

## Vecchi e nuovi casi di tutela dei diritti fondamentali alla luce della giurisprudenza costituzionale sull'azione di accertamento\*

di

Antonino Amato\*

SOMMARIO: 1. Uno sguardo al passato: il sistema incidentale italiano, le sue “strette” e il processo di costituzionalizzazione dell’ordinamento. 2. La “apertura delle porte” della giustizia costituzionale operata con le sentenze nn. 1/2014 e 35/2017. 3. I nodi problematici emersi dalle sentenze e gli spunti da esse offerti per svolgere una riflessione più ampia. 4. Il bilanciamento delle regole processuali a favore dei diritti costituzionali. Tre diverse “letture” delle sentenze nn. 1/2014 e 35/2017. 5. La generale esperibilità dell’azione di mero accertamento e la tutela dei diritti costituzionali *oltre* le zone franche. 5.1. Il “ritorno” dell’interesse ad agire e della sua funzione di “clausola aperta” antecedente alla codificazione. 5.2. L’accertamento di *tutti* i diritti costituzionali e la sua compatibilità con le regole del sistema incidentale. 6. Analisi casistica. 6.1. Le questioni sollevate in giudizi di accertamento *prima* della sentenza n. 1 del 2014 e la lenta *emersione* dell’interesse ad agire. 6.2. Questioni sollevate in giudizi di accertamento *dopo* la sentenza n. 1 del 2014: il vitalizio del «signor K.» e una recente questione sul c.d. decreto-sicurezza. 7. Osservazioni conclusive.

### **1. Uno sguardo al passato: il sistema incidentale italiano, le sue “strette” e il processo di costituzionalizzazione dell’ordinamento**

Uno studio sull’accesso incidentale alla giustizia costituzionale non può prescindere da qualche breve cenno sulla struttura del nostro sistema, il quale notoriamente consente al singolo cittadino di accedere alla giustizia costituzionale solo *mediatamente*: la questione di costituzionalità deve sorgere, infatti, «nel corso di un

---

\* Il testo costituisce la rielaborazione dell’intervento svolto al Seminario “Tutela dei diritti fondamentali e accesso alla Corte costituzionale”, tenutosi a Messina il 5 aprile 2019. Una versione ridotta di questo lavoro è destinata agli *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, in corso di stampa.

\* Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche presso l’Università degli Studi di Messina. Indirizzo email [a.amato@unime.it](mailto:a.amato@unime.it).

giudizio» e «dinanzi ad una autorità giurisdizionale»<sup>1</sup>. Per comprendere il motivo di tale opzione bisogna volgere brevemente lo sguardo indietro nel tempo quando, in Assemblea Costituente, l'adozione di un meccanismo di controllo di costituzionalità delle leggi non fu affatto scontata, sia nell'*an* che nel *quomodo*. In Assemblea, infatti, oltre ai contrari all'istituzione di un tribunale costituzionale<sup>2</sup>, non vi fu unità di vedute, nemmeno tra i favorevoli all'istituzione della Corte, circa il meccanismo da adottare per il controllo delle leggi<sup>3</sup>. Questo e altri fattori<sup>4</sup>, tra cui l'esigenza politica di concludere i lavori dell'Assemblea entro la fine del 1947, se non ostacolarono l'istituzione della Corte e l'astratta previsione di un sindacato accentrato della costituzionalità delle leggi, non permisero tuttavia l'immediata configurazione del meccanismo d'instaurazione dei giudizi di costituzionalità. Fu infatti nella seduta notturna del 2 dicembre 1947 che la decisione circa i modi di accesso alla Corte non seguì più la stessa strada dell'emananda Costituzione repubblicana. L'emendamento dell'on. Arata, approvato dall'Assemblea, aveva «in modo pilatesco» demandato a future leggi costituzionali e ordinarie il compito di stabilire «i modi e i termini per i giudizi di incostituzionalità delle leggi» e «le altre norme necessarie per la costituzione ed il funzionamento della Corte»<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 1 della legge cost. n. 1/1948; art. 23 della legge n. 87/1953. Sono questi i presupposti della questione di legittimità costituzionale (l'uno di carattere *oggettivo*, l'altro *soggettivo*), in presenza dei quali essa può formarsi correttamente. In tal senso A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2019, 229 e, *amplius*, 227 ss., sulla simultanea presenza dei due requisiti.

<sup>2</sup> Si allude ai "vecchi" liberali e alle sinistre marxiste. I primi con argomentazioni «molto generiche e talora quasi patetiche» (A. PIZZORUSSO, *Sub Art. 134*, in A. PIZZORUSSO, G. VOLPE, F. SORRENTINO, R. MORETTI, *Art. 134-139. Garanzie costituzionali*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1981, 72); le seconde, in difesa dell'«idea di supremazia parlamentare e con essa, (de)l principio di legittimazione popolare del potere» (A. RUGGERI, A. SPADARO, *op. cit.*, 35).

<sup>3</sup> Cfr. le sintesi delle relazioni presentate, in seno alla II Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, da Calamandrei, Leone e Patricolo, presenti in A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, 67 ss. e, oggi, rilette da G. D'AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Napoli 2018, 76 ss.

<sup>4</sup> Illustrati da A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, 65.

<sup>5</sup> «Si troncava così (forse in modo pilatesco) un proficuo dibattito». Così, A. RUGGERI, A. SPADARO, *op. cit.*, 36. L'on. Arata, nella seduta del 29 novembre 1947, così argomentava l'opzione per il rinvio: «[...] penso che sia conveniente non addentrarci ora in problemi di carattere esclusivamente procedurale, ma lasciare questa parte alla legge, la quale stabilirà come potranno sorgere e come dovranno essere avviate le questioni di incostituzionalità, stabilendo chi sarà legittimato a porle ed in quali termini potranno essere svolte».

Le lacune emergenti dal quadro così descritto furono dunque colmate dalla legge cost. n. 1/1948, approvata dall'Assemblea Costituente il 31 gennaio, a seguito di un «dibattito affrettato e certamente inadeguato all'importanza delle questioni sul tappeto»<sup>6</sup> e dalla legge n. 87/1953. In tal modo, non fu garantito un accesso diretto alla Corte (a differenza di altri Paesi<sup>7</sup>), ma fu congegnato un sistema che mediasse tra i diritti dei singoli e l'interesse alla costituzionalità delle leggi in un "luogo" ben preciso: il cd. giudizio *a quo*<sup>8</sup>. L'opzione per il sistema c.d. misto, pur essendosi rivelata una «combinazione complessivamente felice»<sup>9</sup> dei caratteri dei due principali modelli cd. "puri" di giustizia costituzionale esistenti all'epoca<sup>10</sup>, ha tuttavia comportato la formazione di *zone franche* e di *zone d'ombra* della giustizia costituzionale<sup>11</sup>.

L'esistenza di "strette" derivanti dalla necessaria incidentalità della questione di legittimità costituzionale e la formazione di zone franche e d'ombra hanno indotto la dottrina e gli operatori del diritto a ricercare soluzioni atte a garantire, in ogni caso, la

---

Cfr. gli atti dell'Assemblea Costituente, CCCXV, seduta del 2 dicembre 1947, pag. 2739 in [https://www.camera.it/\\_dati/Costituente/Lavori/Assemblea/sed315/sed315.pdf](https://www.camera.it/_dati/Costituente/Lavori/Assemblea/sed315/sed315.pdf). V., adesso, i primi due commi dell'art. 137.

<sup>6</sup> A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, 65.

<sup>7</sup> Sull'accesso alla giustizia costituzionale, anche in relazione agli ordinamenti stranieri, si vedano, *ex multis*, v. S. PANIZZA, *Il ricorso diretto dei singoli*, in AA. VV., *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Atti del Seminario di Firenze svoltosi il 28-29 maggio 1999, a cura di A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi, Torino 2000, 85 ss.; AA. VV., *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, a cura di R. Romboli, Napoli 2006.

<sup>8</sup> Esso è il punto di incontro tra *lex* e *iura*: i diritti, rispettivamente, nella prospettiva dello Stato-autorità e dello Stato-comunità. In questi termini G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna 2018, 96.

<sup>9</sup> A. RUGGERI, A. SPADARO, *op. cit.*, 31.

<sup>10</sup> Il riferimento è al *Judicial Review of the Constitutionality of the Legislation*, operante negli Stati Uniti d'America e alla *Verfassungsgerichtsbarkeit* austriaca sui quali si soffermano, tra i tanti, A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, 4 ss. e M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano 1968, spec. 49 ss.

<sup>11</sup> L'espressione "zone d'ombra" (e la sua differenza rispetto alle "zone franche") è stata coniata da A. RUGGERI, *Presentazione*, in AA.VV., *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, a cura di R. Balduzzi, P. Costanzo, Torino 2007, 1. ss. Sul concetto di «zone franche» e «zone d'ombra» della giustizia costituzionale v. anche A. PIZZORUSSO, "Zone d'ombra" e "zone franche" della giustizia costituzionale italiana, in AA.VV., *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, a cura di A. D'Atena, Milano 2012, 1021 ss.; AA.VV., *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, a cura di R. Pinardi, Torino 2007; P. ZICCHITU, *Le "zone franche" del potere legislativo*, Torino 2017. Sull'utilizzo del diritto processuale come «fonte di legittimazione delle Corti», v. G. D'AMICO, «Rights precede remedies». *Contaminazioni e convergenze transnazionali nel diritto processuale costituzionale*, in AA.VV., *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, a cura di L. Mezzetti ed E. Ferioli, Bologna 2018, 586 s.

realizzazione del principio di costituzionalità rispetto a tutte le leggi vigenti e agli atti ad esse equiparati<sup>12</sup>. Quanto esposto è ciò che si è verificato, ad esempio, per il sindacato sulle c.d. norme penali di favore e per l'elaborazione delle nozioni di "giudice" e "giudizio"<sup>13</sup> e, nei primi anni di funzionamento della Corte, per la possibilità di ricorrere alla c.d. *fictio litis*.

Riguardo a tale ultimo profilo, i primi commentatori della via incidentale si resero subito conto che frapporre il giudice *a quo* tra il singolo e la Corte costituzionale avrebbe comportato negare una tutela *immediata* contro delle leggi incostituzionali. Di ciò erano consci i Costituenti – riuniti nel gennaio 1948 a discutere della legge costituzionale prescritta dall'art. 137, secondo comma – e i membri del Parlamento eletto nell'aprile del 1948, durante l'esame in aula del disegno della futura legge n. 87/1953. Le osservazioni sul meccanismo d'instaurazione del giudizio sono così sintetizzate in un volume riepilogativo dei lavori della Costituente, datato aprile 1948<sup>14</sup>: se, in base all'art. 1 della legge cost. n. 1/1948, l'esistenza di un giudizio è imprescindibile, il cittadino che constati l'incostituzionalità di una legge si trova di fronte ad un'alternativa. Egli può: *i*) violare la norma ritenuta incostituzionale attendendo il processo in cui la deve applicare<sup>15</sup>; *ii*) adeguarsi a quanto da essa prescritto<sup>16</sup>.

