

16 settembre 2013

Fictio litis e sindacato di costituzionalità della legge elettorale. Può una finzione processuale aprire un varco nelle zone d'ombra della giustizia costituzionale?

di Elisa Olivito

Ricercatore in Diritto costituzionale - Università "La Sapienza" di Roma

ABSTRACT Nell'ordinanza n. 12060/2013, con cui è stata sollevata questione di legittimità costituzionale della legge n. 270/2005, la I Sezione civile della Corte di Cassazione si sofferma sulla corretta instaurazione del giudizio dinanzi alla Corte costituzionale, al fine di dimostrarne l'incidentalità. Nello scritto si sostiene che gli argomenti impiegati dal giudice a quo sono indici del ricorso a una fictio litis e che, ciononostante, in considerazione dei moniti della Consulta sulle problematicità della legge elettorale n. 270, l'utilizzo della finzione processuale non pregiudica necessariamente l'ammissibilità della dedotta questione di legittimità costituzionale. Sono, pertanto, indicate le circostanze, in presenza delle quali la sussistenza di una fictio litis non determina automaticamente l'inammissibilità della quaestio, ma impone semmai una considerazione delle ragioni per le quali quell'espedito è stato utilizzato. In particolare, occorre valutare se si ricade in una delle "zone d'ombra" della giustizia costituzionale e se, al contempo, è in gioco la garanzia di effettività di un diritto fondamentale. In the order no. 12060/2013, through which a question of constitutionality of the statute n. 270/2005 was raised, the First Civil Section of the Court of Cassation (Cassazione) makes an effort to prove the "incidenter" character of its request for judicial review of legislation before the Constitutional Court. In the essay it is affirmed that the points used by the "judge a quo" are signs of the use of a fictio litis and that, nevertheless, considering the warnings of the Constitutional Court on the problematic nature of the electoral law n. 270, the use of a procedural fiction does not necessarily affect the "admissibility" of the alleged question of constitutionality. Therefore, there are circumstances under which the existence of a fictio litis does not automatically entail the "inadmissibility" of the quaestio, but rather requires a consideration of the reasons for which that device was used. In particular, it must be determined whether it falls into one of the "shadow areas" of the Italian judicial review of legislation and if, at the same time, it is at stake the very guarantee of a fundamental right.

Sommario: 1. Finzioni processuali e diritto sostanziale. – 2. La *fictio litis* nell'ordinanza della Corte di

Cassazione sulla legge n. 270/2005. - 3. *Fictio litis* e inammissibilità della questione di legittimità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale. - 4. Legge elettorale, diritto di voto e “zone d’ombra” della giustizia costituzionale. - 5. La finzione processuale quale mezzo per ovviare ad alcune anomalie della giustizia costituzionale.

1. Finzioni processuali e diritto sostanziale

Nella recente ordinanza n. 12060 del 17 maggio 2013, con cui la I Sezione civile della Corte di Cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale della legge n. 270 del 2005, si ricorre a una finzione giuridica per soddisfare le condizioni necessarie ad adire la Corte costituzionale in via incidentale. La presenza di tale accorgimento tecnico costituisce uno dei punti su cui la Consulta dovrà pronunciarsi in via preliminare per decidere dell’ammissibilità della *quaestio legitimitatis* e proseguire eventualmente nel merito. È su tale profilo, pertanto, che in questo scritto si concentrerà l’attenzione, allo scopo di evidenziare come la definizione di aspetti procedurali sia in grado di riflettersi su questioni di carattere sostanziale e per mostrare come, nel caso specifico, la possibilità di estendere il sindacato di legittimità costituzionale sia condizionata dal modo in cui la Corte si porrà rispetto alla *fictio litis* impiegata dal giudice *a quo*.

L’utilizzo di finzioni giuridiche, peraltro, non è nuovo al diritto. Il ricorso a uno strumento così peculiare della tecnica giuridica risponde a esigenze molto variabili nel tempo e nello spazio, potendo coinvolgere il diritto sostanziale così come quello processuale. In quest’ultimo caso, in particolare, si è portati a credere che la *fictio iuris*, interessando profili di stampo prettamente tecnico, incida soltanto sul funzionamento del sistema processuale. A ben vedere, però, il suo impiego è spesso dettato da ragioni strettamente attinenti al diritto sostanziale e al modo di tracciare i confini del relativo apparato di garanzie.

Le finzioni processuali intervengono, infatti, quando, pur mancando i requisiti formali prescritti dall’ordinamento per l’esperimento di un rimedio processuale ovvero per la corretta instaurazione di un giudizio, il giudice si adopera affinché, tramite un artificio, quei requisiti siano ciononostante ritenuti esistenti. Ciò vuol dire che il ricorso a espedienti di carattere finzionale non solo implica un intervento attivo del giudice, ma soprattutto presuppone l’accettazione di tale pratica da parte di chi ne è destinatario. La finzione, difatti, è in grado di produrre i suoi effetti, a condizione che essa sia riconosciuta e accolta, da coloro ai quali si rivolge, per ciò che è e per gli obiettivi che mediante il suo impiego si intendono raggiungere^[1]. In questo gioco delle parti, in cui ciascuno è consapevole che si sta mettendo in atto uno stratagemma tecnico e non un inganno^[2], occorre tuttavia prestare la massima attenzione a un elemento decisivo: anche l’utilizzo di finzioni processuali può avere implicazioni che vanno al di là della sfera meramente giudiziale, poiché vi sono casi in cui i risultati conseguiti attraverso questi espedienti sono tali da ripercuotersi su altri piani. In tal senso, l’eventuale efficacia “*ultra vires*” delle finzioni processuali risponde a quella connaturata capacità della *fictio iuris* di essere tramite di cambiamenti sostanziali, nonostante il mantenimento delle forme esistenti. Essa, infatti, è adoperata proprio perché lascia intatti, almeno all’apparenza, gli istituti giuridici o le disposizioni su cui interviene, incidendo però sul loro ambito di applicazione e, dunque, sulla loro effettiva resa. In questo modo gli operatori del diritto sono messi in grado, in alcuni casi e a certe condizioni, di lavorare sul materiale giuridico di cui dispongono, per adattarlo alle sopraggiunte esigenze di rinnovamento. Talvolta l’operazione così costruita ha successo e la finzione riesce a far conseguire al diritto una generale, seppur indiretta, rideterminazione dei suoi contenuti normativi; in altre circostanze, invece, l’espediente si risolve in una soluzione *una tantum* e i suoi effetti restano circoscritti al caso di specie.

