



C. PADULA, *La tutela diretta dei diritti fondamentali. Il preenforcement constitutional challenge contro le leggi negli Stati Uniti e le questioni incidentali "astratte" in Italia*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 221*.

Il tema trattato dal volume in esame concerne la possibilità di impugnazione diretta di leggi considerate lesive di un diritto fondamentale, precedentemente alla loro applicazione e ad una violazione dimostrabile e legata ad un caso concreto. Carlo Padula, in sostanza, indaga le problematiche relative all'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate "contro una legge" da un privato nel corso di azioni di accertamento.

A tale scopo, l'opera include un'ampia comparazione fra Stati Uniti e Italia in cui si confrontano i limiti dei diversi istituti di revisione costituzionale ed il percorso seguito dalla rispettiva giurisprudenza in materia. Nel corso della ricerca svolta si evincono delle differenze tra i due sistemi degne di nota, che si manifestano, innanzi tutto, nell'interpretazione dell'azione preventiva di accertamento di un diritto fondamentale limitato da una legge, come "ordinaria" in quello statunitense e come "straordinaria" in quello italiano. Difatti, in linea generale, negli Stati Uniti i termini che consentirebbero il superamento della mancanza di una vera e propria incidentalità si limiterebbero alla concretezza della minaccia della lesione collegata alla probabilità della ricaduta della legge sull'attore per rendere la disputa, appunto, un *case* a tutti gli effetti. Mentre, in Italia, l'oggetto della questione non può consistere unicamente nella costituzionalità della normativa e, dunque, il carattere di astrattezza richiesto da un simile giudizio sarebbe stato concesso, finora, solamente in situazioni circoscritte, prevalentemente relative alla libertà di voto e alle leggi elettorali, quando la vigenza di quest'ultime avrebbe

* Contributo sottoposto a *peer review*.

prodotto un'incertezza sulla portata del diritto stesso al punto da generare un opportuno interesse ad agire.

L'Autore, in particolare, sceglie di dedicare il capitolo primo all'*abstract judicial review* negli U.S.A., approfondendo gli elementi necessari per instaurare e mantenere una causa davanti ad una corte federale e osservando le condizioni per le quali è ritenuta accettabile l'impugnazione in via principale delle leggi per mezzo dell'azione di accertamento positivo. Nel capitolo secondo, il focus si sposta sull'evoluzione dell'orientamento della Corte costituzionale italiana sulle questioni di tutela diretta di un diritto fondamentale, soffermandosi specialmente sulle posizioni della dottrina più autorevole rispetto al nodo dell'incidentalità. Nel capitolo terzo, infine, l'Autore tenta di proporre una ricostruzione originale dell'argomento illustrato, sviluppando ulteriormente alcuni dei suoi aspetti più complessi, quali l'interesse a proporre il controllo di costituzionalità di un diritto insopprimibile e la relazione fra i concetti di pregiudizialità, incidentalità e rilevanza.

Lo studio riguardante gli Stati Uniti parte, in primo luogo, dalla considerazione dell'art. III, sez. 2, della Costituzione americana, il quale stabilisce che il potere del giudiziario federale è vincolato dalla presenza di un *case o controversy*, oltre a dover essere fondato, intuitivamente, sull'oggetto stesso della causa (*subject-based*) e sulle parti (*party-based*). Tale criterio pare rispecchiare pienamente quel principio di separazione dei poteri che caratterizza così fortemente l'ordinamento statunitense, dal momento che mira proprio a circoscrivere l'accesso alle corti federali affinché non si oltrepassi eccessivamente la linea d'azione del ramo legislativo ed esecutivo.

Tuttavia, l'Autore precisa come il *controversy requirement* non abbia subito successive regolamentazioni, né da parte dalla Costituzione, né da fonti legislative, lasciando, in effetti, esclusivamente nelle mani della giurisprudenza applicativa – ma, soprattutto, della Corte Suprema – il compito di definire più chiaramente i caratteri dei *cases*. In merito, vengono riportati, in maniera rigorosa, tutti quei punti chiave che le *justiciability doctrines* hanno fissato nel tempo per colmare la suddetta lacuna.