Ad ogni modo, i Costituenti prospettarono subito l'esistenza di una terza via: la *fictio litis*, strumento ritenuto legittimo in base ai principi generali del diritto

---

<sup>12</sup> Corte cost. sent. n. 1/2014, secondo cui il sindacato della Corte «deve coprire nella misura più ampia possibile l'ordinamento giuridico». Su tale principio v. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992, 48 e, più di recente, ID., *Diritto allo specchio*, Torino 2018, 141 s.

<sup>13</sup> Cfr., in proposito, brevemente, A. PIZZORUSSO, *op. ult. cit.*, 1027.

<sup>14</sup> V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica Italiana illustrata con i lavori preparatori*, Roma, 1949, 250 s.

<sup>15</sup> In tal senso anche V. ANDRIOLI, *Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto processuale civile*, Padova 1953, spec. 50.

<sup>16</sup> Vale la pena citare testualmente quanto riportato in V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *op. cit.*, 250: «il cittadino, di fronte a una norma legislativa, statale o regionale, lesiva di suoi diritti costituzionalmente garantiti, non avrà pertanto altro mezzo di difesa a sua disposizione, ove non voglia acconciarsi alla norma stessa, che quello della non obbedienza, in attesa delle conseguenze giudiziarie che potranno derivarne: e soltanto dopo che sarà stato instaurato un giudizio, civile, amministrativo o penale, a seconda del carattere così della norma legislativa come della non obbedienza ad essa, egli avrà diritto di "sollevare" la questione di legittimità costituzionale».

processuale<sup>17</sup>. «Provocare il giudizio» ex art. 1 legge cost. n. 1/1948: anche di questo parlava l'on. Tesauro nella sua relazione sulla natura della Corte costituzionale, presentata alla Camera dei deputati il 17 aprile del 1950<sup>18</sup>. Nella stessa sede l'on. Calamandrei più esplicito affermava – nell'ambito di una più ampia discussione – la possibilità di «arrivare alla Corte costituzionale per la via giudiziaria» tramite una *fictio litis*<sup>19</sup>. In proposito, va segnalata, altresì, l'opinione di Piero Calamandrei il quale, in un suo noto scritto del 1950<sup>20</sup> elencava i «vantaggi» e i «pericoli» del sistema incidentale, così come risultante dalla Costituzione e dalla legge cost. n. 1/1948. Se la mancata previsione di un ricorso in via principale aveva il pregio di non intasare la Corte di ricorsi manifestamente infondati, il fatto che la legge, «sia pur col dubbio o colla platonica convinzione della sua illegittimità», fosse applicata per anni dai cittadini e dalla pubblica amministrazione – dovendosi necessariamente attendere un giudizio nel quale si presenti una sua possibile applicazione – costituiva indubbiamente un *vulnus* del sistema. Sulla scorta di queste osservazioni egli formulava la previsione che «molte

---

<sup>17</sup> «Al cittadino che abbia un vivo interesse a provocare una dichiarazione di incostituzionalità e non voglia nel contempo esporsi alle conseguenze della non obbedienza [...] non rimarrà pertanto altra legittima via, limitatamente al campo civile e a quello amministrativo, che provocare egli stesso il verificarsi della condizione dell'esistenza di un giudizio ricorrendo alla *fictio litis*; via, com'è noto, legittima, per il principio generale di diritto processuale che chiunque, sopportandone le spese ed assumendosene le responsabilità, promuove un giudizio civile o amministrativo ha diritto non soltanto a una decisione, che accolga o respinga la sua domanda, ma all'utilizzazione di tutti gli strumenti procedurali previsti dalla legge per giungere al giudicato e per influenzarlo» (V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *op. loc. ult. cit.*). In generale, sulle finzioni giuridiche nel diritto costituzionale v. E. OLIVITO, *Le finzioni giuridiche nel diritto costituzionale*, Napoli 2013.

<sup>18</sup> M. BATTAGLINI, M. MININNI, *Codice della Corte costituzionale*, Padova 1964, 194. Quello di Tesauro non è proprio un riferimento diretto alla *fictio* ma sottende un'opinione favorevole all'attivazione del giudizio su un impulso che non provenga esclusivamente dal giudice *a quo*.

<sup>19</sup> M. BATTAGLINI, M. MININNI, *op. cit.*, 217. Non che mancassero argomenti contrari – pur non espliciti – all'apertura in esame. Lo si deduce da un emendamento dell'on. Bozzi, aggiuntivo all'art. 1 della legge cost. n. 1/1948 di un termine di due anni dall'entrata in vigore della legge entro il quale poter sollevare questione di legittimità costituzionale. Uno degli argomenti svolti a sostegno della previsione del termine era il seguente: in assenza di un limite temporale si sarebbero creati *processi fittizi* «al solo scopo di invalidare una legge e di mettere in perpetuo stato di incertezza l'ordinamento giuridico» (cfr. M. BATTAGLINI, M. MININNI, *op. cit.*, 270).

<sup>20</sup> P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova 1950, 42 ss. Sul tema si veda anche lo scritto di un altro processualcivilista, E. REDENTI, *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Milano 1957.

volte la controversia sarà fatta nascere come *espediente*<sup>21</sup> per accedere alla Corte. In uno scritto successivo<sup>22</sup> egli approfondiva il suo punto di vista in merito, sottolineando come il privato – proprio per evitare di attendere anni «sotto la minaccia» di una legge ritenuta incostituzionale per poter sollevare questione di costituzionalità – opererà per creare egli stesso l'occasione di applicazione tramite una *fictio litis*. O addirittura – aggiungeva – in alcuni casi «occorrerà comportarsi *realmente* in modo contrario alla legge ritenuta illegittima», provocando così un giudizio «vero, non simulato», un «giudizio-cavia».

Nondimeno, la possibilità di creare una *fictio litis*, così come *supra* prospettata, a fronte del suo nobile fine giustificativo di penetrare in una zona franca, si trasformò, nel corso degli anni, in un divieto: la giurisprudenza costituzionale non ha ammesso, infatti, un'elusione del canale ordinario di accesso alla Corte, innalzando vari “paletti”, tendenzialmente di stampo oggettivo (divieto di identità dei *petita*).

Alla luce di ciò, di recente, alcuni studiosi hanno sottolineato la necessità di garantire una tutela più ampia dei diritti costituzionali nel sistema incidentale. È stato affermato, infatti, che la via incidentale «divide in due competenze quella che potrebbe essere una competenza unica»; e che questa circostanza, di per sé, «non può comportare una dispersione di garanzie»<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 44. Egli temeva, inoltre, che la parte processuale potesse abusare di questa facoltà a fini meramente dilatori, pur riconoscendo al giudice *a quo* il potere di respingere l'eccezione per manifesta infondatezza.

<sup>22</sup> P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 15.

Calamandrei non fu l'unico ad occuparsi del tema. Tra i tanti che se ne occuparono in sede dottrinale (su cui v., almeno, gli *Atti del Congresso internazionale di diritto processuale civile*, cit.) e in quella politica (per un riepilogo delle proposte affacciate in Assemblea Costituente v. V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *op. cit.*, 250 s.) si veda M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*, Milano 1955, anche con riferimento alla c.d. *fictio litis*. Dello stesso Autore si veda anche ID., *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano 1957. Sul pensiero di Cappelletti e degli altri studiosi che si occuparono del tema, sul dibattito in Assemblea Costituente e, in generale, sul quadro antecedente alla definitiva conformazione del nostro sistema incidentale, v. la ricostruzione di G. D'AMICO, *Azione di accertamento*, cit., 67 ss. Riferimenti anche in G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli 2017, 153 ss. Sul contributo di Calamandrei, nelle sue «quattro diverse vesti», all'analisi del tema dell'accesso alla Corte v., di recente, T. GROPPI, *Aprire cammini. Il contributo di Piero Calamandrei sulle vie di accesso alla Corte costituzionale*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 4 maggio 2020.

<sup>23</sup> Così A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano 2012, 152.

Affermazioni come quella riportata si pongono in linea con l'esigenza di una costituzionalizzazione degli ordinamenti contemporanei<sup>24</sup>. Al riguardo, con l'avvento delle Costituzioni del secondo dopoguerra, legge e legislatore hanno perso il ruolo centrale che avevano nel passato: il mito della legge, sconfinato in una vera e propria «legolatria»<sup>25</sup>, e la «onnipotenza del legislatore»<sup>26</sup> hanno dovuto fare i conti con disposizioni costituzionali ricche di enunciati di principio. Proprio la particolare struttura nomologica delle disposizioni costituzionali ha permesso ai principi ivi contenuti di poter penetrare nelle maglie di *tutto* l'ordinamento giuridico<sup>27</sup>, zone franche incluse.

## **2. La "apertura delle porte" della giustizia costituzionale operata con le sentenze nn. 1/2014 e 35/2017**

Dopo oltre mezzo secolo di controllo di costituzionalità sulle leggi, la tendenza ad evitare la creazione o il mantenimento di una zona franca e/o d'ombra si è manifestata

---

<sup>24</sup> Su tale profilo riferimenti, da ultimo, in G. D'AMICO, *La nascita del biodiritto come prodotto della costituzionalizzazione dell'ordinamento*, in *BioLaw Journal*, 2/2019, spec. 180 ss.

<sup>25</sup> L'espressione è di P. GROSSI, *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 29, Milano 2000, 236.

<sup>26</sup> G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 1/2006, 8.

<sup>27</sup> Sul punto si veda il magistrale insegnamento di G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari 2009, spec. 95: «La Costituzione non si riduce a una fonte del diritto gerarchicamente superiore a tutte le altre: essa è immanente all'ordinamento». Sul punto, v. anche M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1/2016, spec. 15, ove si osserva, in relazione al progressivo coinvolgimento dei giudici nella concretizzazione dei precetti costituzionali: «La Costituzione scendeva dall'empireo in cui qualcuno avrebbe voluto limitarla ed iniziava a vivere nella concreta e quotidiana esperienza dell'ordinamento». Sul ruolo dei principi nell'ordinamento costituzionale si v., *ex multis*, G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006, spec. 70, secondo la quale i principi «hanno attitudine a plasmare e rimodellare il tessuto normativo secondo la direzione da essi tracciata». Sui principi generali presenti nella Costituzione e sulla loro vincolatività v. l'imprescindibile opera di V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, in ID., *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli 2015, 163 ss. Sulla elasticità dei principi e sui «rischi» derivanti dalla loro applicazione v. S. BARTOLE, *Principi del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, XXXV (1986), spec. 522 e 529 s. O. CHESSA, *Concetto e tipologie di norma giuridica*, in *Diritto costituzionale*, 1/2019, spec. 36 ss.

in relazione all'accertamento del diritto costituzionale di voto<sup>28</sup>, tramite il ricorso ad un istituto del processo civile di ridotta applicazione pratica: l'azione di mero accertamento<sup>29</sup>.

Com'è noto, nel 2009 e nel 2016 diversi cittadini hanno chiesto al giudice ordinario di accertare la portata del proprio diritto di voto, asseritamente resa *incerta* da leggi elettorali (la legge n. 270/2005, nel primo caso, e la legge n. 52/2015, nel secondo) disciplinanti modalità di esercizio del diritto in parola in contrasto con la Costituzione.

La Corte costituzionale, con le "storiche" sentenze nn. 1/2014 e 35/2017<sup>30</sup>, ha dichiarato incostituzionali talune parti delle ultime due leggi elettorali approvate dal

---

<sup>28</sup> Ambito tradizionalmente precluso al giudice ordinario, in ragione della riserva di competenza prevista dall'art. 66 Cost.