Per la *fictio litis* di cui si discorrerà di seguito sembra potersi prefigurare un esito del secondo tipo, contenuto cioè sotto il profilo dei contraccolpi al sistema di giustizia costituzionale e tale da non

determinare un'ambigua modalità di accesso diretto alla Consulta. Si tratta, infatti, di un accorgimento, il cui utilizzo è strettamente legato alle peculiarità della fattispecie per cui si è reso necessario e che, se correttamente inteso, è destinato a mantenere i suoi effetti in un ambito sufficientemente ristretto.

2. La fictio litis nell'ordinanza della Corte di Cassazione sulla legge n. 270/2005

Sebbene da tempo si discuta, non solo in dottrina, dei profili di illegittimità costituzionale della legge n. 270 del 2005, constatazione frequente è quella per cui, *rebus sic stantibus*, non vi sarebbero i mezzi processuali per chiamare la Corte costituzionale a pronunciarsi nel merito. In considerazione delle difficoltà a instaurare un giudizio nel corso del quale debba farsi applicazione della legge elettorale e alla luce della via altrettanto stretta per un'impugnazione diretta da parte delle Regioni, si ritiene che non vi sia spazio per pervenire a un incidente di costituzionalità o a un giudizio in via principale, aventi a oggetto l'attuale legge elettorale della Camera e del Senato[3]. L'esistenza di simili ostacoli allo svolgimento di un sindacato costituzionale trova, peraltro, conferma nella giurisprudenza della Corte costituzionale che, nei giudizi sull'ammissibilità dei quesiti referendari riguardanti alcune disposizioni della legge n. 270, ha più volte ribadito l'impossibilità di svolgere in quella sede un controllo anticipato di legittimità costituzionale[4]. Ciò, tuttavia, non ha impedito alla Corte «di segnalare al Parlamento l'esigenza di considerare con attenzione gli aspetti problematici di una legislazione che non subordina l'attribuzione del premio di maggioranza al raggiungimento di una soglia minima di voti e/o di seggi»[5].

Sembrava, pertanto, che in tale ambito non vi fossero le condizioni per pervenire a una declaratoria di incostituzionalità e che la Consulta, pur avendo rilevato a mo' di *obiter dictum* le problematichità della legge n. 270, fosse in definitiva impotente di fronte alla protratta inerzia del legislatore. Tuttavia, se finora era mancata soltanto l'occasione formale per far decidere dei relativi vizi di costituzionalità, ai giudici costituzionali tale opportunità è stata offerta con l'ordinanza n. 12060/2013 della I Sezione civile della Corte di Cassazione[6]. Due i profili rispetto ai quali la Suprema Corte ha sollevato questione di legittimità costituzionale: 1) la prevista attribuzione di un premio di maggioranza senza indicazione di una soglia minima di voti; 2) l'esclusione del voto di preferenza.

Nell'ordinanza di rimessione la Corte di Cassazione, prima di argomentare in ordine alla non manifesta infondatezza delle questioni dedotte in giudizio, si sofferma lungamente sulla corretta instaurazione del giudizio di legittimità costituzionale *in quanto giudizio incidentale*, non solo perché questo è il terreno su cui il giudice *a quo* è tenuto a misurarsi in via preliminare, ma soprattutto perché in questo caso esso rappresenta l'aspetto di maggior criticità, se non il punto debole, dell'ordinanza stessa[7]. La Suprema Corte sa, difatti, di dover superare una prima, decisiva, obiezione rispetto alla sussistenza di quell'elemento: può la questione di legittimità costituzionale ritenersi davvero incidentale o si tratta solo di un modo per mascherare il carattere in realtà diretto del ricorso alla Consulta? Il *petitum* del giudizio principale si distingue dal *petitum* costituzionale o si esaurisce in esso?

Sul punto la Cassazione conclude in senso affermativo, ritenendo di dover valutare se sussista in capo ai ricorrenti l'interesse a proporre un'azione (art. 100 c.p.c.), «il cui *petitum* sostanziale è diretto al riconoscimento della pienezza del diritto di voto, quale diritto politico di rilevanza primaria, attraverso la dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme della legge n. 270/2005, che, in tesi, ne precludono l'esercizio in modo conforme alla Costituzione» (punto 3 dell'ordinanza).

La strada imboccata dal giudice *a quo* è, pertanto, quella di puntare sulla natura dell'azione promossa nel giudizio principale: si tratterebbe, nel caso di specie, di un'azione di accertamento (costitutivo e non di mero accertamento, secondo i giudici), in cui l'interesse dei ricorrenti sarebbe non già quello di sapere di non aver potuto esercitare (e di non poter esercitare per l'avvenire) il diritto fondamentale di voto

conformemente a Costituzione, bensì quello «di rimuovere un pregiudizio che invero non è dato da una mera situazione di incertezza ma da una (già avvenuta) modificazione della realtà giuridica che postula di essere rimossa *mediante un'attività ulteriore, giuridica e materiale*, che consenta ai cittadini di esercitare realmente il diritto di voto in modo pieno e in sintonia con i valori costituzionali» (punto 3.1.1., corsivo mio). Non si sarebbe, dunque, di fronte a un'azione pretestuosa, avente a oggetto una questione astratta o meramente ipotetica, ma vi sarebbe un pregiudizio concreto, tale da assicurare la meritevolezza dell'interesse ad agire.

Appurata la sussistenza di tale interesse in capo ai ricorrenti (valutazione, questa, rimessa in ogni caso al giudice *a quo*), rimane, però, ancora da provare – come sottolinea la dottrina^[8] e riconosce la stessa Cassazione (punto 3.2.) – che l'oggetto del giudizio principale è diverso e nettamente distinguibile dall'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale. In caso contrario, verrebbe meno l'incidentalità della *quaestio legitimitatis*, poiché, una volta che questa fosse stata decisa, non vi sarebbe alcuna necessità di una statuizione ulteriore da parte del giudice *a quo*.

È esattamente in relazione a questo profilo che la Cassazione si imbatte nel nodo della *fictio litis*^[9], quando – riprendendo le tesi al riguardo formulate da dottrina e giurisprudenza - afferma di poter dimostrare che la decisione della questione di legittimità costituzionale non esaurisce il giudizio principale e che, pertanto, non si ricade nell'ipotesi di un giudizio instaurato surrettiziamente, al solo scopo di adire la Corte costituzionale. Per superare, infatti, l'obiezione concernente la mancanza di effettiva incidentalità, essa torna nuovamente sulla natura delle azioni di accertamento, sostenendo che, sebbene in questi casi la distinzione tra oggetto del giudizio *a quo* e oggetto del giudizio costituzionale sia meno evidente, ciò nondimeno il *petitum* del primo non coincide puramente e semplicemente con l'impugnazione delle norme di legge ritenute incostituzionali^[10]. La distinzione tra i *petita* dei due giudizi deriverebbe, invero, dal fatto che la sentenza del giudizio di merito non solo accerta l'avvenuta lesione del diritto azionato, ma, al contempo, «lo ripristina nella pienezza della sua espansione, *seppure per il tramite della sentenza costituzionale*» (punto 3.2.1., corsivo mio).