Nonostante alcuni di questi requisiti non emergano sempre esplicitamente, può sicuramente essere premesso che, ai sensi dell'art. III della Costituzione, i giudici debbano pronunciarsi esclusivamente su questioni che, seppur “astratte”, siano proprie di un vero contesto antagonista (*adversary context*). Questo aspetto non solo si rivela cruciale ai fini del miglioramento di un contenzioso giudiziario derivante dal dibattito di interessi contrastanti, ma anche per la salvaguardia delle *judicial resources*, di genere economico così come temporale. Ancora, si fa rientrare nei

presupposti fondamentali delle *controversies* la necessità di preservare i terzi che non siano direttamente coinvolti nel merito del processo.

Viene evidenziato, poi, come ci siano una serie di attributi che la parte deve possedere, derivabili da tipi di fonti differenti e che, quindi, non incidono ugualmente sull'esame dell'accesso dei *cases* ad una pronuncia di merito. Il cosiddetto *standing*, infatti, avrebbe sia delle componenti di origine costituzionale, reputate inderogabili, che "prudenziale", le quali sono valutate a seconda delle singole contingenze dal Congresso e dalle corti federali, sulla base anche di altre considerazioni potenzialmente prevalenti. Su questa linea, l'Autore sviscera il nocciolo duro dei *justiciability requirements* relativi alla facoltà del soggetto di instaurare una causa, i quali si può dire siano costituiti da tre aspetti complementari e, in un certo modo, consequenziali l'uno con l'altro, che esigono di perdurare durante l'intero processo. Il primo si lega alla natura più fattuale del *case*, ovvero alla prova di una lesione concreta che colpisca in modo personale un interesse dell'attore protetto o regolato dalla legge o dalla garanzia costituzionale in questione (*injury in fact*) e che non possa essere risolta tramite un semplice parere consultivo. Il secondo, come affermato dalla Corte Suprema, si riferisce alla chiara riconducibilità, cioè al "nesso causale fra la lesione e la condotta censurata" (*causation o fairly traceable requirement*). Il terzo implica l'alta presumibilità che una pronuncia favorevole possa porre rimedio al danno causato. Fra le limitazioni "prudenziali" più rilevanti dello *standing* si riportano, invece, tre casi, apparentemente sovrapponibili fra loro, cioè il divieto di *generalized grievances*, quello di far valere diritti di terzi rispetto al requisito della *personal injury* e quello di richiamare diritti che non appartengano a quell'ambito di interessi protetti dalla legge rilevata nella causa. La Corte Suprema ha, però, messo talvolta in discussione questa differenziazione, che conoscerebbe delle eccezioni quando, ad esempio, le azioni a difesa di terzi vengono sollevate per ragioni costituzionali. In altre parole, la capacità di un privato di denunciare la lesione di un diritto costituzionale non può essere esclusa solamente perché interpretabile come una violazione generalizzata, ma deve ritenersi illegittima, al contrario, nel caso in cui l'interesse della collettività risulti superiore alla diretta tangibilità del danno del singolo, non rispettando, così, il titolo dell'*injury*. In merito, si fa efficacemente notare come, in realtà, tutte le prerogative sopra elencate possano essere sintetizzate nei concetti di interesse ad agire e di legittimazione ad agire propri del sistema italiano.

Inoltre, si ricorda che esistono dei termini specifici anche rispetto alla questione della temporalità di una causa, i quali determinano quando questa può essere instaurata o mantenuta. Di fatto, un *case* per poter essere valutato dovrebbe presentarsi, per un verso, come sufficientemente "maturo" (*ripe*) e, per l'altro, non

eccessivamente “superato” (*moot*). Più nel dettaglio, queste dottrine implicano che non può essere considerato ragionevole né agire in un senso sostanzialmente speculativo per denunciare la minaccia di una lesione remota, né proporre casi in cui le parti non mantengono più un concreto interesse visto il mutare delle circostanze iniziali.

