia irragionevolmente bassa di voti per l'attribuzione di un premio di maggioranza determini una tale distorsione della rappresentatività da comportarne un sacrificio sproporzionato, rispetto al legittimo obbiettivo di garantire la stabilità del governo del Paese e di favorire il processo decisionale»[86].

Se dunque la soglia minima rimane pur sempre sindacabile, ma solo laddove sia talmente bassa da risultare manifestamente irragionevole[87], sembra invece sfuggire per definizione al giudizio della Corte l'assenza, nella legge, di un aggancio al numero degli aventi diritto. È in particolare il Tribunale di Genova a sottolineare che la distorsione deriverebbe anche dal fatto che la soglia del 40% al primo

[85] Cfr. l'art. 24 della legge n. 52 del 2015, che modifica l'art. 77, comma 1, del d.P.R. n. 361 del 1957 (e, in particolare, il combinato disposto del n. 2 e del n. 5).

[86] Cfr. § 6 del *Considerato in diritto.*

[87] Sembra perciò marcatamente forzata l'interpretazione di V. BALDINI, *Un commento "a caldo" sulla comunicazione della Consulta che annuncia l'incostituzionalità parziale della legge elettorale n. 52/2015*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2017, secondo cui «Una certa sorpresa invece desta il fatto che abbia passato indenne il vaglio di costituzionalità la previsione dell'assegnazione del premio al primo turno, a favore della lista che abbia acquisito almeno il 40% dei voti sul territorio nazionale. Le argomentazioni in senso contrario infatti non sono liminari, se si tiene conto che tale criterio di calcolo non scongiura in sé il rischio di una sovra- rappresentazione parlamentare del partito di maggioranza paventato in passato dalla Corte (ricordiamo che l'Italicum ha escluso, peraltro, la possibilità di coalizioni ed apparentamenti vari). Potrebbe essere che al giudice decidente non sia sfuggito come in un contesto rappresentativo ormai divenuto tripolare, quale quello oggi esistente, il raggiungimento di una tale soglia si mostri comunque difficilmente realizzabile, con l'esito di ricondurre la disciplina elettorale entro le dinamiche fisiologiche del sistema proporzionale (poco) corretto».

turno sarebbe rapportata ai voti validi e non agli aventi diritto. Ma per la Corte, se pure in periodi di forte astensione il premio potrebbe essere assegnato a chi dispone di un'esigua rappresentatività reale, la scelta di condizionare il premio in relazione agli aventi diritto è oggetto di una delicata scelta politica e non costituisce certo una soluzione costituzionalmente obbligata, ricordando peraltro che neppure nella sent. 1/2014 si ritrova alcun riferimento agli aventi diritto al voto.

Ora, è evidente che qui si tocca il punto più alto di *self restraint* proprio in relazione ad un aspetto delicatissimo[88]. Se pure infatti può affermarsi che il riferimento agli aventi diritto non costituisca una soluzione costituzionalmente obbligata per tutti i tipi di sistemi elettorali – e di certo non potrebbe esserlo al fine di bloccare eventualmente il rinnovo delle Camere – il controllo sulla manifesta irragionevolezza della legge elettorale presuppone comunque ed implica bilanciamenti (e dunque misure di riequilibrio) diversi a seconda delle peculiarità del sistema scelto dal legislatore. Lo stesso premio di maggioranza, del resto, può essere giuridicamente costruito come meramente eventuale, anche se tale ipotesi risulta politamente poco ambita. Tale problema riguarda in verità anche il ballottaggio, peraltro annullato con altra argomentazione dalla Corte, determinando anche qui come esito un premio "condizionato".

Ha tuttavia prevalso, in questo caso, il comprensibile timore della Consulta di discostarsi eccessivamente dalla rotta impressa dalla sentenza del 2014, suscitando però l'impressione di non soffermarsi adeguatamente su un profilo più volte posto all'attenzione dalla dottrina e legato tanto al primo turno che alla soglia di ballottaggio.

8. *L'annullamento del ballottaggio* – Meritevole di attenzione è senz'altro il fatto che la Consulta abbia rifiutato l'idea che il ballottaggio sia una votazione dotata di autonomia rispetto a quella del primo turno e, dunque, l'assunto per cui «dal punto di vista degli elettori col ballottaggio tutte le scelte rispetto a quelle del primo turno si azzerano e sono reversibili: quindi la discontinuità à comunque evidente e non un riflesso delle scelte delle forze politiche»[89].

In realtà, il ballottaggio poteva considerarsi autonomo solo in relazione alla scelta della lista di maggioranza (assegnataria del premio), l'unica davvero reversibile rispetto a quelle operate nel primo turno. Il resto, invece, veniva cristallizzato nella prima votazione. Così, ad esempio, la distorsione provocata ai danni dei partiti perdenti era infatti da calcolarsi comunque sui seggi in prima battuta – col ricorso al sistema proporzionale – in base al primo turno e sarebbe rimasta identica ove lo stesso partito vincitore al ballottaggio avesse vinto il premio al primo con il 40% dei voti validi. Ed anche i candidati destinati a ricoprire i seggi conseguiti dai partiti – di maggioranza, come di opposizione – sarebbero stati pur sempre individuati in base alle preferenze espresse al primo turno.