<sup>29</sup> Sull'istituto si vedano, tra i tanti scritti: G. CHIOVENDA, *Azione di mero accertamento*, in *Nuovo Digesto Italiano*, XVI (1937); L. LANFRANCHI, *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, Milano 1969; S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova 1973; G. BASILICO, *Azione di accertamento [dir. proc. civ.]*, in *Diritto online Treccani*, 2018. Recentemente l'istituto processuale in parola è stato studiato dalla dottrina costituzionalistica, in relazione ai profili in questa sede trattati, anche in opere di carattere monografico. Al riguardo si vedano i volumi di G. D'AMICO, *Azione di accertamento*, cit.; 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 2018; G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità*, cit.; S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Napoli 2018.

<sup>30</sup> Di particolare interesse ai fini del presente studio sono i commenti all'ordinanza con cui è stata sollevata la questione di legittimità poi decisa dalla sentenza n. 1/2014 (Cass. Ord. n. 12060/2013). Tra i tanti v. 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 *Rivista AIC*, 3/2013; 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 *Nomos*, 1/2013; A. CERRI, *Ci sarà pure un giudice a Berlino! Il mugnaio di Postdam e la legge elettorale*, in *Nomos*, 1/2013; E. OLIVITO, *Fictio litis e sindacato della legge elettorale. Può una finzione processuale aprire un varco nelle zone d'ombra della giustizia costituzionale?*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2013; 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, 1836; C. PADULA, *Spunti di riflessione sull'azione di mero accertamento e l'incidentalità nel giudizio di costituzionalità*, in *Consulta OnLine*, 2013; 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 *Rivista AIC*, 3/2013. Per un commento al contenuto del comunicato stampa emesso della Corte il 4 dicembre 2013 v. A. RUGGERI, *La riscrittura, in un paio di punti di cruciale rilievo, della disciplina elettorale da parte dei giudici costituzionali e il suo probabile "seguito" (a margine del comunicato emesso dalla Consulta a riguardo della dichiarazione d'incostituzionalità della legge n. 270 del 2005)*, in *Consulta OnLine*, 9 dicembre 2013. Tra i numerosissimi commenti alle due sentenze, in questa sede si segnalano i vari Autori che hanno contribuito al *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005*, in *Giur. cost.*, 1/2014. V., poi, la magistrale sintesi e riflessione di G. ZAGREBELSKY, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, in *Giur. cost.*, 3/2014, 629 ss. Si v., inoltre, il volume di A. RAUTI, *I sistemi elettorali dopo la sentenza costituzionale n. 1/2014. Problemi e prospettive*, Napoli 2014 e AA.VV., *Prime riflessioni sulla "storica" sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, a cura di M. D'Amico e S. Catalano, Milano 2014;

Parlamento, ritenendo ammissibili le questioni di legittimità costituzionale, sollevate nell'ambito del giudizio di mero accertamento del diritto di voto degli istanti. In entrambe le decisioni, l'ammissibilità delle questioni è stata subordinata a diverse condizioni<sup>31</sup>. Nella sentenza n. 1/2014, ad esempio, i giudici costituzionali hanno «aperto le porte»<sup>32</sup> di Palazzo della Consulta in ragione: i) della particolare importanza del diritto fatto valere innanzi al giudice *a quo*, nel caso di specie il diritto di voto; ii) dell'esistenza di una «zona franca» della giustizia costituzionale. In entrambe le pronunzie è stata inoltre ritenuta sufficiente, per configurare una lesione giuridicamente rilevante del diritto di voto, l'esistenza di una «situazione di incertezza» sulla portata dello stesso, indipendentemente da atti applicativi della legge che ne regola l'esercizio. In ordine alla presenza delle condizioni della rilevanza e dell'incidentalità, inoltre, la Corte ha affermato che esiste una diversità di oggetti tra il giudizio principale, «costituito dalla pronuncia di accertamento del diritto azionato» e il giudizio costituzionale e che la rilevanza, in ragione di ciò, può considerarsi sussistente «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»<sup>33</sup>.

Le motivazioni della sentenza n. 35/2017 adottate dai giudici di Palazzo della Consulta a sostegno dell'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale riguardanti l'*Italicum*, confermano il precedente del 2014 e, per certi versi, ne innovano

---

Ancora, sulla sent. n. 35 del 2017, si segnalano, tra i tanti commenti, A. RUGGERI, *La Corte alla sofferta ricerca di un accettabile equilibrio tra le ragioni della rappresentanza e quelle della governabilità: un'autentica quadratura del cerchio, riuscita però solo a metà, nella pronuncia sull'Italicum*, in *Forum di Quad. cost.*, 25 febbraio 2017; R. ROMBOLI, *L'incostituzionalità dell'«Italicum»: la Consulta conferma il superamento della storica «zona franca» delle leggi elettorali, ma anche la creazione di una nuova per le leggi costituzionalmente necessarie*, in *Foro It.*, 2017, I, ; R. BIN, *La Corte Costituzionale può introdurre con una sentenza il ricorso diretto di costituzionalità delle leggi?*, in [www.lacostituzione.info](http://www.lacostituzione.info), 13 gennaio 2017; L. TRUCCO, *«Sentenza Italicum»: la Consulta tra detto, non considerato e lasciato intendere*, in *Consulta OnLine*, 31 marzo 2017; F. FERRARI, *Perché la Corte non avrebbe dovuto giudicare nel merito l'Italicum*, in [www.lacostituzione.info](http://www.lacostituzione.info), 18 febbraio 2017; ID., *Disposizione o norma? Fictio litis e giudizio incidentale*, in *Quad. cost.* 1/2017.

<sup>31</sup> Evidenzia il mancato riconoscimento di una generale via d'accesso alla Corte e riconosce che la sent. n. 1/2014 abbia subordinato l'ammissibilità della questione alla sussistenza di due condizioni G. D'AMICO, *Il sindacato di costituzionalità della normativa elettorale dopo la sent. n. 1 del 2014*, in *Quad. cost.*, 4/2015, 1001 s. Riferimenti più approfonditi in ID., *Azione di accertamento*, cit., 129 ss.

<sup>32</sup> L'espressione è di G. D'AMICO, *Il sindacato*, cit., 1003.

<sup>33</sup> Corte cost. sent. n. 1/2014, punto 2 del *Considerato in diritto*.

la portata<sup>34</sup>. L'*Italicum*, infatti, era una legge non ancora applicata in una competizione elettorale, a differenza della precedente legge n. 270/2005; inoltre, il primo rimettente (il Tribunale di Messina) ha sollevato la questione di legittimità costituzionale prima dell'entrata in vigore della legge n. 52/2015 (prevista per il primo giorno di luglio del 2016). Al riguardo, la Corte ha affermato che si è in presenza di una «incertezza oggettiva sulla portata del diritto di voto [...] direttamente ricollegabile alla modificazione dell'ordinamento giuridico dovuta alla stessa entrata in vigore della legge elettorale [...]. Il fatto costitutivo che giustifica l'interesse ad agire è dunque ragionevolmente individuabile nella disciplina legislativa già entrata in vigore, sebbene non ancora applicabile al momento della rimessione della questione [...]. La rimozione di tale incertezza rappresenta, quindi, un risultato utile, giuridicamente rilevante e non conseguibile se non attraverso l'intervento del giudice [...]»<sup>35</sup>.

### ***3. I nodi problematici emersi dalle sentenze e gli spunti da esse offerti per svolgere una riflessione più ampia***

Le varie ordinanze di rimessione e le due sentenze menzionate hanno subito attirato le critiche della dottrina: secondo alcuni studiosi, infatti, tanto i giudici comuni quanto la Corte non avrebbero dovuto rendere possibile una pronuncia sul merito di entrambe le leggi elettorali<sup>36</sup>.

Difatti, l'ammissibilità delle questioni sarebbe da escludere in ragione della carenza dei requisiti della rilevanza e dell'incidentalità: i processi in cui è stata proposta azione di mero accertamento del diritto di voto avrebbero un oggetto sostanzialmente coincidente con quello del giudizio di legittimità costituzionale, risolvendosi pertanto in *liti fittizie* che darebbero vita ad altrettanti ricorsi sostanzialmente diretti alla Corte costituzionale<sup>37</sup>. Problemi sorgerebbero anche per quanto riguarda l'interesse ad agire delle parti del giudizio *a quo*. In particolare, è stata

---

<sup>34</sup> In tal senso, R. ROMBOLI, *L'incostituzionalità*, cit., 783, secondo cui «la Corte costituzionale opera una sorta di interpretazione autentica del proprio precedente, in parte anche innovativa» perché pone sul medesimo piano, a differenza del precedente del 2014, tutti gli argomenti a favore dell'ammissibilità.

<sup>35</sup> Corte cost. sent. n. 35/2017, punto 3 del *Considerato in diritto*.

<sup>36</sup> Cfr. R. BIN, *Italicum: perché dalla Corte non bisogna aspettarsi nulla*, in [www.lacostituzione.info](http://www.lacostituzione.info), 11 dicembre 2016; A. ANZON DEMMIG, *op. cit.*

<sup>37</sup> F. FERRARI, *Perché la Corte*, cit.

messa in discussione la premessa stessa su cui si basano le due sentenze, cioè la sufficienza di uno stato di obiettiva incertezza su un diritto costituzionale affinché sia configurabile l'interesse ad agire in un giudizio civile di mero accertamento.

Nonostante l'accertamento, in un giudizio civile, di un diritto costituzionale ponga diversi problemi che involgono le regole del sistema incidentale, è possibile considerare i due precedenti giurisprudenziali citati come un elemento per avviare una riflessione più generale, della quale si offrirà solo qualche cenno nelle pagine che seguiranno, su alcuni profili legati al fenomeno dell'incertezza relativa ad un diritto previsto in Costituzione, determinata da una legge incostituzionale (e sullo strumento giuridico volto, per definizione, a rimuovere l'incertezza, ossia l'accertamento nel processo). Solo per menzionarne alcuni: l'interesse che condiziona l'esercizio dell'azione di mero accertamento di una propria situazione giuridica, cioè l'interesse ad agire; la possibilità, per i giudici comuni, di sollevare questioni di legittimità costituzionale in siffatti giudizi civili di mero accertamento senza, con ciò, violare le regole del sistema incidentale italiano; l'impatto pratico di un eventuale accertamento dei "diritti senza legge"<sup>38</sup>.

#### **4. Il bilanciamento delle regole processuali a favore dei diritti costituzionali. Tre diverse "letture" delle sentenze nn. 1/2014 e 35/2017**

Orbene, è possibile dare almeno tre diverse letture delle pronunzie menzionate.

