



CI SARA' PURE UN GIUDICE A BERLINO! IL MUGNAIO DI POSTDAM E LA LEGGE ELETTORALE*

di Augusto Cerri**

La via incidentale di accesso alla Corte per il giudizio sulle leggi può essere discussa sotto vari profili, ma non può comportare, di per sé, una “dispersione delle garanzie”. Tutti i diritti e gli interessi che sarebbero suscettibili di esser difesi in una sede di *plena jurisdiction* sul diritto e sul fatto, sulla legalità e sulla legittimità (costituzionalità) debbono poter essere difesi in un sistema che riparte questa unitaria e “rotonda competenza” in due fasi distinte: una fase dinanzi al giudice comune ed una fase dinanzi alla Corte costituzionale.

Le ragioni dell’incidentalità sono varie ed in prevalenza, in origine, dovute ad una certa sfasatura fra sistema giurisdizionale comune e nuova cultura costituzionale. Possono esserci ragioni ulteriori che evidenzino, sulla scia di Kelsen, un compito di difesa oggettivo dell’ordinamento, oltre quello della difesa dei diritti soggettivi (in questo senso ricordo Calamandrei, Modugno), una *Verfassungsgerichtbarkeit*, oltre il puro *judicial review of legislation*. In questo senso, del resto, era l’originario impianto del modello austriaco, che ancora permane sotto non pochi profili, nonostante i temperamenti recati dalla giurisprudenza del *Verfassungsgerichtshof*. Ma l’idea di una difesa oggettiva dell’ordinamento è oltre, non contro la difesa dei diritti soggettivi: muove, caso mai, nel senso di ampliare l’accesso alla Corte non di restringerlo. È vero, d’altra parte, che, come è stato dimostrato (ricordo Ferruccio Tommaseo) anche una giurisdizione di diritto oggettivo riconosce la garanzia inviolabile dei diritti di azione e di difesa. La stessa Corte costituzionale, pur senza mai autodefinire in via esplicita il proprio ruolo, ha ripetutamente affermato che l’accesso al giudizio incidentale è modo e prosecuzione dell’esercizio dei diritti di azione e di difesa. Lo ha detto e ripetuto anche di recente con riguardo, ad es., alle c. d. “leggi-provvedimento”; lo ha detto e ripetuto con riguardo all’intervento in causa. È vero, d’altra parte, che la stessa “purissima” giurisdizione di diritto soggettivo (il *judicial review of legislation* della Suprema Corte Federale Americana) talvolta acquista venature di diritto oggettivo, per ampliare, non certo per restringere, il suo magistero (ricordo, ad es., i casi in cui, con motivazioni felici ma tortuose, detta Corte ha deciso questioni in tema di aborto, venute al suo esame dopo il decorso “fatidico” dei nove mesi).

*“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 Istituzioni di Diritto Pubblico e di Giustizia Costituzionale – Facoltà di Giurisprudenza dell’Università “La Sapienza”.

Lo *ius litigatoris* e lo *ius constitutionis* sono in realtà difficilmente separabili con un taglio netto (ricordo, anche sul punto, alcune riflessioni del Calamandrei).

Restando, dunque, con i piedi per terra, possiamo, ai presenti fini muovere dall'ipotesi minimale di un giudizio incidentale come strumento articolato di esercizio in via separata di una competenza in origine unitaria. Possiamo muovere, in altri termini, dall'ipotesi ricostruttiva di Virginio Andrioli, che, del resto, ha trovato eco talvolta nella giurisprudenza della Cassazione, senza nulla perdere in termini di garanzia. Alcune delle valutazioni (quelle di costituzionalità) che il giudice comune dovrebbe effettuare, *incidenter tantum*, ai fini di render giustizia nel caso concreto, sono invece devolute, in una via, appunto, incidentale, alla Corte costituzionale, come la valutazione sulla giurisdizione (mi servo, ancora, di un paragone del medesimo Andrioli), necessaria a giudicare nel merito, può esser separata e devoluta in via preventiva alle Sezioni Unite della Cassazione, proponendo regolamento sul punto. Eventuali valenze di diritto oggettivo della giurisdizione della Corte accrescono, caso mai, questa sua basilare competenza, mai potrebbero diminuirla.

Se, dunque, un interesse umano è suscettibile di legittimare un'azione giudiziaria (se è un diritto soggettivo o un interesse legittimo, si sensi dell'art. 24 Cost.), come legittima tale azione, legittima anche, in quella sede, una questione incidentale di legittimità costituzionale. Non può ammettersi che la scelta sul prevedere una competenza unica o competenze distinte possa rifluire sull'entità complessiva della garanzia. La garanzia di a e b, separatamente considerati, deve equivalere alla garanzia di entrambi considerati congiuntamente: $g(a \vee b) = ga \vee gb \dots$ oppure, se si preferisce: $g(a + b) = ga + gb$. Questa è una tesi che, anche in altri contesti di giustizia costituzionale, costantemente vado sostenendo.

