

"Zone franche" e legittimazione della Corte

di Roberto Bin

(in corso di pubblicazione in *Giurisprudenza costituzionale*)

1. Sembrano più frequenti le sentenze in cui la Corte ricorre all'argomento delle "zone franche" da controllo di legittimità costituzionale per attenuare il rigore dei presupposti processuali¹. Come cittadino non posso che esserne soddisfatto, perché si estende così la tutela giurisdizionale della legalità costituzionale; come giurista però sono alquanto allarmato.

La preoccupazione per le zone lasciate scoperte dal controllo di costituzionalità non è certo di oggi. La Corte stessa individua già nelle sue primissime sentenze il seme della sua attenzione per il problema. Forse era stato piantato sin dalla sent. 4/1956, che inaugurò il filone delle questioni sorte in procedure di giurisdizione volontaria: lo ricorda la sent. 129/1957, che Sergio Bartole indica opportunamente come precedente specifico della decisione in commento². In quella ormai lontana decisione la Corte fa uso infatti dell'argomento di *policy* giudiziaria per cui «il preminente interesse pubblico della certezza del diritto (che i dubbi di costituzionalità insidierebbero), insieme con l'altro dell'osservanza della Costituzione» portano a superare ragionamenti troppo formalistici tesi a limitare la proponibilità della questione di legittimità costituzionale. Con molta prudenza, però: il timore delle "zone franche di incostituzionalità" non ha favorito né la sistematica apertura al conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato provocato da atti legislativi³ né, nell'ambito dei giudizi incidentali, l'estensione della legittimazione processuale sino al punto di disancorarla dai caratteri tipici della giurisdizione. Questo sembrava un punto insuperabile: nella sent. 129/1957 si afferma che il giudizio incidentale può instaurarsi «tutte le volte che l'autorità giurisdizionale [è] chiamata ad attuare la legge nel caso concreto, cioè ad esercitare giurisdizione»; e nella sent. 266/1976 si sottolinea «la duplice esigenza: a) che tale sindacato non abbia ad esplicarsi in astratto, ma in relazione a *concrete situazioni di fatto*, alle quali siano da *applicare* norme di dubbia costituzionalità; b) che i giudici... non siano costretti ad emettere decisioni fondandosi su leggi della cui conformità alla Costituzione abbiano motivo di dubitare».

¹ Subito dopo la sentenza in commento, la Corte ricorre a questo argomento nell'importante sent. 5/2014, in tema di norme penali di favore, che è il filone giurisprudenziale in cui questo argomento è stato più frequentemente utilizzato (cfr. di recente le sentt. 394/2006 e 28/2010, a cui fanno da lontano precedente le sentt. 148/1983 e 51/1985).

² S. BARTOLE, *Quali effetti di precedente per la sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale in tema di accesso al giudizio in via incidentale?*, in questo fascicolo.

³ Cfr. in particolare sentt. 406/1989, 457/1999, 284/2005.

Che il giudizio di accertamento, nel cui ambito è sorto il caso deciso dalla sentenza in esame, corrispondesse a questi requisiti lo si può seriamente dubitare. Sul punto si è molto discusso in dottrina già a commento dell'ordinanza della Cassazione: chi ha difeso l'ammissibilità della questione ha portato argomenti seri⁴, quanto sono seri quelli prodotti da chi la contesta⁵. Forte è però l'impressione che nel dibattito si sovrappongano al piano, per così dire, "analitico" considerazioni di natura "sistemica", orientate a giustificare quello che è un «ricorso diretto mascherato» - di per sé estraneo alla natura stessa del sindacato incidentale⁶ - in nome di ragioni sostanziali, di opportunità politico-costituzionale.

Sarebbe inutile ripercorrere il dibattito, ormai ben noto, che ha preceduto la decisione della Corte costituzionale. Merita invece concentrare l'attenzione sulle motivazioni che essa ha fornito sul punto dell'ammissibilità della questione, anche in relazione al seguito che essa ha avuto nel giudizio principale di fronte alla Cassazione.

