



di Augusto Cerri*

Spunti e riflessioni sulle questioni di costituzionalità relative alle leggi elettorali.**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Problema del contraddittorio in un giudizio di accertamento sulla costituzionalità di una legge. – 3. Interesse ad agire, rapporti fra causa dedotta nel giudizio a quo e questione di costituzionalità. – 4. Alcune osservazioni sul “pieno merito”.

1. *Premessa.*

Vorrei soffermarmi su alcuni aspetti, di rito e di merito, delle questioni di costituzionalità sollevate dagli attori nei giudizi in corso, senza pretendere di essere completo ed esaustivo. Su alcuni punti queste stesse osservazioni andrebbero approfondite.

2. *Problema del contraddittorio in un giudizio di accertamento sulla costituzionalità di una legge.*

Si è discusso, negli anni '50, sull'individuazione di una controparte in azioni di accertamento dell'incostituzionalità di una legge. Il problema sorge anche per le azioni di responsabilità in seguito a sentenza dovuta, come si diceva, a dolo o colpa grave del giudice, mentre nelle azioni contro la pubblica amministrazione era già consolidato il principio per cui controparte dovesse essere l'organo o l'ente cui si imputa l'atto o il comportamento¹.

Questa discussione muove dalla premessa, invero pacifica, che, in linea di massima, un'azione giudiziaria deve essere proposta nei confronti di una controparte. Solo nei casi previsti dalla legge è possibile un'istanza al giudice, al di fuori di una contesa; si tratta di ipotesi che, per lo più, rientrano in quella che era la “volontaria giurisdizione”, categoria ormai desueta

* Professore emerito di Diritto pubblico nell'Università 'La Sapienza' di Roma'.

** In occasione del Convegno “La legge elettorale in senso stretto quali prospettive in Italia” del 28 aprile 2021 organizzato dalla Rivista *Nomos. Le attualità nel diritto* e dalla Fondazione “Paolo Galizia – Storia e Libertà”.

¹ Cfr. P. CALAMANDREI, *L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova 1950. Non è molto distante la problematica discussa da Francesco CARNELUTTI, *Accertamento penale preventivo*, in *Riv. dir. proc.* 1961, 178 ss..

nel sistema legislativo, anche se serpeggiante dietro quelli che il codice di procedura in vigore chiama “procedimenti in camera di consiglio”.

È interessante notare, del resto, che in ordinamenti estremamente raffinati, come quello canonico, il contraddittore, talvolta, viene “costruito”, per rendere possibile un processo proficuo (penso a figure come quella del *defensor vinculi*, dell'*advocatus diaboli*).

Il problema suddetto è risolto ora dalla prassi. Le azioni di responsabilità nei confronti dello Stato di appartenenza per leggi o per decisioni giudiziarie violative delle norme CEDU sono proposte nei confronti della “Repubblica italiana” di cui il Governo, attraverso l’Avvocatura dello Stato, assume la difesa².

Ciò avviene anche nelle azioni promosse contro atti legislativi o del giudice per violazione “sufficientemente caratterizzata” del diritto dell’Unione Europea³.

Ciò avviene anche, nel diritto interno, per azioni promosse in ipotesi di dolo o colpa grave del giudice⁴.

3. Interesse ad agire, rapporti fra causa dedotta nel giudizio a quo e questione di costituzionalità.

È pacifica, dopo le sentenze n. 1 del 2014 e n. 37 del 2017, l’ammissibilità di azione di accertamento dell’incostituzionalità di una legge, a condizione che sia l’unico mezzo, praticabile ed efficace, per farla valere; non, dunque, ad es., quando l’incostituzionalità della legge può esser fatta valere efficacemente all’interno del procedimento elettorale. Ciò vale, in particolare, per le elezioni politiche, in relazione alle quali il rimedio della “verifica dei poteri” delle singole camere (art. 66 Cost.) non solo può risultare tardivo ma, comunque, non soddisfa il diritto di azione /difesa.