[88] Secondo A. RUGGERI, *La Corte alla sofferta ricerca*, cit., 6, all'argomentazione della Corte «può infatti opporsi che qui è in gioco il valore democratico, che verrebbe comunque a versare in uno stato di palese sofferenza laddove il premio prescindesse dal riferimento ai partecipanti alla competizione elettorale: la forza politica (o un domani, qualora il premio stesso fosse di coalizione, il cartello di forze politiche) sarebbe comunque priva(o) della necessaria "rappresentatività" (*rectius*, rappresentanza in senso sostanziale)». In senso analogo, cfr. A. SPADARO, *Sull'intrinseca "politicità" delle decisioni "giudiziarie"*, cit., 4, secondo cui «il premio di maggioranza, se non vuole avere effetti irragionevolmente distorsivi, dovrebbe essere assegnato non solo se vota il 40 % di elettori a favore di un partito, ma anche – condizione aggiuntiva – solo se ha votato una percentuale minima di elettori. E tale requisito prescinde, mi sembra, dal fatto che si sia al primo o al secondo turno (dove il quorum, di necessità, sale al 50 %, sempre che il ballottaggio sia ristretto alle due forze con il migliore rendimento al primo turno). Ma la Corte sfugge proprio su quest'aspetto, che invece è decisivo per la democraticità dell'elezione: l'assegnazione del premio di maggioranza in rapporto a un numero minimo di aventi diritto al voto». La formidabile questione rimane peraltro avvolta, anche qui, dalla zona d'ombra, se è vero che possono darsi sistemi elettorali altamente manipolativi senza premio, ivi compresi gli stessi sistemi proporzionali particolarmente e "naturalmente" selettivi, perché, ad esempio, fondati sulla ripartizione di seggi in circoscrizioni molto piccole senza recupero dei resti a livello nazionale. In questi casi risulta molto più difficile immaginare un necessario riferimento agli aventi diritto, che rischierebbe di bloccare lo stesso rinnovo delle Camere, ma rischierebbe di rimanere irrisolto il problema dell'adeguata "rappresentanza sostanziale" del Paese.

[89] Così, invece, S. CECCANTI, *I sistemi elettorali*, cit., 3.

In verità, il ragionamento della Corte sul punto non appare particolarmente lineare o, più esplicitamente, non è esattamente chiaro. Premesso che l'accesso al ballottaggio è previsto per i due partiti che abbiano ottenuti più voti al primo turno – ma in misura minore al 40%, visto che in tal caso il premio sarebbe già stato assegnato in quella fase – i giudici *a quibus* avevano lamentato il rischio che una maggioranza artificiosa fosse attribuita a partiti con esiguo radicamento territoriale, considerati anche i possibili effetti dell'astensione al voto quale probabile conseguenza della riduzione dell'offerta elettorale nel turno del ballottaggio. Ed anche qui si censurava l'assenza di correttivi, come il raggiungimento di un quorum minimo di votanti al ballottaggio o al primo turno (per accedere al secondo), nonché l'impossibilità di apparentamento fra liste.

La Corte glissa sul riferimento dei giudici alla necessità di un *quorum* degli aventi diritto, così come non sembra dare particolare peso agli ulteriori effetti di un'eventuale astensione massiccia degli elettori al ballottaggio. Piuttosto, il giudice delle leggi intravede l'illegittimità di questo specifico profilo della normativa nella possibilità che una lista che ha ricevuto un consenso esiguo al primo turno possa ottenere addirittura un raddoppio di seggi con la vittoria del premio al ballottaggio, riproponendo un effetto distorsivo analogo a quello già individuato nella sentenza n. 1 del 2014.

La Consulta riporta invero l'intero ragionamento nell'alveo della forma di governo parlamentare e della forma di Stato, dovendosi tener conto della posizione costituzionale della Camera nell'assetto dei poteri, confermando peraltro quel bilanciamento asimmetrico – già proposto nella sentenza n. 1 del 2014 – secondo cui «ogni sistema elettorale, se pure deve favorire la formazione di un governo stabile, non può che essere primariamente destinato ad assicurare il valore costituzionale della rappresentatività».

Ora, che la maggioranza assoluta così ottenuta non garantisca con certezza l'espressione di un reale radicamento elettorale, in quanto conquistata in automatico da uno dei due competitori di un ballottaggio, è un argomento convincente, ma *a condizione che lo si rapporti agli aventi diritto*, secondo un sentiero argomentativo che tuttavia la Corte afferma di non poter percorrere. È difficile, comunque, comprendere a cosa possa condurre la premessa per cui «se il primo turno dimostra che nessuna lista, da sola, è in grado di conquistare il premio di maggioranza, soltanto le stringenti condizioni di accesso al turno di ballottaggio conducono, attraverso la radicale riduzione dell'offerta politica, alla sicura attribuzione di tale premio»[90].

Se abbiamo ben compreso, il punto decisivo sembra essere il grado di manipolatività delle scelte elettorali derivante dal numero di soggetti ammessi al ballottaggio o dalla loro natura non composita derivante dal divieto di apparentamenti. Quanto al primo aspetto, è chiaro che già aumentare di una unità il numero di competitori al ballottaggio disinnescherebbe l'automatismo censurato dalla Corte, ma paradossalmente, nella stessa prospettiva adottata dal giudice delle leggi, *potrebbe anche significare rimettere in gara altri partiti che hanno conseguito consensi ancor minori nel primo turno, con un maggiore rischio dunque di assegnare il premio ad una lista con scarso rendimento elettorale*. Qualora, invece, si considerassero necessari gli "apparentamenti" per il ballottaggio, l'intera *ratio* dell'*Italicum* – ingenua nel suo ottimismo ambizioso, ma assai lineare nella continuità storica e realizzata con istituti funzionali al dichiarato obiettivo di avviare un bipartitismo – ne risulterebbe definitivamente travolta anche per il futuro.

