Quaderni del Gruppo di Pisa

CONVEGNI

Il volume è stato pubblicato con un contributo erogato
dal Settore “Ufficio e osservatorio elettorale”
della Giunta regionale della Toscana

La giustizia elettorale

a cura di

Elisabetta Catelani, Filippo Donati, Maria Cristina Grisolia

Atti del Seminario svoltosi a Firenze,
il 16 novembre 2012

EDITORIALE SCIENTIFICA

Proprietà letteraria riservata

Copyright © 2013 Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli

www.editorialescientifica.com

ISBN 978-88-6342-584-0

SOMMARIO

PRESENTAZIONE XIII
Elisabetta Catelani, Filippo Donati, M. Cristina Grisolia

LA GIUSTIZIA ELETTORALE XIX
Enzo Cheli

INTRODUZIONE
LA GIUSTIZIA ELETTORALE XXI
Pasquale Costanzo

PARTE I
IL CONTENZIOSO PRE-ELETTORALE

RELAZIONI

IL CONTENZIOSO PRE-ELETTORALE
NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE ITALIANO
Marcello Cecchetti

1. Premesse generali e delimitazione del campo di indagine 5
2. Schema di esposizione 7
3. PARTE I. Le situazioni soggettive, i princìpi e i valori di rilievo costituzionale che fondano l'esigenza di una tutela "pre-elettorale" di tipo giurisdizionale 8
3.1. Le situazioni soggettive sostanziali connesse con la formazione e l'investitura a suffragio universale diretto degli organi politici 8
3.2. I diritti "inviolabili" e i princìpi costituzionali in tema di tutela giurisdizionale 15
3.3 I valori costituzionali "obiettivi" sottesi agli strumenti di "giustizia pre-elettorale" 20

4. PARTE II. I principali approdi della giurisprudenza costituzionale in tema di "giustizia pre-elettorale" 22
4.1. La sentenza n. 236 del 2010 quale "pietra angolare" di portata generale 22
4.2. La "scelta" della Corte di pronunciarsi nel merito delle questioni sollevate dal Giudice rimettente e i principali "dicta" della sentenza n. 236 del 2010 24
4.3. La sentenza n. 84 del 2006: il valore obiettivo della «genuinità della competizione elettorale» e le esigenze di emersione immediata delle cause di ineleggibilità e di incandidabilità in sede di presentazione delle candidature 29
4.4. La sentenza n. 259 del 2009 e l'apertura allo "scorporo" della tutela pre-elettorale dalla verifica dei poteri spettante alle Camere in base all'art. 66 Cost. 31
5. PARTE III. Il vigente sistema di "giustizia pre-elettorale" alla luce del quadro costituzionale 37
5.1. L'art. 129 del Codice del processo amministrativo quale unico esempio di disciplina positiva volta a garantire una tutela giurisdizionale "pre-elettorale" in senso proprio 37
5.1.1. La versione originaria del'art. 129 e le sue principali criticità 38
5.1.2. La versione attuale dell'art. 129 dopo l'intervento correttivo del d.lgs. n. 160 del 2012 52
5.1.3. Le ulteriori lacune: il problema dell'incidente di falso alla luce della sentenza n. 304 del 2011 della Corte costituzionale e l'assenza di una disciplina speciale per l'accesso al giudizio di costituzionalità 56
5.2. La giurisdizione del Giudice ordinario in tema di ineleggibilità originaria nelle elezioni comunali, provinciali, regionali ed europee: un modello di tutela giurisdizionale esclusivamente "post-elettorale" 63
5.3. La "giustizia elettorale" nelle elezioni delle Assemblee parlamentari: l'assoluta assenza di una qualunque tutela "pre-elettorale". Ragioni e possibili rimedi 67

LA GIUSTIZIA ELETTORALE IN GERMANIA
Martin Morlok

1. Introduzione 77
2. La tutela giurisdizionale preelettorale 78
3. Il procedimento di verifica delle elezioni 80
4. Problemi tipici del ricorso per la verifica delle elezioni 82
4.1. Presentazione delle candidature 82
4.2. Forma della scheda elettorale 84
4.3. Comunicazioni pubbliche del Governo 86
4.4. Anticipazioni dei risultati elettorali via Twitter 88
4.5. Leggi elettorali incostituzionali 89
5. Conclusioni 90
5.1. Il problema di fondo della verifica delle elezioni 90
5.2. Necessità di una tutela giurisdizionale preelettorale 90
5.3. Strict scrutiny per il criterio dell'eguaglianza in materia elettorale 91
5.4. Parametri meno rigidi per la fase preliminare delle elezioni all'interno dei partiti 91

5.5. Il criterio della rilevanza del vizio per i mandati 91
5.6. Quale immagine dell'elettore è impressa nel diritto? 91

INTERVENTI

AZIONE POPOLARE E GIUSTIZIA ELETTORALE
Eva Lehner

1. La tradizionale ricostruzione dell'azione popolare e il suo retroterra teorico 95
2. Gli effetti negativi di questa visione sulla giustizia elettorale 99
3. L'attuale ostilità del legislatore nei confronti dell'azione popolare: la disciplina del contenzioso pre-elettorale dal decreto salva-liste al d.lgs n. 160 del 2012 104
4 (*Segue*). L'attacco al principio di fungibilità e la sostanziale vanificazione del principio di gratuità del giudizio elettorale: la precarietà dell'azione popolare di stampo oggettivo 113
5. La nozione soggettiva dell'azione popolare e il radicamento costituzionale dell'istituto: la graduale emersione di questa concezione nel diritto vivente trova conferma nel c.d. caso Polverini 118

L'ART. 49 COST. NEL CONTENZIOSO ELETTORALE. TUTELA DEL CONCORSO DI PARTITI E MOVIMENTI POLITICI, NELL'INTERESSE DEGLI ELETTORI
Dimitri Girotto

1. Un punto di partenza: la difficile ricerca di uno spazio per l'art. 49 Cost. quale parametro di legittimità costituzionale 125
2 Concorso di partiti, "domanda" e "offerta" politica, favor partecipationis 128
3. Concorso di partiti e disciplina della presentazione delle liste di candidati 134
4. Il principio pluralistico nella fase post elettorale 142

L'AGGIRAMENTO DEL «CODICE DI BUONA CONDOTTA ELETTORALE» NEL SISTEMA DI TUTELE DEL PROCEDIMENTO ELETTORALE ITALIANO
Giovanni Piccirilli

1. Premessa 151
2. La incerta qualificazione giuridica del "Codice" e il suo (recente) utilizzo da parte della Corte EDU 152
3. La riserva parlamentare di cui all'art. 66 Cost. a confronto con il "Codice": something "lost in translation"? 156
4. Ulteriori profili problematici anche quando il Parlamento non è "giudice" del procedimento elettorale: il regime delle impugnazioni della disciplina sulla par condicio 158
5. Conclusioni.«l'incessante dinamica della vita moderna» 160

I SIMBOLI ALLA SBARRA. IL CONTENZIOSO SUI CONTRASSEGNI TRA GIUDICI DA INDIVIDUARE E REGOLE DA RIVEDERE
Gabriele Maestri

1. La natura pre-elettorale del contenzioso sui contrassegni (norme permettendo) 163
2. Il problema, mai risolto, del contenzioso sul procedimento preparatorio per le elezioni politiche 167
3. Le norme e i criteri da applicare per valutare l'ammissibilità di un contrassegno 172
4. Conclusioni e prospettive de iure condendo 175

L'ATTO DI INDIZIONE DELLE ELEZIONI: TRA INCERTEZZE E DIMENTICANZE NORMATIVE, IL GIUDICE AMMINISTRATIVO «INTEGRA» IL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO
Giovanna Perniciaro

1. L'«ingorgo» istituzionale ed elettorale 179
2. A chi spetta indire le elezioni ed «entro» quale termine 181
3. La vicenda della Regione Lazio e la querelle sulla dizione «entro tre mesi» (dallo scioglimento del Consiglio): dies ad quem per l'indizione o per lo svolgimento delle elezioni? 184
3.1. Un cenno ai «precedenti» 184
3.2. La disciplina statutaria in materia di scioglimento anticipato e prorogatio 186
3.3. Tar e Consiglio di Stato «fanno il punto» sulla natura dell'atto di indizione 187
4. Spunti conclusivi 191

PARTE II

IL CONTENZIOSO POST-ELETTORALE

RELAZIONI

IL CONTENZIOSO POST-ELETTORALE NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE ITALIANO
Guido Rivosecchi

1. La prospettiva privilegiata nella presente relazione: gli effetti dell'art. 66 Cost. sul contenzioso post-elettorale, alla luce delle scelte metodologiche e tematiche del Seminario odierno 197
2. I modelli di risoluzione del contenzioso post-elettorale e le peculiarità del sistema italiano 199
3. Il punto di vista della Commissione europea per la Democrazia attraverso il diritto (c.d. Commissione di Venezia) 202

4. Le principali conseguenze della bipartizione del contenzioso post-elettorale determinate dall'art. 66 Cost. 203
4.1. *Segue*: sulla stessa composizione della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato e della Giunta delle elezioni della Camera dei deputati, nonché sul controllo dei risultati elettorali in senso stretto 205
4.2. *Segue*: sul rapporto tra Parlamento e altri poteri 210
4.3. *Segue*: sulla verifica dei titoli degli eletti 211
4.3.1. L'equilibrio tra Corte, giudici e Parlamento in regime proporzionale: l'interpretazione "riduttiva" delle cause di ineleggibilità originarie e la loro possibile trasformazione, se sopravvenute, in cause di incompatibilità 213
4.3.2. La rottura dell'equilibrio tra autorità giudiziaria e Camere con particolare riferimento alle divergenze sulle c.d. "ineleggibilità d'affari" 218
4.3.3. La definitiva rottura tra organi giurisdizionali e Camere in tema di ineleggibilità sopravvenuta per effetto del cumulo dei mandati (e il successivo ripristino della legalità costituzionale violata) 222
4.3.4. *Segue*: …e per effetto del giudicato penale 237
4.4. Ancora sui riflessi dell'art. 66 nel contenzioso post-elettorale: sull'incandidabilità alle cariche elettive 244
5. Qualche spunto di riflessione sul contenzioso elettorale relativo alle elezioni locali, regionali ed europee, alla luce delle novità introdotte dal Codice del processo amministrativo 256
6. Art. 66 Cost., contenzioso elettorale e giustizia costituzionale 266