Il problema, allora, è uno solo: se sussista legittimazione ed interesse ad agire nell'azione originaria (ricordo le considerazioni di A. M. Sandulli, proprio con riguardo al tema della c. d. *fictio litis*) oppure se non sussista. Se questa legittimazione ed interesse sussistono, allora sarà proponibile, in tale sede, anche questione di legittimità costituzionale; altrimenti non sarà proponibile. A ciò deve aggiungersi la considerazione che "giudice privilegiato" su tale legittimazione od interesse è proprio il giudice comune, non la Corte costituzionale; che, invece, esercita un controllo "di secondo grado" di semplice "plausibilità", come di recente ripete, delle motivazioni di quel giudice (in precedenza si esprimeva in termini di "non manifesta arbitrarietà").

La Corte di Cassazione afferma che questa legittimazione e questo interesse sussistono ed è difficile negare questa premessa, anche tenendo conto del carattere "popolare" delle azioni in materia elettorale. Comunque, si tratta di una premessa del tutto plausibile.

Il nostro giudice amministrativo, del resto, ammette da sempre l'impugnabilità diretta dei regolamenti, quando immediatamente lesivi. Una contrastata giurisprudenza del Tribunale di Primo Grado aveva ammesso l'impugnabilità diretta, alle medesime condizioni, degli atti normativi comunitari ed ora il riformulato art. 263, comma 4, del TUE, dopo Lisbona, consolida questa acquisizione.

L'obiezione è in agguato: in questo caso non si tratta solo di impugnazione diretta, ma di azione di accertamento. Con ciò si introduce un'azione di accertamento in questa complessa materia. E, con ciò? Non sono le azioni di accertamento consentite, pur senza una previsione specifica e separata, in tema di diritti soggettivi patrimoniali? Perché non dovrebbero esserlo in tema di diritti costituzionali? Ammessa l'azione di accertamento a difesa dei diritti costituzionali, i requisiti di legittimazione e di interesse si allargano, come di consueto, quando si abbia a che fare con i diritti di elettorato attivo e passivo.

La stessa Corte costituzionale, sollecitata più volte a valutare l'attuale legge elettorale, in giudizi di giudizio di ammissibilità del *referendum*, pur negando una possibile valutazione di tale legge in quella sede, ha chiaramente detto che una valutazione sarebbe stata possibile in una sede appropriata. E quale può essere questa sede appropriata se non quella nella quale il cittadino faccia valere il suo diritto ad esercitare l'elettorato attivo in un contesto giuridico in cui le sue scelte abbiano un senso e non siano destabilizzate dalle medesime norme che dovrebbero preservarle? In cui le sue scelte non siano, a loro volta, tali da destabilizzare il quadro costituzionale ed i suoi *quorum* di garanzia? Non è questa la sede, appunto, per porre questioni radicali che attengono al senso dell'esercizio dell'elettorato attivo?

Ricordo, peraltro, ulteriori riflessioni del Calamandrei che individuava come unico ostacolo ad azioni di accertamento in tema di diritti costituzionali quello dell'individuazione della controparte. Nel caso, la controparte è stata, felicemente, individuata nel Governo. Attualmente, il problema sembra, da ogni parte, aggirato. Non è consentita l'azione contro la "Repubblica italiana" anche per danni dovuti in seguito a violazione della CEDU? Per violazione del diritto ad una decisione in tempi ragionevoli? Non è consentita analoga azione di danno per violazione "sufficientemente caratterizzata" del diritto UE, attraverso norme di legge e, fin anche, sentenze irrevocabili? Il Governo, d'altra parte, è il naturale rappresentante della Repubblica italiana. Ed, infine, nei confronti dell'Esecutivo sono dirette le azioni di danno per dolo o colpa grave del giudice, secondo la legge del 1982.

Azioni di accertamento in tema di difesa dei diritti costituzionali, del resto, anche altrove sono ampiamente praticate. Ricordo la giurisprudenza della Suprema Corte Federale Americana, a partire dalla "storica" sentenza NAACP v. Alabama, della fine anni '50, quando l'associazione per l'avanzamento della gente di colore ebbe e sollecitare l'accertamento, appunto, dell'incostituzionalità di una legge di quello Stato che imponeva alle associazioni private di comunicare l'elenco degli iscritti. Ricordo, ancora, ad es., Adler v. Board of Education (342, U. S., 485, 1952; United Public Workers v. Mitchell, (300 U. S. 75, 1947. Ancora di recente, il famoso caso delle scabrose trasmissioni in tema di prisoner's rape sono state oggetto di decisione in via d'accertamento preventivo da parte della Corte distrettuale della Pennsylvania (con sentenza del 1996) e poi della Suprema Corte Federale.