Il carattere “necessario” del rimedio si collega al requisito dell’interesse ad agire, particolarmente esigente, come è noto, nelle azioni di accertamento.

È vero, però, che le dette sentenze avevano introdotto un ulteriore requisito che risiede nella circostanza che il *petitum* della detta azione di accertamento non avrebbe dovuto esaurirsi nella pura dichiarazione dell’incostituzionalità della legge; ciò perché, altrimenti, verrebbe meno il carattere incidentale della questione, la quale diverrebbe, invece, oggetto principale della domanda.

La pratica giurisprudenziale ha inteso con prudente larghezza questo requisito, ritendo sufficiente indice di questa eccedenza dell’azione originaria rispetto alla questione di

² Cfr., ad es., ECHR, sez. I, Affaire R.B. ET M. c. Italie (*Requête no 41382/19*).

³ Cfr., ad es., ECJ, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *A. Francovich e a. c. Rep. italiana*, 5 marzo 1996 cause C. 46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pecheur SA c. Deutsland e The Queen c. Secretary of Transport, ex parte Factortrame Ltd e altri*; ECJ, 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*; Grande sez., 13/6/2006; causa C-173/03, *Fallimento Traghetti Mediterraneo c. Repubblica italiana*, etc.

⁴ Art. 4 legge n. 117 del 1988. Nel caso, lo Stato è rappresentato dal Presidente del Consiglio.

costituzionalità una richiesta dichiarazione di spettanza del diritto e, magari, una pronuncia sulle spese.

È da dire che nella più recente giurisprudenza questo requisito ulteriore tende a svanire: mi riferisco, in particolare alle sentenze n. 46 e 48 del 2021 che, anche in questo contesto, intendono la incidentalità e la rilevanza secondo il criterio generale e semplice della applicabilità della norma al caso all'esame del giudice *a quo*.

Ed è interessante osservare come questa ulteriore evoluzione sia preannunciata dalla sentenza n. 114 del 2018 quando rileva che il riparto di giurisdizione fra giudice tributario e ordinario non può comportare una diminuzione delle garanzie che sussisterebbero ove la giurisdizione fosse di un giudice unico, secondo una linea di ragionamento condivisa da chi scrive. Nel presente contesto, il riparto di giurisdizione fra giudice *a quo* e Corte, che giudica sulla pregiudiziale⁵ costituzionale, non può comportare un depauperamento delle garanzie che sussisterebbero ove tale pregiudiziale fosse conosciuta, *incidenter tantum*, da detto giudice, come avviene, ad es., nei sistemi nei quali il sindacato di costituzionalità non è accentrato ma diffuso.

4. Alcune osservazioni sul “pieno merito”⁶.

Condivido le critiche generali che sono state rivolte alla legge elettorale in vigore: per quel che concerne il voto congiunto, la soglia di sbarramento in ipotesi di lista coalizzata etc.

In particolare, mi sembra difficilmente superabile l'obiezione che attiene agli effetti di “*malapportionement*” che si producono nel riporto complessivo dei voti locali in sede nazionale e nel ricollocamento di questi nelle sedi locali. Il *malapportionement* è un vizio radicale che attiene al principio di eguaglianza nel voto e risiede nel rapporto fra eletti ed elettori. Non ha nulla a che fare, dunque, con il sistema proporzionale che, invece, attiene al rapporto fra voti e seggi. Il *malapportionement* esiste, del resto, anche in un sistema rigidamente maggioritario, come insegna la giurisprudenza americana. Questo vizio radicale probabilmente deriva piuttosto dalla normativa di attuazione di grado legislativo nel suo affrettato collegamento con le legge di revisione, pur essendo vero che anche questa deve rispettare i principi supremi del sistema, fra i quali rientra, senza dubbio, quello di un voto libero ed eguale. Tralascio citazioni, trattandosi di cose ben note.

Aggiungerei che la giurisprudenza della Corte offre valido supporto alla questione di costituzionalità relativa all'abuso delle questioni di fiducia, coltivata⁷ nel giudizio *a quo*.