---

<sup>38</sup> L'icastica espressione è di A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in *Consulta OnLine*, I/2015, 25 gennaio 2015, 10 ss. L'aspetto non è affrontato nel presente scritto, per la vastità e complessità del tema. Sul rapporto tra diritti e legge v., di recente, M. CARTABIA, L. VIOLANTE, *Giustizia e Mito. Con Edipo, Antigone e Creonte*, Bologna 2018, 19 s. V. inoltre, C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino 2000, 12 ss., secondo la quale vi sarebbe una «distinzione tra la legge, come regola posta dal legislatore, e i diritti umani, come pretese soggettive assolute, valide di per sé, indipendentemente dalla legge». Sul ruolo dei giudici di fronte all'assenza di legge v. lo scritto di G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2018, 59 ss., ora in ID., *Il giudice soggetto alla legge... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, Napoli 2020. Più in generale, *ex multis*, v. il dibattito *Giudici e legislatori*, ospitato nel fasc. 2/2016 della rivista *Diritto pubblico* (interventi di C. Pinelli, G. U. Rescigno, A. Travi, M. Bombardelli, V. Angiolini, P. Ciarlo, A. Pioggia, S. Civitarese Matteucci, G. Azzariti, F. Bilancia, P. Carnevale, D. Sorace) e gli scritti di A. RUGGERI, *Tutela dei diritti fondamentali e ruolo "a fisarmonica" dei giudici, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2018 e di G. MOSCHELLA, *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore a tutela dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, II, Torino 2016.

Una prima, fortemente critica nei confronti delle due decisioni, consiste nel ritenere che l'operazione effettuata dalla Corte abbia determinato la nascita, per via giurisprudenziale, di un meccanismo processuale molto simile a quello di un ricorso diretto<sup>39</sup> per accedere alla giustizia costituzionale. Secondo molti commentatori, infatti, il giudizio civile di mero accertamento costituirebbe un'ipotesi di *fictio litis*, ossia una lite che, pur coinvolgendo autentiche situazioni soggettive dei privati, si risolve in una domanda con un unico oggetto, che coincide con il *petitum* del giudizio incidentale<sup>40</sup>.

In base a un secondo punto di vista le due sentenze in parola farebbero parte della più ampia giurisprudenza costituzionale «ai limitati fini», cioè funzionale a rimuovere od impedire il mantenimento di una zona franca/d'ombra<sup>41</sup>. Ciò è quanto sembrerebbe emergere dal percorso argomentativo delle due pronunzie, in cui la Corte sembra effettuare un bilanciamento tra le regole di accesso alla Corte (art. 1 legge cost. n. 1/1948, art. 23 legge n. 87/1953) e il principio di costituzionalità, con riferimento alla tutela del diritto costituzionale di voto.

Al riguardo può osservarsi come il bilanciamento descritto non sia stato frutto di una contingenza, o di un utilizzo "congiunturale" della Costituzione: piuttosto, potrebbe sostenersi che l'ammissibilità delle questioni sollevate in un giudizio di mero accertamento affondi le sue radici nella progressiva affermazione del principio di costituzionalità, in forza del quale il Tribunale costituzionale è legittimato ad intervenire, potenzialmente, su *tutte* le zone franche presenti nell'ordinamento. La deroga al diritto processuale costituzionale, peraltro, sarebbe maggiormente giustificata quando il controvalore sia costituito dalla tutela dei diritti costituzionalmente sanciti. Quello appena descritto sembra essere un fenomeno ricorrente nel nostro tempo, in cui «l'antica esigenza di sottoporre l'attività dell'esecutivo e dei giudici a regole generali e stabili si allarga fino a investire la stessa

---

<sup>39</sup> In tal senso, A. RUGGERI, *La Corte alla sofferta ricerca*, cit., secondo cui: «piaccia o no, le questioni decise con la pronunzia del 2014 e ora con quella odierna solo in apparenza hanno seguito la via incidentale; in realtà [...] si è trattato di veri e propri *ricorsi diretti mascherati*». Cfr. altresì, R. BIN, *La Corte Costituzionale può introdurre*, cit.

<sup>40</sup> E. OLIVITO, *op. ult. cit.*, 6.

<sup>41</sup> In tal senso, R. ROMBOLI, *op. ult. cit.*, 783 e 785 s., secondo cui «in un ordinamento che ritiene una legge incostituzionale valida e vincolante fintanto che la stessa non sia dichiarata tale dall'organo appositamente istituito allo scopo, particolarmente grave e pericolosa risulta all'evidenza l'esistenza di zone franche dal controllo di costituzionalità».

attività del legislatore»<sup>42</sup>. La Costituzione ha un «compito unificatore», a fronte dell'eterogeneità del contenuto delle leggi: il principio di costituzionalità è, in questo quadro, l'elemento che deve assicurare tale unità<sup>43</sup>.

Infine, una possibile terza lettura si incentra, più che sulla violazione delle regole di accesso alla giustizia costituzionale, sull'innovazione operata dalla Corte con le decisioni in esame e sulle ripercussioni teoriche e pratiche di tali novità sul normale funzionamento del sistema incidentale. Una riflessione in tal senso consentirebbe di sperimentare la praticabilità e la compatibilità con la Costituzione di un nuovo strumento di tutela dei diritti costituzionalmente garantiti, partendo da alcune statuizioni contenute nella parte motiva delle sentenze nn. 1/2014 e 35/2017.

La Consulta ha, infatti, attribuito per la prima volta rilievo a diversi fattori, tra cui: l'incertezza determinata dall'entrata in vigore (presente o futura) di una legge; la generale possibilità di esperire l'azione di mero accertamento<sup>44</sup>, anche a prescindere dalla avvenuta «lesione in concreto del diritto»; la doverosità di un controllo meramente esterno operato dalla Corte costituzionale sulla rilevanza e incidentalità della questione di legittimità costituzionale; la constatazione secondo cui l'identità di *petitum* tra giudizio costituzionale e comune non costituisce, di per sé, prova dell'esistenza di una *fictio litis*.

Questa opzione interpretativa non si pone in modo alternativo rispetto alle prime due. Anzi, è possibile sostenere che anch'essa (come la seconda) sia figlia del processo di costituzionalizzazione dell'ordinamento. In altri termini ci si interroga se sia possibile immaginare un sistema di tutela dei diritti costituzionali che, svincolato dalla logica del bilanciamento, muova da una corretta ricostruzione dell'azione di mero accertamento<sup>45</sup> come ordinario mezzo di tutela dei diritti della persona. Così impostata

---

<sup>42</sup> Così G. ZAGREBELSKY, *Il diritto*, cit., 48.

<sup>43</sup> In tal senso, ancora, G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 49. Riferimenti adesso in ID., *Diritto allo specchio*, loc. ult. cit.

<sup>44</sup> Ossia uno degli strumenti, secondo l'autorevole insegnamento del Chiovenda, forniti dall'ordinamento per dichiarare tramite un processo l'esistenza del diritto di chi agisce in giudizio o l'inesistenza del diritto di un terzo. Cfr. G. CHIOVENDA, *op. cit.*, 127. Sulla dottrina chiovendiana e "postchiovendiana" v. G. D'AMICO, *Azione di accertamento*, cit., 47 ss.

<sup>45</sup> Secondo R. ROMBOLI, *op. cit.*, 784, la Corte, con la sentenza n. 35/2017, avrebbe operato, per l'appunto, «una corretta ricostruzione dell'azione di mero accertamento di un diritto fondamentale e delle condizioni che processualmente sono necessarie per fondare l'interesse a ricorrere davanti al giudice comune».

la questione, sarebbe possibile configurare un meccanismo processuale che permetta di tutelare diritti costituzionali anche oltre l'attuale limite giurisprudenziale delle zone franche dal controllo di costituzionalità e che si presti, pertanto, a proteggere qualsiasi situazione giuridica costituzionalmente sancita. Appare utile ribadire, dunque, che questa interpretazione non è diretta ad approfondire «prospettive e limiti»<sup>46</sup> del ricorso di costituzionalità, così come congegnato (e limitato) dalle due sentenze della Corte. Occorre invece indagare, almeno a parere di chi scrive, in una prospettiva *de jure condendo*, sugli aspetti relativi all'azione di mero accertamento e all'interesse che ne condiziona la proponibilità: difatti, se il giudizio di mero accertamento ha un autonomo oggetto e si fonda su un reale interesse della parte, il giudizio così instaurato non è fittizio e, conseguentemente, all'interno di esso può essere validamente sollevata la questione di legittimità costituzionale.

##### **5. La generale esperibilità dell'azione di mero accertamento e la tutela dei diritti costituzionali oltre le zone franche**

Una delle domande di ricerca che animano queste brevi riflessioni ha come tema centrale una ricostruzione teorica dell'azione di mero accertamento. In breve, ci si chiede se il ricorso a tale istituto processuale possa portare, in ogni caso, alla configurazione di un giudizio il cui *petitum*, seppur in maniera meno evidente rispetto ad altre azioni<sup>47</sup>, mantenga un suo grado di autonomia rispetto alla questione di costituzionalità e non si risolva, pertanto, in una lite finta.

Orbene, per poter affermare che un siffatto giudizio si risolva in una *lis ficta* bisogna prima analizzare l'oggetto del processo in cui essa è proposta. E, prima ancora, occorre chiedersi se una legge possa ingenerare *dubbi* nei suoi destinatari (dal punto di vista della sua costituzionalità).

Ora, per avere una giuridica certezza, sia nei rapporti tra privati sia con riferimento all'incertezza ingenerata da una legge, è necessario affidarsi a quel «processo spirituale attivamente orientato verso la situazione della certezza»<sup>48</sup>, vale a

---

<sup>46</sup> L. BRUNETTI, *Prospettive e limiti del «ricorso diretto di costituzionalità», come via di accesso alla Corte costituzionale, per la tutela dei diritti fondamentali. Considerazioni preliminari ad uno studio*, in Forum di Quad. cost., 1 giugno 2017.

<sup>47</sup> A. CERRI, *op. cit.*, 152.

<sup>48</sup> A. FALZEA, *Accertamento*, in ID., *Voci di Teoria generale del diritto*, Milano 1985, 60.

dire l'*accertamento*, inteso come fenomeno generale, studiato per la prima volta da Angelo Falzea nel 1958<sup>49</sup>, e il suo precipitato processuale: l'azione di mero accertamento. Un'azione che soddisfa, ad un livello minimale, l'esigenza sottesa ad ogni tipo di pronuncia giurisdizionale: fare chiarezza, accertare «l'esistenza ed il modo di essere di un diritto»<sup>50</sup>.

Com'è noto, si tratta di un'azione proponibile nel processo civile, volta ad apprestare alla parte una tutela *cognitiva*, per definizione diretta alla *conoscenza*, di cui la certezza costituisce una delle modalità<sup>51</sup>. Le sentenze di condanna, ad esempio, con le quali si ordina ad una delle parti di effettuare una determinata prestazione nei confronti dell'altra, presuppongono e contengono nella loro essenza un accertamento; ad esso si aggiunge la condanna che spiana la strada all'esecuzione forzata. La sentenza di accertamento, invece, è *meramente* sentenza di accertamento. Con essa l'attore mira *unicamente* a conoscere l'esistenza del diritto proprio o l'inesistenza del diritto altrui; «egli chiede al processo la certezza giuridica e non altro»<sup>52</sup>. Ed è proprio questa certezza «fine a se stessa», secondo il Chiovenda, a renderla uno «raffinato» strumento processuale, dotato di *autonomia*; essa costituisce «la funzione più elevata del processo civile»<sup>53</sup>, poiché facilita la vita di relazione mediante la rimozione dei dubbi che rallentano il traffico giuridico. Spunti, questi, utili a sostenere la tesi per cui nessun elemento osta alla configurazione di un giudizio civile di mero accertamento con un proprio autonomo oggetto.