2. La motivazione della Corte sull'ammissibilità della questione si articolano in tre argomenti:

a) il controllo della Corte va limitato all'adeguatezza delle motivazioni prodotte dal giudice *a quo* in ordine ai presupposti in base ai quali il giudizio *a quo* si è instaurato: «il riscontro dell'interesse ad agire e la verifica della legittimazione delle parti, nonché della giurisdizione del giudice rimettente, ai fini dell'apprezzamento della rilevanza dell'incidente di legittimità costituzionale, sono, inoltre, rimessi alla valutazione del giudice *a quo* e non sono suscettibili di riesame da parte di questa Corte, qualora sorretti da una motivazione non implausibile». Il problema è che il giudice *a quo*, cioè la Cassazione, ha ritenuto che sull'interesse ad agire il giudice di merito si fosse già pronunciato, e così anche sulla questione della giurisdizione. La Corte costituzionale riconosce che sul punto si è formato un *giudicato interno*, e quindi non affronta il problema. Quindi la sussistenza dei presupposti non è stata sottoposta a controllo.

⁴ Si veda in particolare l'analisi di C. PADULA, *Spunti di riflessione sull'azione di accertamento e l'incidentalità nel giudizio di costituzionalità*, in *Giurcost.org.*; F. SORRENTINO, *La legge elettorale di fronte alla Corte costituzionale*, in *Confronticostituzionali.eu*, 30 ottobre 2013; A. CERRI, *Ci sarà pure un giudice a Berlino! Il mugnaio di Postdam e la legge elettorale*, in *Nomos*, 1/2013.

⁵ Si vedano in particolare i commenti di A. ANZON DEMMIG, *Un tentativo coraggioso ma improprio per far valere l'incostituzionalità della legge per le elezioni politiche (e per coprire una "zona franca" del giudizio di costituzionalità)*, in *Nomos* 1/2013; P. CARNEVALE, *La Cassazione all'attacco della legge elettorale. Riflessioni a prima lettura alla luce di una recente ordinanza di remissione della Suprema Corte*, *ivi*; 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 *Rivista AIC*, 4/2013.

⁶ Che viene così ridotto ad «un'accezione minima e tutta formale»: G. REPETTO, *Il divieto di fictio litis come connotato della natura incidentale del giudizio di costituzionalità. Spunti a partire dalla recente ordinanza della Corte di Cassazione in tema di legge elettorale*, in questa *Rivista*, 2013, 2482 s.

Quanto alla rilevanza della questione, la Corte ribadisce che essa sussiste «ogni qualvolta sia individuabile nel giudizio principale un *petitum* separato e distinto dalla questione (o dalle questioni) di legittimità costituzionale, sul quale il giudice rimettente sia chiamato a pronunciarsi». Ciò si realizzerebbe nella questione in esame, «perché il *petitum* oggetto del giudizio principale è costituito dalla pronuncia di accertamento del diritto azionato, in ipotesi condizionata dalla decisione delle sollevate questioni di legittimità costituzionale, non risultando l'accertamento richiesto al giudice comune totalmente assorbito dalla sentenza di questa Corte, in quanto residuerebbe la verifica delle altre condizioni cui la legge fa dipendere il riconoscimento del diritto di voto». Quali siano queste «altre condizioni» non risulta molto chiaro, e lo diviene ancora di meno se esaminiamo la sentenza che la Cassazione emana a seguito della pronuncia della Corte costituzionale. «I ricorrenti – dichiara la Cassazione nel dispositivo⁷ – non hanno potuto esercitare il diritto di voto nelle elezioni... secondo le modalità, previste dalla Costituzione, del voto personale, eguale, libero e diretto»: a parte la condanna delle amministrazione soccombenti alle spese (e a parte alcuni sconclusionati *obiter dicta* circa i riflessi istituzionali della sentenza⁸), è tutto qui. Per il resto, dichiara la Cassazione, la «riparazione in forma specifica» conseguente alla rimozione delle norme illegittime da parte della Corte costituzionale è «pienamente soddisfattiva». Il che significa che la decisione della Corte si sovrappone senza residui alla decisione della Cassazione.