⁵ Si tratta propriamente di questione e non di causa pregiudiziale. Il problema venne animatamente discusso negli anni '50 del secolo scorso. Cfr., ad es., L. MONTESANO, *Legge incostituzionale, processo e responsabilità*, in *Foro it.* 1952, IV.

⁶ Con questa espressione intendo significare un giudizio sul contenuto di una domanda / istanza come posta (cfr. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli 2019, ad es., 3.2.9.1.).

⁷ Cfr., ad es., ordinanze n. 17 del 2019; 60 del 2020, sulla legge di bilancio. V. anche ordinanze 274, 275 del 2019; n. 66, 67 del 2021, sulla conversione del decreto-legge. Tali precedenti attengono a conflitti tra poteri nei quali emergono anche i limiti di legittimazione ad agire del singolo parlamentare, delle minoranze, dei gruppi parlamentari, etc. Tutte cose che perdono di senso in una questione posta in via incidentale nel corso di azione di accertamento.

La Corte ha valutato con una certa severità la questione di fiducia posta su leggi di bilancio⁸ o su leggi in materia finanziaria ed ha salvato queste leggi con argomenti desunti anche dagli obblighi comunitari o dal coinvolgimento delle commissioni nella fase preparatoria⁹. L'adeguatezza dei tempi di discussione emerge anche nelle sentenze sugli emendamenti in sede di conversione di decreto-legge¹⁰. La legge di bilancio è legge di necessaria iniziativa del Governo e le leggi in materia finanziaria esigono un reciproco coordinamento ed un coordinamento fra parti e tutto che solo il Governo può garantire (ricordo Costantino Mortati). Rispetto ad esse il potere di emendamento esprime una sorta di iniziativa *minor* e incidentale che è inseparabile dalla funzione legislativa (ricordo Cervati). D'altra parte, la gestione dell'economia e della finanza pubblica è, *in re*, parte essenziale della politica di ogni governo.

Del tutto diversa è la posizione delle leggi elettorali e bastano alcune osservazioni per rendersene conto.

L'iniziativa legislativa parlamentare in questa materia è piena e, anzi, quella del governo sembra essere del tutto eccezionale.

La "questione di fiducia" elimina un potere di emendamento parlamentare che fa parte non di una iniziativa incidentale e minore ma di una iniziativa tendenzialmente principale.

La questione di fiducia esercita una coartazione sulla volontà del parlamentare, perché abbina due quesiti eterogenei, non essendo il sistema elettorale *in re* parte essenziale della politica di un governo. E l'abbinamento di quesiti eterogeni, in difetto di un potere di emendamento e di disaggregazione, viola il principio di sovranità popolare, come insegna la giurisprudenza della Corte in tema di *referendum* abrogativo (non è il caso di citazioni specifiche, trattandosi di giurisprudenza notissima).

Il Governo si legittima in base alle istituzioni vigenti e, dunque, solo eccezionalmente e con cautela può assumere iniziative sulle leggi che fondano la sua legittimazione.

Ciò a tacere del fatto che una questione di fiducia, fuori da questioni che facciano parte del programma presentato alle Camere e su cui il Governo ha ottenuto la fiducia, sembra essere, di per sé, anomala rispetto alle prerogative parlamentari.

⁸ Nel caso si trattava di maxi-emendamenti: N. LUPO, *I maxi-emendamenti e la Corte la Corte costituzionale, (dopo l'ordinanza n. 17 del 2019)*, in *Osservatorio sulle fonti* 2019. Non è escluso, peraltro, che questioni di fiducia poste su tutti i punti discussi della legge possano avere effetti equivalenti. D'altra parte, nei conflitti relativi alla procedura di conversione dei decreti-legge si lamentava il tempo ristretto per la discussione degli emendamenti. V. nota che precede.

⁹ Mi riferisco alle ordinanze n. 17 del 2019 e 60 del 2020.

¹⁰ V. note n. 7 e 8 che precedono.