---

<sup>49</sup> A. FALZEA, *op. cit.*, 64 s. È lo stesso Autore a riportare tale "primato" nelle prime pagine della voce citata, a pag. 59.

Il fenomeno che descrive Falzea è un processo che parte da un'iniziale situazione di incertezza (*prima fase*), chiarita tramite un'attività di accertamento (*seconda fase*) che porta ad una situazione finale di certezza (*terza fase*).

<sup>50</sup> G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Bari 2013, 20.

<sup>51</sup> A. FALZEA, *op. cit.*, 60.

<sup>52</sup> G. CHIOVENDA, *op. cit.*, 127.

<sup>53</sup> G. CHIOVENDA, *op. cit.*, 127.

### 5.1. Il "ritorno" dell'interesse ad agire e della sua funzione di "clausola aperta" antecedente alla codificazione

Occorre a questo punto chiedersi se fatti diversi dalla «contestazione del diritto» e, in particolare, l'incertezza derivante dalla vigenza di una legge, possano assurgere ad elementi costitutivi dell'interesse ad agire *ex art. 100 c.p.c.*

Tentando di dare una prima risposta, perché sia possibile dare rilievo giuridico ad un'incertezza ingenerata da una legge in vigore e avviare il processo di accertamento, non è sufficiente un «fatto di sentimento»<sup>54</sup>, interno al soggetto, bensì una «circostanza esterna ed esteriormente apprezzabile, che rende oscura e perplessa la situazione»<sup>55</sup>. In altri termini, «non basta che il titolare di un diritto sia incerto sul proprio diritto, ma occorre un atto o un fatto esteriore obiettivo tale da rendere incerta la volontà concreta della legge alla mente di ogni persona normale. L'incertezza deve essere giuridica, cioè relativa a diritti o doveri; deve essere attuale, cioè già nota e non solo possibile»<sup>56</sup>.

Al riguardo, con le sentenze nn. 1/2014 e 35/2015 la Corte ha riconosciuto rilevanza giuridica proprio ad un particolare tipo di «incertezza oggettiva». In particolare, i giudici costituzionali, lungi dal limitarsi ad affermare che «una motivazione sufficiente e non implausibile sulla sussistenza dell'interesse ad agire dei ricorrenti basti ad escludere un riesame dell'apprezzamento compiuto dal giudice *a quo* ai fini dell'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale», hanno significativamente aggiunto «argomentazioni ulteriori» a sostegno della configurabilità del requisito prescritto dall'art. 100 c.p.c., statuendo che l'incertezza sul diritto, determinata dall'entrata in vigore della legge, giustifichi il fatto costitutivo dell'interesse ad agire<sup>57</sup>.

L'interesse ad agire, tradizionalmente legato al fenomeno della contestazione del diritto<sup>58</sup>, ha visto così un allargamento della propria nozione. Detto allargamento, peraltro, potrebbe riverberarsi anche sulla stessa funzione del processo, che vedrebbe

---

<sup>54</sup> A. FALZEA, *Fatto di sentimento*, in ID., *Voci di Teoria generale del diritto*, cit., 547 ss. Un fatto di sentimento non è altro che «ogni processo attuale della nostra vita interiore cosciente».

<sup>55</sup> A. FALZEA, *Accertamento*, cit., 65.

<sup>56</sup> In questi termini G. CHIOVENDA, *op. cit.*, 132.

<sup>57</sup> Corte cost. sent. n. 35/2017, punto 3.3. del *Considerato in diritto*.

<sup>58</sup> In tal senso, G. BALENA, *op. cit.*, 60.

un'oscillazione dalla sua tradizionale funzione repressiva a quella preventiva<sup>59</sup>. Il fenomeno in esame, studiato da Carnelutti negli anni '60<sup>60</sup>, merita una nuova osservazione alla luce delle statuizioni contenute nella motivazione delle sentenze del 2014 e del 2017.

Difatti, le due pronunzie per certi versi capovolgono le attuali teorie sull'interesse ad agire, tradizionalmente ritenuto sussistente in presenza di una contestazione del diritto, e lo riportano alla sua antica condizione, antecedente alla codificazione del 1865. Difatti, prima dell'avvento di quel codice, ciascun caso, per poter essere oggetto di accertamento giudiziale, doveva «essere valutato dal giudice come meritevole di tutela, cioè come manifestazione di un interesse oggettivamente rilevante nella vita sociale». In tal modo, «sotto l'impulso dell'attività dei privati che postulano via via il riconoscimento della giuridicità e della conseguente tutelabilità delle situazioni nuove, si [è venuta] formando l'esperienza giuridica in un contesto che possiamo chiamare di *sistema normativo aperto* e che è caratterizzato da un rapporto dialettico tra norma e fatto, rapporto che ha *nell'iniziativa delle parti* e nei *poteri del giudice* i due fattori che esercitano una *continua funzione propulsiva sull'esperienza giuridica*» (corsivi nostri). Ancora, «un soggetto può sempre proporre al giudice situazioni sulle quali non si è ancora formata un'esperienza giuridica chiedendo che questa esperienza si formi[...]»<sup>61</sup>. Questo concetto di interesse ad agire «come [...] principio dinamico della tutela giurisdizionale dei diritti in un ordinamento giuridico aperto» si attaglia perfettamente

---

<sup>59</sup> Al riguardo, può osservarsi come il recupero dell'idea di una funzione preventiva del processo sia coerente con la finalità di piena tutela delle situazioni soggettive e in linea con il rafforzamento della garanzia costituzionale del giusto processo, praticato con la revisione costituzionale dell'art. 111 Cost. Sul giusto processo si veda, per la dottrina costituzionalistica, G. SORRENTI, *Giustizia e processo nell'ordinamento costituzionale*, Milano 2013.

<sup>60</sup> Il riferimento è a F. CARNELUTTI, *Accertamento giudiziale preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2/1960, per quanto riguarda il processo civile; F. CARNELUTTI, *Accertamento penale preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2/1961, in relazione al processo penale.

In tema di processo civile, dopo aver individuato l'azione di «accertamento mero» come istituto da considerare ai fini della sua ricerca, egli evidenzia la differenza di oggetto tra processo preventivo e repressivo: nel primo la *lite*, nel secondo *l'affare*. L'Autore ne distingue la natura: l'uno *contenzioso*, l'altro *volontario*. Ne coglie la diversità di scopo: il primo volto a soddisfare il *bisogno di tutela giuridica*, il secondo a presidio della *sicurezza giuridica*.

Secondo il Montesano, questa operazione di riqualificazione dell'interesse ad agire comporterebbe, in realtà, una sua sopravvalutazione. Cfr., in proposito, L. MONTESANO, *Accertamento giudiziale*, in *Enc. giur. Treccani*, I (1988), 3.

<sup>61</sup> Le frasi citate sono di A. NASI, *Interesse ad agire*, in *Enc. dir.*, XXII (1972), par. 4.

alla vicenda dei cittadini che, con indubbio intento partecipativo<sup>62</sup>, hanno chiesto l'accertamento di un proprio diritto costituzionale al giudice comune determinando così, a seguito delle decisioni, la formazione di una nuova «esperienza giuridica».

Con queste brevi notazioni non si vuol prospettare un ritorno al passato della storia del diritto; nondimeno i fenomeni descritti potrebbero essere segno di una sempre più crescente centralità della prassi, intesa come «il laboratorio virulento dove il nuovo diritto prende forma»<sup>63</sup>. La rilettura del concetto di interesse ad agire, pertanto, dovrebbe essere effettuata con attenzione e senza troppo attaccamento formale all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sinora formatasi sull'art. 100 c.p.c. Si potrebbe prospettare, in ipotesi, che la nozione di contestazione del diritto comprenda diverse situazioni di *antigiuridicità*<sup>64</sup>, fonti di incertezza obiettiva, tra cui quella derivante da una legge in vigore in contrasto con la Costituzione (sentenze nn. 1/2014 e 35/2017). Si potrebbe inoltre considerare l'elaborazione appena descritta come un'interpretazione dell'articolo 100 c.p.c. alla luce dell'art. 24 Cost., che impone, tra l'altro, una tutela «piena» delle situazioni giuridiche<sup>65</sup>.

## **5.2. L'accertamento di tutti i diritti costituzionali e la sua compatibilità con le regole del sistema incidentale**

A questo punto, se si assume come dimostrata la tesi dell'autonomia del giudizio di mero accertamento e dell'esistenza di un interesse ad agire delle parti, occorre interrogarsi circa la sussistenza della rilevanza e dell'incidentalità di un'ipotetica questione di legittimità costituzionale sollevata da un giudice *a quo*. Un'altra questione centrale è quella del ruolo del giudice comune nel verificare la sussistenza

---

<sup>62</sup> Secondo A. Pizzorusso, «[...] l'azione della parte quanto quella del giudice [...] può essere vista come una forma di «partecipazione» alla funzione di predisposizione delle norme che governano la vita comunitaria nell'ambito dello Stato [...]». Cfr. A. PIZZORUSSO, *Sub Art. 137*, in A. PIZZORUSSO, G. VOLPE, F. SORRENTINO, R. MORETTI, *Art. 134-139. Garanzie costituzionali*, cit., 215 s.

<sup>63</sup> P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari 2010, 255. L'accesso alla Corte, infatti, verrebbe sempre e comunque deciso dai giudici comuni.

<sup>64</sup> Sul punto, G. BASILICO, *La tutela civile preventiva*, Milano 2013, 163.

<sup>65</sup> F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino 2014, 170.

dell'interesse ad agire dei ricorrenti, la rilevanza e l'incidentalità della questione di costituzionalità.

Sul punto, può affermarsi che, secondo l'orientamento tradizionale, il rispetto del divieto di  *fictio litis*  è assicurato dal controllo sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale<sup>66</sup>. Si potrebbe superare questa tesi affermando che, sia nel caso in cui si ritenga fittizio il processo (e abbia dunque oggetto identico a quello del processo costituzionale), sia nel caso in cui il giudizio di accertamento si fondi su una reale pretesa del privato (e abbia, dunque, un  *petitum*  autonomo), l'influenza della decisione della Corte sul giudizio  *a quo*  è massima, o, addirittura, totale<sup>67</sup>. Nel primo caso, infatti, la lite sarebbe instaurata proprio perché la norma indubbiata si applichi nel giudizio; nel secondo, perché l'esistenza di una controversia reale e la conseguente diversità di oggetti non modificherebbe il normale funzionamento del meccanismo della rilevanza. In buona sostanza, ciò che si potrebbe sostenere è che la rilevanza sia un elemento che introduce un rapporto di condizionamento tra processi<sup>68</sup>, reali o fittizi che essi siano. Dimostrata questa premessa, dunque, il controllo sulla rilevanza della questione non sarebbe più determinante per smascherare una violazione delle regole d'accesso alla Corte. In altri termini, concludendo sul punto, la rilevanza della questione sussiste  *a fortiori*  in caso di  *lis ficta* . Occorre dunque spostare l'attenzione sull'incidentalità<sup>69</sup>.