b) «Per di più, nella fattispecie qui in esame, la questione ha ad oggetto un diritto fondamentale tutelato dalla Costituzione, il diritto di voto, che ha come connotato essenziale il *collegamento ad un interesse del corpo sociale nel suo insieme*, ed è proposta allo scopo di porre fine ad una situazione di incertezza sulla effettiva portata del predetto diritto determinata proprio da "una (già avvenuta) modificazione della realtà giuridica", in ipotesi frutto delle norme censurate». Qui non si discute più né di rilevanza né di incidentalità. Il richiamo all'interesse generale del corpo sociale sposta l'attenzione verso prospettive distanti dal giudizio di ammissibilità e dal riscontro dell'incidentalità, per introdurre considerazioni di carattere sostanziale, di *policy*.

c) L'ammissibilità delle questioni «si desume precisamente dalla *peculiarità e dal rilievo costituzionale*, da un lato, del diritto oggetto di accertamento; dall'altro, della legge che, per il sospetto di illegittimità costituzionale, ne rende incerta la portata». Le ragioni di *policy* sono poste al centro del ragionamento, e si rafforzano con l'esigenza di estendere la garanzia del controllo di costituzionalità a «una *zona franca nel sistema di giustizia costituzionale* proprio in un ambito strettamente

⁷ Cassaz., Sez. I civ., sent. 16 aprile 2014, n. 8878.

⁸ Su cui però vedi A. PACE, *La condanna del Porcellum*, in *La Repubblica*, 22 aprile 2014.

connesso con l'assetto democratico, in quanto incide sul diritto fondamentale di voto».

3. Condivido *in toto* quanto la Corte afferma circa l'esigenza di allargare la tutela costituzionale a zone cruciali dell'ordinamento, difficilmente "aggredibili" attraverso il giudizio incidentale. E tuttavia mi sembra che rompere per via giurisprudenziale il solido ormeggio alle regole, necessariamente rigide, dell'incidentalità desti timori ancora più preoccupanti della stessa esistenza di "zone franche" di controllo di costituzionalità.

Augusto Cerri, commentando l'ordinanza della Cassazione, sottolinea l'importanza di evitare che il ricorso incidentale produca una «dispersione di garanzie» rispetto al ricorso diretto⁹. La Corte sembra seguire questo suggerimento, tant'è vero che per giustificare l'ammissibilità della questione impiega argomenti non diversi da quelli che servono a "filtrare" il *Verfassungsbeschwerde* e l'*amparo*, cioè il «rilievo costituzionale» della questione. Sia in Germania che in Spagna la legge di procedura ha introdotto tale filtro¹⁰, che lascia passare una percentuale minima di ricorsi diretti, dotati – appunto - di una "particolare rilevanza costituzionale". Ma nel giudizio incidentale esso non può valere, perché il "filtro" è costituito dal meccanismo dell'incidentalità. Se è il giudice, nel corso di un giudizio, a sollevare la questione di costituzionalità di una legge, e se lo fa attraverso ordinanze prive di lacune o di errori, la Corte è tenuta a rispondere nel merito: simmetricamente, la Corte non può né deve pronunciarsi fuori del perimetro della domanda, altrimenti il suo giudizio rischia di perdere di legittimazione.

Che sia un rischio tutt'altro che teorico lo possiamo riscontrare riflettendo sulle vicende della Corte suprema degli Stati Uniti¹¹. Essa filtra ormai¹² con assoluta discrezionalità le questioni di cui intende occuparsi, consentendo a meno dell'1% dei

⁹ A. CERRI, *Ci sarà pure un giudice a Berlino!* cit. Che la Cassazione abbia introdotto, in via giurisprudenziale, «un ricorso quasi diretto alla Corte costituzionale» è messo giustamente in luce da 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, 1836ss.

¹⁰ Così si esprimono gli art. 49.1 e 50.1b della *Ley Orgánica 2/1979*, dopo la revisione apportata dalla legge 6/2007. Le ipotesi sono poi accuratamente specificate da una decisione del *Tribunal Constitucional* del 2009 (STC 155/2009). In termini non diversi le condizioni di ammissibilità del *Verfassungsbeschwerde* sono regolate dal § 93a Abs. 2 *BVerfGG*: cfr. le sentenze *BVfGE* 90, 22, 24 s. e 96, 245, 248 ss.