Nella sezione successiva riservata agli Stati Uniti, come anticipato, il lavoro dell’Autore si concentra su numerose esperienze giurisprudenziali per osservare più da vicino in quali ipotesi è ammessa l’impugnazione diretta delle leggi tramite l’azione di accertamento positivo. Tali testimonianze, le quali ricadono principalmente nelle materie dell’aborto, delle elezioni, del I emendamento e del matrimonio fra coppie omosessuali, sembrano confermare il via libera ad un *judicial review* astratto dei diritti fondamentali che, perciò, non prevede obbligatoriamente un’applicazione amministrativa o privata antecedente alla causa e contestata in giudizio da un privato. Si fa presente non solo che l’ipotetica violazione costituzionale in sé può già costituire oggetto di giudizio, ma che l’azione in via preventiva e non incidentale non suscita particolare interesse nella dottrina americana, vista la sua consueta applicabilità. Pertanto, la tutela diretta di una garanzia costituzionale è fattibile solamente se messa in effettivo pericolo da una legge, o meglio nell’ipotesi in cui l’applicazione della normativa censurata sia certa e non eventuale, condizionando in maniera inequivocabile l’interesse della parte. Dal quadro delineato si ipotizza correttamente che il requisito dell’*actual dispute* è indissolubilmente congiunto a quello della “maturità” (*ripeness*) quando si richiede un accertamento di incostituzionalità di tipo astratto. I commenti che ne derivano mettono l’accento su come questo sistema di controllo possa risolvere una criticità più che rilevante, ovvero quella che metterebbe l’attore davanti al bivio di seguire una legge incostituzionale o di violarla, assumendosi, così, il rischio delle relative sanzioni. Si sottolinea, peraltro, come si possano incontrare gradi differenti di astrattezza, dal momento che l’impugnazione diretta può riguardare non solo una legge già vigente, che si identifica come il caso tipico, ma anche una normativa non ancora entrata in vigore, come avvenuto nel caso esplicativo *National Federation of independent business et al. v. Sebelius et al.* (2012) con ad oggetto la riforma sanitaria promossa dall’ex presidente Obama (*Patient Protection and Affordable Care Act*), impugnata da molti Stati il giorno stesso della sua promulgazione. In quest’ultimo genere di circostanza, non trattandosi di una legge proibitiva o impositiva, da cui potrebbe essere ricavato automaticamente l’effetto dannoso, il giudice per poter vietare l’applicazione di una determinata norma tramite la dichiarazione di incostituzionalità deve vagliare se l’attività

applicativa che ne consegue possa tradursi in un rischio concreto di lesione futura nei confronti dell'attore.

La ricerca comparata con gli Stati Uniti, dunque, non solo sembra funzionale a inquadrare in maniera puntuale i termini della *preenforcement constitutional challenge*, ossia l'espressione impiegata dalla Corte Suprema per indicare l'impugnazione diretta di una legge prima della sua attuazione, ma si rivela anche una preziosa fonte di riflessione per considerare tale eventualità in Italia.

Più precisamente, l'Autore si pone una serie di *research questions* relative all'ammissibilità della contestazione diretta di una legge, indipendentemente dalla presenza o meno di un caso di concreta applicabilità, valutando, soprattutto, il rispetto dell'incidentalità nel nostro ordinamento. Per rispondere a tali interrogativi, l'approfondimento di Carlo Padula si sposta sulle posizioni assunte dalla Corte costituzionale italiana rispetto al giudizio incidentale di costituzionalità e sulle opinioni espresse dalla dottrina in merito. L'analisi ripercorre le varie fasi seguite dalla giurisprudenza e si concentra sul presunto cambio di rotta registrato a seguito delle vicissitudini del 2013 riguardanti la legge sulle elezioni politiche, dichiarata, più avanti, parzialmente incostituzionale. Grazie ad una dettagliata esposizione delle precedenti pronunce, riguardanti casi in cui si richiedeva un giudizio *a quo* con un oggetto formalmente distinto ma *de facto* corrispondente con la questione di legittimità costituzionale, si prova a dimostrare come l'orientamento della Consulta non sia mutato radicalmente. Rispetto alla maggior parte delle vicende generalmente citate, se ne segnala più di una in cui la Corte ha reputato che sussistesse l'incidentalità anche se ne sarebbe derivato unicamente un accertamento negativo dell'obbligo derivante dalla legge denunciata (sentt. n. 14/1964 e n. 263/1994), oltre a diverse pronunce in cui sono risultate ammissibili questioni sollevate in giudizi concernenti decreti legislativi di esproprio (sentt. n. 59/1957, n. 78/1961, n. 99/1969 e n. 61/2012). Quest'ultima tipologia di casi si poggerebbe sulla convinzione della giurisprudenza costituzionale, ribadita dalla dottrina, secondo cui il difetto di incidentalità non potrebbe ostacolare l'impugnazione diretta, seppure innanzi a un giudice comune, di leggi-provvedimento direttamente lesive degli interessi personali di un soggetto. Al contempo, però, l'Autore non dimentica di richiamare le due decisioni *ante*-2013 in cui la Corte ha dichiarato inammissibili questioni connesse a giudizi di mero accertamento, cioè: l'ord. n. 175/2003 in cui si richiedeva un'azione di controllo negativo di un obbligo già compiuto dall'attore e, quindi, mancante del carattere anticipato; e la sent. n. 84/2006 attinente alla tematica centrale della monografia, ovvero un'azione preventiva di accertamento di un diritto. In questo senso, il requisito dell'incidentalità, effettivamente, pur emergendo palesemente nella