Detta condizione, per vero, è  *condicio sine qua non*  della rilevanza. Se infatti è possibile immaginare una questione sorta incidentalmente nel corso di un giudizio, che non sia rilevante (nel senso che il giudizio può essere definito indipendentemente dalla sua risoluzione<sup>70</sup>), è viceversa impossibile pensare a una questione rilevante, ma non

---

<sup>66</sup> Dà atto di questa situazione G. REPETTO,  *Il divieto di fictio litis* , cit., 2; in questo senso anche P. CARNEVALE,  *op. cit.* , 3.

<sup>67</sup> G. REPETTO,  *op. ult. cit.* , 2.

<sup>68</sup> Di «nesso di condizionamento» parla G. REPETTO,  *op. ult. cit.* , 7.

<sup>69</sup> In tal senso G. REPETTO,  *op. ult. cit.* , 7.

<sup>70</sup> Invero, secondo una delle prime astratte modalità di atteggiarsi dell'incidentalità introdotta dalla l. cost. n. 1/1948 (poi escluse dalla l. n. 87/1953) il giudizio  *a quo*  fu visto da un Autore come una mera  *occasio* , un osservatorio privilegiato dal quale il giudice coglie l'incostituzionalità delle leggi vigenti. Sul punto v. la tesi sostenuta in passato da G. ZAGREBELSKY,  *La rilevanza, un carattere normale ma non necessario della questione incidentale di legittimità costituzionale* , in  *Giur. cost.* , 1969, 1001 ss.

incidentale: una questione sorta in un non-luogo, insomma. La rilevanza implica necessariamente una relazione tra due entità, siano esse due questioni o due processi.

Vi è tuttavia un modo per scongiurare il rischio dell'inesistenza del giudizio *a quo*: considerare pregnante l'interesse ad agire nel mero accertamento – così come riconosciuto dalle sentenze citate – attribuendo pertanto al giudizio *a quo* un proprio oggetto. Così impostata la questione, non vi sarebbe motivo per ritenere che non siano rispettate le regole di ammissibilità delle questioni nel sistema incidentale e, in particolare, il divieto di *fictio litis*<sup>71</sup>. In tal modo, a rigor di logica, l'identità degli oggetti costituirebbe solo un indizio, e non una prova dell'esistenza di una *fictio litis*. Per averne prova certa sarebbe «necessario valutare la sussistenza di ulteriori elementi (come [...] il difetto di interesse ad agire o di altri presupposti processuali del giudizio *a quo*)»<sup>72</sup>. Dunque, non si può escludere che, nonostante l'identità di oggetti, nel giudizio *a quo* sia pendente una reale controversia<sup>73</sup>.

Il banco di prova di quanto appena affermato è costituito proprio dalle azioni di mero accertamento dei diritti costituzionalmente sanciti. In ipotesi del genere, infatti, la valorizzazione dell'interesse ad agire potrebbe renderle facilmente compatibili con una concezione dell'incidentalità impostata solo su basi oggettive<sup>74</sup>. Laddove si dovesse ritenere poco evidente o addirittura inesistente la diversità di oggetti soccorrerebbe l'interesse ad agire, a dimostrazione che la pretesa fatta valere dalla parte nel giudizio civile nasce da una reale esigenza, giuridicamente (*rectius*: costituzionalmente) rilevante<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> Di divieto di *fictio litis* come presidio dell'incidentalità parla G. REPETTO, *op. ult. cit.*, 9.

<sup>72</sup> G. REPETTO, *op. ult. cit.*, 9. Riferimenti più ampi adesso in ID., *Il canone dell'incidentalità*, cit., 17 ss.

<sup>73</sup> Nel senso che l'identità di oggetto, di per sé, non osti all'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale, v. Corte cost. sent. n. 4/2000 (punto 2.2. del *Considerato in diritto*): «Anche la circostanza che la dedotta incostituzionalità di una o più norme legislative costituisca l'unico motivo di ricorso innanzi al giudice *a quo* non impedisce [...] di considerare sussistente il requisito della rilevanza, ogniqualvolta 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».

<sup>74</sup> G. REPETTO, *Il divieto*, cit., 10.

<sup>75</sup> In proposito, si vedano le osservazioni di S. CUPELLINI, *La fictio litis e le azioni di accertamento dei diritti costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2003, 1379, secondo cui: «il fine di evitare un sindacato su questioni artificiali può essere raggiunto ugualmente richiedendo, anziché la presenza necessaria di un *petitum* ulteriore, la presenza indefettibile dei requisiti della legittimazione e dell'interesse ad agire, secondo i principi generali che regolano il diritto d'azione».

Da ultimo, bisogna chiedersi chi sia il soggetto competente ad effettuare il controllo sui presupposti processuali e sulle condizioni dell'azione: con la sent. n. 35/2017 è stato ribadito che è compito del giudice *a quo*. Tuttavia, non si può escludere un sindacato esterno della Corte costituzionale, in particolare quando esso sia a tutela della incidentalità<sup>76</sup>.

## 6. *Analisi casistica*

Analizzando alcuni casi giurisprudenziali in tema di incidentalità e  *fictio litis*  si osserva come non tutte le controversie originino da azioni di mero accertamento. È dunque opportuno richiamare, in questa sede, alcuni casi di giudizi di accertamento, anteriori alle sentenze nn. 1/2014 e 35/2017<sup>77</sup> (e dunque meno noti) e altri successivi alle stesse, soffermando l'attenzione sull'interesse ad agire in tali giudizi – profilo che, alla luce delle considerazioni  *supra*  svolte, appare il più problematico. Al termine dell'analisi si confronteranno i profili di ammissibilità delle questioni, anche alla luce dei criteri elaborati nelle sentenze sulle leggi elettorali.

### 6.1. *Le questioni sollevate in giudizi di accertamento prima della sentenza n. 1 del 2014 e la lenta emersione dell'interesse ad agire*

Un primo dato che emerge dall'esame delle questioni sorte nei giudizi di accertamento anteriori alla sentenza n. 1 del 2014 è che l'interesse ad agire non è stato preso in considerazione o, comunque, non è stato ritenuto decisivo ai fini della decisione sulla ammissibilità della questione di legittimità costituzionale. In tali casi la Corte ha guardato quasi esclusivamente al dato oggettivo della diversità di *petita*, a

---

<sup>76</sup> Corte cost., sent n. 91/2013: «Spetta al giudice *a quo* verificare la sussistenza dell'interesse a ricorrere nel caso concreto, essendo la Corte costituzionale tenuta a effettuare piuttosto un controllo esterno sull'adeguatezza della motivazione dell'ordinanza di rimessione in punto di rilevanza [...], a garanzia dell'incidentalità e della concretezza del giudizio». V. anche Corte cost., ord. n. 2/2009, in cui il difetto assoluto di giurisdizione «si riflette sul [...] giudizio di legittimità costituzionale, il quale [...] risulta privo del carattere di incidentalità, per il quale il *petitum* del giudizio principale non deve identificarsi con l'oggetto della questione in esso sollevata».

<sup>77</sup> Analizza la giurisprudenza costituzionale sull'incidentalità prima e dopo il 2013 C. PADULA, *La tutela diretta*, cit., spec. 90 ss.

differenza di quanto avvenuto nelle sentenze sulle leggi elettorali, in cui la Corte sembra dare un diverso peso all'interesse ad agire. Sembra potersi affermare che, dopo il 2014, l'attenzione verso l'interesse ad agire (ritenuto sussistente benché "sfumato") è aumentata proprio perché se ne è dovuta giustificare la sussistenza per arrivare a giudicare la legge elettorale.

Passando all'analisi casistica, la questione decisa dalla Corte con l'ord. n. 175 del 2003<sup>78</sup> trae origine da un giudizio *a quo*, in cui un dirigente medico ha convenuto in giudizio l'Azienda Ospedaliera presso cui prestava servizio proponendo un'azione di accertamento negativo, consistente nella declaratoria di insussistenza dell'obbligo dell'esercizio, entro un dato termine, dell'opzione per la esclusività o meno del rapporto di lavoro con l'azienda ospedaliera. Termine previsto da una norma non ancora entrata in vigore<sup>79</sup> e ritenuta incostituzionale per contrasto con l'art. 73 Cost.<sup>80</sup>.

La Corte ha dichiarato la questione inammissibile poiché: a) essa «esaurisce immediatamente il *petitum* del processo principale»; b) costituisce inoltre una impropria azione diretta contro la norma della cui costituzionalità si dubita, in quanto «l'eventuale pronuncia di accoglimento di questa Corte verrebbe a concretare di per sé e ad esaurire la tutela richiesta nel giudizio principale al rimettente, non essendo possibile individuare, una volta venuta meno la norma censurata, quale provvedimento ulteriore dovrebbe essere emesso dal giudice *a quo* per realizzare la tutela della situazione giuridica fatta valere dal ricorrente»; c) «difetta nella specie il carattere di incidentalità, il quale necessariamente presuppone che il *petitum* del giudizio, nel corso del quale viene sollevata la questione, non coincida con la proposizione della questione stessa».

La Corte non si è interrogata dunque sulla sussistenza dell'interesse ad agire del ricorrente nel giudizio principale, che pure sembrava presente<sup>81</sup>, ma ha valutato

---

<sup>78</sup> L'ordinanza di rimessione è la n. 118 del 2002, pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale*, prima *Serie speciale*, n. 13 del 2002. A commento della pronuncia della Corte si veda S. CUPELLINI, *op. cit.*

<sup>79</sup> Si tratta dell'art. 15-*quater*, comma 3, decreto legislativo n. 502/1992, come novellato dal decreto legislativo n. 229/1999, indicato nell'art. 1 del decreto legislativo n. 49/2000.

<sup>80</sup> In particolare, il ricorrente ha evidenziato la «illegittimità del termine posto nella norma medesima, termine decisivo ai fini dell'esercizio della opzione per la esclusività o per la non esclusività del rapporto di lavoro intrattenuto con l'azienda ospedaliera convenuta, sostenendo di essere stato costretto a scegliere entro un termine precedente a quello di entrata in vigore della legge stessa».

<sup>81</sup> S. CUPELLINI, *op. cit.*, 1379.

unicamente, ai fini della sua decisione, l'identità di *petita* tra i due processi. Tale profilo sembrerebbe assorbente e potrebbe aver indotto i giudici costituzionali a non vagliare l'effettiva sussistenza dell'interesse ad agire. Cionondimeno, dalla lettura dell'ordinanza, l'interesse ad agire sembrerebbe sussistere, trattandosi di una legge che incideva direttamente e concretamente sulla sfera giuridica del medico ospedaliero e, dunque, di un'azione «priva di carattere preventivo»<sup>82</sup>.

Al riguardo è stato osservato che richiedere, ai fini dell'ammissibilità della questione, «che l'azione esercitata comporti la presenza di ulteriori pretese, ad es. restitutorie o risarcitorie, [...] finisce con l'escludere la possibilità di tutelare i diritti costituzionali in via di accertamento preventivo, ossia senza attendere di trovarsi in una situazione di resistenza contro una lesione già avvenuta». Inoltre, «il fine di evitare il sindacato su questioni artificiose può essere raggiunto ugualmente richiedendo, anziché la presenza necessaria di un *petitum* ulteriore, la presenza indefettibile dei requisiti della legittimazione e dell'interesse ad agire [...]»<sup>83</sup>.