In realtà, nonostante gli sforzi della Cassazione per mascherare l'artificio al quale sta ricorrendo, l'inciso dell'ordinanza da ultimo rimarcato costituisce il punto di emersione di una *fictio litis*, la spia cioè che il giudizio *a quo* è un espediente messo in campo per ottenere un accesso alla Consulta altrimenti negato^[11]. Con la differenza, rispetto a quanto da molti sostenuto, che in questo particolare caso l'esistenza di una *lis ficta* non conduce necessariamente all'inammissibilità della *quaestio*, ma richiede una considerazione delle ragioni che hanno spinto a tale passo e, auspicabilmente, un cambiamento della giurisprudenza costituzionale sul punto. Non è detto, cioè, che debba sempre esservi automatica corrispondenza tra *fictio litis* e inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, potendo darsi ipotesi in cui, al contrario, la finzione processuale conduce a un'incidentalità sì artificiosa, ma che la Corte costituzionale a certe condizioni è disposta ad accettare.

Rinviando oltre per ulteriori considerazioni sulla prospettiva di un *revirement* giurisprudenziale, occorre innanzitutto prendere le mosse dall'ordinanza n. 12060 del 2013, poiché in essa si rinvencono non soltanto i termini in cui la *fictio litis* è impiegata, ma anche gli argomenti per far sì che essa non pregiudichi l'ammissibilità della *quaestio legitimitatis*.

Nel momento in cui la Cassazione precisa che la sentenza del giudizio principale, una volta accertata la lesione del diritto di voto, lo ripristinerebbe altresì nella sua pienezza, *anche se per il tramite della sentenza costituzionale*, così facendo essa pone (e, al contempo, cerca di dissimulare) un accorgimento finzionale. La Suprema Corte, infatti, in questo modo implicitamente riconosce che il *quid pluris* reputato necessario a distinguere i *petita* dei due giudizi si realizza, in verità, già con l'intervento della Consulta, ovvero sia con l'eventuale sentenza di illegittimità costituzionale. Il riferimento al dispositivo costituzionale tradisce, in sostanza, il fatto che la Cassazione sta facendo leva sugli strumenti dell'argomentazione per simulare l'autosufficienza del proprio giudizio, atteggiandosi cioè “come se” il

petitum non si esaurisce nell'annullamento delle disposizioni costituzionalmente illegittime. Ma poiché il passaggio appena ricordato dimostra che «la “riespansione” del diritto asseritamente leso si produrrebbe come automatica conseguenza dell'annullamento del “porcellum” – e cioè dell'eliminazione dei censurati limiti che esso impone al diritto di voto – e [...] la pronuncia conclusiva del giudizio *a quo* sarebbe solo ricognitiva dell'effetto ripristinatorio già prodotto dalla sentenza costituzionale»^[12], ci si potrebbe arrestare qui e ritenere che ciò di per sé determini l'inammissibilità della questione.

Tuttavia, anche una volta appurata l'esistenza di un simile scarto alla base dell'ordinanza di rimessione, il risultato cui si perviene è solo quello di “smascherare” la *fictio* su cui essa poggia, senza per ciò stesso eliminare le ragioni che ne hanno determinato l'impiego, né tanto meno pregiudicare la possibilità che la *quaestio* venga ciononostante dichiarata ammissibile dalla Consulta. Non ci si può, infatti, limitare a rilevare che in realtà mancano i presupposti per distinguere i due *petita*, perché è esattamente in ragione di tale difetto – e al fine di ovviarvi – che l'ordinanza di rimessione mette capo a una finzione: consapevole che dopo la pronuncia della Consulta non vi sarebbe alcun motivo di effettuare un intervento residuo, la Cassazione prospetta invece la questione “come se” la necessità di una statuizione ulteriore permanesse, perché, seppur tramite un espediente, ciò la mette nella condizione di rispettare il requisito dell'incidentalità e superare così lo scoglio dell'ammissibilità.

In definitiva, benché l'ordinanza di rimessione sia puntellata da una *fictio litis* – e, conseguentemente, il giudizio *a quo* si connoti per un certo grado di artificiosità – nulla toglie alla possibilità di arrivare a una pronuncia di merito della Corte costituzionale, poiché molto dipende, a questo punto, dal modo in cui essa richiamerà la sua precedente giurisprudenza in tema di *lites fictae* e principio di incidentalità e, soprattutto, dalla misura in cui le pregresse decisioni saranno intrecciate con gli *obiter dicta* relativi alle criticità della legge n. 270/2005.

3. *Fictio litis e inammissibilità della questione di legittimità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale*

Nel giudizio di legittimità costituzionale l'espressione *lis ficta* può essere intesa in due diverse accezioni. In senso stretto, essa indica la lite che, «pur coinvolgendo autentiche situazioni soggettive dei singoli, ha per oggetto soltanto il dubbio di costituzionalità»^[13], di modo che l'instaurazione del giudizio principale serve solo da pretesto per avere accesso alla Corte costituzionale. In senso lato, l'espressione designa, invece, quei casi in cui un soggetto, che non vanta un interesse soggettivo giuridicamente rilevante, ma agisce in difesa di un interesse pubblico alla legalità costituzionale, rifiuta di «obbedire ad una legge reputata costituzionalmente illegittima»^[14], per provocarne l'applicazione e fare decidere della questione alla Corte^[15]. Nel primo significato, l'impiego della finzione processuale rileva da un punto di vista giuridico, poiché tocca un dato oggettivo: il *petitum* del giudizio principale. Nella seconda ipotesi, al contrario, la *fictio* poggia sul dato soggettivo delle motivazioni personali dell'attore e rimane, quindi, indifferente al diritto^[16]. Ciò vuol dire che le problematiche riguardanti la *fictio litis* – e rispetto alle quali i giudici costituzionali in alcune occasioni si sono espressi – concernono il primo significato e coinvolgono profili direttamente connessi all'incidentalità della questione di legittimità costituzionale.

