



LO SPAZIO TEORICO E L'OPPORTUNITA' POLITICA PER UN MUTAMENTO DI GIURISPRUDENZA*

di Gaetano Azzariti**

V'è un dato dal quale dobbiamo partire. Ci troviamo, con ogni evidenza, di fronte ad una legge – la 270 del 2005 – che è manifestamente incostituzionale. Questa non è solo una mia valutazione, bensì – direi - una constatazione di senso comune. Sono note le sentenze della Corte costituzionale (la 15 e la 16 del 2008, la 13 del 2012) le quali, in sede di giudizio di ammissibilità di referendum, hanno chiaramente espresso dubbi e prospettato un chiaro orientamento sfavore rispetto alla legittimità costituzionale di alcune previsioni contenute nell'attuale legge elettorale. A rafforzare questo giudizio vi sono, inoltre, assolutamente significative, sia la dichiarazione recentemente formulata dal Presidente della Corte Franco Gallo, sia le reiterate sollecitazioni del Capo dello Stato. Insomma, francamente credo che non ci sia cittadino in Italia che possa pensare che questa legge non sia viziata da incostituzionalità. È troppo? E allora si ammetta almeno che questa legge “merita” un attento vaglio di costituzionalità.

A fronte di ciò, è anche vero però che esistono problemi di ammissibilità. Adele ce li ha esposti in modo molto chiaro e netto. C'è una pregressa giurisprudenza della Corte che rende sicuramente problematico il sindacato di legittimità costituzionale.

In questa situazione voglio porre la seguente domanda: il nostro sistema costituzionale può sopportare una zona d'ombra così profonda?

Se la Corte dovesse dichiarare la questione inammissibile si tratterebbe, in realtà, non tanto di una zona d'ombra, ma più propriamente in una vera e propria zona franca. Un vuoto di giurisdizione costituzionale che non riguarderebbe un qualunque profilo di costituzionalità, ma che coinvolgerebbe l'esercizio di un diritto fondamentale. Di più, tale “vuoto di giurisdizione” sarebbe assoluto, non riguardando esclusivamente la tutela *costituzionale*, ma più in generale la tutela *giurisdizionale*, anche quella del giudice ordinario. Quindi: diritti fondamentali senza un giudice. Lo spiega, d'altronde, la Corte di Cassazione quando nell'ordinanza scrive come il rinvio alla Corte costituzionale rappresenta l'unica via percorribile per la tutela giurisdizionale di diritti fondamentali.

Questa è la situazione nella quale ci troviamo a riflettere. Qualcuno potrebbe ritenere questa una condizione di mero fatto, la quale coinvolge, al più, una questione di politica costituzionale, non

* “Le corti e il voto. Seminario sull'ordinanza di remissione della Corte di Cassazione e le prospettive dell'innovazione elettorale in Italia”, organizzato dal Dottorato in Diritto pubblico, comparato e internazionale e dal Master in Istituzioni parlamentari europee per consulenti di assemblea – Roma - Sala delle Lauree-Scienze politiche -Università “La Sapienza”, Roma - 12 giugno 2013.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale – Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

rilevante ai fini del giudizio di ammissibilità. Personalmente non penso ci si possa liberare così facilmente del problema ora posto, non credo che la Corte possa prescindere dal contesto politico-costituzionale entro cui si trova ad operare e a decidere.

Sono ben consapevole della problematicità legata al tipo di azione promossa e dei dubbi che possono sorgere sull'effettivo interesse di un'azione costitutiva o di mero accertamento. So bene che esiste il rischio, in questo caso, che il processo incidentale venga surrettiziamente tradotto in un accesso diretto mascherato.

Ma proprio questo è il punto: ci si deve chiedere se sia sempre e necessariamente da escludersi che un sindacato incidentale debba negare accesso "diretto" alle questioni sollevate nel corso di un giudizio principale.