Giudicando, invece, l'ammissibilità della questione con i parametri (ancora non venuti in essere...) delle sentenze 1 del 2014 e 35 del 2017 si sarebbe probabilmente giunti alla conclusione dell'inammissibilità per *a*) mancanza della zona franca e *b*) mancata lesione del diritto fondamentale di voto.

Nel caso deciso con la sentenza n. 84 del 2006<sup>84</sup>, un sindaco in carica di un Comune sito in Provincia di Pescara ha proposto al Tribunale un ricorso *ex art.* 700 c.p.c. chiedendo l'accertamento del suo diritto a concorrere alle elezioni alla carica di Consigliere della Regione Abruzzo mediante la declaratoria della sua eleggibilità. Al tal fine sollecitava la previa remissione alla Corte costituzionale della questione di legittimità su alcune norme contenute nella legge della Regione Abruzzo n. 51/2004, che impedivano ai sindaci dei Comuni con popolazione superiore a cinquemila abitanti di concorrere alla carica di Presidente della Giunta regionale e di Consigliere regionale. Il giudice *a quo* ha sollevato la questione denunciando la violazione degli artt. 3, 51 e 122 Cost.

---

<sup>82</sup> Così, C. PADULA, *La tutela diretta*, cit., 104.

<sup>83</sup> S. CUPELLINI, *op. cit.*, 1379

<sup>84</sup> Ordinanza di rimessione n. 330 del 2005 (pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale*, prima Serie Speciale, n. 27 del 2005).

La Corte ha giudicato la questione inammissibile per «carenza di incidentalità», affermando al riguardo: «la questione di legittimità costituzionale investe direttamente la norma assunta come lesiva del diritto di elettorato passivo; diritto, nella specie, non esercitato, né contestato, atteso che il procedimento elettorale non risultava neppure avviato all'epoca della domanda di accertamento preventivo». I giudici costituzionali hanno riaffermato il principio secondo cui «in tal modo, l'oggetto del giudizio principale coincide sostanzialmente con quello del presente giudizio e non sussiste il carattere di incidentalità della questione. Quest'ultimo presuppone che il *petitum* del giudizio, nel corso del quale viene sollevata la questione, non si identifichi con l'oggetto della questione stessa<sup>85</sup>.

Merita di essere rimarcato un inciso contenuto nella motivazione, in cui si mostra attenzione, tra l'altro, anche alla circostanza secondo cui il diritto di cui si lamenta la lesione non sia stato «esercitato, né contestato». Tale rilievo (del mancato esercizio e, soprattutto, della mancata *contestazione* del diritto) riguarda, ad avviso di chi scrive, l'insussistenza dell'interesse ad agire. Si tratta, in altri termini, di un caso in cui l'inammissibilità della questione deriva non solo dall'identità di *petita*, ma anche dalla carenza della condizione dell'azione di cui si discute. In questo caso, anteriore alle sentenze sulle leggi elettorali, la Corte *scorge* l'interesse ad agire, anche se manca qualsiasi riferimento al fatto che il giudizio *a quo* in cui è proposta un'azione di accertamento ha un proprio autonomo oggetto (ciò che verrà affermato con la sent. n. 1/2014). Dopo le sentenze sulle leggi elettorali l'attenzione all'interesse ad agire completa il suo processo di *emersione* e in tal modo è possibile, per la Corte, tenere i

---

<sup>85</sup> È stato osservato come la Corte, forse per attenuare il rigore della sua decisione, si sia mostrata «consapevole che la vigente normativa consente di rilevare l'esistenza di cause di ineleggibilità [...] soltanto dopo lo svolgimento delle elezioni, con la conseguenza che un procedimento giurisdizionale può sorgere, e in esso essere proposta la questione incidentale di legittimità costituzionale, non prima che i consigli regionali abbiano esercitato la loro "competenza a decidere sulle cause di ineleggibilità dei propri componenti" (art. 2, comma 1, lett. d), della legge n. 165 del 2004). Si tratta di una normativa evidentemente incongrua: non assicura la genuinità della competizione elettorale, nel caso in cui l'ineleggibilità sia successivamente accertata; induce il cittadino a candidarsi violando la norma che, in asserito contrasto con la Costituzione, ne preveda l'ineleggibilità; non consente che le cause di ineleggibilità emergano, come quelle di incandidabilità, in sede di presentazione delle liste agli uffici elettorali. Tuttavia, la Corte non può che dichiarare inammissibile una questione sollevata in un giudizio il cui unico scopo si risolve nell'impugnare direttamente la norma di legge sospettata di illegittimità costituzionale». In tal senso, G. D'AMICO, *Azione di accertamento*, cit., 111.

*petita* dei due processi distinti. Nondimeno, anche in questo caso si sarebbe giunti alla declaratoria di inammissibilità, applicando “retroattivamente” i parametri delle sentenze sulle leggi elettorali, per mancanza della “zona franca”; in questo caso è tuttavia presente la lesione di un diritto fondamentale molto simile a quello di voto, ossia il diritto di elettorato passivo.

## **6.2. Questioni sollevate in giudizi di accertamento dopo la sentenza n. 1 del 2014: il vitalizio del «signor K.» e una recente questione sul c.d. decreto-sicurezza**

Nel caso deciso dalla Corte con la sent. n. 108 del 2019<sup>86</sup>, la questione di legittimità costituzionale<sup>87</sup> è stata sollevata in un giudizio di accertamento negativo. In particolare, un consigliere regionale (A. K.) ha chiesto che venisse accertata l’inesistenza del suo obbligo di restituzione di parte dell’assegno vitalizio. Detto obbligo trovava fondamento nella legge regionale della cui costituzionalità il rimettente dubita<sup>88</sup> ed è stato ulteriormente “specificato” da un decreto del presidente del Consiglio regionale<sup>89</sup> con cui gli si è chiesta la restituzione di 130.438,30 euro. È di tutta evidenza come la richiesta in parola dipendesse dal previo accertamento della conformità a Costituzione della legge regionale.

Va precisato sin da subito che la Corte ha in parte dichiarato inammissibile la questione, ma per motivi del tutto diversi<sup>90</sup> dalla carenza di incidentalità o dal difetto

---

<sup>86</sup> A commento della quale, quanto ai profili di merito della questione, si veda la nota di F.F. PAGANO, *La rideterminazione del vitalizio dei Consiglieri regionali del Trentino-Alto Adige alla prova del legittimo affidamento*, in *Giur. it.*, 10/2019, 2237 ss.

<sup>87</sup> Ord. Trib. Trento, del 7 febbraio 2017, iscritta al n. 72 del registro ordinanze 2017 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale*, prima *Serie speciale*, n. 21 2017.

<sup>88</sup> Si tratta degli artt. 1, 2, 3 e 4 della legge della Regione autonoma Trentino-Alto Adige 11 luglio 2014, n. 4, recante norme di «*Interpretazione autentica dell’articolo 10 della legge regionale 21 settembre 2012, n. 6 (Trattamento economico e regime previdenziale dei membri del Consiglio della Regione autonoma Trentino-Alto Adige) e provvedimenti conseguenti*», nella parte in cui prevede «[...] l’obbligo di restituzione di somme [...] già percepite legittimamente da *ex* consiglieri regionali sulla base della legge regionale 21 settembre 2012, n. 6». Sul complesso intreccio di fonti e provvedimenti amministrativi di vario tipo che riguardano la questione v. F.F. PAGANO, *op. cit.*, 2238 s.

<sup>89</sup> Decreto del 26 settembre 2014, n. 104. Dalla lettura dell’ordinanza di rimessione e della sentenza non risulta impugnato.

<sup>90</sup> Al riguardo, sembra potersi escludere l’avvenuto assorbimento di un’eventuale causa di inammissibilità ove si consideri che ciò non è stato eccepito (da quanto risulta dall’ordinanza e dalla sentenza) dalle parti, né, ovviamente, è stato rilevato d’ufficio (la Corte non ha dichiarato

di interesse ad agire. Indipendentemente da ciò, va osservato che la legge ha trovato specificazione in un provvedimento del Presidente del Consiglio regionale il quale, non risultando impugnato, potrebbe costituire il «vanto» o la «contestazione» che tradizionalmente integrano la condizione dell'azione di cui si discute. A ciò si aggiunga che negare la possibilità, per il signor "K.", di eccepire l'incostituzionalità della legge regionale in un giudizio di accertamento, significherebbe dover aspettare (in una situazione per certi versi "kafkiana") l'instaurazione di un giudizio di condanna (al pagamento di una somma di denaro) nei suoi confronti, con un ulteriore aggravio della sua posizione (ad es. condanna al pagamento degli interessi moratori).

Qualche ulteriore considerazione merita l'istituto dell'accertamento negativo, che costituisce uno dei due aspetti del mero accertamento<sup>91</sup>. In proposito, ci si potrebbe chiedere se esso presenti dei tratti peculiari rispetto all'accertamento positivo. Difatti, sotto il profilo dell'oggetto del processo, quando si chiede l'accertarsi dell'inesistenza dell'altrui pretesa, si potrebbe dubitare che l'oggetto del giudizio sia costituito solo dal mero accertamento negativo o includa anche la pretesa di un altro soggetto (in questo caso la pretesa restitutoria della Regione)<sup>92</sup>. Al riguardo può tuttavia osservarsi come non sia corretto sostenere il travalicamento dei "confini" del mero accertamento solo perché alla domanda di accertamento (negativo) dell'inesistenza obbligo restituzione, corrisponde necessariamente una pretesa restitutoria di qualcuno (in altri termini, un diritto altrui). La questione non presenta una rilevanza solo teorica ove si consideri che, se ritenuta ammissibile, consentirebbe di sollevare questioni di legittimità costituzionale contro una legge che preveda obblighi in capo ai soggetti (sotto il profilo

---

alcun assorbimento). La soluzione in tal senso del problema, qui solo accennato, potrebbe costituire un ulteriore argomento a sostegno dell'ammissibilità di questioni sollevate in giudizi di accertamento negativo come quello di cui qui si discute. Sull'assorbimento dei vizi di inammissibilità (e sulla loro differenza rispetto a quelli di attinenti al merito della questione) v. A. BONOMI, *L'assorbimento dei vizi di inammissibilità e l'assorbimento dei vizi di costituzionalità: nei meandri e nella polisemia di due "concetti"*, in *Forum di Quad. cost.*, 8 dicembre 2013, spec. 2 s. Sul punto, riferimenti più approfonditi si trovano in ID., *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, Napoli 2013, spec. 39 ss.

<sup>91</sup> Sull'istituto si veda il volume di C. CARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, Torino 2013, e la voce di M.F. GHIRGA, *Interesse ad agire [dir. proc. civ.]*, in *Diritto online Treccani*, 2015. Sulle questioni sollevate in giudizi di accertamento negativo, alcuni dei quali analizzati nel presente lavoro, si veda C. PADULA, *La tutela diretta*, cit., 95 s.

<sup>92</sup> Analizza il profilo della qualificazione della domanda (e dunque l'oggetto del giudizio) G. D'AMICO, *Azione di accertamento*, cit., 36 ss.

dell'accertamento dell'inesistenza dell'obbligo) nei casi in cui tra la legge e il cittadino vi sia un atto che possa fungere da vanto o contestazione<sup>93</sup>.