LA JUSTICE ÉLECTORALE EN FRANCE: SITUATION LÉGISLATIVE ET JURISPRUDENTIELLE 273
Bernard Maligner

Article 1. Les figures classiques de la justice électorale française 276
1. La justice électorale politique et politico-administrative, une justice essetiellement "post-électorale" 276
A. Le juge de l'élection, un juge facilement accessible 277
B. Le juge de l'élection, un juge qui statue rapidement 281
C. Le juge de l'élection, un juge investi de larges pouvoirs 282
II. La justice électorale politique et politico-administrative, une justice accessoirement pré-électorale 296
A. L'intervention du juge judiciaire non répressif avant l'élection 297
B. L'intervention du juge administratif avant l'élection 299
Article 2. Les figures nouvelles de la justice électorale française 302
1. L'émergence de nouveaux contentieux pré-électoraux 302
A. Le contrôle plus poussé du découpage des circonscriptions électorales 302
B. L'utilisation de la nouvelle procédure d'urgence en matière administrative 306
C. Le renouveau des "recours en contestation de la légalité" 308

II. Le développement des contentieux post-électoraux 315
A. L'accroissement des pouvoirs du juge de l'élection en matière de lutte contre la fraude électorale 316
B. Le renforcement continu des pouvoirs des juges dans le contentieux électoral financier 318

INTERVENTI

LE MISURE A FAVORE DEL RIEQUILIBRIO DELLA RAPPRESENTANZA DI GENERE COME OGGETTO DI CONTENZIOSO ELETTORALE
Stefano Catalano

1. Premessa 339
2. Ragioni dell'equilibrio di genere nell'accesso alle cariche elettive 340
3. Breve ricostruzione dei punti fermi ricavabili dalle decisioni della Corte costituzionale 342
4. Valutazione delle norme vigenti e del disegno di legge di modifica del sistema di elezione delle Camere volte al riequilibrio nella rappresentanza di genere 344

LA GIUSTIZIA ELETTORALE POLITICA TRA RIFORME MANCATE ED OCCASIONI PERDUTE
Lara Trucco

1. Premessa 357
I. LA "VIA GIUDIZIARIA" 358
2. La "chiusura" nell'accesso alla Corte costituzionale per la "via" incidentale 358
2.1. La "chiusura" - a giudici amministrativi e ufficio elettorale centrale - della Cassazione 359
2.2. La "chiusura" - ai giudici amministrativi - della Corte costituzionale 362
2.3. La "chiusura" del Consiglio di Stato 364
2.4. La chiusura (sostanziale) della Corte costituzionale alla "via" del conflitto tra poteri 365
2.5. La chiusura della Corte europea dei diritti dell'uomo 366
II. LA "VIA POLITICA" 367
3. Le "chiusure" legislative 367
3.1. La "chiusura" del legislatore delegato 369
3.2. La "chiusura" degli istituti di "democrazia diretta" (partic., del referendum abrogativo) 370
4. Alcune conclusioni e proposte provvisorie e sommarie 371

L'INTRODUZIONE DI UNA COMMISSIONE ELETTORALE INDIPENDENTE: UNA RIFORMA COSTITUZIONALE A COMPLEMENTO DELLA MODIFICA DELLA LEGGE ELETTORALE
Francesco Biagi e Sara Pennicino

1. Premessa 373
2. Il diritto comparato e la tendenza all'"esternalizzazione" dell'attività di verifica dei poteri 374
2.1. Le nuove democrazie 375
2.2. Le democrazie consolidate 379
3. Commissione di Venezia, Corte di Strasburgo e OSCE: la soluzione è sempre l'"esternalizzazione" 381
4. La verifica dei poteri nell'ordinamento italiano 385
4.1. Le ragioni storiche dell'opzione a favore di un controllo di tipo politico 385
4.2. Le debolezze dell'attuale sistema 386
4.2.1. La distorsione maggioritaria 387
4.2.2. La natura ibrida della decisione 388
4.2.3. La tempestività delle decisioni nell'attività di verifica dei poteri 389
4.2.4. Il controllo sugli atti preparatori 389
5. Le proposte di riforma dell'art. 66 Cost. presentate dal 1994 ad oggi: un'analisi critica 390
6. L'introduzione di una Commissione indipendente e a composizione tecnica 394
7. Una riforma costituzionale a complemento della modifica della legge elettorale 396

CONCLUSIONI

GIUSTIZIA ELETTORALE SARÀ FATTA?
Jörg Luther

1. Premesse 399
2. I concetti e le filosofie in campo 400
3. Come costituzionalizzare il corpo elettorale 402
4. La giustizia elettorale può fare a meno di garanzie giurisdizionali? 404
5. La giustizia elettorale come componente della giustizia costituzionale 405
6. Francia e Germania come paesi di sviluppo della giustizia elettorale 408
7. Il lungo cahier des doléances sull'Italia 409
8. Il peso della Costituzione italiana sui piatti della bilancia della giustizia elettorale 412
9. La spada spuntata della riforma elettorale e costituzionale 414
10. L'immagine dell'elettore e dell'eletto nella democrazia costituzionale 415

PRESENTAZIONE

Elisabetta Catelani, Filippo Donati, M. Cristina Grisolia

Un buon sistema di giustizia elettorale è uno dei presupposti per il corretto funzionamento della democrazia, soprattutto nelle fasi di forte conflittualità tra le forze politiche come quella che stiamo vivendo oggi in Italia. La disciplina italiana, tuttavia, appare ancora caratterizzata da un'eccessiva complicazione e da numerose lacune e incongruenze.

Il nostro sistema di giustizia elettorale si basa sulla concorrenza di forme di tutela differenziate in relazione al tipo di competizione elettorale e alle situazioni soggettive coinvolte. In particolare, le elezioni del Parlamento nazionale rimangono sottoposte alla giustizia "politica" delle Camere, mentre per le elezioni regionali, amministrative ed europee opera un sistema di tutela giurisdizionale. All' interno di questo sistema, inoltre, la tutela dei diritti soggettivi di elettorato attivo e passivo è affidata al giudice ordinario, mentre le controversie sul procedimento elettorale sono devolute agli organi della giustizia amministrativa. Come evidenziato da Enzo Cheli, la mancata definizione da parte del legislatore dei confini tra queste diverse forme di tutela (quella politica e quella giurisdizionale, quella ordinaria e quella amministrativa) finisce per creare una lunga serie di problemi interpretativi e applicativi.

La scelta del Direttivo del "Gruppo di Pisa", tuttavia, è stata quella di articolare le relazioni non in base al tipo di elezione o alla situazione soggettiva coinvolta, ma in base al momento in cui si determina il contenzioso rispetto all'esercizio del diritto di voto. In effetti, come chiarito dalla Corte costituzionale, per la definizione del sistema di giustizia elettorale occorre "distinguere tra procedimento preparatorio alle elezioni, nel quale è inclusa la fase dell'ammissione di liste o di candidati, e procedimento elettorale, comprendente le operazioni elettorali e la successiva proclamazione degli eletti" (sent. n 236/2010).

Il presente volume si compone quindi di due parti dedicate, rispettivamente, al contenzioso pre-elettorale e a quello post-elettorale. La prospettiva prescelta è arricchita da due importanti contributi, quello di Martin Morlok e quello di Bernard Meligner, che ci aprono al confronto con due Paesi a noi vicini: la Germania e la Francia.

Nel saggio introduttivo della I parte, Marcello Cecchetti evidenzia le numerose criticità del sistema di tutela "pre-elettorale" offerto dal nostro ordinamento e l'inadeguatezza dello stesso rispetto ai principi costituzionali che rilevano in materia. Nella ricostruzione del quadro di riferimento, particola-

re importanza riveste la sentenza n. 236 del 2010, con cui la Corte costituzionale, ribaltando il diverso orientamento espresso dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 10 del 2005, ha riconosciuto la necessaria impugnabilità immediata degli atti del procedimento elettorale preparatorio che risultino «immediatamente lesivi di situazioni giuridiche soggettive», al fine di soddisfare le esigenze di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva garantita dagli artt. 24 e 113 Cost. e dagli artt. 6 e 13 della CEDU. La puntuale analisi condotta dall'Autore dimostra tuttavia che la disciplina contenuta nell'art. 129 del Codice del processo amministrativo (tanto nella versione originaria del d.lgs. n. 104 del 2010 quanto nella versione "corretta" mediante il d.lgs. n. 160 del 2012) risulta non inidonea a soddisfare pienamente le esigenze di tutela chiaramente scolpite dal giudice costituzionale. L'Autore osserva inoltre che neppure il giudizio che si svolge dinanzi al giudice ordinario, nonostante la riforma di cui al d.lgs. n. 150 del 2011, appare in grado di soddisfare le esigenze di tutela *ex ante* individuate dal giudice delle leggi, potendo assicurare solo ed esclusivamente una tutela *ex post*. Resta poi l'assoluta assenza di una qualunque tutela "pre-elettorale" con riferimento alle elezioni delle assemblee parlamentari. Di qui l'esigenza di una riforma complessiva del sistema che, previa revisione dell'art. 66 Cost., affronti onnicomprensivamente l'intera problematica della "giustizia elettorale" sia *ante* che *post* elezioni politiche.

L'intervento di Eva Lehner affronta un istituto tipico della giustizia elettorale, quello relativo all'azione popolare, evidenziando le numerose criticità che emergono dalla vigente disciplina. L'Autrice propone una lettura costituzionalmente orientata delle norme del c.p.a. relative alla legittimazione diffusa in materia elettorale, ricostruendo l'azione popolare come mezzo di tutela dei diritti garantiti dagli artt. 24 e 48 Cost. e non come strumento atto a far valere l'interesse generale al regolare funzionamento e composizione delle assemblee elettive. Questa impostazione, che trova conferma nella giurisprudenza più recente (il riferimento è alle pronunce del TAR Lazio e del Consiglio di Stato sul c.d. caso Polverini), implica la necessità di un intervento del legislatore volto a rimodulare la disciplina dell'azione popolare in modo tale da eliminare le incongruenze attuali e allo stesso tempo prevenire il rischio di una inflazione dei ricorsi, accentuato dall'attuale vuoto di tutela "partitica" dei diritti di partecipazione.

Dimitri Girotto ha analizzato l'incidenza del principio del pluralismo partitico sul sistema di giustizia elettorale. Tale principio, desumibile dagli articoli 48 e 49 Cost., implica la necessità di tutelare l'offerta politica, in funzione della "domanda" degli elettori. Di qui l'esigenza di semplificare gli adempimenti a carico delle forze politiche partecipanti alle competizioni elettorali, quando le stesse abbiano già dimostrato quel *minimum* di rappresentatività che consente di ritenere che la loro partecipazione non sia preordinata ad ingenerare confusione negli elettori, compromettendo la libertà del voto.

Giovanni Piccirilli ha dimostrato che il sistema italiano di giustizia elettorale è in contrasto con il "Codice di buona condotta in materia elettorale" elaborato nell'ambito del Consiglio d'Europa dalla Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto (cd. "Commissione di Venezia"). Il sistema di verifica parlamentare di cui all'art. 66 Cost., in particolare, determina una frontale violazione del Codice. L'indubbio rilievo che il Codice riveste nel nostro ordinamento, conclude l'Autore, renderebbe necessaria una lettura in senso riduttivo dell'art. 66 Cost.