giurisprudenza costituzionale italiana, diverrebbe preminente in contesti eterogenei, ma delimitati. In questo lasso di tempo, fra gli studiosi, come ad esempio Cerri, Crivelli o Cappelletti, sarebbero emersi dei ragionamenti che prediligevano la questione della rilevanza a discapito di quella dell'incidentalità, proprio affinché non si verificasse una «dispersione delle garanzie» fra la divisione delle competenze fra giudice *a quo* e della Corte, principalmente quando si trattava di leggi autoapplicative.

Tuttavia, la materia investigata viene affrontata soprattutto grazie agli episodi che si susseguono alla richiesta di un attore di un accertamento di incostituzionalità risalente al 2009 della legge elettorale n. 270/2005, comunemente conosciuta come “legge Calderoli” o “Porcellum”, nella quale si sosteneva che venisse compromessa la pienezza del proprio diritto al voto. Successivamente alla dichiarazione di difetto di giurisdizione e di interesse ad agire della sent. n. 5330/2011 del Tribunale di Milano e alla conferma da parte della Corte d'appello di Milano della manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale nella sent. n. 1419/2012, si pronunciava la Cassazione con l'ordinanza n. 12060/2013. In tale occasione, però, la Suprema Corte ricava inaspettatamente una serie di argomentazioni che giustificano la concretezza dell'interesse ad agire in nome del diritto al voto, in quanto «diritto inviolabile e “permanente” dei cittadini, i quali possono essere chiamati ad esercitarlo in qualunque momento e devono poterlo esercitare in modo conforme a Costituzione». In aggiunta, la Cassazione rimarca un punto di grande peso, ovvero che, malgrado la questione di costituzionalità non potesse esaurire l'oggetto del giudizio *a quo*, talvolta, «l'azione di accertamento può rappresentare l'unica strada percorribile per la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali di cui, altrimenti non sarebbe possibile una tutela ugualmente efficace e diretta». Su questa scia si pone anche la Consulta, la quale, in passato, aveva già esternato gli aspetti problematici della normativa per quanto concerneva l'assenza del raggiungimento di una soglia minima di voti/seggi per l'attribuzione del premio di maggioranza. Nella nota sent. n. 1/2014 viene ribadita l'esigenza di non negare necessariamente l'accesso al sindacato di costituzionalità di leggi “peculiari” che disciplinano «un ambito strettamente connesso con l'assetto democratico» come il diritto al voto, vista pure la difficoltà di essere sottoposte al suo vaglio diversamente. Conseguentemente, dalla decisione della Corte, si desume sia l'ammissibilità delle questioni sollevate nel corso di giudizi di accertamento, sia, altresì, una sorta di legittimazione limitata alla legge elettiva.

Nelle vicissitudini giurisprudenziali inerenti le leggi elettorali si riscontra un passo indietro, invece, con la sent. n. 110/2015, la quale veniva proposta, con

dinamiche pressoché identiche a quella sopra illustrata, dal Tribunale di Venezia rispetto alla legge n. 18/1979 sull'elezione del Parlamento europeo. L'Autore non si risparmia dal constatare come la scelta della Consulta di dichiarare l'inammissibilità per difetto di interesse ad agire e di incidentalità possa rivelarsi contorta, se non addirittura contraddittoria. L'argomento principale utilizzato dalla Corte, ossia il fatto che le elezioni del Parlamento europeo non rientrerebbero nella "zona franca", bensì sarebbero soggette alla giurisdizione comune, appare, in effetti, piuttosto debole.