La Corte costituzionale, tuttavia, non ha espresso un orientamento univoco per i casi in cui la *quaestio* sorga «nel corso di un giudizio» (art. 1, l. cost. n. 1/1948; art. 23, l. n. 87/1953) promosso al solo fine di dedurre l'incostituzionalità di una legge. In alcune occasioni, essa si è pronunciata nel senso dell'inammissibilità delle questioni in tal senso prospettate, ritenendo necessario che il giudizio principale abbia «un proprio oggetto, vale a dire un *petitum* che sia separato o distinto dalla questione di legittimità costituzionale, e sul quale il giudice ordinario sia chiamato per sua competenza a decidere; un

proprio autonomo svolgimento, nel senso che il giudizio sia tale, in base alle norme che attualmente ne governano la materia, da poter essere indirizzato per suo conto ad una propria conclusione, al di fuori della questione di legittimità costituzionale, il cui insorgere è soltanto eventuale»[17]. Per appurare l'effettiva sussistenza dell'incidentalità, l'elemento che secondo la Corte viene in soccorso – e la cui mancanza è ritenuta prova di coincidenza tra i due *petita* - è il provvedimento ulteriore, che al giudice *a quo* spetta emettere una volta riassunto il giudizio. Diversamente, se difettesse tale passaggio, vorrebbe dire che «la eventuale pronuncia di accoglimento della Corte verrebbe, in realtà, a concretare, di per sé, la tutela richiesta»[18] e, pertanto, il giudizio principale sarebbe mero espediente processuale per attivarne il sindacato.

Vi sono, d'altro canto, decisioni, in cui la Corte costituzionale sembra implicitamente accogliere quella diversa dottrina, secondo la quale non spetta al giudice costituzionale indagare il carattere (oggettivamente) serio o fittizio della lite dedotta nel giudizio principale, poiché «il problema dell'accertamento della natura artificiosa del processo inscenato in vista della proposizione di una questione di legittimità costituzionale riguarda il giudice *a quo* (ai fini di una eventuale pronuncia reiettiva per carenza d'interesse)»[19]. A queste considerazioni conducono quelle pronunce, in cui la Corte non si sofferma sulla natura eventualmente fittizia della controversia dedotta nel giudizio principale, ma sul punto quasi si arresta sulla soglia di una delibazione sommaria, ricordando che non rientra tra i suoi poteri «quello di sindacare, in sede di ammissibilità, la validità dei presupposti di esistenza del giudizio *a quo*, a meno che questi non risultino manifestamente e incontrovertibilmente carenti»[20]. Essa, inoltre, osserva che «il controllo della Corte costituzionale, ai fini dell'ammissibilità della questione di legittimità ex art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, *va limitato all'adeguatezza delle motivazioni* in ordine ai presupposti in base ai quali il giudizio *a quo* possa dirsi concretamente ed effettivamente instaurato, con un proprio oggetto, vale a dire un *petitum*, separato e distinto dalla questione di legittimità costituzionale, sul quale il giudice remittente sia chiamato a decidere»[21]. Ciò comporta che in queste decisioni la Corte, ritenute evidentemente sufficienti le motivazioni addotte dal giudice *a quo*, finisca sul punto per accoglierne le conclusioni[22], proseguendo poi nell'esame di merito della questione di legittimità costituzionale. Così facendo, essa “ratifica” la *fictio litis* che sia stata effettivamente possa in essere e procede oltre.

In considerazione della mancanza di un chiaro orientamento giurisprudenziale, può tuttavia essere utile richiamare, ai fini dell'ammissibilità della *quaestio legitimitatis* in discussione, un interessante passaggio impiegato in una risalente decisione della Consulta. Esso è contenuto in una delle prime pronunce, in cui i giudici costituzionali si sono misurati con il tema della *fictio litis*[23]. Nella sentenza n. 59 del 1957, infatti, la Corte, seppure *incidenter*, si è avvalsa di un argomento ulteriore nel rigettare l'eccezione di inammissibilità sollevata dall'Avvocatura dello Stato. Secondo quest'ultima l'inammissibilità sarebbe discesa dal fatto che la risoluzione della questione avrebbe esaurito l'oggetto del processo, «non lasciando alcun margine all'attività dell'autorità giurisdizionale, perché a quella sola questione si [sarebbe ridotto] il contenuto della controversia». La Corte, in questo caso, non si è limitata a valutare la sussistenza di un *petitum* più ampio di quello costituzionale, ma ha proseguito affermando che «la insostenibilità della tesi della Avvocatura generale dello Stato è dimostrata *anche dalle conseguenze a cui porterebbe il suo accoglimento, determinando la esclusione di ogni garanzia e di ogni controllo* sui provvedimenti di esproprio, che i giudici di merito non potrebbero sindacare a causa della loro natura legislativa e che la Corte costituzionale non potrebbe neppure essa esaminare senza convertirsi, secondo la tesi che si confuta, in giudice di merito»[24]. Nonostante l'evidente diversità della questione decisa con la sentenza n. 59 del 1957[25], un'argomentazione analoga potrebbe a nostro avviso costituire, *mutatis mutandis*, un punto decisivo a favore dell'ammissibilità della questione prospettata con l'ordinanza n. 12060 del 2013: l'accoglimento dell'eccezione di inammissibilità significherebbe, infatti, porre la legge elettorale al di fuori del sindacato di legittimità costituzionale, lasciando privo di garanzie l'esercizio del diritto di voto.

4. Legge elettorale, diritto di voto e “zone d’ombra” della giustizia costituzionale

È affermazione ormai ricorrente quella secondo cui la Corte di Cassazione, sollevando questione di legittimità costituzionale della legge elettorale per la Camera e il Senato, avrebbe compiuto un passo coraggioso, ma avventato. L’azzardo alla base dell’ordinanza n. 12060/2013 dipenderebbe non tanto dal merito delle questioni dedotte, quanto piuttosto dalla mancanza del requisito dell’incidentalità. Ciò farebbe dell’iniziativa della Cassazione il tentativo surrettizio di introdurre ciò che il nostro sistema misto di giustizia costituzionale ad oggi non prevede: il ricorso diretto di costituzionalità. Non può nascondersi, però, che l’ordinanza emessa dalla I Sezione civile della Suprema Corte deve molta della sua temerarietà a una circostanza largamente riconosciuta nella dottrina costituzionalistica. Se, difatti, l’ordinanza si muove nel solco della *fictio litis* e intorno a tale espediente processuale cerca di costruire le condizioni di ammissibilità della questione sollevata, ciò è da addebitarsi alla circostanza per cui la disciplina elettorale di Camera e Senato rientra nelle cosiddette “zone grigie”^[26] o “zone d’ombra”^[27] della giustizia costituzionale, ossia in quelle aree in cui, a causa di alcune distorsioni o anomalie del sistema, la strada del controllo di legittimità costituzionale risulta difficilmente percorribile^[28]. Può, anzi, dirsi che la legge elettorale della Camera e del Senato costituisca una vera e propria “zona franca” della giustizia costituzionale^[29], poiché la devoluzione del contenzioso elettorale al Parlamento rischia di sottrarre al controllo di costituzionalità un settore oltremodo sensibile del sistema democratico^[30]. Come già si rammentava, infatti, diversi sono gli ostacoli perché si arrivi a un giudizio di legittimità costituzionale o a un conflitto tra poteri, aventi a oggetto le previsioni della suddetta legge.