Il restante campo dei possibili interventi additivi o manipolativi viene interamente riportato all'ambito di discrezionalità del legislatore, ma non è forse un caso che la Corte, fra i tanti possibili profili di libero intervento legislativo, alluda proprio alla scelta di attribuire il premio ad una *coalizione di liste*, anziché ad una sola. A ciò si aggiunge la difficoltà tecnica di restituire una normativa elettorale direttamente applicabile, sicché «alcuni di questi interventi (…) non sarebbero comunque nella disponibilità di questa Corte».

Si può notare la studiata strategia della Corte di non dire nulla *oltre lo stretto necessario*, esattamente come nella sentenza del 2014, ma con effetti più spiazzanti per il legislatore. Così, se il ballottaggio non viene ritenuto incostituzionale *in sé*, ma per il modo in cui era strutturato dalla legge

[90] Cfr. § 9.2. del *Considerato in diritto.*

n. 52 del 2015, si può senz'altro riconoscere che il giudice delle leggi sia stato singolarmente parco di indicazioni per il legislatore ed attento a sfuggire all'angolo cui volevano costringerlo i giudici *a quibus*.

La presenza di una zona di penombra in tale argomentazione lascia tuttavia notevolmente perplessi sull'utilizzabilità in futuro del ballottaggio al fine di assegnare il premio, che può anche tradursi nell'opposto effetto *boomerang* di una incisione profonda sulle valutazioni politiche del legislatore. Difatti, di fronte al pericolo di un nuovo annullamento del ballottaggio o alla stringente necessità di mettere da parte qualsiasi ambizione nella costruzione del bipartitismo comunque determinato dal fallimento del bipolarismo[91] ed a prescindere dalla sua concreta fattibilità nell'attuale fase politica – v'è il rischio che proprio la pronunzia della Corte abbia non solo rimesso, com'è giusto che sia, le castagne alla politica, ma addirittura reso talmente impervio il sentiero del proporzionale con premio da serrarne, pur senza volerlo, gli orizzonti. Di certo, ne esce fuori un ballottaggio talmente… "sballottato" da risultare possibile, ma assai improbabile – e, comunque, decisamente ardua – una sua riproposizione in futuro.

9. *Le multicandidature ed il criterio residuale di scelta dei collegi* – Pochi cenni restano da fare ad un altro interessante aspetto preso in considerazione dalla Corte nella recente sentenza n. 35. La Corte ha fatto salva non solo l'esistenza dei capo-lista bloccati, ma anche, superando alcuni opportuni rilievi della dottrina[92], la possibilità di una loro candidatura in più collegi, per un massimo di dieci. In questa parte della motivazione si intravedono, in verità, più ombre che luci.

Innanzitutto, se può affermarsi in modo pacifico che, nella legge n. 52 del 2015, il superamento delle lunghe liste bloccate rispetta l'indicazione della sentenza n. 1 del 2014, diversa è la conclusione che deve trarsi in ordine alle multi-candidature. In quella pronunzia, infatti, la Consulta aveva sottolineato *incidenter* l'esistenza di un *legittimo affidamento* dell'elettore anche nel fatto che il primo seggio conquistato dal partito da lui votato sarebbe stato assegnato al primo candidato nell'ordine della lista. Nell'*Italicum* tale affidamento risulta invece del tutto disatteso, a prescindere, ovviamente, dal fatto che la possibilità di multi-candidature può per altri versi produrre effetti positivi in ordine alla limitazione del numero di deputati scelti senza le preferenze[93]. Analogo effetto negativo si riverbera chiaramente sulle stesse esigenze di conoscibilità, considerato che i capilista potrebbero presentarsi in dieci collegi rispettivamente ricompresi in dieci circoscrizioni. Come a dire: in mezza Italia. E tale elemento stona ancor più con un'importante precisazione della Corte in ordine al territorio entro cui alcuni seggi originariamente da assegnare in un collegio possano infine *slittare* verso un altro collegio.

Si tratta, ovviamente, di due diversi istituti. Tuttavia, è significativo che, mentre l'effetto di slittamento è ritenuto non illegittimo unicamente in quanto mantenuto *nell'ambito della medesima circoscrizione* – e dunque il voto dell'elettore può anche consentire al partito scelto di ottenere il seggio in altro collegio, perché (e purché) contiguo o vicino – l'affidamento sull'elezione del capo-lista di partito del (e nel) proprio collegio rimane invece completamente privo di tutela, potendo addirittura lo stesso capo-lista essere eletto in un'altra Regione.

Infine, non sembra esservi stata corrispondenza alla richiesta dei giudici di garantire che, in caso di vittoria in più collegi, il capo-lista fosse proclamato eletto secondo un criterio rispettoso della volontà degli elettori. Se è vero, infatti, che la Corte recide alla radice l'insostenibile peso dei partiti nella scelta del collegio – annullando la possibilità di opzione del capo-lista – rimane una magra consolazione l'elevazione a criterio decisivo il sorteggio, previsto originariamente dall'*Italicum* come ipotesi residuale in mancanza di una scelta da parte dell'interessato.

---

[91] Cfr. C. FUSARO, *Del rifiuto di rafforzare la governabilità per via elettorale*, in *Quad. cost.*, 4/2015, spec. 635.

[92] .. relativi, fra l'altro, anche all'alterazione della competizione sotto il versante dell'elettorato passivo: cfr. L. TRUCCO, *Candidature multiple ed Italicum*, in *Quad. cost.*, 3/2015, 738 ss.