L'ultimo tassello del puzzle è costituito, infine, dalla sent. n. 35/2017 che annullava in parte la legge n. 52/2015 sull'elezione della Camera dei Deputati, detta "Italicum", e verso la quale erano state presentate questioni di costituzionalità da cinque tribunali ordinari. Il passaggio di più alta problematicità si riferisce alla non applicazione della normativa che sarebbe dovuta diventare operativa a decorrere dal 1° luglio 2016. La Corte all'assenza di incidentalità antepone, comunque, l'esigenza di rimuovere l'incertezza di una futura lesione sostanziale della libertà costituzionale al voto, che vi sarebbe stata per certo, vista la negazione di qualsiasi condizione sospensiva dell'operatività della legge e poiché è «la natura dell'azione di accertamento a non richiedere necessariamente la previa lesione in concreto del diritto».

L'Autore, al fine di riprodurre un'indagine il più possibile informata, quanto bilanciata, prende in considerazione il dibattito fra i maggiori studiosi, i quali si mostrano certamente divisi di fronte alle decisioni della Consulta del 2014 e del 2017. Specificatamente, da una parte, si pongono coloro, fra cui si ricordano Bartole, Barbera e Bin, che obiettano la mancanza di "concretezza" dei giudizi di accertamento di cui sopra, al di là del rischio di un'eccessiva transitorietà e discutibilità della legge elettorale politica; dall'altra, si schierano alcuni giuristi, come D'Amico, Rescigno o, anche, Benvenuti, i quali, contrariamente, sostengono una differenziazione fra l'oggetto del giudizio ordinario e quello del giudizio di costituzionalità e che tendono a conferire priorità a motivazioni di ordine "sostanziale" piuttosto che "formale", anzitutto per la materia elettorale.

In chiusura, l'Autore, oltre a riprendere le redini dei diversi argomenti affrontati, fornendo delucidazioni su alcuni dei passaggi più delicati, avanza una propria tesi sullo "spirito" del giudizio incidentale. Tale intendimento viene elaborato dapprima giustificando l'accostamento con gli Stati Uniti, il quale avrebbe avuto il merito di esplorare un sistema in cui è concesso un *judicial review of legislation* incentrato sulla sola questione di costituzionalità come oggetto del giudizio, anche se non legato a una vicenda specifica e diretto a prevenire l'attuazione di una legge. Da questo punto di vista, l'accertamento di incostituzionalità, per quanto, rispettivamente, astratto, promosso in via principale e preventivo, preserva, a suo modo, una forma di "concretezza", fondata sulla probabilità dell'applicazione della normativa nei confronti del soggetto e, perciò, del rischio della lesione. A dispetto del fatto che lo stesso tipo di

evenienza non può riproporsi in Italia, giacché non è previsto che si presenti al giudice una questione che verte direttamente sulla costituzionalità della legge, emergerebbero spiragli di apertura. A questo riguardo, l'Autore si preoccupa di assodare l'interesse a proporre un'azione di accertamento preventivo "contro" una legge che pregiudica il contenuto di un diritto fondamentale o minaccia realmente di farlo, argomentando che la sua ammissibilità sarebbe coerente con l'art. 24 Cost. quando non vi è possibilità di una tutela alternativa. Oltre a ciò, vengono fornite alcune definizioni utili sulla terminologia più adoperata che si implica reciprocamente nell'ambito della pregiudizialità, quale: "incidentalità", che si configura come un requisito sia del giudizio comune, sia costituzionale; e "rilevanza", che risulta dalla norma legislativa ordinaria e si riferisce solo al giudizio costituzionale. Le riflessioni sul limite dell'incidentalità nella disciplina italiana terminano percorrendo i sentieri del rapporto tra la questione di costituzionalità e il giudizio di accertamento e tra gli oggetti e le decisioni dei due giudizi. Le deduzioni che ne scaturiscono appaiono piuttosto convincenti e poggiano sull'idea di non doversi orientare verso un'interpretazione eccessivamente restrittiva dell'art. 1 della legge costituzionale n. 1/1948 rispetto all'inciso «nel corso di un giudizio», considerato che le cause di accertamento, anche se si occupano di un'azione non del tutto riferibile a un caso concreto di applicazione della legge, non trattano neanche un'azione "ipotetica", né posseggono un carattere fittizio se la compressione di un interesse soggettivo è in atto o è imminente.

In conclusione, il testo recensito riesce a compiere una ricerca meticolosa ed equilibrata su un argomento complesso come la tutela diretta dei diritti fondamentali per mezzo di un'azione preventiva di accertamento di una legge, lasciando aperta la porta a future notazioni e altre potenziali comparazioni.

Giulia Santomauro