E azioni di accertamento erano quelle promosse, anche da privati cittadini, dinanzi al Bundesverfassungsgericht, in tema di adesione ai trattati europei (ricordo la Maastricht Urteil del 1993 e la Lisbon Urteil, del 2009), come di accertamento era l'azione proposta contro la legge che prevedeva l'abbattimento di aereo ormai entrato nel controllo di "terroristi" (del 2006). Si poteva esigere, per la proponibilità dell'azione, da parte, in questo caso, solo degli stretti parenti (se *iure proprio* o *iure haereditario* lascio valutare all'acuto ascoltatore) che un aereo almeno fosse stato abbattuto? Sembra, davvero, che non si potesse.

Quanto premesso consente di rispondere agevolmente all'obiezione desunta dalla diversa struttura del giudizio incidentale e del giudizio per ricorso diretto alla Corte costituzionale: perché anche il ricorso diretto deve esser sostenuto da una legittimazione e da un interesse e perché la via incidentale non può comportare una "dispersione di garanzie", di guisa che non sia più proponibile un'azione che in astratto lo sarebbe. Quando sarebbe, in altri contesti, proponibile un ricorso diretto alla Corte costituzionale, nel nostro contesto, deve esser proponibile un'analoga azione davanti al giudice comune; e, se questa azione è proponibile, deve esser proponibile, in tale sede, anche una questione incidentale.

La proponibilità di azioni di accertamento a difesa dei diritti costituzionali potrebbe urtare contro un ulteriore ostacolo: quello per cui la "questione di costituzionalità" dovrebbe essere più

ristretta della "causa" proposta nelle sede di origine; altrimenti non sarebbe più una semplice "questione" ma diverrebbe l'intera "causa". Si tratta di una giurisprudenza talvolta coltivata dalla nostra Corte costituzionale, mai esplicitamente da questa contraddetta, anche se in non pochi casi, implicitamente inosservata. Ho dato ampia documentazione di ciò nel mio Corso di Giustizia. Vorrei in questa sede aggiungere un ulteriore esempio, tratto dalle innumerevoli decisioni della Corte in tema di espropri, in base alla riforma fondiaria ed alla legge di "nazionalizzazione" dell'energia elettrica. Questi espropri erano adottati con decreto legislativo; in sede di giudizio dinanzi al giudice ordinario, a difesa della proprietà, così incisa, veniva proposta questione di legittimità costituzionale di tale decreto. Sicuramente in giurisprudenza così copiosa mai è emerso il problema delle effettiva già avvenuta esecuzione del detto decreto legislativo di esproprio. Se l'esproprio non fosse stato eseguito, l'azione sarebbe stata di mero accertamento, difettando un condanna alla restituzione ed, inoltre, la questione avrebbe assorbito l'intera causa. Ciò dovrebbe essere avvenuto, senza problemi, numerose volte.

La Cassazione ben risponde sul punto, osservando che, comunque, la causa era più ampia della questione, residuando anche una decisione specifica sul diritto azionato; e, di conseguenza, anche una decisione sulle spese processuali. Ma il medesimo requisito della necessaria maggiore ampiezza della causa rispetto alla questione sembra urtare contro le considerazioni iniziali per cui la via incidentale non può comportare una dispersione delle garanzie che offrirebbe una *plena* e non divisa *iurisdictio* sull'intera reg Giudicanda.

La Corte ha mostrato ardimento nel voler superare alcune delle "zone franche" in tema di giustiziabilità delle leggi; con riguardo ad es., alle c. d. "leggi penali di favore". Ed, in questo caso si tratterebbe proprio di una zona franca (e non solo di una zona d'ombra) ove un certo quadro di preclusioni fosse portato fino in fondo. Mi auguro che la Corte ritrovi lo slancio che altre volte ha mostrato, per far valere, nei termini più ampi ed ora in settore decisivo della vita democratica, "il principio di legittimità costituzionale".

La Cassazione supera agevolmente, del resto, anche l'ultima possibile obiezione, quando osserva che, comunque, la normativa che residuerebbe, pur dopo l'eventuale accoglimento delle questioni, sarebbe tale da consentire l'effettiva e perdurante funzionalità delle leggi elettorali, anche ammesso (e non concesso) che certi limiti di praticabilità del *referendum* abrogativo possano esser riferiti alle sentenze di accoglimento.

L'accoglimento delle questioni lascerebbe sussistere, in effetti, un sistema proporzionale con consistenti soglie di sbarramento in basso. È questo il migliore dei sistemi possibili? Direi di no. Ma è pur sempre un sistema non incostituzionale, non minaccioso per i *quorum* di garanzia, non tale da destabilizzare scelte elettorali venute in essere in modo legittimo. Spetterebbe al legislatore "fare meglio" e questa potrebbe essere una scossa utile a sbloccare una sorta di situazione di "stallo", difficile da rimuovere.