[93] Per opportuni approfondimenti, si rinvia al nostro *I capilista bloccati: una soluzione ragionevole?*, in *Quad. cost.*, 3/2015, 741 ss.

Ovviamente, molte erano le opzioni possibili, alcune delle quali utilmente suggerite dallo stesso tribunale costituzionale. Ed occorre pure considerare che la peculiare posizione del capo-lista bloccato rende meno semplice suggerire soluzioni più lineari: ad esempio, pur non essendo vietato ai cittadini esprimere proprio su tale candidato la propria preferenza, è comprensibile immaginare che in questo caso la preferenza assume un peso diverso, ben sapendo l'elettore che il capolista avrebbe comunque diritto al primo seggio del partito in quel collegio, a prescindere dal numero di consensi ottenuti. È più facile, dunque, che la preferenza – o le preferenze, se relative a candidati di diverso genere – si appuntino su un candidato diverso dal capo-lista, senza che ciò costituisca per tale soggetto un segno di maggiore o minore gradimento da parte dell'elettorato.

Tuttavia, è difficile accettare che una decisione di accoglimento lasci in piedi, per ragioni di *self restraint*, una soluzione (forse meno, ma) pure decisamente incostituzionale.

Sicché, sia pure con molta fatica e con estrema prudenza, attesa pure la probabile "sofferenza" del collegio, in questo bilanciamento fra due componenti essenziali dell'essere *giudice* – il compito di rendere giustizia costituzionale e l'esigenza di non invadere la discrezionalità del legislatore – la Corte avrebbe potuto e dovuto spingersi oltre, superando anche i vizi di incostituzionalità che inficiano la medesima soluzione del sorteggio. Se si considera che anche nella sentenza n. 1 del 2014, l'introduzione della preferenza non era affatto una soluzione "a rime obbligate", la Consulta avrebbe potuto analogamente scegliere un rimedio *minimal* fra quelli comunque da essa suggeriti, fra i quali forse il più convincente e lineare è l'elezione del capolista nel collegio in cui maggiore è stato il divario *in percentuale* fra il numero di voti complessivi ottenuti dal partito e la cifra elettorale del candidato più votato con le preferenze, come del resto segnalato dalla dottrina più attenta, ferma restando la discrezionalità del legislatore di scegliere una diversa soluzione, ugualmente rispettosa dei diritti e dei princìpi in gioco.

10. *Contrappeso e* self restraint*: la sorte del vizio di forma della legge sull'*Italicum – Il controllo di costituzionalità sulle leggi elettorali restituisce l'immagine di un giudice delle leggi che – in quanto organo del "sistema costituzionale" – quanto più svolge la sua funzione di contrappeso, tanto più si sforza di ricorrere contestualmente anche a classici strumenti di autolimitazione.

È quanto accade in modo plateale – sulla base di un'argomentazione assai fragile – nella stessa sentenza sull'*Italicum*. Il punto è la scelta della Corte di dichiarare inammissibile la richiesta delle parti di procedere ad un'auto-rimessione di una questione sulla stessa legge n. 52 per vizio di forma[94]. La Consulta scorge in tale istanza non solo il tentativo di eludere sostanzialmente la ferrea regola processuale che impedisce alle parti di allargare il *thema decidendum* fissato dal giudice, ma anche il pericolo di trasformare il giudizio incidentale in un improprio strumento di impugnazione delle decisioni dei giudici *a quibus* con una sorta di aggiramento del rigetto, per manifesta infondatezza, dell'istanza di parte ad opera del giudice rimettente.

Ora, al di là della fondatezza della richiesta delle parti, se pure è nella stessa logica dell'auto-rimessione un potenziale allargamento dell'oggetto del giudizio, l'accostamento fra le due figure risulta decisamente forzato, visto che la Corte non avrebbe dovuto valutare altri vizi o altri argomenti *nel giudizio incardinato dal rimettente*, quanto e piuttosto verificare se esistesse una pregiudizialità fra il sindacato sul vizio di forma e quello richiesto dal giudice *a quo*. Tale condizione sussisteva sicuramente, al punto che l'eventuale annullamento per vizio di forma – destinato a colpire l'intero atto – avrebbe reso inutile il giudizio su tutti i vizi rilevati dal rimettente (non solo sulle censure ritenute fondate). Né credo sia decisiva l'ulteriore argomentazione fondata sul fatto che nei giudizi

[94] In specie, le parti costituite in cinque giudizi *a quibus* avevano chiesto che la questione fosse sollevata sull'intera legge, «con particolare riferimento ai suoi articoli fondamentali (1, 2 e 4)», poiché essa sarebbe stata approvata, prima al Senato e poi alla Camera, «in palese violazione dell'art. 72, commi 1 e 4, Cost. e dell'art. 3 del protocollo CEDU (per come richiamato dall'art. 117, comma 1, Cost.)». Segnatamente, oggetto della doglianza era l'approvazione alla Camera degli artt. 1, 2 e 4 attraverso il ricorso al voto di fiducia, nonché, al Senato, la compressione, nei tempi e nei modi, dell'esame del progetto in Commissione e l'approvazione in Assemblea di un emendamento che ha inserito nel testo della legge un preambolo riassuntivo dei caratteri essenziali del sistema elettorale, così da determinare l'inammissibilità di tutti gli ulteriori emendamenti presentati (cfr. § 4 del *Considerato in diritto*).

principali le medesime questioni di forma erano state sollevate dalle parti e dichiarate manifestamente infondate dal giudice *a quo*, soprattutto se si considera la natura *ibrida* del processo incidentale, *concreto* nella sua genesi – nel senso della sua scaturigine da un giudizio concreto – ma *autonomo* nel suo svolgimento ed *universale* nei suoi eventuali esiti caducatori.