Il delicato tema relativo al contenzioso sui contrassegni è affrontato da Gabriele Maestri, il quale evidenzia le numerose lacune e incongruenze della disciplina in materia. In effetti il d.lgs. n. 260/2012, che garantisce la tutela pre-elettorale a chi si ritiene leso da provvedimenti relativi agli emblemi, non si applica alle elezioni politiche. A tal riguardo, nonostante che la Cassazione abbia assegnato alle Camere il compito di occuparsi del contenzioso in materia di contrassegni nella fase preparatoria delle elezioni politiche, le giunte delle elezioni di fatto negano a chi si senta leso da un provvedimento del Ministero dell'interno ogni possibilità di ottenere giustizia. Anche sotto questo profilo viene evidenziata la necessità di un intervento normativo di riforma.

L'analisi della recente vicenda della regione Lazio circa la data di indizione delle elezioni a seguito dello scioglimento del Consiglio è al centro dell'analisi di Giovanna Perniciaro. La vicenda costituisce uno dei tanti esempi della scarsa qualità legislativa delle regole elettorali (regionali e nazionali), che spesso costringe l'autorità giudiziaria a svolgere un'opera di supplenza del legislatore. Di qui l'auspicio che, anche sotto questo profilo, il legislatore ponga mano a una riforma della disciplina in materia.

La parte II del Volume, come detto, è dedicata al contezioso post-elettorale. La relazione di Guido Rivosecchi offre una esauriente panoramica al riguardo, evidenziando le peculiarità del sistema italiano di giustizia post-elettorale derivanti soprattutto dall'applicazione dell'art. 66 Cost. In forza di tale disposizione, infatti, il contenzioso sulle elezioni politiche è stato demandato alle Camere, le quali decidono in base al principio di maggioranza. In particolare, l'art. 66 Cost. ha finito per configurare il contenzioso post-elettorale in modo non coerente con i principi costituzionali del giusto processo e della tutela giurisdizionale, in quanto ha determinato una chiusura ad ogni forma di tutela giurisdizionale e una "zona franca" della giustizia costituzionale. Ciò limita il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale e determina una ampia serie di lacune, di problemi e di incongruenze, attentamente analizzati dall'Autore.

Molto discusso è stato negli ultimi tempi il problema del riequilibrio fra i generi nella rappresentanza politica, anche alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale. A questo tema è dedicato lo studio di Stefano Catalano, il quale, partendo proprio dalla giurisprudenza costituzionale, fornisce un quadro completo dei risultati prodotti a livello normativo, soprat-

tutto ad opera del legislatore regionale, dimostratosi da tempo assai sensibile a questa problematica.

Il contributo di Lara Trucco ha ulteriormente evidenziato la mancanza, nel nostro ordinamento, di un adeguato sistema di garanzie per le elezioni politiche. A tal riguardo l'Autrice ha analizzato i principali nodi concernenti la giustizia elettorale, soprattutto con riguardo alla "chiusura" degli organi giurisdizionali e della Corte costituzionale rispetto ad una tutela effettiva delle situazioni soggettive coinvolte nelle elezioni politiche. In questo settore neppure la Corte europea dei diritti dell'uomo offre una adeguata risposta alle carenze del sistema di giustizia elettorale delle elezioni politiche italiane. Di qui l'esigenza di un intervento del legislatore, che tuttavia si fa ancora attendere. In questa situazione, l'Autrice prospetta, tra l'altro, la possibilità di un'interpretazione restrittiva dell'art. 87, del d.P.R. n. 361/1957, tale da sottrarre la fase preparatoria delle elezioni politiche dal meccanismo della verifica dei poteri.

L'esigenza di una incisiva modifica del nostro impianto di giustizia elettorale è evidenziata anche da Francesco Biagi e Sara Pennicino, i quali prospettano l'opportunità di una riforma dell'art. 66 Cost. volta ad affidare la verifica dei titoli di ammissione dei componenti delle Camere e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità ad una Commissione elettorale indipendente e a composizione tecnica.

Dall'insieme delle relazioni emerge dunque l'esigenza di una riforma complessiva del sistema di giustizia elettorale italiano. Jörg Luther, nel saggio conclusivo, sottolinea che tale riforma deve essere volta alla realizzazione di principi della democrazia costituzionale.

In effetti, con specifico riferimento alle elezioni politiche, la perdurante esistenza di un meccanismo di tutela interamente affidato alle assemblee elettive rappresenta un'anomalia del sistema italiano di giustizia elettorale ed è da tempo oggetto di rilievi critici in dottrina. La giustizia elettorale, come ben evidenziato da Pasquale Costanzo nella presentazione del seminario, dovrebbe essere allocata in capo ad organi dotati di attributi di "terzietà" ed imparzialità. Nelle esperienze tedesca e francese, ben descritte in questo volume da Martin Morlok e Bernard Maligner, l'esistenza di un sistema di verifica parlamentare dei poteri non esclude affatto la possibilità di intervento della Corte costituzionale con riguardo alle elezioni politiche. In Italia, invece, l'applicazione del meccanismo di cui all'art. 66 Cost. ha finito per creare una "zona franca" nell'accesso alla Corte costituzionale. Ciò comporta evidentemente una lacuna nel sistema di tutela dei diritti fondamentali e inviolabili di elettorato attivo e passivo, riconosciuti e garantiti dagli artt. 48 e 51 Cost. e strettamente collegati al principio democratico sancito dall'art. 1 Cost.

Come ha sottolineato Enzo Cheli, fino ad oggi la materia della giustizia elettorale, nonostante il diffuso senso di insoddisfazione che si registra al riguardo, non ha incontrato nella scienza costituzionale del nostro Paese un'attenzione adeguata alla sua importanza.

Il "Gruppo di Pisa" ha voluto offrire un'occasione di studio e di dibattito sui maggiori nodi di rilevo costituzionale relativi al sistema di giustizia elettorale previsto nel nostro ordinamento. L'auspicio è che i saggi contenuti nel presente volume costituiscano un punto di riferimento e una base di partenza per una ulteriore riflessione su un tema che riveste un'importanza decisiva per la effettiva realizzazione dei principi costituzionali in materia di democrazia e di tutela dei diritti.

P.S. *Un particolare ringraziamento alla dott.ssa Lara Trucco per la preziosa collaborazione nella pubblicazione di questo volume*

LA GIUSTIZIA ELETTORALE

Enzo Cheli

La materia che forma l'oggetto di questo Seminario investe tutti i tipi di elezioni (politiche, amministrative, europee) e mette in gioco tutte le diverse forme di tutela connesse allo svolgimento delle competizioni elettorali, con riferimento sia alla fase che precede (con la presentazione dei candidati e delle liste) sia alla fase che segue il voto (fino alla convalida ed alla proclamazione degli eletti).

Va subito detto che, nel nostro ordinamento, questa materia presenta caratteri piuttosto complessi e, per molti aspetti, confusi anche per la stratificazione che si è avuta nel tempo di discipline diverse.

In estrema sintesi possiamo dire che, nel nostro ordinamento, la giustizia elettorale si articola oggi su tre percorsi diversi: il percorso della giustizia "politica" affidata alle Camere ai sensi dell'art. 66 della Costituzione e disciplinata dai regolamenti parlamentari; il percorso della giustizia amministrativa, ridefinito di recente dal Codice del processo amministrativo (varato nel 2010 con il D.lgs. n. 104), che investe, in particolare, il procedimento elettorale delle elezioni regionali, amministrative ed europee; e, infine, il percorso della giustizia ordinaria cui è affidata la protezione dei diritti soggettivi di elettorato attivo e passivo fondati nella Costituzione.

I confini tra queste diverse forme di tutela non sono sempre fissati con chiarezza e questo determina conflitti frequenti tanto nelle forme dei conflitti di giurisdizione che di attribuzione.

Da qui l'esigenza di orientare la nostra riflessione intorno ad alcune domande. Quali i punti di distinzione e quali i rischi di interferenza tra i diversi tipi di tutela che abbiamo ricordato? Le forme di tutela di cui oggi disponiamo offrono una garanzia completa e sufficiente per i diritti dei cittadini e per la correttezza delle procedure o esistono "zone franche" sprovviste di tutela e che il legislatore dovrebbe colmare? E una volta che si dovesse accertare che le tutele esistenti risultano incomplete o insufficienti, verso l'introduzione di quali correttivi sarebbe opportuno orientarsi?

Una seconda osservazione riguarda lo stato della nostra dottrina in ordine al tema che stiamo trattando. Su questo piano bisogna riconoscere che, almeno fino agli anni più recenti, la materia elettorale non ha incontrato nella scienza costituzionale del nostro paese un'attenzione adeguata alla sua importanza. Scarsi sono stati sinora gli studi dedicati ai sistemi elettorali e quasi inesistenti gli studi in tema di procedimento e di giustizia elettorale. La

ragione di questa scarsa attenzione per queste tematiche va probabilmente collegata alla convinzione, in passato molto diffusa, in ordine al carattere strettamente tecnico (o meramente strumentale) di una materia la cui conoscenza poteva essere riservata ai funzionari del Ministero dell'Interno o agli esperti dei partiti.

Bisogna, peraltro, riconoscere che questo stato delle cose ha cominciato a subire un cambiamento a partire dall'inizio degli anni novanta, quando la crisi che è venuta a colpire il nostro sistema politico ha aperto la strada ai referendum elettorali e, successivamente, alla riforma in senso maggioritario delle leggi per le elezioni politiche ai fini della ricerca di un bipolarismo che, nei fatti, non è riuscito a decollare. A partire da questa fase, infatti, sia il mondo della politica che della scienza giuridica hanno cominciato a percepire con sempre maggiore chiarezza il valore ed il peso delle tecniche elettorali non solo ai fini della conformazione di base del sistema politico ma anche ai fini della funzionalità della forma di governo, pur riferita ad un quadro – come il nostro – a costituzione invariata. Si aggiunga anche che la crescente disgregazione del sistema dei partiti cui abbiamo assistito negli ultimi venti anni ha finito per accentuare l'interesse verso il tema della giustizia elettorale in ragione dell'aumentata conflittualità all'interno di organismi che, perdendo la loro originaria coesione, si sono andati sempre più fluidificando.

Questo per quanto riguarda l'esperienza nazionale, caratterizzata, come di consueto, da tratti peculiari.

Ma anche al di là dei nostri confini si è potuto registrare, nel corso degli ultimi anni, un maggiore interesse della scienza giuridica per la materia elettorale in ragione di vicende che hanno investito l'intero spazio delle democrazie occidentali e che si sono manifestate nel crescente distacco dei corpi elettorali dagli apparati di governo, cioè in quella crisi sempre più diffusa che è venuta a colpire gli istituti della rappresentanza. Questa crisi trova le sue radici in tanti fattori che si differenziano da paese a paese, ma che trovano una piattaforma comune nella sostanziale inadeguatezza degli strumenti tradizionali della rappresentanza rispetto alle nuove domande che emergono dalle società contemporanee. Una inadeguatezza che investe naturalmente e in primo luogo il momento elettorale e pone in discussione l'idoneità degli strumenti adottati per misurare il grado di consenso degli elettori verso gli eletti. Anche dalla considerazione di queste tensioni di ordine più generale che stiamo oggi vivendo nasce, dunque, l'esigenza di rafforzare la credibilità dei meccanismi elettorali attraverso una cura maggiore per la loro sicurezza, trasparenza, equità e - per quanto interessa in questa sede – per la loro giustiziabilità.