Può essere richiamato un precedente significativo, sebbene non sia immediatamente applicabile: la sentenza 161 del 1995. Una decisione che ha allargato le vie d'accesso nel caso dei "conflitti" (non dunque la via incidentale). Fino alla sentenza 161, era opinione comune che non fosse ammissibile il conflitto sulle leggi o atto equiparato, "opinione" suffragata dalla Corte nei suoi precedenti (la sent. 406 del 1989 lo aveva chiaramente affermato "in linea di principio"). Nel 1995 la Corte mutò l'orientamento rilevando la necessità di far prevalere il profilo della garanzia su ogni altro. Limitazioni nella garanzia costituzionale – nei casi di impossibilità a percorrere altre vie - darebbero luogo a gravi rischi, suscettibili di assumere connotazioni ancora più critiche nelle ipotesi in cui si possa giungere "a comprimere diritti fondamentali (e in particolare diritti politici)". In ragione dunque della particolarità dell'atto e della specifica situazione di fatto, la Corte ha ritenuto di dover cambiare giurisprudenza, estendendo le forme del sindacato di costituzionalità. Ciò non comporta una rottura dell'unitarietà del regime di controllo di costituzionalità, essendo quella del conflitto l'unica strada percorribile per la tutela giurisdizionale dei diritti.

Ora siamo di fronte ad una richiesta di allargamento dell'accesso con riferimento alla via incidentale, ma la questione di principio appare la stessa. La mancanza di tutela di diritti fondamentali, in particolare di diritti politici, è alla base anche dell'ordinanza della Cassazione, che utilizza quasi le stesse parole con riferimento al nuovo caso di specie.

Qual è la mia conclusione? Avendo pochi minuti lo dirò molto brutalmente: in questo caso c'è lo spazio teorico e l'opportunità pratica per un cambiamento rispetto alla precedente giurisprudenza.

Convengo che i cambiamenti dei precedenti nella giurisprudenza costituzionale, anche sotto i profili processuali - che sono pur sempre possibili, stante l'inesistenza dello *stare decisis* - devono essere ampiamente giustificati e non devono produrre oscillazioni pericolose per la stabilità del sistema di controllo di costituzionalità. Possono essere prospettati, dunque, solo in casi particolari. Ma, se non in questo caso, quando? Quando se non nei casi in cui l'assenza di giurisdizione (costituzionale e ordinaria) priva di tutela un diritto politico fondamentale?

Aggiungo poche notazioni, per l'ipotesi che questa questione – magari per le ragioni da me indicate - venga dichiarata ammissibile e si pervenga dunque a discutere del merito.

L'ordinanza – come sapete – ha individuato tre profili di illegittimità costituzionale. Ho l'impressione che questi non siano gli unici possibili vizi di incostituzionalità della 270: alla fine, se avrò tempo, vi accennerò. Ma, per ora, poiché il giudizio – se si giungerà al merito – valuterà esclusivamente

le specifiche questioni sollevate, limitiamoci a considerare cosa viene richiesto al giudice delle leggi e che tipo di sentenza potrebbe adottare la Corte.

A me sembra che almeno per due delle tre questioni sia possibile adottare una sentenza di puro accoglimento. Sia con riferimento alla cancellazione del premio senza soglia, sia con riferimento alla distribuzione dei seggi (e relativi premi) tra le Regioni per il Senato.

Sul premio di maggioranza, quanto appena detto potrebbe essere non da tutti condiviso. Giacché si potrebbe sostenere che la cancellazione del premio produrrebbe, come effetto della decisione, una delle tante possibili leggi elettorali. Precluso dunque l'accoglimento secco dalla discrezionalità del legislatore in materia. Ma sarebbe questo un argomento che prova troppo. La cancellazione pura e semplice del premio, infatti, essenzialmente determinerebbe un sistema elettorale immediatamente applicabile, ed espungerebbe dalla legge il vizio d'incostituzionalità. Vero è che la normativa vigente post-sentenza definirebbe anche un sistema elettorale tra i tanti possibili. Un sistema che acquisirebbe un carattere ben più proporzionale rispetto all'attuale, ma questa conseguenza non dovrebbe rientrare tra le preoccupazioni della Corte Costituzionale. Né dovrebbe la Corte interrogarsi del fatto che a molti non sarebbe gradito il "ritorno al proporzionale". Non dovrebbe rientrare infatti tra le sue considerazioni quale legge elettorale sia la più gradita dalle forze politiche ovvero quale sia la migliore possibile. Ad essa spetta esclusivamente di espungere una illegittimità costituzionale, che il premio senza soglia certamente determina. Cancellato il vizio d'incostituzionalità e garantita la permanenza di una normativa applicabile, spetterà poi al legislatore far valere – se ritiene opportuno – le proprie prerogative definendo un nuovo sistema elettorale. Non compete certo alla Corte fare il legislatore positivo, per cui l'accoglimento secco appare la soluzione più idonea. Poi toccherà al Parlamento, se crede e se può. Anzi, io penso che la spinta a cambiare il sistema elettorale a quel punto non troverebbe più ostacoli e proprio l'interesse a modificare un sistema vigente – finalmente costituzionale ma, in ipotesi, non conveniente ai maggiori partiti politici – favorirebbe il buon esito parlamentare. Il Parlamento potrebbe allora confermare l'assenza ovvero reintrodurre un premio, questa volta con una soglia congrua (del 40-45% o oltre il 50%).