A voler essere dunque rigorosi, il principio di autonomia del giudizio incidentale avrebbe consentito – e probabilmente richiesto – una risposta positiva all'istanza delle parti di auto-rimessione della questione, anche su vizi rigettati dal giudice *a quo*. Un conto è infatti l'allargamento del parametro o dell'oggetto attraverso le memorie delle parti – cui dunque sarebbe discutibilmente rimessa la disponibilità dell'estensione del *thema decidendum* – un altro conto è che la Corte possa sollevare di fronte a sé questione anche su istanza di parte, *come qualsiasi altro giudice*. Paradossalmente, dunque, un'accorta applicazione delle stesse norme processuali avrebbe consentito un maggiore margine d'azione della Consulta. Non solo: a differenza dell'attuale aggiramento delle norme processuali sulla rilevanza/incidentalità, il riconoscimento della necessità/doverosità di una corretta e integrale sanzione dei vizi "formali" direttamente ad opera della Corte – attraverso l'autonoma via dell'*auto-rimessione*, "messa in moto" da un accorto giudizio incidentale – forse sarebbe la via più semplice e naturale per il Giudice delle leggi per ovviare alle illegittimità derivanti dall'esistenza di *zone franche costituzionali* presenti nel nostro ordinamento.

Tuttavia, la differente scelta di chiusura, per quanto difficile da spiegare in virtù delle norme sul giudizio incidentale, risponde ad una complessiva ragione di *self restraint*, giustificabile in base ad almeno due argomenti.

In primo luogo, la natura particolarmente pervasiva del controllo di forma avrebbe ulteriormente acceso gli animi su alcune discusse scelte procedimentali. Non si tratta, invero, di una novità, ove si pensi che sulla stessa "legge truffa" fu posta la questione di fiducia. Ma è certo che un sindacato su tale vizio – pure possibile e, comunque, doveroso – conducendo all'annullamento *in toto* dell'*Italicum*, avrebbe impedito alla Corte di mantenere ferma la logica dei piccoli passi nel controllo sulle leggi elettorali. In tal senso, si preferisce la logica di equilibrio che porta a lavorare di fioretto e non di scherma e, dunque, a colpire eventualmente solo il minimo indispensabile. Peraltro, nell'ipotesi di annullamento totale della legge, si avrebbe avuto realisticamente il singolare effetto della riviviscenza della l. n. 270/2005, nella versione "decapitata" dalla Corte[95].

Più in generale, poi, era chiara la necessità di non ampliare ulteriormente l'uso improprio del giudizio incidentale attraverso q.l.c. sollevate in sede di giudizio di accertamento. In effetti, il punto decisivo è la necessità di limitare l'effetto dirompente della sentenza, considerato che il sindacato sui vizi formali-procedimentali, per quanto doveroso, è, anche simbolicamente, assai delicato nei rapporti della Corte con i tradizionali *arcana imperii*, perché postula non un controllo *sul prodotto* dell'attività legislativa, ma un sindacato sulla stessa procedimentalizzazione di tale attività. Insomma, la Corte non valuterebbe ciò che esce fuori dalle Camere – i prodotti legislativi – ma ciò che vi accade dentro (il procedimento).

Va da sé che la giustificazione di tale scelta non può ovviamente essere il fatto, ribadito dalla stessa Consulta in altro punto della motivazione, che la giurisprudenza costituzionale ha sempre riconosciuto al legislatore un'ampia discrezionalità nella scelta del sistema elettorale, salvo i casi di manifesta irragionevolezza. Tale discrezionalità non potrebbe infatti esercitarsi in palese violazione delle norme costituzionali sul procedimento legislativo, ipotesi di illegittimità certamente riconducibile, ove il vizio effettivamente ci fosse, alla manifesta irragionevolezza.

---

[95] … almeno a seguire quanto affermato dalla stessa Corte nella sentenza n. 13 del 2012: «Il fenomeno della reviviscenza di norme abrogate, dunque, non opera in via generale e automatica 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) *e in quella ordinaria e amministrativa, ma anche in altri ordinamenti* (come quello austriaco e spagnolo). Tale annullamento, del resto, ha "effetti diversi" rispetto alla abrogazione – legislativa o referendaria – il cui "campo […] è più ristretto, in confronto di quello della illegittimità costituzionale" (sentenza n. 1 del 1956)».

Di certo, anche qui potrebbe intravedersi un *uso teleologico* delle norme processuali, al fine non solo o tanto di non trascinare la Corte in un settore delicatissimo, quello del controllo sulle discutibili prassi parlamentari, talvolta palesemente incostituzionali, ma di non forzare oltre misura l'esito di un giudizio *ad accesso anomalo*. Solo con tale sguardo benevolo si può ritenere che anche qui la Consulta riesca ancora, sia pure con una certa fragilità argomentativa, a mantenere entro livelli fisiologici la *diversità* fra la funzione di garanzia costituzionale e quella legislativa.

11. *Un sindacato a geometria variabile (astratto/concreto) e l'oscillante riferimento agli "inconvenienti di fatto"* – Al termine di tale panoramica, si ha l'impressione che in materia elettorale si presenti oramai più sfumata la nota contrapposizione fra la natura particolarmente concreta del giudizio svolto dalla Corte edu – avente ad oggetto un ricorso a tutela di diritti individuali – ed il sindacato della Consulta sulla costituzionalità della legge, dall'anima ibrida.