INTRODUZIONE

LA GIUSTIZIA ELETTORALE

di Pasquale Costanzo

1.

Il mio compito in qualità di Presidente del Gruppo di Pisa è praticamente solo quello di fare gli onori di casa o, forse meglio, d'interpretare la gratitudine di tutte le Socie e i Soci del Gruppo di Pisa nei confronti degli Amici della Facoltà di Giurisprudenza di Firenze che hanno subito accolto con entusiasmo l'idea di organizzare questo Seminario: gratitudine che, ovviamente, va estesa a tutti gli Enti che ne hanno finanziariamente permesso la realizzazione. Dobbiamo ancora all'Università di Firenze la presenza di due presidenti di sessione di rango, l'uno per prestigio istituzionale e scientifico: Enzo Cheli; l'altro, per una rara competenza specifica nella materia, ma al quale, com'è noto, non sono mancate esperienze istituzionali dirette: Carlo Fusaro. Anche ad essi va la gratitudine del Gruppo di Pisa.

Come dicevo, il mio compito è circoscritto anche se, come da programma, mi tocca l'onore e l'onere di una rapida presentazione del tema e degli ospiti stranieri ed italiani che hanno accettato di dare il loro prezioso contributo ai lavori.

Incomincerei, osservando come l'occasione di dibattere il tema della giustizia elettorale sia davvero propizia, data la fase di vigilia di elezioni che ormai stiamo vivendo in Italia, connotata anche da un'infinita serie di tentativi, più o meno meditati, di rinnovare il modo di elezione delle nostre Camere, al quale da più parti sono imputati molti dei guasti che affliggono il sistema e su cui periodicamente anche il Capo dello Stato ha avuto modo di richiamare l'attenzione (ancora nel messaggio di fine anno del 31 dicembre 2012, il Presidente Napolitano ha tenuto a rilevare come "Non si sia, con suo grave rammarico, saputo o voluto riformare la legge elettorale", ritenendo che "per i partiti, per tutte le formazioni politiche, la prova d'appello sia ora quella della qualità delle liste", facendo intendere come si viva in una situazione di pratica sospensione dei fisiologici meccanismi costituzionali, non solo a livello del Governo (definito "strano" dal suo stesso Presidente: cfr. V. M. Monti nel corso del programma televisivo "Che tempo che fa" dell'8 gennaio 2012, ma anche del Parlamento, che verosimilmente, proprio

la mancanza di una legge elettorale adeguata, impedisce di congedare definitivamente.

Tra i progetti in elaborazione, tuttavia, non mi pare di aver da qualche parte riscontrato anche la tensione ad aggiornare gli strumenti della giustizia elettorale politica che la Costituzione quasi 65 anni fa ci ha consegnato (diversamente, com'è noto, qualcosa si è mosso sul piano della giustizia elettorale a livello degli Enti territoriali).

A tale assordante silenzio sul punto fanno, a mio avviso, invece, riscontro esigenze ormai mature di un cambio di rotta, nel quadro, peraltro, di una più soddisfacente osservanza dei principi dello Stato costituzionale anche da parte degli organi della rappresentanza parlamentare, che passa altresì da una riconfigurazione dei regolamenti interni quali vere e proprie fonti dell'ordinamento generale, una compiuta sottoposizione dei bilanci assembleari ad organismi tecnici dotati di terzietà, e una più virtuosa prassi nella gestione delle prerogative parlamentari (si pensi, inoltre, alla problematica dell'autodichia, che ha richiamato l'attenzione anche di Corti sovranazionali: cfr., ad es., le decisioni della Corte EDU rese nei casi *Georgian Labour Party* c. *Georgia*, ric. n. 9103/04 dell'8 luglio 2008; *Grosaru c. Roumanie* - ric. n. 78039/01, del 2 marzo 2010; e *Namat Aliyev c. Azerbaijan* -ric. n. 18705/06 dell'8 aprile 2010).

2.

Del resto, è noto come in tutta l'area europea abbia trovato ormai positivo riscontro l'idea della "naturale allocazione" della giustizia elettorale in capo ad organi dotati di attributi di "terzietà" ed imparzialità rispetto ai controllati proprio in forza di una rinnovata necessità di manutenzione dello Stato di diritto, colmandosi, così, il ritardo rispetto ad altre democrazie elettorali, dove, da tempo risalente, è maturata addirittura l'idea della sussistenza di un "quarto potere dello Stato", appunto quello elettorale. Si pensi, esemplarmente, alle soluzioni adottate, già a partire dalle prime decadi dell'800, da quegli Stati dell'America latina che, nelle loro Carte costituzionali, fecero proprie le idee di Simón Bolívar, il quale, al fine di garantire la democrazia nei nuovi ordinamenti, aveva proposto di affiancare ai tre tradizionali poteri, "il potere morale popolare", vale a dire, il potere cittadino contro la corruzione e l'abuso del potere politico da parte dei rappresentanti del popolo (cfr. il discorso di Bolívar del 25 maggio 1826. Comunque sia, salvo qualche eccezione, nella maggior parte dei Paesi latinoamericani risulta ormai pacifica la competenza di organi di tipo giudiziale a garantire e controllare la regolarità delle elezioni.

Nel Vecchio Continente, ad una simile soluzione è approdato, tra i primi, l'ordinamento inglese: infatti, anche qui (col *Parliamentary Election Act* del 1868), la salvaguardia del potere elettorale dei consociati si è, per così dire,

"allocata" in capo a "giudici" e, per quanto riguarda il versante "tecnico" del "buon" disegno dei collegi, la materia è stata affidata a commissioni elettorali indipendenti (le *Boundary commissions*). L'esperienza britannica ha aperto le porte all'istituzione di commissioni elettorali anche in altri Paesi particolarmente sensibili al problema, tra cui la Germania federale e, da ultimo, la Francia (nell'ambito della riforma costituzionale del 2008).

Per quanto riguarda più propriamente il controllo delle elezioni, è stato, comunque, in tempi relativamente recenti che l'evoluzione dei modelli costituzionali si è orientata verso l'abbandono di quella "tradizione che affonda le sue radici nell'esigenza, propria dei più antichi sistemi rappresentativi, di difendere l'autonomia della rappresentanza elettiva" (v. Corte cost., sent. n. 29 del 2003), e che aveva dato origine alla "verifica parlamentare dei poteri" (di cui, peraltro, ragiona, com'è noto, ancora l'art. 66 della Costituzione italiana). E, ciò, a tutto vantaggio dell'attribuzione – anche da parte di norme di rango costituzionale – del delicato compito di "custodi" delle elezioni (e delle norme elettorali), a seconda dei casi, a Corti costituzionali, giudici amministrativi o ordinari e/o a Commissioni elettorali indipendenti.

3.

Non potendo e non dovendo entrare in ulteriori dettagli in questa mia presentazione, mi si permetta, però, anche nel tentativo di offrire un qualche inquadramento ai lavori, di evidenziare come, in base a questa traiettoria evolutiva, sia possibile enucleare tre "macrocategorie" di sistemi di "controllo delle elezioni", vale a dire:

I. la verifica parlamentare dei poteri:
a) integrale (v. Belgio, Danimarca, Norvegia e Italia);
b) attenuata (v. Paesi bassi e Svezia);

II. il sistema di controllo misto:
a) a prevalenza giudiziaria (v. Germania);
b) a prevalenza parlamentare (v. Finlandia);

III. il controllo giudiziario:
a) da parte di giudici comuni (v. Regno Unito, Spagna e Irlanda);
b) da parte di giudici costituzionali/alte corti (v. Austria; Francia; Polonia; Portogallo; Svizzera e, ancora, Spagna).

In questo quadro, sembra interessante sottolineare come, a parte ordinamenti nei quali la circostanza può essere interpretata come un riflesso storico alla perdurante presenza della monarchia, tra gli ordinamenti in cui ancora

vige la verifica parlamentare dei poteri "integrale", resti solo l'Italia. Non c'è bisogno che ricordi come ciò sia foriero di diversi aspetti problematici che, nel complesso, costituiscono un ostacolo all'ammodernamento del sistema. Ed è da esigenze di approfondimenti pacati e razionali sul punto che ha preso avvio l'organizzazione di questo seminario e l'affidamento del tema a Colleghi di valore quali Marcello Cecchetti, per quanto riguarda il contenzioso preelettorale) e Guido Rivosecchi, per quanto concerne il contenzioso postelettorale).

La verifica parlamentare dei poteri pare, infatti, oggi più che mai inadeguata a rispondere alle aspettative di giustizia ed equità (anche) in ambito elettorale, in ragione, fondamentalmente, del rischio che da istituto diretto alla tutela della integrità delle Assemblee, esso finisca per funzionare come un privilegio personale dei componenti delle stesse Assemblee rappresentative. L'aumento, poi, dovuto probabilmente al venir meno del "collante ideologico", del livello di litigiosità anche nell'ambito di una medesima formazione politica sembra rendere ancora più urgente un'opera di razionalizzazione.

4.

Per diverso profilo, ad acuire ulteriormente il problema della "legalità elettorale" sta – come credo emergerà meglio nel corso dei lavori – la perdurante "resistenza", in Italia, da parte della Corte costituzionale ad intervenire in materia. Occorre, peraltro, ricordare come se è vero che la Consulta non risulti affidataria di una qualche diretta competenza nel settore, difficoltà di non poco momento si frappongano a che essa se ne occupi almeno nell'ambito delle sue ordinarie attribuzioni.

Così, con riguardo al giudizio in via incidentale, problemi di diverso tipo sono riscontrabili sia da un punto di vista procedurale, sia da un punto di vista contenutistico. Traggo queste notazioni soprattutto da un recente approfondito studio critico (cfr. L. Trucco, *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2011, *passim*) al quale anzi rinvio per opportuni approfondimenti sulla nostra esperienza costituzionale.

In estrema sintesi, può dirsi che il giudice costituzionale, a partire dai primi anni Sessanta, ha invece consolidato una giurisprudenza che, prendendo atto di come la Costituzione "nulla disponga al riguardo", ha ignorato la lettura sostanzialistica ed espansiva dell'art. 48 Cost. proposta da autorevole dottrina già nel corso degli anni Cinquanta, a favore di una posizione attenta soprattutto alla salvaguardia dell'aspetto formale del principio d'eguaglianza del voto.