Lo stesso genere di riflessioni possono riferirsi anche alla seconda questione di costituzionalità proposta: l'irragionevolezza dei premi su base regionale. Una decisione di accoglimento potrebbe eliminare la distinzione dei premi regionali, lasciando in questo modo un sistema sostanzialmente proporzionale che opera a livello nazionale. Spetterà poi al legislatore adottare, se crede, un diverso sistema.

Sebbene, vorrei aggiungere, non sia neppure vero che il sistema residuo sarebbe un sistema proporzionale. Basta pensare alle innumerevoli soglie di sbarramento che la legge 270 impone, differenziate tra Camera e Senato, tra liste coalizzate e no. In proposito devo dire che oltre alle tre questioni sollevate, ve ne sono altre che avrebbero meritato di essere sottoposte al vaglio del giudice costituzionale. Tra queste proprio la moltiplicazione delle soglie di sbarramento, che a me paiono irragionevolmente poste e, dunque, incostituzionali. In ogni caso, poiché la questione non è stata sollevata, non si discuterà di questo.

Passando a trattare della terza questione – quella delle liste bloccate – a mio avviso si avverte il problema più delicato con riferimento al tipo di sentenza ipotizzabile. Questo non tanto perché dubiti della sua incostituzionalità: non ho il tempo per approfondire le ragioni che mi inducono a formulare questa convinzione, ma in fondo già Lanchester e poi Anzon hanno rilevato come il meccanismo della lunga lista bloccata tenda a trasformare l'elezione in una modalità di nomina dei rappresentanti dei

partiti più che degli elettori. Anche volendo dare però qui per scontata l'incostituzionalità della lista bloccata, ciò non toglie che la Corte, in questo caso non potrebbe limitarsi ad una sentenza di accoglimento. Se cessasse di avere efficacia la norma che prevede la presentazione di liste bloccate, infatti, il sistema non sarebbe più in grado di funzionare. Ed allora, io credo, che la Corte potrebbe, in questo caso, attingere al ricco strumentario relativo alla tipologia delle sentenze. Un'additiva di principio? Una declaratoria senza effetto caducatorio, ma con rinvio al legislatore? In ultima istanza, anche in questo caso sarebbe il legislatore a dover scegliere tra i tanti sistemi di composizione delle liste e di presentazione dei candidati (dall'uninomiale al voto di preferenza).

Un'ultima battuta. Oltre alle tre questioni di costituzionalità (e alla possibile riflessione sull'irrazionalità delle soglie di sbarramento plurime) cui s'è qui accennato, un altro profilo critico della legge 270 è quello dell'indicazione del *capo* della coalizione. Un profilo questo che non è stato sollevato nell'ordinanza della Cassazione e, dunque, non verrà discusso dalla Corte. Ciononostante ritengo che anche questa previsione si ponga in termini critici rispetto agli equilibri complessivi della nostra forma di governo. Non solo perché l'indicazione di un "capo della coalizione", nonostante quel che afferma la legge 270, mal si concilia con le prerogative spettanti al Presidente della Repubblica previste dall'articolo 92, secondo comma, della Costituzione, ma anche perché è ormai venuta meno la stessa ragione di sistema che aveva indotto a formulare la norma.

I governi Monti e poi Letta dimostrano l'irrilevanza dell'indicazione sulla scheda elettorale del capo della coalizione. Ma è poi il sistema politico, non più bipolare, che rende impropria l'indicazione di un "capo" di una coalizione non autosufficiente. Varrebbe la pena ripensare anche questo profilo.