Quid iuris, dunque, nel caso in cui si ritenga – come sostiene la Corte di Cassazione – che la disciplina legislativa delle elezioni politiche coarti l’esercizio eguale, libero e diretto del diritto di voto, contrastando con i relativi principi costituzionali? Le carenze che il sistema di giustizia costituzionale mostra di avere rispetto a tale questione possono essere colmate solo in seguito a un intervento del legislatore, obbligando così la Consulta alla resa, oppure possono essere rimosse per via giurisprudenziale, attraverso rimedi escogitati dai giudici comuni e dalla stessa Corte costituzionale^[31]?

Di fronte a questa alternativa, l’obiezione mossa alla seconda ipotesi è che dalla mancanza di garanzia sarebbe assurdo ricavare immediatamente «la legittimazione di un anomalo accesso al giudizio di costituzionalità», non solo perché si ritiene importante avere «la massima prudenza nel richiedere alla Corte interventi “creativi”», ma soprattutto perché, nonostante la lesione diretta di valori costituzionali primari, in questo modo si offrirebbe al Parlamento «la comoda strada di interventi della Corte costituzionale sui quali fare assegnamento senza impegnarsi “in prima persona”»^[32]. Pertanto, considerata l’elevata problematicità dell’ordinanza n. 12060 sotto il profilo dell’ammissibilità, essa andrebbe letta e apprezzata essenzialmente per il «suo significato politico, [per la] sua funzione, per dir così, di spada di Damocle posta sulla testa del legislatore che, sinora tanto riottoso, potrebbe finalmente sentirsi spinto a superare le resistenze e a por mano alla riforma elettorale»^[33].

5. La finzione processuale quale mezzo per ovviare ad alcune anomalie della giustizia costituzionale

Eppure, uno spazio perché la Corte costituzionale si pronunci nel merito, dichiarando preliminarmente ammissibile la questione di legittimità costituzionale della legge n. 270 del 2005, sembra ancora esservi ed esso pertiene al modo in cui sarà affrontato il nodo della *fictio litis*. Sotto questo profilo, invero, non è casuale che, tra le molte obiezioni a un’eventuale decisione di merito della Consulta, vi sia quella attinente alla prudenza che è richiesta ai giudici costituzionali nell’optare per interventi “creativi”. Se, difatti, essi superassero le difficoltà riguardanti l’ammissibilità della questione prospettata dalla Cassazione e accogliessero la finzione sottostante il giudizio *a quo*, ciò potrebbe essere interpretato

come un'indebita manovra per l'introduzione giurisprudenziale dell'accesso diretto al sindacato di costituzionalità.

La ragione per cui tali preoccupazioni coinvolgono immediatamente il tema della *fictio litis* dipende dal fatto che le finzioni giuridiche di per sé chiamano in causa il potere creativo dei giudici e il rischio di una loro intromissione negli spazi riservati al legislatore. Le finzioni, infatti, costituiscono espedienti tecnici mediante i quali, quando - in casi particolari - si ravvisino forti divergenze tra l'apparato normativo e le esigenze poste dalla realtà storica, l'ordinamento giuridico cerca di sopperire a tali carenze, fingendo l'esistenza (o l'inesistenza) di determinati presupposti giuridici o fattuali[34]. In tal modo, il diritto soddisfa il bisogno di adeguamento all'evolversi del contesto storico-sociale, dando tuttavia l'idea che gli assiomi e i principi fondamentali del sistema siano stati rispettati. Nel caso delle finzioni processuali, in particolare, il soddisfacimento di quelle esigenze passa attraverso una consapevole elusione di regole processuali, in grado di ripercuotersi incidentalmente sul diritto sostanziale e sulla sua complessiva resa.

Ciò spinge a chiedersi se una *fictio litis* come quella adoperata dalla Cassazione possa essere il mezzo per ovviare alle anomalie del sistema di giustizia costituzionale, posto che, *de iure condito* , questo non riesce a penetrare importanti ambiti dell'apparato legislativo, come ad esempio quello costituito dalle leggi elettorali della Camera e del Senato. Al riguardo, una risposta "condizionatamente affermativa" sembra derivare dal fatto che - secondo quanto qui si sostiene - né la pregressa giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di *fictio litis* , né la necessità di scongiurare il pericolo di un'apertura giurisprudenziale all'accesso diretto costituiscono un ostacolo all'ammissibilità della questione sollevata dalla Cassazione.

Sotto il primo profilo, non deve dimenticarsi che la Consulta potrebbe mutare la sua giurisprudenza[35], come d'altronde ha già fatto quando si è trovata «sotto la pressione di problemi istituzionali troppo a lungo lasciati irrisolti»[36] o quando ha mostrato un certo «ardimento nel voler superare alcune delle "zone franche" in tema di giustiziabilità delle leggi»[37]. In tal senso, il monito contenuto nelle sentenze nn. 15 e 16 del 2008 (confermato nella sentenza n. 13 del 2012) sulle criticità dell'attuale legge elettorale rappresenta un elemento da non sottovalutare, che potrebbe indurre la Corte a un motivato e ragionato *revirement* . Sotto il secondo profilo, invece, la portata di un'eventuale pronuncia di merito sulla legittimità costituzionale della legge n. 270 del 2005 andrebbe ridimensionata, dal momento che, nonostante i possibili contraccolpi al sistema politico-istituzionale[38], essa di per sé non implicherebbe l'automatica e generalizzata introduzione di un accesso diretto alla Corte. Molto dipenderà, semmai, dal modo in cui i giudici costituzionali decideranno di porsi rispetto alla questione della *fictio litis* .