Dico questo perché, al di là dell'Atlantico, si è invece preso progressivamente coscienza di come, l'unica via percorribile per porre un qualche rimedio a certi guasti del sistema e della pratica elettorale fosse quella del ricorso all'autorità giudiziaria per violazione del principio dell'eguale protezione delle leggi (cfr. Corte Suprema americana, *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186

- 1962, e, in modo più deciso sia *Wesberry v. Sanders*, 376 U.S. 1 - 1964; sia *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 - 1964). Tale giurisprudenza non ha mancato di trovare ulteriori occasioni di consolidamento, tanto da portare, ancora in tempi recenti, la dottrina a segnalare come la posizione della Corte suprema sia «quella di richiedere agli Stati che la definizione dei distretti congressuali sia la più vicina possibile alla piena realizzazione della eguaglianza di peso del voto».

5.

Tornando all'esperienza europea, tra le giurisdizioni più sensibili al tema della legalità costituzionale elettorale vi è il Tribunale costituzionale tedesco e il Consiglio costituzionale francese: ciò che motiva la partecipazione a questo studio di Martin Morlok dell'Università di Düsseldorf e di Bernard Maligner del CNRS di Parigi. In proposito, senza voler invadere il campo dei nostri esperti stranieri, può brevemente osservarsi come in Germania l'art. 41 della Legge fondamentale, dopo aver disposto che "La verifica delle elezioni spetta al Bundestag" e che spetta parimenti al Bundestag "constatare la perdita della qualità di deputato da parte di uno dei suoi membri" (comma 1), preveda, altresì, che "Contro la decisione del Bundestag è ammesso il ricorso al Tribunale costituzionale federale" (comma 2).

Su questa base il Tribunale costituzionale federale ha avuto modo già da tempo di pronunciarsi su aspetti concernenti il sistema elettorale politico: si pensi, esemplarmente, alle questioni generate dal meccanismo dei c.d. *Überhangmandaten (*cfr., ad es., BVerfG, dec. del 10 aprile 1997 - 2 BvC 95/335), essendo interessante è notare come sia stato proprio il problematico risultato derivante dall'applicazione di meccanismi di tipo matematico a interrompere quell'attitudine di *self-restraint* che aveva ispirato buona parte del "filone elettorale" della giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco stesso. È stato, pertanto, su questa base che, con la sentenza del 3 luglio 2008, è stata dichiarata l'incostituzionalità della legge elettorale nella parte in cui rendeva possibile il presentarsi del "paradosso del pregiudizio da aumento del consenso", per cui «*soweit hierdurch ermöglicht wird, dass ein Zuwachs an Zweitstimmen zu einem Verlust an Sitzen der Landeslisten oder ein Verlust an Zweitstimmen zu einem Zuwachs an Sitzen der Landeslisten führen kann*» (cfr. BVerfG, dec. 3 luglio 2008 - 2 BvC 1/07-2 BvC 7/07). Per diverso profilo, lo stesso giudice costituzionale tedesco ha avuto modo di pronunciarsi sulle più aggiornate modalità di voto, ossia quello elettronico, concludendo per l'incostituzionalità della previsione normativa: «*Die Bundeswahlgeräteverordnung ist jedoch verfassungswidrig, weil sie nicht sicherstellt, dass nur solche Wahlgeräte zugelassen und verwendet werden, die den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen des Grundsatzes der Öffentlichkeit genügen*» (cfr. BVerfG, dec. 3 marzo 2009 - 2 BvC 3/07 - 2 BvC 4/07).

In Francia, di cui ognuno conosce la drammatica esperienza dell'espulsione dei deputati *"poujadistes"* a seguito delle elezioni legislative del 1956, vige, previsto dalla successiva Costituzione della Quinta Repubblica, il controllo delle elezioni da parte del Consiglio costituzionale. Gli artt. da 58 a 60 della Costituzione affidano, infatti, ad esso i compiti di:

- vigilare sulla regolarità dell'elezione del Presidente della Repubblica, esaminarne i ricorsi e proclamare i risultati dello scrutinio (art. 58);
- decidere, in caso di contestazione, sulla regolarità delle elezioni dei deputati e dei senatori (art. 59); e
- verificare la regolarità delle operazioni referendarie e proclamarne i risultati (art. 60).

Rileva, inoltre, anche il fatto che il Consiglio abbia avuto occasione di intervenire sul tema delle elezioni, non solo come giudice elettorale, ma anche come giudice costituzionale con una giurisprudenza che ha preso le mosse già dalla decisione capostipite 85-196 DC, in cui il *Conseil* censurò il *découpage* operato in Nuova-Caledonia per l'elezione del *Congrès du Territoire,* ritenendo che non garantisse una sufficiente "rappresentatività" della relativa assemblea (cfr. CC, dec. 85-196 DC, dell'8 agosto 1985), anche se è vero che in una successiva decisione del 2 luglio 1986, concernente il *découpage* per le elezioni politiche, il Consiglio, nel riaffermare la centralità della regola di carattere generale di proporzionalità tra elemento demografico e seggi assegnati alle diverse circoscrizioni elettorali, è parso abbracciare una posizione maggiormente pragmatica (cfr. CC, dec. n. 86-208 DC, del 2 luglio 1986). Il *Conseil* si è, infine, anche pronunciato sul principio d'intellegibilità del sistema elettorale, ritenendo imprescindibile un'attenta e scrupolosa opera di informazione e comunicazione pubblica sui meccanismi elettorali e sulle loro possibili implicazioni (cfr. CC, dec. n. 3-468 DC, del 2 aprile 2003).

6.

L'interrogativo che si pone è se il nostro giudice costituzionale potrebbe, al pari dei suoi equivalenti europei intervenire anche per la tutela (almeno) del nucleo essenziale dell'eguale valenza del voto sul piano sostanziale.

A favore di questa chiave di lettura, potrebbero allegarsi talune, sia pur sporadiche, affermazioni della Corte: come quella che chiarisce che l'eguaglianza del voto sarebbe compromessa da sistemi in vigenza dei quali "i suffragi dati a chi è risultato poi non eletto" risultassero avere «minor valore di quelli dati agli altri» (cfr. Corte cost. n. 6 del 1963).

Soprattutto, di interesse è quella giurisprudenza costituzionale che è giunta a proferire veri e propri moniti al legislatore elettorale, proprio dando maggiore rilievo al versante sostanziale del principio di eguaglianza di voto ed

alle interrelazioni intrattenute tra questo e il principio di libertà di suffragio latamente considerato. Ci riferiamo a quelle pronunce che hanno ammesso la possibilità per le formazioni partitiche (*ex* art. 49 Cost.) di designare propri candidati «al fine di meglio garantire la realizzazione di quelle linee programmatiche che esse sottopongono alla scelta del corpo elettorale», riconoscendo loro anche il «potere» di eventualmente «indicare l'ordine di presentazione delle candidature». A patto, tuttavia, che, in questi casi, l'elettore resti «pur sempre libero e garantito nella sua manifestazione di volontà, sia nella scelta del raggruppamento che concorre alle elezioni, sia nel votare questo o quel candidato incluso nella lista prescelta, attraverso il voto di preferenza» risultandone, altrimenti, compromessa «la libertà di voto del cittadino» (v. Corte cost. n. 203 del 1975).

Di particolare rilievo è, poi, la circostanza per cui la valorizzazione dei profili di ordine sostanziale del voto ha portato la Corte a mostrarsi refrattaria nei confronti di forme di vantaggio nella presentazione delle candidature in ragione di talune caratteristiche dei candidati stessi. Così, in quest'ordine di idee, la Corte è arrivata a censurare la normativa degli anni Novanta, che stabiliva che "Nelle liste dei candidati nessuno dei due sessi [potesse] essere di norma rappresentato in misura superiore a due terzi" (*ex* art. 5, comma 2, ultimo periodo, della legge 25 marzo 1993, n. 81). Secondo il giudice costituzionale, infatti, questo tipo di misura, lungi dal manifestare un intento (innocuo) favorevole alla "rimozione" degli ostacoli frapposti al conseguimento di determinati risultati elettorali per certe categorie di elettori (individuati per sesso), avrebbe finito per immediatamente attribuire a tali categorie i risultati auspicati, incidendo «direttamente sul contenuto stesso di quei medesimi diritti, rigorosamente garantiti in egual misura a tutti i cittadini in quanto tali», in violazione, perciò, degli artt. 48 e 51 della Costituzione (cfr. Corte cost. n. 422 del 1995). Per quanto criticabile, infatti, a tale giurisprudenza, può essere riconosciuto il merito di aver avuto una certa lungimiranza, creando un qualche spazio a possibili interventi della Corte stessa – cfr., ad es., la sent. n. 4 del 2010 – in un ambito (quello concernente la composizione delle liste, tale da non agevolare una qualche prefigurazione dei risultati dell'elezione) che, come s'è cercato qui quanto meno di segnalare ora come allora, registra il dominio pressoché incontrastato del legislatore, ossia delle forze politiche).

Vero è che la pronuncia in questione è risultata superata dalla revisione costituzionale del 2001, di cui la Corte non ha esitato a prendere atto (cfr. Corte cost. n. 196 del 2003); tuttavia, nella ridetta pronuncia della Corte n. 4 del 2010, è riaffiorata la preoccupazione per i rischi che la messa a punto di misure "coattive oltre che promozionali" sulla composizione delle liste può comportare per l'imparzialità del risultato elettorale.

Insomma, la quantità, la varietà e l'importanza primordiale delle problematiche connesse alle elezioni giustificano che anche in questa sede sia ribadi-

to l'auspicio di un rinnovamento, che, per essere davvero tale, deve riguardare anche la giustizia elettorale, nella stessa linea evolutiva, del resto, già accennata per le elezioni locali, da quando almeno la stessa Corte costituzionale ebbe a ravvisare l'incostituzionalità del sistema di verifica delle elezioni agli stessi consigli elettivi interessati, in quanto privo di garanzie per l'imparzialità del giudicante (cfr.. Corte cost., sent. n. 93 del 1965).