Occorre inoltre chiedersi se in tale situazione, in cui l'interesse ad agire sarebbe senz'altro presente, la Corte possa dichiarare la questione inammissibile per identità di *petita*. Sul punto, si potrebbe sostenere che, anche in casi di accertamento negativo, il provvedimento ulteriore, richiesto dalla costante giurisprudenza costituzionale, sarebbe dato dalla dichiarazione dell'inesistenza dell'obbligo altrui, dichiarazione che fa stato nei confronti del convenuto, proprio come nei casi di accertamento positivo.

Infine, un breve cenno merita la questione di legittimità costituzionale, ancora pendente, dell'art. 13, comma 1, lettera *a*), n. 2, del decreto-legge n. 113 del 2018 (c.d. decreto-sicurezza)<sup>94</sup>, sollevata dal Tribunale di Milano<sup>95</sup> in un giudizio promosso da un richiedente asilo cui era stata negata l'iscrizione anagrafica, il quale ha chiesto l'accertamento e la dichiarazione di invalidità del carattere discriminatorio del rifiuto opposto dal Comune di Milano alla sua iscrizione nell'anagrafe della popolazione residente.

Ora, indipendentemente dalla risoluzione di alcune questioni – se, ad esempio, l'azione discriminatoria proposta rientri o meno tra le azioni di accertamento tipizzate e se esista un diritto<sup>96</sup> fondamentale all'iscrizione anagrafica – pare evidente il contenuto di mero accertamento di una parte della domanda proposta. Ad ogni modo, non occorre ulteriormente soffermarsi sul caso poiché è stata proposta anche un'azione costitutiva (la dichiarazione di invalidità), il che risolve la questione dal punto di vista della diversità di oggetto dei due giudizi e dunque il problema dell'incidentalità.

## 7. Osservazioni conclusive

---

<sup>93</sup> Nel caso in cui tra la legge e il cittadino vi fosse un atto amministrativo, quest'ultimo va impugnato proponendo un'azione di annullamento (azione costitutiva). Sull'azione di accertamento nel processo amministrativo, relativamente ai profili qui trattati, v. G. D'AMICO, *op. ult. cit.*, 28 ss. Invece, qualora ci si trovasse innanzi ad un giudice ordinario, quest'ultimo potrà disapplicare *ex lege*, e quindi senza domanda di parte, il provvedimento amministrativo, in base alla nota regola contenuta nella legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E.

<sup>94</sup> Decreto convertito, con modificazioni, dalla legge n. 132 del 2018.

<sup>95</sup> Si tratta dell'ordinanza del Tribunale ordinario di Milano, iscritta nel reg. ord. al n. 145 del 2019.

<sup>96</sup> L'interrogativo – va precisato – è se tale diritto possa essere qualificato come “fondamentale”. Sul diritto soggettivo all'iscrizione anagrafica, sia pure con riferimento ad una questione di riparto di giurisdizione, v. *ex multis*, Cass. S.U. n. 449/2000.

L'analisi casistica brevemente svolta consente di osservare un diverso atteggiamento adottato, nel corso del tempo, dalla Corte costituzionale, in ordine alla sussistenza dell'interesse ad agire (ai fini del giudizio di ammissibilità della questione). Con riferimento a tale ultimo profilo pare che si possa dedurre l'esistenza di due diversi tipi di giudizi di accertamento (dalla prospettiva della Corte):

1) Giudizi di accertamento con interesse ad agire *debole*, nei quali non c'è un vero e proprio vanto o contestazione, ma solo una incertezza oggettiva. In relazione a questi giudizi, indipendentemente da quanto *supra* osservato, valgono le due rigide condizioni poste dalla Corte (esistenza di una zona franca, lesione di un diritto fondamentale, finora solo quello di voto) la cui sussistenza giustifica un accertamento preventivo<sup>97</sup> e un controllo più astratto;

2) Giudizi di accertamento con interesse ad agire *forte*, in relazione ai quali è presente un vanto o una contestazione. Si tratta di giudizi come quello in cui era parte il signor "K." (v. par. 6.2), o "comuni" giudizi di accertamento, normalmente instaurati nella prassi (in alcuni casi si tratta della proposizione di azioni di accertamento previste dalla legge, ad es. l'accertamento della qualità di genitore, *ex art. 269 cc.*). In relazione a queste azioni sembra potersi affermare come non si ponga un problema di accesso alla giustizia costituzionale: si tratta di applicare le "consuete" regole del sistema incidentale, valide per tutti i giudizi *a quibus* (ivi inclusi, nel settore civile, quelli di condanna o costitutivi) per i quali, in tutta evidenza, le sentenze sulle leggi elettorali non fungerebbero da "parametro".

Conclusivamente, e più in generale sul tema dell'accertamento dei diritti, in presenza di una lite che, pur coinvolgendo autentiche situazioni soggettive dei privati,

---

<sup>97</sup> Al riguardo osserva, in generale, G. BASILICO, *Azione di accertamento*, cit., come la carenza della «contestazione del diritto o d[e]l vanto espresso nei confronti del suo titolare, renderebbe l'azione dichiarativa meramente preventiva; preventiva, cioè, non del pregiudizio concreto – attuale o potenziale – che da quella contestazione o da quel vanto potessero derivare, bensì preventiva di qualsivoglia contestazione o vanto futuri: in tal caso essa sarebbe [...] carente di interesse ad agire. [...] La funzione dell'azione dichiarativa è quella, pertanto, di ristabilire una certezza, la quale sia stata incrinata da una contestazione o da un vanto altrui, produttivi proprio di quel pregiudizio che consiste nello stato di incertezza determinatosi. Non può, invece, essere quella di "creazione", attraverso il giudicato, della certezza giuridica di una determinata situazione sostanziale, tesa a prevenire qualsivoglia dubbio (giuridico) sulla sua esistenza o sulla sua consistenza».

si risolve in una domanda con un unico oggetto, che coincide con il *petitum* del giudizio incidentale<sup>98</sup>, bisogna preliminarmente stabilire se:

1) le azioni di mero accertamento, e in particolare, quelle relative all'accertamento dei diritti costituzionali, abbiano un proprio oggetto, diverso e distinto da quello del giudizio *ad quem*. Dalle osservazioni che precedono, sembra potersi dedurre l'importanza dell'azione di accertamento ai fini di una tutela piena dei diritti nel processo e un ruolo pregnante dell'interesse ad agire in mero accertamento (la cui presenza eviterebbe le proposizioni di liti fittizie). In altri termini, accedendo a questa tesi, il bene giuridico "certezza" avrebbe un'autonoma valenza e una propria giuridica dignità. Questa impostazione potrebbe aprire la strada a un generale accesso alla giustizia costituzionale per mezzo dell'azione di mero accertamento, facendo salve le "ragioni" del sistema incidentale. Del resto, oltre ad immediati riflessi positivi sulla tutela dei diritti della persona, essa avrebbe la caratteristica di venire dal "basso", da quelle «officine della prassi»<sup>99</sup> quali sono le aule di giustizia. Inoltre, non si tratterebbe di un accesso indiscriminato, poiché doppiamente blindato su due livelli:

i) quello del giudice comune, che dovrebbe verificare presupposti e condizioni dell'azione: in particolare l'interesse ad agire, ampiamente descritto *infra*; la legittimazione ad agire, che costituisce una condizione da non sottovalutare, poiché l'accesso va consentito solo al titolare del diritto (*ex art. 99 c.p.c.*), e in mancanza della quale saremmo di fronte ad un'azione popolare, esperibile dal *quivis de populo*;

ii) quello della Corte, che manterrebbe il consueto sindacato esterno sui presupposti processuali, condizioni dell'azione, rilevanza e incidentalità.

In tal modo entrambi gli attori sarebbero in grado di controllare il flusso di domande, ammettendo solo quelle reali, serie e fondate.

2) Se invece si dovesse ritenere che, nonostante lo sforzo interpretativo compiuto, l'azione di accertamento di diritti costituzionali, pur generata da una reale esigenza della parte, non riesca ad assumere un oggetto diverso da quello del giudizio *ad quem*, ossia la censura di costituzionalità, non resta che fare riferimento alle sentenze sulle

---

<sup>98</sup> Si riporta, quasi testualmente, la definizione data da M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova 1984, spec. 112, nt. 59, richiamata da E. OLIVITO, *op. cit.*, 6.

<sup>99</sup> Su cui P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., 25 ss.

leggi elettorali e ammettere un bilanciamento del canone dell'incidentalità<sup>100</sup> solo in nome dell'esistenza di una «zona franca» e della particolare importanza del diritto in questione (il diritto di voto, sino ad ora).

Un esito, quello generato dal bilanciamento, che dimostra come il diritto si adagi su una realtà frastagliata, tutt'altro che omogenea. E che trova il suo punto di forza nel non vedere sacrificato un diritto fondamentale sull'altare dell'incidentalità a tutti i costi. Ma che, ciò nonostante, trova la sua principale debolezza ove ci si chieda se sia giusto che, così facendo, la Corte bilanci, volta per volta, le regole di ammissibilità delle questioni, cioè le regole del processo costituzionale: un interrogativo ineludibile per chi, pensando alla funzione dei garanti, si chieda ancora oggi: *quis custodiet ipsos custodes*<sup>101</sup>?

---

<sup>100</sup> Sulla questione del rispetto delle regole processuali e sulla loro eventuale "bilanciabilità" v. G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità*, cit., 278, secondo cui non sarebbe « chiaro come la [...] presa d'atto che le regole del processo costituzionale hanno una genesi del tutto peculiare (in quanto frutto anche di un'autonoma determinazione della Corte medesima) e conseguentemente siano per loro natura suscettibili di applicazioni variabili, possa poi convivere con l'idea per cui esse, all'atto pratico, restino comunque regole come tutte le altre e quindi, come tali, non possano mai essere bilanciate con principi di diritto costituzionale sostanziale».

<sup>101</sup> Il noto interrogativo contenuto nella VI satira di Giovenale è richiamato da A. Ruggeri proprio con riferimento alle funzioni di garanzia di cui la Corte costituzionale è investita, anche sotto il profilo dei rapporti tra le Corti nazionali e sovranazionali: «ogni immagine piramidale, che veda un solo organo al vertice dell'edificio ordinamentale, chiamato al compito di controllare senza essere controllato, conduce diritto all'esito fatale prefigurato da Giovenale, in fin dei conti facendo [...] del massimo garante della legalità costituzionale una sorta di mostruoso *potere costituente permanente*. Se, di contro, l'edificio assume le sembianze di una piramide mozza, al piano superiore della quale si dispongono in condizioni di parità più sedi istituzionali abilitate a controllarsi a vicenda, il rischio dell'esito suddetto può essere fugato, sempre che poi si riesca davvero ad attivare gli anticorpi necessari a farvi fronte». Cfr. A. RUGGERI, *Corti e diritti, in tempi di crisi*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2012, spec. 13 s. Cfr., inoltre, tra i tanti scritti, ID., *Rapporti tra CEDU e diritto interno: Bundesverfassungsgericht e Corte costituzionale allo specchio*, in *Consulta OnLine*, 6 giugno 2011; ID., *Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Consulta OnLine*, 13 novembre 2015, spec. 788, nt. 58.