A questo proposito - e proprio in virtù dell'esistenza di una *lis ficta* alla base dell'ordinanza - è inutile nascondere che, anche questa volta, la Consulta potrebbe trincerarsi dietro i profili procedurali, per non entrare nel merito delle questioni sostanziali ed eluderne così l'elevato tasso di politicità[39]. Ciò vorrebbe dire, però, accantonare i molteplici elementi su cui, invece, i giudici costituzionali potrebbero far leva, per superare i tecnicismi e lavorare sulle ragioni che hanno determinato l'uso di quella *fictio* . In primo luogo, non dovrebbe trascurarsi che, soprattutto per la legge elettorale, esistono limiti strutturali alla piena espansione del giudizio di legittimità costituzionale e che, per di più, questo non può essere anticipato in sede di controllo sull'ammissibilità del referendum abrogativo[40]. A ciò si aggiunga che, in un caso come quello caso della legge n. 270 del 2005, la sussistenza di tali ostacoli non determina solo incongruenze nel funzionamento della giurisdizione costituzionale, ma si traduce in un vuoto di tutela nella garanzia di un diritto fondamentale, il diritto di voto, il cui pieno ed effettivo esercizio è vitale per il funzionamento del sistema democratico[41].

Entrambi gli aspetti considerati indicano, pertanto, che il giudice *a quo* è approdato all'uso di una *fictio litis* in circostanze del tutto peculiari, al punto che la presenza di questo espediente nell'ordinanza di rimessione non necessariamente deve ritenersi preclusiva dell'ammissibilità della relativa *quaestio*

legitimitatis. Il fatto che finora la legge elettorale sia sfuggita al sindacato di legittimità costituzionale e che, per giunta, ciò sia avvenuto non in conseguenza di una precisa scelta di politica costituzionale, ma per le disfunzioni del sistema di giustizia costituzionale, forniscono in sostanza un valido motivo per guardare *oltre la fictio*.

In considerazione di ciò, i giudici costituzionali potrebbero, ad esempio, ricorrere a una formula, attraverso la quale si riconosce incidentalmente che «l'introduzione al processo costituzionale di legittimità in via incidentale [...] può venire corretta dalla *fictio litis* opportunamente promossa in vista di un interesse pubblico alla privazione di efficacia per norme costituzionali *altrimenti difficili ad andare soggette ad un'impugnativa* dettata da un interesse processuale davvero sostantivo davanti al giudice *a quo*»^[42]. L'impiego di una soluzione siffatta per la *fictio litis* presente nell'ordinanza n. 12060/2013 sarebbe, così, subordinato alla sussistenza di alcune condizioni: una lite non pretestuosa, che non sia volta unicamente a complicare e allungare il giudizio *a quo*; una questione di legittimità costituzionale, che non abbia altro modo di arrivare alla Corte costituzionale. Entrambi i profili sarebbero, inoltre, sorretti da un ineliminabile motivo di fondo, costituito dalla necessità di far fronte a una carenza di rimedi giurisdizionali nella tutela di un diritto fondamentale.

Peraltro, poiché tutto ciò condurrebbe a un'accettazione della *fictio* implicita^[43] e delimitata dalla verifica di alcuni requisiti, essa sarebbe sufficientemente circoscritta da non determinare né l'indiscriminata ammissione di *lites fictae* nel giudizio costituzionale, né tantomeno la surrettizia introduzione dell'accesso diretto al giudizio costituzionale. Dichiarando ammissibile la questione di legittimità costituzionale della legge n. 270/2005, i giudici costituzionali perverrebbero sì a correggere il tiro rispetto alla pregressa giurisprudenza costituzionale, ma ciò avverrebbe limitatamente a una situazione del tutto eccezionale. L'esistenza dei profili appena ricordati, difatti, è tale da scongiurare un intervento oltremodo creativo della Consulta e, dunque, una complessiva trasformazione del sistema di giustizia costituzionale: ai giudici costituzionali sarebbe sufficiente porre l'accento sul carattere straordinario dell'apertura del giudizio incidentale per sottrarsi a future distorsioni della loro decisione. Peraltro, qualora la Corte dovesse pronunciarsi a favore dell'ammissibilità della *quaestio legitimitatis*, essa potrebbe in ogni caso contare sulla possibilità di gestire l'eventuale dichiarazione di incostituzionalità «in relazione a criteri temporali di opportunità»^[44], calibrando gli effetti della decisione di merito e predisponendo la soluzione più adatta a non pregiudicare la discrezionalità del Parlamento.

Se, in conclusione, si considera la posta in gioco, ossia la garanzia del diritto fondamentale di voto, la via d'uscita qui prospettata risulta meno ardua di ciò che in apparenza potrebbe apparire sulla base di altri criteri.

[1] A questo proposito, sono spesso menzionate le finzioni processuali del diritto inglese, di cui i giudici in passato si sono spesso serviti per estendere la propria giurisdizione su casi rispetto ai quali non sarebbero stati altrimenti competenti a decidere: cfr. J. C. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, New York, Columbia University Press, 1909, 32 ss. Tra esse si ricorda soprattutto, per l'evidente forzatura, la finzione mediante la quale un giudice inglese considerò l'isola di Minorca come se fosse stata parte della città di Londra, così da poter dichiarare la propria giurisdizione su un caso di danni procurati in quel territorio. In modo analogo, le Corti superiori (*King's Bench*, *Common Pleas*, *Exchequer*) non disdegnarono l'uso di finzioni processuali e, nell'intento di allargare la propria giurisdizione a discapito di quella dei tribunali ordinari, in alcune circostanze consentirono al ricorrente di allegare fatti manifestamente falsi (o comunque inverosimili). Così, nell'ipotesi di un'azione di recupero del credito, poiché nella contea di Middlesex si trovava la sede del *King's Bench*, l'attore poteva imputare al convenuto anche il compimento di un inesistente *trespass* in quella contea. In tal modo, chi fosse stato chiamato davanti al *King's Bench* per l'azione di *trespass* (che in un secondo momento veniva fatta cadere) poteva essere convenuto, presso la stessa corte, anche per l'azione di *debt*.

Ciò avveniva in ossequio a quella regola di economia processuale, in base alla quale un soggetto citato davanti a una Corte per un'azione personale poteva essere chiamato dinanzi a quella stessa Corte per qualsiasi altra azione. La *fictio*, dunque, funzionava poiché, pur essendo i giudici consapevoli che i fatti allegati erano falsi, al convenuto non era consentito di metterne in dubbio la veridicità, né tanto meno i giudici si preoccupavano di effettuare tale verifica. Sul *bill of Middlesex* vedi A. Gambaro, *Finzione giuridica nel diritto positivo*, in *Digesto discipline privatistiche, Sezione civile*, VIII, Torino, Utet, 1992, 345 s.