PARTE I

IL CONTENZIOSO PRE-ELETTORALE

RELAZIONI

IL CONTENZIOSO PRE-ELETTORALE NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE ITALIANO

di Marcello Cecchetti

Sommario: 1. Premesse generali e delimitazione del campo di indagine. – 2. Schema di esposizione. – 3. PARTE I. Le situazioni soggettive, i princìpi e i valori di rilievo costituzionale che fondano l'esigenza di una tutela "pre-elettorale" di tipo giurisdizionale. – 3.1. Le situazioni soggettive sostanziali connesse con la formazione e l'investitura a suffragio universale diretto degli organi politici. – 3.2. I diritti "inviolabili" e i princìpi costituzionali in tema di tutela giurisdizionale. – 3.3. I valori costituzionali "obiettivi" sottesi agli strumenti di "giustizia pre-elettorale". – 4. PARTE II. I principali approdi della giurisprudenza costituzionale in tema di "giustizia pre-elettorale". – 4.1. La sentenza n. 236 del 2010 quale "pietra angolare" di portata generale. – 4.2. La "scelta" della Corte di pronunciarsi nel merito delle questioni sollevate dal Giudice rimettente e i principali "dicta" della sentenza n. 236 del 2010. – 4.3. La sentenza n. 84 del 2006: il valore obiettivo della «genuinità della competizione elettorale» e le esigenze di emersione immediata delle cause di ineleggibilità e di incandidabilità in sede di presentazione delle candidature. – 4.4. La sentenza n. 259 del 2009 e l'apertura allo "scorporo" della tutela pre-elettorale dalla verifica dei poteri spettante alle Camere in base all'art. 66 Cost. – 5. PARTE III. Il vigente sistema di "giustizia pre-elettorale" alla luce del quadro costituzionale. – 5.1. L'art. 129 del Codice del processo amministrativo quale unico esempio di disciplina positiva volta a garantire una tutela giurisdizionale "pre-elettorale" in senso proprio. – 5.1.1. La versione originaria dell'art. 129 e le sue principali criticità. – 5.1.2. La versione attuale dell'art. 129 dopo l'intervento correttivo del d.lgs. n. 160 del 2012. – 5.1.3. Le ulteriori lacune: il problema dell'incidente di falso alla luce della sentenza n. 304 del 2011 della Corte costituzionale e l'assenza di una disciplina speciale per l'accesso al giudizio di costituzionalità. – 5.2. La giurisdizione del Giudice ordinario in tema di ineleggibilità originaria nelle elezioni comunali, provinciali, regionali ed europee: un modello di tutela giurisdizionale esclusivamente "post-elettorale". – 5.3. La "giustizia elettorale" nelle elezioni delle Assemblee parlamentari: l'assoluta assenza di una qualunque tutela "pre-elettorale". Ragioni e possibili rimedi.

1. Premesse generali e delimitazione del campo di indagine

Il tema che si affronta ha un titolo decisamente inedito, frutto evidente di una evoluzione ordinamentale che solo in tempi assai recenti ha progressivamente portato all'attenzione l'esigenza costituzionalmente insopprimibile di un sindacato giurisdizionale concernente i procedimenti elettorali che risulti attivabile ed esauribile prima dello svolgimento delle votazioni, conducendo il legislatore nazionale all'introduzione – pur ancora con gravi lacune e numerose aporie e incertezze, come si vedrà – di un apposito rito speciale nell'ambito del nuovo Codice del processo amministrativo (c.p.a.) adottato con il d.lgs. n. 104 del 2010.

La novità del tema impone alcune precisazioni preliminari atte ad offrire una sufficiente delimitazione del campo di indagine e a consentire altresì di individuare, almeno nei suoi tratti fondamentali, la prospettiva della riflessione che qui si intende proporre.

In primo luogo, nell'ambito di una iniziativa scientifica dedicata alla "*giustizia elettorale*", è del tutto evidente la prioritaria necessità di chiarire i confini della "*materia elettorale*" che si vuole prendere in considerazione.

A tale riguardo, pare inevitabile prendere le mosse dalle norme costituzionali che riconoscono il diritto di elettorato attivo (art. 48 Cost.) e il diritto di elettorato passivo (art. 51 Cost.), nonché dalle altre norme (costituzionali e non) che stabiliscono e disciplinano l'elezione a suffragio universale diretto delle Camere del Parlamento nazionale, dei Presidenti e delle Assemblee regionali, dei Presidenti di Provincia e dei Consigli provinciali, dei Sindaci e dei Consigli comunali e, infine, dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia. La riflessione che segue, pertanto, si concentrerà sul solo "diritto elettorale" che regola le elezioni a suffragio universale diretto, secondo una considerazione unitaria di tale "materia" quale declinazione immediata del principio supremo di sovranità popolare di cui all'art. 1 Cost., che si esprime, nelle sue più evidenti epifanie, per il tramite dei diritti di elettorato attivo e passivo riconosciuti direttamente negli artt. 48 e 51 Cost.

All'interno della "*materia elettorale*" così individuata, si pone l'ulteriore necessità di adottare – quantomeno in via meramente stipulativa e contingente – un significato dell'aggettivo "*pre-elettorale*" sufficientemente delimitato ed obiettivo, come tale idoneo ad escludere, da un lato, l'ambito che possa considerarsi naturalmente riservato al c.d. "*contenzioso post-elettorale*"[1], dall'altro, a disporre con certezza di un *dies a quo* a partire dal quale vengono alla luce, con le loro specificità, le esigenze proprie di una tutela "*pre-elettorale*".

A tal fine, sembra possibile fare riferimento alla nozione di «*procedimento preparatorio per le elezioni*», che trova positivo riscontro nell'ordinamento italiano sia nella disciplina di cui al d.P.R. n. 361 del 1957 (recante il t.u. delle norme per l'elezione della Camera dei deputati) sia all'interno dell'art. 129 c.p.a. e che è stata utilizzata espressamente dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 236 del 2010, la quale – come si vedrà più avanti – l'ha distinta dalla nozione di «*procedimento elettorale*» in senso stretto, «*comprendente le operazioni elettorali* [ossia, in definitiva, la fase delle votazioni propriamente intese] *e la successiva proclamazione degli eletti*». In altri termini, almeno ai fini della riflessione che si intende prospettare in questa sede, nell'aggettivo "*pre-elettorale*" ci si propone di ricomprendere esclusivamente la fase procedimentale che va dalla indizione delle elezioni e dalla relativa convocazione dei comizi elettorali fino allo svolgimento delle votazioni; rimarranno,

[1] Su cui si rinvia all'ottimo e analitico saggio di G. Rivosecchi, *Il contenzioso post-elettorale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *questo volume*.

pertanto, escluse dalla trattazione che segue sia le questioni e le esigenze di tutela che possano sorgere prima della indizione delle elezioni (ad esempio, a proposito della revisione periodica delle liste elettorali di cui al t.u. n. 223 del 1967[2]), sia quelle che abbiano ad oggetto la regolarità delle operazioni di voto e di scrutinio che conducono all'atto di proclamazione degli eletti.

Un'altra precisazione lessicale è opportuna, parendo preferibile – rispetto al concetto di "*contenzioso pre-elettorale*", che dà il titolo a questo saggio e che potrebbe evocare la trattazione dei problemi concernenti un sistema di risoluzione delle controversie (che sorgano in questa fase) già esistente, compiuto e funzionante – quello di "*giustizia pre-elettorale*" o, ancor meglio, di "*tutela pre-elettorale*", il quale sembra corrispondere in termini senz'altro più idonei all'esigenza di rappresentare le lacune e le incongruità dell'attuale stato dell'ordinamento italiano, focalizzando l'attenzione *in primis* sulle esigenze astratte di "tutela" coinvolte nella fase "*pre-elettorale*" e sugli strumenti necessari a soddisfarle, per poi valutare quali possano essere gli auspicabili interventi di riforma in senso correttivo, integrativo o finanche radicalmente innovativo del quadro positivo vigente.

Da queste precisazioni discende la premessa fondamentale da cui sembra inevitabile muovere: una "*tutela pre-elettorale*" in senso proprio è configurabile solo in presenza di un sistema di azioni e di rimedi – qualificabili, per il momento, di tipo latamente "giustiziale" – che consenta di assicurare, nei limiti del possibile, la garanzia di legittimità e regolarità della fase preparatoria del procedimento elettorale e la risoluzione in via definitiva delle controversie che possano insorgere in questa fase, mediante una decisione pubblica che intervenga prima dello svolgimento delle operazioni di voto e che risulti, sempre per quanto possibile, inoppugnabile successivamente a queste ultime.

2. Schema di esposizione

Assumendo tali premesse quali altrettanti punti di partenza e volendo concentrarsi sul "cuore" dei principali problemi di diritto costituzionale che connotano l'attuale sistema italiano di "*tutela pre-elettorale*", è parso opportuno evitare una esposizione che ripercorresse storicamente le tappe che, nei diversi contesti di riferimento, hanno caratterizzato la complessa evoluzione normativa sul tema, nonché le prassi giurisprudenziali e il dibattito dottrinale – non amplissimo, per la verità – che le ha inevitabilmente accompagnate.

Si è scelto, contrariamente alla letteratura tradizionale, di invertire l'ordine dei fattori, facendo precedere all'analisi del vigente sistema di tutela la

[2] Sulla disciplina del contenzioso in materia di iscrizione nelle liste elettorali contemplata negli artt. art. 42 ss. del t.u. n. 223 del 1967, anteriormente alla riforma di cui agli artt. 24 e 34, comma 28, del d.lgs. n. 150 del 2011, si veda, ad es., N. Saitta, *I giudizi elettorali*, II ed., Milano, Giuffrè, 2010, 165 ss.

ricostruzione del "parametro costituzionale" da prendere in considerazione. Di qui la suddivisione del ragionamento che sarà sviluppato nelle pagine che seguono in tre parti distinte:

– una prima parte, dedicata ad individuare, in astratto e in via generale, il quadro delle situazioni soggettive, dei princìpi e dei valori di rilievo costituzionale che vengono necessariamente in gioco in relazione alle fasi e agli atti dei procedimenti elettorali anteriori allo svolgimento delle operazioni di voto;
– una seconda parte, dedicata ad illustrare gli approdi più significativi cui è giunta la giurisprudenza costituzionale più recente nella ricostruzione del predetto quadro di riferimento e nella indicazione di alcuni "punti fermi" atti ad orientarne la concreta implementazione nel sistema;
– una terza parte, infine, nella quale saranno valutati, alla luce del parametro costituzionale appena ricostruito, gli strumenti e i meccanismi di "*tutela pre-elettorale*" attualmente disponibili in base al diritto vigente nell'ordinamento italiano e, in controluce, le perduranti lacune e criticità che lo connotano. Nel far ciò, sarà data priorità all'unico sistema di "*tutela pre-elettorale*" in senso proprio formalmente presente nell'ordinamento italiano: quello introdotto nell'art. 129 del c.p.a., sia nella versione originaria del d.lgs. n. 104 del 2010 sia in quella da ultimo "corretta" con il d.lgs. n. 166 del 2012 e applicabile parimenti alle elezioni regionali, provinciali, comunali e oggi anche del Parlamento europeo, per poi rivolgere lo sguardo al sistema di tutela affidato alla giurisdizione del giudice ordinario per le suddette elezioni (come modificato dal d.lgs. n. 150 del 2011), mentre solo da ultimo sarà affrontato il problema della lacuna – assoluta e, allo stato, ancora del tutto irrisolta – concernente la "*tutela pre-elettorale*" nelle elezioni delle Camere parlamentari.