Quanto alla prima, al di là di quanto si potrebbe osservare più in generale rispetto alle c.d. "sentenze-pilota" e ad alcune decisioni in materia pensionistica[96], si può ad esempio nuovamente richiamare la sentenza *Yumak* e *Sadac* c. *Turchia* dell'8 Luglio 2008, in cui se pure la Corte ricorda che «non le spetta esaminare *in abstracto* una legge elettorale interna e che spetta innanzitutto alle autorità nazionali, e segnatamente le corti ed i tribunali, particolarmente qualificati in materia, il compito di interpretare ed applicare il diritto interno», stabilisce di dover decidere «alla luce dei risultati delle elezioni legislative del 3 novembre 2002, ma senza trascurare le elezioni del 22 luglio 2007, alle quali i ricorrenti non sono stati certo candidati ma che nondimeno presentano un evidente interesse per la valutazione degli effetti della soglia di sbarramento elettorale contestata dai ricorrenti»[97], visto peraltro che la precedente decisione della Camera, adottata prima delle elezioni del 2007, ha preso in considerazione principalmente i risultati delle elezioni del 3 novembre 2002 ed il contesto prevalente nel paese a quel tempo (§73).

Quanto, poi, alla Corte costituzionale, è chiaro che nella definizione di una questione sollevata in un giudizio di accertamento risulta inevitabilmente accentuata la natura astratta del sindacato di costituzionalità. Al contrario, nella ricordata sentenza n. 193 del 2015 sulla legge elettorale della Regione Lombardia la censura del giudice *a quo* sul premio di maggioranza è stata dichiarata addirittura inammissibile dalla Corte sulla base di una puntuale analisi dei risultati elettorali, secondo uno schema che richiama quello seguito ordinariamente nel giudizio della Corte EDU[98].

[96] Così, in alcuni casi relativi ai sistemi pensionistici, «la Corte fa notare che il proprio ruolo consiste nel definire la questione di principio, accertando se la legge illegittimamente differenzi tra persone che si trovano in una analoga situazione. Quello che colpisce è che, diversamente da altri contesti, la Corte edu pare prescindere dalla particolarità dei casi specifici, orientando il proprio sindacato sulla legge che si sospetta fonte di discriminazione»: così G.P. DOLSO, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo,* Napoli 2013, 278 (che indica, quale esempio emblematico, la sentenza *Carson e altri c. Regno Unito* del 4 novembre 2008).

[97] Preliminarmente, la Corte confuta l'eccezione statale per cui i motivi di ricorso addotti dai ricorrenti si sarebbero risolti in un'*actio popularis*, ricordando che comunque, «al momento delle elezioni del 3 novembre 2002, gli interessati sono stati toccati in maniera diretta ed immediata dalla soglia di sbarramento dagli stessi contestata».

[98] Segnatamente, stabilendo la legge elettorale lombarda – come le leggi di molte altre Regioni – che il premio fosse assegnato alle liste non in base ai voti da queste ricevuti, ma in relazione ai voti ottenuti dai candidati alla Presidenza collegati, il T.A.R. remittente riteneva di dubbia costituzionalità la possibilità che liste minoritarie ottenessero la maggioranza assoluta dei seggi. La Corte ha rigettato tale questione accertando che dai risultati elettorali emergeva che la lista collegata al Presidente vincente avesse invece ottenuto un consenso nient'affatto esiguo. È stata invece dichiarata infondata la questione relativa alla soglia di sbarramento. In tema, cfr. G. D'AMICO, *Il sindacato di costituzionalità*, cit., 1000 ss.; M. POLESE, *L'eccezione e la regola: considerazioni sulla giurisprudenza costituzionale in tema di ammissibilità della questione a partire dalla sentenza n. 1/2014*, in *Rivista AIC*, 3/2016; A. ROMANO, *Accesso alla giustizia costituzionale ed eguaglianza del voto. Legittimazione delle Corti e discrezionalità legislativa*, in *Dir. pubbl.*, 2/2015, 431 ss.; A.O. COZZI, *La Corte non si esprime sui premi di maggioranza regionali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* 12 novembre 2015; R. ROMBOLI, *Nota a Corte cost., sent. 193/2015*, in *Foro it.*, 2015, I, 3365 ss.; M. TROISI, *Rilevanza ad assetto variabile: in margine alla sentenza n. 193 del 2015 della Corte costituzionale,* in *Federalismi.it*, 15/2016; D. MONEGO, *La rilevanza di una questione di legittimità sul premio di maggioranza regionale fra "riscontro" del vizio, applicabilità della norma ed influenza della decisione di costituzionalità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1 febbraio

In realtà, ove mai si dovesse superare la fase di transizione caratterizzata dall'assenza di ordinari rimedi giurisdizionali, difficilmente la Corte potrebbe ricorrere ad un giudizio particolarmente *concreto* anche sulle leggi di elezione delle Camere. Sicuramente, non potrebbe farlo *de plano* nell'ipotesi in cui venga legislativamente estesa la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alle elezioni parlamentari relativamente alla *fase preparatoria* e dunque la Consulta venga investita della questione in uno stadio del procedimento elettorale che precede la votazione in senso stretto e, dunque, la conoscibilità degli esiti dell'elezione.