[2] Le finzioni giuridiche sono strumenti della tecnica giuridica, in cui non c'è alcuna intenzione di trarre in inganno il destinatario dell'espedito messo in atto. La discrasia tra ciò che è presentato come vero e ciò che in realtà è risulta, infatti, evidente non soltanto all'autore della *fictio*, ma anche a coloro ai quali essa è indirizzata. Vi è, dunque, una sorta di accordo tacito tra l'autore e il destinatario della finzione, poiché a entrambi è chiaro che quanto viene asserito non corrisponde al vero: cfr. CH. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Traitei de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1958, trad. it., *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, II, Torino, Einaudi, 1976, 209.

[3] Tali difficoltà sono state messe in luce sin dall'inizio da A. Pertici, E. Rossi, *La possibilità di impugnare la nuova legge elettorale alla Corte costituzionale e gli effetti della sua eventuale sospensione*, in www.forumcostituzionale.it (23 gennaio 2006); M. Siclari, *Il procedimento in via incidentale*, in R. Balduzzi, P. Costanzo (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, Giappichelli, 2007, 26 s.; Id., *Osservazioni sulla questione di legittimità costituzionale della legge elettorale sollevata dalla Corte di Cassazione*, in www.nomos-leattualitaneldiritto.it, fascicolo n. 1/2013, 2. Sul punto vedi anche M. Croce, "Se non ora, quando?": sui possibili vizi di costituzionalità della legge elettorale (e sui possibili modi per farli valere), in www.forumcostituzionale.it; M. P. Larné, *Le elezioni del Parlamento come "zona franca" della giustizia costituzionale*, *ivi*.

[4] Il riferimento è naturalmente alle sentenze nn. 15 e 16 del 2008, nonché, da ultimo, alla sentenza n. 13 del 2012.

[5] Corte costituzionale, sentt. nn. 15 e 16 del 2008, punto 6.1 del *Considerato in diritto*; sentenza n. 13 del 2012, punto 3 del *Considerato in diritto*.

[6] Corte di Cassazione, Sezione I civile, ordinanza n. 12060/2013.

[7] A questo proposito, in verità, l'ordinanza di rimessione (punto 3.2.3.) alla fine si attesta su quelle posizioni, sostenute in dottrina e in giurisprudenza, che tendono ad assimilare il vizio di irrilevanza e il vizio di carenza di incidentalità della *quaestio legitimitatis*. Lo rileva esattamente, pur non negando il nesso di strumentalità tra rilevanza e incidentalità, P. Carnevale, *La Cassazione all'attacco della legge elettorale. Riflessioni a prima lettura alla luce di una recente ordinanza di rimessione della Suprema Corte*, in www.nomos-leattualitaneldiritto.it, fascicolo n. 1/2013, 3.

[8] Cfr. 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 www.rivistaic.it, fascicolo n. 3/2013, 2.

[9] D'altronde, parte della dottrina non manca di sottolineare che proprio le azioni di accertamento mettono a dura prova la tenuta di alcune posizioni (anche della Corte costituzionale) in tema di *fictio litis*: cfr. A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, Giuffrè, 2012, 152 s., che riprende P. Calamandrei, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Rivista di diritto processuale*, 1/1956, 17; S. Cupellini, *La fictio litis e le azioni di accertamento dei diritti costituzionali*, in *Giur. cost.*, 3/2003,

1378; G. Pistorio, *Il curioso caso di una fictio litis (tre volte) inammissibile*, in *Giur. cost.*, 1/2009, 315.

[10] A questo proposito la Cassazione, nei passaggi in cui si sofferma sul carattere delle azioni di accertamento (punto 3.1.1.), sembra implicitamente rifarsi a quella dottrina processual-civilistica, secondo la quale, per escludere la natura fittizia di una questione incidentale di legittimità costituzionale, sarebbe sufficiente verificare se nel giudizio *a quo* ricorrono i requisiti della legittimazione e dell'interesse ad agire: sul punto vedi G. Pistorio, *Il curioso caso di una fictio litis (tre volte) inammissibile*, cit., 316 e il dibattito ivi richiamato. In modo analogo, nella dottrina costituzionalistica c'è chi ritiene che il problema della *fictio litis* potrebbe essere ridimensionato, se si riconoscesse che l'interesse (oggettivo) all'integrità dell'ordinamento costituzionale può costituire il contenuto dell'interesse (soggettivo) ad agire: cfr. A. Spadaro, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, ESI, 1990, 167 s.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009, 190.

[11] Una spia che, in verità, affiora già quando la Corte di Cassazione, con un involontario ma eloquente *lapsus*, dichiara infondato il motivo di ricorso sulla mancata motivazione del rigetto della domanda di accertamento, poiché afferma che la Corte d'Appello, avendo «rigettato le questioni di illegittimità costituzionale delle norme censurate della legge n. 270/2005, ha *implicitamente* rigettato nel merito la domanda proposta» (punto 1.1., corsivo mio).

[12] 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)*, cit., 3, con la quale si concorda nell'analisi, ma non nelle conclusioni.

[13] M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, Cedam, 1984, 112, n. 59.

[14] L. Imarisio, *Lites fictae e principio di incidentalità: la dedotta incostituzionalità quale unico motivo del giudizio a quo*, in *Giur. it.*, 2001, 590.

[15] In tal caso, parte della dottrina preferisce parlare di «giudizio sperimentale, di giudizio cavia» e non di *fictio litis*: cfr. P. Calamandrei, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, cit., 15. In senso analogo M. Cappelletti, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1957, 67, che al riguardo richiama la prassi americana del *moot case*.

[16] Cfr. G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2012, 286.

[17] Corte costituzionale, sentenza n. 65 del 1964. Nello stesso senso vedi sentt. n. 92 del 1973, n. 256 del 1982, n. 214 del 1986, ord. n. 291 del 1986, sentt. n. 84 del 2006 e n. 38 del 2009.

[18] Corte costituzionale, sentenza n. 127 del 1998, punto 2 del *Considerato in diritto*. In senso analogo vedi ordd. n. 17 del 1999, n. 175 del 2003.

[19] A. M. Sandulli, *Il giudizio sulle leggi*, Milano, Giuffrè, 1967, 15, nt. 15. Nello stesso senso M. Cappelletti, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1957, 67 s.

[20] Corte costituzionale, sentenza n. 62 del 1992.

[21] Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 263 del 1994, punto 5 del *Considerato in diritto* (corsivo mio).

[22] Cfr. Corte costituzionale, sentenze n. 349 del 1985, n. 120 del 1992, n. 263 del 1994, n. 441 del

2006.

[23] Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 59 del 1957.

[24] Corte costituzionale, sentenza n. 59 del 1957 (corsivo mio).