3. – PARTE I

LE SITUAZIONI SOGGETTIVE, I PRINCÌPI E I VALORI DI RILIEVO COSTITUZIONALE CHE FONDANO L'ESIGENZA DI UNA TUTELA "PRE-ELETTORALE" DI TIPO GIURISDIZIONALE

3.1. Le situazioni soggettive sostanziali connesse con la formazione e l'investitura a suffragio universale diretto degli organi politici

È innegabile, come si è già fatto cenno, che tutta la materia delle elezioni a suffragio universale e diretto che assicurano l'investitura e la formazione degli organi politici trovi fondamento imprescindibile nelle situazioni

soggettive del *diritto di elettorato attivo* e del *diritto di elettorato passivo* riconosciuti e garantiti, rispettivamente, dagli artt. 48 e 51 della Carta costituzionale, da considerare quali altrettanti "diritti soggettivi *fondamentali* e *inviolabili*" in quanto espressione diretta del supremo principio democratico sancito dall'art. 1 Cost.

Che ai "diritti politici" di elettorato attivo e passivo debbano essere riconosciuti oggi, nel vigore della Costituzione repubblicana, i caratteri (e il correlato statuto giuridico) della *fondamentalità* e della *inviolabilità* non può essere ormai seriamente contestato.

Da oltre un ventennio la giurisprudenza costituzionale si è attestata su simili qualificazioni dei diritti politici, sia sul versante attivo che sul versante passivo, facendo più volte espresso riferimento ai «*diritti fondamentali di elettorato attivo e passivo*»[3], nonché, più precisamente, al «*diritto inviolabile di ciascun cittadino di concorrere all'elezione dei propri rappresentanti politici e di partecipare in condizioni di eguaglianza all'accesso alle cariche pubbliche elettive*»[4]. Fin troppo nota, del resto, è la giurisprudenza che il Giudice delle leggi ha dedicato specificamente alla ricostruzione dello statuto costituzionale del diritto di elettorato passivo a partire dalla sentenza "capostipite" n. 235 del 1988, secondo la quale esso è «*un diritto politico fondamentale che l'art. 51 Cost. riconosce e garantisce a ogni cittadino con i caratteri propri dell'inviolabilità (ex art. 2 Cost.). Si tratta, pertanto, di un diritto che, essendo intangibile nel suo contenuto di valore, può essere unicamente disciplinato da leggi generali, che possono limitarlo soltanto al fine di realizzare altri interessi costituzionali altrettanto fondamentali e generali, senza porre discriminazioni sostanziali tra cittadino e cittadino, qualunque sia la regione o il luogo di appartenenza. Questo vincolo costituzionale, comune a tutti i "diritti dell'uomo e del cittadino" di carattere inviolabile, trova una precisa espressione, riguardo alla materia in questione, nella riserva di legge rinforzata posta dall'art. 51 Cost., in virtù della quale il legislatore è tenuto ad assicurare che il diritto di elettorato passivo sia goduto da ogni cittadino "in condizioni di eguaglianza"*»[5]; e proprio la qualificazione dell'elettorato passivo come «*diritto politico fondamentale*» riconducibile alla sfera dei «*diritti inviolabili di cui all'art. 2 della Costituzione*», oltre che «*aspetto essenziale della partecipazione dei cittadini alla vita democratica*», costituisce il dato più ricorrente (e giammai smentito) di tutta la giurisprudenza successiva[6].

[3] Così, da ultimo, la sentenza n. 4 del 2010, par. 3.3 del *Considerato in diritto*; identica espressione, declinata al singolare, è reperibile già nella sentenza n. 539 del 1990, par. 2 del *Considerato in diritto*.

[4] Così la sentenza n. 344 del 1993, par. 5 del *Considerato in diritto*.

[5] Così il par. 2 del *Considerato in diritto* (ma cfr. anche il par. 4).

[6] Al riguardo, si vedano la sentenza n. 571 del 1989, par. 2.2 del *Considerato in diritto*; la sentenza n. 539 del 1990, par. 2 del *Considerato in diritto*; la sentenza n. 344 del 1993, parr. 4 e 5 del *Considerato in diritto*; la sentenza n. 422 del 1995, par. 6 del *Considerato in diritto*; la

È difficile non scorgere in questi approdi giurisprudenziali l'eco della riflessione sulle "libertà politiche" di Antonio Baldassarre, non a caso redattore materiale sia della sentenza n. 235 del 1988 sia della sentenza n. 344 del 1993. È a questo Autore, infatti, come efficacemente dimostrano i più recenti e argomentati studi in materia di "diritti elettorali"[7], che si deve la definitiva riconduzione delle libertà politiche al principio della "personalità totale" che scaturisce dal valore riconosciuto alla "libertà-dignità" della persona umana nella sua interezza e nella sua individualità, quale nucleo immodificabile del patto costituzionale su cui si fonda l'unità statale repubblicana e la forma di stato democratico-pluralista[8], con la conseguenza di dover attribuire anche a tali "libertà positive" la qualifica di «*diritti fondamentali*» e, in specie, di «*diritti inviolabili originari o diritti inviolabili in senso stretto*» in quanto annoverabili addirittura tra quelle «*condizioni logicamente necessarie*» della democrazia costituite dal «*nucleo categoriale originario costitutivo del concetto stesso di persona*»[9].

Il riconoscimento dei "diritti elettorali" quali veri e propri princìpi supremi fondanti lo Stato costituzionale e la sua forma repubblicano-democratica si colloca, evidentemente, sulla scia della concezione crisafulliana della sovranità popolare di cui all'art. 1 Cost., intesa come "sovranità frazionata" attribuita al popolo non come unità indivisibile ma come insieme dei singoli cittadini a ciascuno dei quali spetta il diritto di partecipare e concorrere, direttamente o indirettamente, «*a formare la volontà suprema governante nella Repubblica italiana*», «*con la propria volontà e perseguendo il proprio orientamento politico*»[10].

Ma ciò che più merita di essere sottolineato in questa sede è il fatto che la nuova ricostruzione teorizzata da Baldassarre – e poi fatta propria dal Giudice costituzionale – pone definitivamente e radicalmente in crisi le impostazioni tradizionali di matrice liberale-ottocentesca fondate sulla dogmatica statualistica e la teorica dei diritti pubblici subiettivi (secondo la quale i "diritti elettorali" si configuravano come situazioni giuridiche soggettive consistenti nella pretesa all'esercizio di una funzione propria dello Stato-persona e rivolta alla regolare "provvista" dei suoi organi)[11], opponendosi nettamente, peraltro, anche ai più

sentenza n. 141 del 1996, parr. 3 e 5 del *Considerato in diritto*; la sentenza n. 160 del 1997, parr. 3 e 4 del *Considerato in diritto*; la sentenza n. 49 del 2003, par. 3.1 del *Considerato in diritto*; la sentenza n. 288 del 2007, par. 3 del *Considerato in diritto*; la sentenza n. 25 del 2008, parr. 4.1 e 6 del *Considerato in diritto*; l'ordinanza n. 291 del 2011.

[7] Cfr. E. Lehner, *Le garanzie dei diritti elettorali*, Roma, ARACNE, 2012, spec. 10 ss.

[8] Cfr. A. Baldassarre, *Libertà I) Problemi generali*, in *Enc. Giur.*, vol. XXI, Roma, Ist. Enc. It., 1990, spec. 20.

[9] Cfr. A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur.*, vol. XI, Roma, Ist. Enc. It., 1989, spec. 23, ma anche 17.

[10] Cfr. V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari)*, in *Rass. Giuliana di dir. e giurispr.*, 1954, e in *Scritti giuridici in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, Padova, CEDAM, 1957, I, 407 ss., ripubblicato in Id., *Stato, Popolo, Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985, 89 ss, spec. 111 e 122.

[11] Cfr., al riguardo, l'ottima sintesi di E. Lehner, *I diritti elettorali fra garanzie politi-*

recenti tentativi di recuperare e valorizzare – ancorché per vie e con esiti diversi – la dimensione "funzionale" di tali diritti, seppure non più rispetto all'interesse dello Stato-persona ma rispetto all'interesse pubblico o della collettività[12].

In un simile contesto di riferimento, sono di palmare evidenza le profonde implicazioni che la *fondamentalità* e la *inviolabilità* dei diritti di elettorato attivo e passivo sono in grado di assumere in relazione all'intera problematica della "giustizia elettorale", compresa, in particolare e per quanto qui di più immediato rilievo, la fase del «*procedimento preparatorio per le elezioni*». Proprio grazie alla qualificazione (e al relativo statuto giuridico-costituzionale) che connota i diritti elettorali, infatti, è inevitabile ammettere che gli istituti della "giustizia elettorale" debbono corrispondere ad una esigenza di importanza

che e garanzie giurisdizionali, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, vol. III, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, spec. 2151 ss., con ricchezza di riferimenti bibliografici. Tra i più fedeli epigoni della dogmatica statualistica tradizionale nella giuspubblicistica più recente, si vedano, almeno, C. Mignone, *Giustizia elettorale amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1979, *passim* e spec. 14, 25 e 225-235, secondo il quale tutto il procedimento elettorale e tutta la giustizia elettorale ruoterebbero intorno all'obiettivo fondamentale di garantire l'interesse pubblico alla regolare copertura e composizione degli organi elettivi, con conseguente drastica *deminutio* della natura, del peso e degli strumenti di tutela delle posizioni soggettive e degli interessi ascrivibili tanto all'elettorato attivo quanto all'elettorato passivo, nonché F. Cintioli, *L'azione popolare nel contenzioso elettorale amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 329 ss., spec. 346 ss., il quale, sul presupposto che «*l'elettorato attivo si consuma con la manifestazione del voto*», sostiene *apertis verbis* l'infrazionabilità dell'«*interesse dello Stato*» e la configurazione dell'azione popolare elettorale come strumento di tutela di un «*interesse collettivo alla regolarità di tali operazioni*», potenzialmente ascrivibile allo stesso "Stato-apparato".

[12] Cfr. le tesi, da un lato, di A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, II ed., Padova, CEDAM, 1999, spec. 40-41, dall'altro, di F. Lanchester, *Voto (diritto di): Diritto pubblico*, in *Enc. Dir.*, vol. XLVI, Milano, Giuffrè, 1993, 1107 ss., spec. 1119 ss. *Contra*, si veda espressamente A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, cit., 17, secondo il quale la distinzione tra diritti individualistici e diritti funzionali, «*assumendo come soggetto della libertà l'individuo "isolato" e identificando perciò la "costrizione" con la relazione sociale, (…) stravolge l'idea dei Costituenti, per la quale invece la persona è prima di tutto relazione sociale e costruttore di "mondi", a favore della concezione che gli stessi Padri Fondatori intendevano superare: quella della libertà meramente negativa e dei diritti puramente individualistici come unici contrassegni di valore della persona umana*». L'illustre A. aggiunge significativamente che un diritto involabile riconosciuto dalla Costituzione repubblicana può essere considerato "funzionale" solo «*in senso strategico*», ossia nel senso «*che il suo riconoscimento e lo svolgimento più pieno del suo contenuto di libertà condizionano la possibilità di esistenza di un valore di pari grado (democrazia), ne costituiscono la premessa logica, senza che perciò il diritto stesso risulti minimamente condizionato nel suo contenuto (l'esempio più tipico di tale accezione è costituito dal diritto di voto, la cui funzionalità strategica, in una democrazia, sta appunto nella sua più piena libertà). È chiaro che solo in quest'ultimo significato i diritti fondamentali attribuiti agli uomini* uti socii *o* uti cives *possono definirsi "funzionali" in base alla nostra Costituzione: perché, se così non fosse, essi cesserebbero automaticamente di essere considerati, come invece dev'essere, valori primari o supremi*».

davvero "vitale", che tocca l'essenza stessa di un ordinamento democratico e, pertanto, debbono assumere la precipua funzione (ancorché non l'unica, come si vedrà) di assicurare la massima garanzia e la massima tutela possibile *in primis* delle situazioni soggettive individuali facenti capo ai *diritti* di elettorato attivo e passivo di cui agli artt. 48 e 51 Cost., quali altrettanti "pilastri" su cui si regge il principio supremo della sovranità popolare[13].