In ogni caso, però, l'anima (anche) concreta del giudizio incidentale non sembra poter essere spinta al punto da vanificarne la natura di sindacato *sulla legge*, destinato dunque a cogliere anche *incostituzionalità potenziali* che potrebbero non emergere in una determinata tornata elettorale ripresentandosi invece in quelle successive. Ed è evidente che il diverso dispiegarsi di tali potenzialità incostituzionali non può che essere condizionato da molteplici fattori – come la strutturazione e la strategia di partiti – i quali non possono essere considerati quali meri inconvenienti di fatto. Lo schema argomentativo qui dovrebbe essere ribaltato: ove la legge elettorale non garantisca – a fronte dei diversi scenari politici immaginabili – il rispetto del quadro costituzionale, l'esito non può che essere l'annullamento.

Fin qui, invero, a partire dalla sentenza n. 1 del 2014, il controllo sulle potenzialità negative delle leggi elettorali si è accordato agevolmente alle specifiche caratteristiche delle questioni sollevate in sede di giudizio di accertamento, che sbilanciano inevitabilmente il sindacato sul fronte dell'astrattezza. Tuttavia, nella stessa sentenza n. 35 del 2017, la Consulta mostra non poche oscillazioni sul punto.

Il primo esempio è costituito dall'ipotesi di una lista che, pur senza raggiungere il 40% dei voti al primo turno, ottenga comunque col sistema proporzionale 340 seggi. Il Tribunale di Genova lamenta l'irragionevolezza della normativa nella parte in cui parrebbe richiedere anche in quest'ipotesi lo svolgimento del ballottaggio, che in effetti risulterebbe *ictu oculi* del tutto inutile. Tuttavia, la Corte, considerando tale eventualità «realmente verificabile», al pari della stessa l'Avvocatura e «sia pure in ipotesi del tutto residuali», non ha intravisto in essa un mero "inconveniente di fatto", censurando piuttosto l'errato presupposto interpretativo da cui muove il giudice *a quo*, che consegna un risultato ermeneutico «prima ancora che irragionevole, (…) in contrasto con la *ratio* complessiva» della legge[99].

Nel ballottaggio, invece, come si è visto, risulta censurata la scelta del legislatore di precostituire comunque le condizioni per cui un partito ottenga con certezza la maggioranza assoluta. Ma questo significa, a ben vedere, che la norma è illegittimità perché, secondo la Corte, *può accadere che un partito ottenga il premio con un'esigua rappresentanza, pur essendo quest'ultima solo un'eventualità.* Dunque, in questo caso, è proprio la *potenzialità* dell'incostituzionalità che conduce all'annullamento: altro che concretezza, almeno di questo giudizio incidentale!

Il terzo esempio riguarda proprio i capi-lista bloccati, per i quali si era già messa in luce la profonda differenza che avrebbe caratterizzato la composizione della maggioranza parlamentare – per più di due terzi (almeno) costituita da candidati scelti con le preferenze – e quella dell'opposizione, in larga parte verosimilmente formata da capilista. Qui la censura del giudice *a quo* costituisce per la Corte una semplice «conseguenza (certo rilevante politicamente) che deriva, di fatto, anche dal modo in cui il sistema dei partiti è concretamente articolato, e che non può, di per sé, tradursi in un vizio di illegittimità costituzionale», trattandosi, fa intendere il giudice delle leggi, di un "inconveniente di fatto".

Le differenti risposte date dalla Corte a questioni diverse, ma tutte relative a vizi potenziali della legge, sono alcune cause del tenore "sofferto" della motivazione e pongono una questione teorico-generale particolarmente seria sulla natura del giudizio incidentale. Potrebbe servire, al fine, un esempio relativo sempre alla materia elettorale. Si pensi all'eventuale introduzione – allo stato attuale,

---

2016; S. CATALANO, *La risposta, implicita, della sentenza n. 193 del 2015 alla questione di costituzionalità sul premio di maggioranza regionale*, in *Le Regioni*, 1/2016, 185 ss.

[99] Cfr. § 9 del *Considerato in diritto.*

invero, assai poco probabile – del sistema maggioritario uninominale *plurality* per l'assegnazione *di tutti* i seggi parlamentari. Com'è noto, un siffatto sistema potrebbe *potenzialmente* dar vita a Parlamenti monocolore. Se ciò normalmente non accade – e risulta salvaguardata la rappresentanza anche dei partiti perdenti (che peraltro non è detto costituiscano una minoranza nel Paese) – è per l'effetto della c.d. compensazione fra collegi.

Non convince tuttavia il rilievo – riconducibile a risalente dottrina – per cui tale contrappeso fattuale, derivante ordinariamente dalla pluralità dei luoghi di competizione, compensi la violazione dell'eguaglianza sostanziale nel voto *in uscita*, al punto da potersi escludere l'incostituzionalità di tale sistema maggioritario[100]. Piuttosto, come ebbe a sottolineare Gaspare Ambrosini in un'ampia trattazione sui sistemi elettorali, col sostenere un siffatto argomento – ovvero la possibilità che l'effetto fattuale di compensazione fra i collegi disinneschi ordinariamente il pericolo di Parlamenti monocolore – i sostenitori del maggioritario implicitamente ammettono che tale sistema «di per sé non si basa sulla giustizia assoluta e che può dar luogo al grave inconveniente suindicato», dovendosene escludere «un'applicazione integrale»[101].

Dunque, la stessa possibilità teorica di una grave compressione delle minoranze politiche non può essere ridotta in modo semplicistico all'effetto di meri inconvenienti di fatto, dovendosi invece imputare all'incapacità della legge elettorale di salvaguardare i diritti implicati a prescindere dalle diverse strategie elettorali, che potrebbero benissimo mutare in occasione delle diverse tornate elettorali ed alle quali non si può certo consegnare la sorte dei fondamentali principi in gioco. A ragionare diversamente, verrebbe completamente mortificata l'anima anche astratta del giudizio incidentale, che strettamente si lega agli effetti *erga omnes* delle decisioni di accoglimento e, dunque, all'esigenza di evitare che l'incostituzionalità, pur se eventualmente non determinatasi nella tornata elettorale cui il giudizio *a quo* si riferisce, possa essere rimossa prima che abbia a verificarsi in casi futuri[102].