[25] La questione verteva sulla legittimità costituzionale di due decreti di esproprio adottati con decreto del Presidente della Repubblica, per inosservanza dei limiti stabiliti dalla legge delega n. 841 del 1950.

[26] Cfr. G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1988, 177; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, cit., 270.

[27] Cfr. A. Ruggeri, *Presentazione*, in R. Balduzzi, P. Costanzo (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, cit., 1, che in tale formula include sia gli ambiti in cui il giudizio della Corte non ha modo di dispiegarsi (c.d. "zone franche") sia quelli in cui, pur potendo questo celebrarsi, permangono «comunque insoddisfatte o, come che sia, non pienamente appagate talune aspettative di giustizia costituzionale (per una loro densa, esigente accezione)».

[28] Cfr. M. Siclari, *Il procedimento in via incidentale*, in R. Balduzzi, P. Costanzo (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, cit., 25 ss.

[29] Così G. Azzariti, *Osservazioni sull'accesso e sull'estensione del sindacato della Corte costituzionale*, in A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, 425. Vedi, inoltre, M. P. Larné, *Le elezioni del Parlamento come "zona franca" della giustizia costituzionale*, cit., 24 ss.

[30] Sul contenzioso elettorale e sulle ipotesi di riforma vedi M. Manetti, *L'accesso alla Corte costituzionale nei procedimenti elettorali*, in A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, cit., 119 ss.; V. Messerini, *La materia elettorale*, in R. Romboli (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, ESI, 2006, 553 ss.

[31] Sebbene in termini più generali, l'alternativa è posta da A. Ruggeri, *Presentazione*, cit., 3.

[32] 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)*, cit., 4-5.

[33] P. Carnevale, *La Cassazione all'attacco della legge elettorale. Riflessioni a prima lettura alla luce di una recente ordinanza di rimessione della Suprema Corte*, cit., 12.

[34] Su tale aspetto sia consentito il rinvio a E. Olivito, *Le finzioni giuridiche nel diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 2013, spec. 110 ss.

[35] Così espressamente G. Azzariti, *Lo spazio teorico e l'opportunità politica per un mutamento di giurisprudenza*, in *www.nomos-leattualitaneldiritto.it*, fascicolo n. 1/2013, 2.

[36] U. De siervo, *Legge sul voto. Lo stimolo dei giudici*, in *La Stampa*, 18/05/2013.

[37] A. Cerri, *Ci sarà pure un giudice a Berlino! Il mugnaio di Potsdam e la legge elettorale*, in *www.nomos-leattualitaneldiritto.it*, fascicolo n. 1/2013, 4.

[38] Contraccolpi riguardanti per lo più il destino degli organi già eletti e la legge elettorale

eventualmente applicabile a seguito della dichiarazione di incostituzionalità.

[39] Al riguardo è, infatti, vero che, di fronte a questioni che rischiano di trascinare la Corte costituzionale nell'agone politico, le pronunce d'invalidità sono spesso praticate come una valida via d'uscita. Sul punto si ricordi quanto osservato da L. Carlassare, *Le decisioni di inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte Costituzionale*, in Aa. Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, 31, che sottolinea come la Corte si sia sovente rifugiata nelle decisioni processuali per «fornire una *non risposta* che avesse la *parvenza della definitività*» (corsivi dell'A.). In senso analogo A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 132.

[40] Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 15 del 2008, punto 6 del *Considerato in diritto*.

[41] Così ancora G. Azzariti, *Lo spazio teorico e l'opportunità politica per un mutamento di giurisprudenza*, cit., 1.

[42] S. Tosi, *L'introduzione al processo costituzionale di legittimità: spunti ricostruttivi*, in G. Maranini (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Firenze, Vallecchi, 1966, 232-233 (corsivi miei). Non a caso l'A., nel prospettare tale strada, includeva la soluzione nell'ambito di quegli adeguamenti *di fatto* della giustizia costituzionale, ai quali la Corte in un primo tempo è pervenuta, anche grazie a una «accorta interpretazione evolutiva delle sue norme processuali» (*ivi*, 232). Egli, tuttavia, auspicava altresì che «una tale artigianale e difficile e financo pericolosa risorsa» fosse sostituita da strumenti più razionali (*ivi*, 233).

[43] L'accettazione della *fictio litis* da parte della Corte costituzionale sarebbe implicita e non dichiarata, poiché ogni finzione giuridica, per funzionare e raggiungere i suoi scopi, deve essere in grado di "mimetizzarsi" e rimanere nell'ombra. «Il suo impiego, difatti, non assume mai forma esplicita, poiché l'utilità di uno strumento volto a mascherare e risolvere determinate contraddizioni dipende dal suo carattere nascosto»: E. Olivito, «*Le parole e le cose*»: *appunti sulle finzioni nel diritto*, in *Diritto pubblico*, 2/2009, 567. A tale aspetto deve, quindi, attribuirsi anche l'insistenza della Cassazione nel voler dimostrare che nel caso in questione sussisterebbe la distinzione dei *petita*: l'argomentazione sul punto è, infatti, indispensabile per non lasciare la *fictio* "scoperta". Peraltro, se in tale occasione la Consulta volesse sorvolare sull'esistenza della *fictio litis*, in tal modo accettandola, sarebbe sufficiente che, «*dinanzi ad un caso di legge non altrimenti raggiungibile*, oltretutto essenziale strumento di veicolazione del principale fra i diritti politici in una democrazia rappresentativa e quindi dispensatrice essa stessa di democrazia», essa facesse propria «*l'idea di una incidentalità "ai limitati fini"*, riducendosi a verificare – come per tempo richiesto in dottrina – la sussistenza della legittimazione e dell'interesse ad agire nei giudizi di accertamento riguardanti il diritto di elettorato attivo»: così, seppure in termini dubitativi, P. Carnevale, *La Cassazione all'attacco della legge elettorale. Riflessioni a prima lettura alla luce di una recente ordinanza di rimessione della Suprema Corte*, cit., 6 (corsivi miei). D'altro canto, se l'accoglimento condizionato della *fictio* in oggetto passasse attraverso una rideterminazione dei termini in cui l'incidentalità, in alcuni casi-limite, deve essere intesa, ciò comporterebbe l'assorbimento (e dunque la trasformazione) della *fictio* stessa. Al riguardo, sia consentito ancora una volta il rinvio a E. Olivito, *Le finzioni giuridiche nel diritto costituzionale*, cit., spec. 282 ss.

[44] F. Lanchester, *Non ci sono "zone franche" nello stato di diritto costituzionale*, in www.nomos-leattualitaneldiritto.it, fascicolo n. 1/2013, 7.