¹¹ Per le quali rinvio a *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, Milano, 2013, 84 ss.

¹² Sull'evoluzione, anche legislativa, del potere discrezionale della Corte suprema nel concedere il *certiorari*, cfr. E. A. HARTNETT, *Questioning Certiorari: Some Reflections Seventy-Five Years After the Judges' Bill*, in 100 *Colum. L. Rev.* 1645 (2000). In particolare, sull'origine del *Judges' Bill* del 1925, cfr. J. STERNBERG, *Deciding Not to Decide: The Judiciary Act of 1925 and the Discretionary Court*, in 33 *Journal of Supreme Court History*, 1.

casi di ottenere il *certiorari*¹³ - una percentuale persino inferiore a quella dei *ricorsi diretti* ammessi in Germania e in Spagna. Quando accetta di occuparsi di una questione, la Corte suprema riformula talvolta la domanda, selezionando solo il particolare problema che giudica rilevante, ignorando gli altri; e giunge persino a modificarla, inserendo questioni del tutto nuove, non strettamente attinenti alla domanda¹⁴. Se alla necessità di risolvere la questione prospettata nel giudizio incidentale si oppone la scelta di trattare le questioni che appaiono "costituzionalmente rilevanti", è inevitabile che la Corte appaia agire come un corpo legislativo, libera di occuparsi della "issue creation", piuttosto che come giudice tenuto a rispondere alle questioni che gli vengono sottoposte, nei limiti del "caso"¹⁵. Non ci si può stupire dunque che oggi la legittimazione della *judicial review* sia oggetto di generale contestazione¹⁶.

Le motivazioni prodotte dalla Corte costituzionale per giustificare l'ammissibilità di una questione che non sembra sorgere in una «concreta situazione di fatto» alla quale avrebbe dovuto essere applicata la norma di legge impugnata non sono molto convincenti né delineano ipotesi così precise da poter essere in seguito applicate con tranquillità. La Corte sembra essersi riservata un potere di derogare alle regole processuali che delimitano i suoi poteri: ma si tratta di deroghe per casi eccezionali, che non attenuano il rigore delle regole stabilite dalla legge di procedura. Il prezzo che dovrà pagare però non è irrilevante: come spiegare ai cittadini di Taranto che chiedano al giudice, per ipotesi, l'accertamento della violazione del loro diritto costituzionale alla salute, previa impugnazione della "legge Ilva", che in quel caso la incidentalità e la rilevanza non sussistono?

¹³ Dati statistici sul ruolo della Corte suprema sono raccolti e commentati da K. W. STARR, *The Supreme Court and Its Shrinking Docket: The Ghost of William Howard Taft*, in 90 *Minn. L. Rev.* 1363 (2005-2006), 1369

Un parallelo tra il *writ of certiorari* e il filtro discrezionale che il Tribunale costituzionale federale tedesco applica ai ricorsi diretti di costituzionalità è tracciato da M. KAU, *United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht*, Berlin-Heidelberg-New York, 2007, 423 ss.

¹⁴ Cfr. le critiche di M. L. MOSES, *Beyond Judicial Activism: When the Supreme Court is No Longer a Court*, in 14 *U. Pa. J. Const. L.* 161 (2011), che mette in rilievo come ciò sia accaduto anche in casi di cruciale importanza politica come *Citizen United v. Federal Election Commission* (175 ss.); così anche nei recenti casi sorti sulla riforma sanitaria: cfr. H.P. MONAGHAM, *On Avoiding Avoidance, Agenda Control, and Related Matters*, in 112 *Colum. L. Rev.* 665 (2012), 665 (e per altri esempi, e più in generale sull'argomento, 680 e 689-691).

¹⁵ Cfr. L. EPSTEIN, J. KNIGHT, *The Choices Justices Make*, Washington, DC, 1998, 160.

¹⁶ Osserva B. FRIEDMAN, *The Will of the People*, New York, 2009, 7, che per la prima volta nella storia americana il potere della Corte Suprema di sindacare le leggi è posto simultaneamente sotto attacco da entrambi i lati dello schieramento ideologico.