12. *La giurisdizione costituzionale come improbabile rimedio per l'apatia democratica* – Il compito di sindacare le leggi elettorali, si è visto, è per la Corte tanto doveroso quanto delicato per la sua stessa legittimazione. Tuttavia, sullo sfondo dei giudizi inaugurati con la sentenza n. 1 del 2014 rimane pur sempre la responsabilità delle stesse forze politiche nel partorire leggi al limite della costituzionalità o, per taluni profili, del tutto irragionevoli. E, visto che in molti aspetti non è sempre facile distinguere fra profili di opportunità politica e veri e propri vizi di illegittimità, l'attività della Consulta risulta, per svariati profili, imprevedibile e facilmente esposta ad accuse, rispettivamente, di attivismo o di inopportuno *self restraint*.

Certo, il sindacato di costituzionalità sulle leggi elettorali non comporta di per sé un'invasione del campo riservato al legislatore, ma, nel cercare di fornire un rimedio ai diritti in concreto con un uso elastico delle norme processuali, la Corte rischia fatalmente di compromettere il suo essere – o,

[100] Tale tesi, risalente a F. PIERANDREI, *Considerazioni giuridiche*, cit. 284, non sembra anche oggi adeguatamente avversata dalla dottrina, per quanto va ricordato che nella sentenza n. 1 del 2014 la Corte ha avuto modo di circoscrivere la portata delle sue argomentazioni, premurandosi di ritenerle non estendibili *sic et simpliciter* ad altre tipologie di sistemi selettivi, come il maggioritario uninominale. Ma è evidente che la necessità di limitare l'eccessiva distorsione fra voti e seggi non può che riguardare anche tale differente tipologia di sistema elettorale, per quanto qui, a differenza di quanto accade col premio, l'effetto distorsivo sembra prodursi in modo più "naturale", ovvero con complessive, effettive vincite a maggioranza in diversi collegi.

[101] Così G. AMBROSINI, *I sistemi elettorali*, Firenze 1945, 17.

[102] Qualche assonanza del ragionamento sembra cogliersi anche in P. PINNA, *Il giudizio di costituzionalità della legge come funzione giurisdizionale*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, cit., II, spec. 1777, ove si osserva che «l'enunciato legislativo va dichiarato incostituzionale quando obbliga ad applicare una norma incostituzionale a un caso, anche quando si possa ragionevolmente ipotizzare che questo è l'unico; e ciò innanzitutto perché questo è solamente un giudizio prognostico, che necessariamente si riferisce ad un fatto, e su un fatto, quantunque probabile, non si può fondare un'interpretazione; in secondo luogo, perché il diritto del singolo, ciò che è tutelato dalla giurisdizione, non può essere sacrificato a vantaggio dell'interesse generale – della politica – alla conservazione della legge verosimilmente applicabile anche in modo incostituzionale».

melius, quanto meno apparire – come "giudice"[103]. L'unica cosa certa è che, per quanto giudice sia, la Corte è comunque un giudice *speciale*, con funzioni *del tutto peculiari* di garanzia costituzionale, che sono ormai "al limite" della giurisdizione.

Purtroppo i partiti politici, progressivamente si sono rivelati incapaci di dare ascolto alle istanze sociali, alimentando così il fenomeno dell'*apatia democratica*, spingendo ad un silenzio rabbioso che tronca ogni dialogo tra elettori ed eletti, con l'effetto negativo di spostare ogni rivendicazione sul terreno della giurisdizione, ed in particolare, di quella costituzionale[104].

Ben altre dovrebbero essere le sedi di realizzazione politica dei diritti qui in gioco ed è piuttosto improbabile che il Giudice delle leggi possa, da solo, supplire alle più generali istanze che provengono dai cittadini. Va dunque preso atto che la giurisdizione costituzionale, anche in materia elettorale, in assenza di adeguate "scelte politiche", se pure viene sempre più chiamata a costituire un fondamentale rimedio all'apatia elettorale, non costituisce la sede più efficace e, soprattutto, la più naturale per fare in modo che cittadini e (classe) politica tornino a parlare fra loro.

[103] Su siffatta "tensione interna" al compito di giudice, cfr. spec. A. RUGGERI, *Teorie della Costituzione e tendenze della giustizia costituzionale, al bivio tra mantenimento della giurisdizione e primato della politica*, in ID., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, XX, *Studi dell'anno 2016,* Torino 2017, spec. 505 ss., il quale rileva come «in tale presente contesto (…) si riveli non poche volte impossibile assicurare una tutela giurisdizionale dei diritti senza tradire la giurisdizionalità stessa, perlomeno per il modo con cui è stata fin qui intesa ed ha caratterizzato il modo d'essere dello Stato costituzionale» (p. 508). Sul punto, dello stesso A., v. pure *Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione*, in ID., *"Itinerari",* cit., 353 ss.

[104] … al punto che il rapporto fra partiti e cittadini sembra quasi evocare un'opera letteraria – "Il canto d'amore di John Alfred Prufrock", di T.S. Eliot – in cui il protagonista, rattristato, afferma: «Ho udito le sirene cantare l'una all'altra. Non credo che canteranno per me».