Al momento si può prescindere dalla dibattutissima e irrisolta questione – di cui sarà dato conto più avanti – se a tutte le diverse e specifiche situazioni soggettive riconducibili ai due "principali" diritti elettorali debba essere inesorabilmente riconosciuta la natura di "diritti soggettivi" o se, viceversa, debba (o possa) ammettersi anche la configurabilità di "interessi legittimi"[14]; quel che pare innegabile, però, e che pertanto può costituire un solido punto di partenza nella riflessione circa le "prestazioni" che un serio sistema di giustizia elettorale dovrebbe fornire, è il fatto che i due "diritti principali", proprio in ragione della loro natura di diritti *fondamentali* e *inviolabili* secondo quanto fin qui si è detto, presentano inevitabilmente contenuti plurimi e assai variegati, articolandosi in una vasta serie di interessi sostanziali (e relative facoltà) di natura pretensiva e oppositiva, tutti parimenti giuridicamente rilevanti e meritevoli di tutela, in quanto comunque fondati sulle comuni matrici dell'art. 48 e dell'art. 51 Cost. Tra questi interessi, con specifico riferimento alla fase "preparatoria" del procedimento elettorale, si possono (solo esemplificativamente) indicare i seguenti:

a) sul versante dell'elettorato attivo, l'interesse dell'elettore a non pronunciarsi inutilmente o invano e, dunque, a pronunciarsi in relazione ad una "offerta elettorale" che, oltre a garantire adeguati margini di scelta, abbia

[13] In termini pienamente conformi a questa logica, si vedano le ricostruzioni del fondamentale istituto dell'azione popolare offerte da L. Paladin, *Azione popolare*, in *Noviss. Dig, It.*, vol. II, Torino, UTET, 1958, 88 ss., spec. 90, e da D. Borghesi, *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, Milano, Giuffrè, 1979, *passim*, spec. 92-94, 106, entrambi palesemente ispirati dal pensiero di Vezio Crisafulli. Per il primo, «*qualora si segua l'interpretazione più consona alla lettera della norma costituzionale [l'art. 1 Cost.], facendo del popolo e non dell'organizzazione statale il punto giuridico di riferimento dei poteri sovrani, dovrebbe risultare con chiarezza come l'attore popolare non si sostituisca nella tutela di un diritto altrui, essendo invece il vero titolare di quel diritto, che da lui viene fatto valere in giudizio*». Per il secondo, ancora più puntualmente e diffusamente, considerata la configurabilità in capo all'elettore di una situazione sostanziale individuale di diritto soggettivo propriamente inteso e immediatamente riconducibile agli artt. 1 e 48 Cost. (con conseguente necessità di assorbire l'intero contenzioso elettorale nella sfera della giurisdizione ordinaria), l'azione popolare elettorale assume la specifica funzione di strumento di tutela giurisdizionale proprio del diritto dell'elettore ad «*esser rappresentati da chi per legge e secondo il risultato delle elezioni ha diritto a farlo*». Il tema è ampiamente approfondito e sviluppato, anche nelle sue implicazioni sistemiche, nei pregevoli studi di E. Lehner, fra i quali, da ultimo, cfr. *Azione popolare e giustizia elettorale*, in *questo volume*.

[14] Sul punto, cfr., *infra*, par. 5.1.1, spec. note 101 e 102.

i connotati della legittimità (quanto ai presupposti) e della "potenziale" stabilità (in quanto regolarmente formatasi); l'interesse dell'elettore a fare pieno e libero uso di tutte le plurime facoltà di partecipazione attiva riconosciutegli nel procedimento preparatorio delle elezioni (sottoscrizione di liste, presentazione di candidati e di simboli, etc.);

b) sul versante dell'elettorato passivo, l'interesse a candidarsi nel rispetto dei «*requisiti stabiliti dalla legge*» e a partecipare ad una competizione regolare, misurandosi con candidati parimenti legittimati *ab origine* ad occupare spazi di campagna elettorale; l'interesse ad accedere alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza e secondo apposite misure che assicurino le pari opportunità tra donne e uomini; l'interesse, anche in questo caso, a fare pieno e libero uso, sempre in condizioni di eguaglianza con gli altri candidati, delle numerose e diverse facoltà – connesse e conseguenti alla presentazione della candidatura – riconosciute nel procedimento preparatorio delle elezioni.

A queste situazioni soggettive è strettamente connesso, seppur non secondo una relazione rigorosamente "necessitata", l'ulteriore diritto politico riconosciuto in termini espliciti dall'art. 49 Cost., ossia il diritto di tutti i cittadini «*di associarsi liberamente in partiti politici per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale*». Si tratta, come è noto, di una disposizione che la giurisprudenza costituzionale, almeno fino ad oggi, non ha certo contribuito a valorizzare più di tanto, avendo attribuito ad essa significati, natura e portata neppur minimamente paragonabili a quelli predicati per i diritti di elettorato attivo e passivo[15].

Ciò nondimeno e con specifico riferimento alla fase preparatoria dei procedimenti elettorali, sembra difficile negare che la libertà dell'art. 49 Cost. trovi esplicazione non soltanto nel momento propriamente associativo, bensì – e forse soprattutto – nel momento del "concorso democratico" (del singolo cittadino associato nella formazione partitica) alla *determinazione della politica nazionale*; del resto, la stessa Corte costituzionale, nella recente sentenza n. 256 del 2010, ha significativamente affermato che la libertà di associazione in partiti politici «*trova (…) nel momento elettorale la più genuina e significativa espressione, in modo che sia garantita per gli elettori "la possibilità di concorrere democraticamente a determinare la composizione e la scelta degli organi politici rappresentativi" (sentenza n. 429 del 1995)*»[16]. È qui che può cogliersi l'emersione a livello costituzionale di un vero e proprio diritto del cittadino (*nel* partito

[15] Al riguardo, cfr. G. Demuro, *Legge sui partiti e giustiziabilità delle candidature*, in *Quad. cost.*, 2011, 400 ss., nonché D. Girotto, *L'art. 49 Cost. nel contenzioso elettorale. Tutela del concorso di partiti e movimenti politici, nell'interesse degli elettori*, in *questo volume*, spec. par. 1.

[16] L'affermazione è particolarmente valorizzata al fine di individuare nell'art. 49 Cost. il fondamento di un «*diritto individuale a che la partecipazione politica sia democratica*» da G. Demuro, *op. cit.*, 402.

e *attraverso* il partito) al "concorso democratico" nei procedimenti elettorali, dunque anche di una sorta di "diritto al pluralismo" delle offerte elettorali (e nella stessa formazione di queste ultime) tale da garantire a tutti gli elettori – in combinato con l'art. 48 Cost. – gli spazi di scelta più ampi e variegati possibili[17].

Su un piano diverso, la libertà di associazione in partiti politici si pone evidentemente quale fondamento e matrice del riconoscimento di situazioni soggettive sostanziali direttamente intestate ai partiti in quanto tali ed aventi ad oggetto le modalità del suddetto "concorso democratico", in particolare mediante il compimento di atti relativi al procedimento di formazione degli organi elettivi come, ad esempio, la «*presentazione di alternative elettorali*» e la «*selezione dei candidati alle cariche elettive pubbliche*». È noto che il Giudice costituzionale, con un'ordinanza del 2006 per la verità non pienamente persuasiva[18], ha negato che simili "prerogative" possano considerarsi alla stregua di "attribuzioni costituzionali" tali da far assumere ai partiti la natura di "poteri dello Stato" ai fini della legittimazione a sollevare un conflitto di attribuzione ai sensi dell'art. 134 Cost. Si tratta, tuttavia, di affermazione che non vale affatto a smentire la tesi che più assume rilievo in questa sede e che impone di considerare i partiti quali soggetti portatori di specifici interessi giuridicamente rilevanti proprio e soprattutto in relazione alle competizioni elettorali e ai procedimenti di elezione degli organi politici. A tacer d'altro, valga la considerazione almeno dei seguenti tre dati sicuri:

a) in primo luogo, il fatto che la stessa Corte, nella citata ordinanza, non ha potuto fare a meno di riconoscere – ancorché in termini un po' ambigui – che i partiti sono sicuramente titolari di "funzioni" attribuite loro dalla legge ordinaria «*al fine di eleggere le assemblee*», quali, per l'appunto, quelle relative alla «*presentazione di alternative elettorali*» e alla «*selezione dei candidati alle cariche elettive pubbliche*», e che tali "funzioni" hanno «*rilevanza costituzionale*»;
b) in secondo luogo, il fatto che il "concorso" «*con metodo democratico*» – come la dottrina consolidata da sempre afferma – implica necessariamente i diritti collegati all'eguaglianza di *chances* tra i partiti e, dunque, oltre alla pretesa a non subire trattamenti discriminatori da parte del legislatore, anche il diritto di accedere in condizioni di eguaglianza, ad esempio, ai mezzi di comunicazione, ai mezzi di finanziamento e alla stessa competizione elettorale[19];

[17] In questo senso, diffusamente, cfr. D. Girotto, *op. cit.*, spec. par. 2, il quale richiama significativamente TAR Lombardia (Milano), sez. IV, sent. 18 ottobre 2010, n. 6984.

[18] Si tratta dell'ordinanza n. 79 del 2006, sulla quale si vedano le riflessioni critiche di S. Curreri, *Non varcate quella soglia! (Prime considerazioni sull'ordinanza n. 79/2006 della Corte costituzionale circa l'inammissibilità del conflitto di attribuzioni sollevato da un partito politico)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 18 aprile 2006, e di A. Mannino, *I partiti politici davanti alla Corte costituzionale*, *ivi*, 3 maggio 2006.

[19] Sul tema, per tutti, cfr. G. Rizzoni, *sub Art. 49*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a

c) infine, il fatto che la stessa legislazione ordinaria statale e regionale contempla specifiche discipline che riconoscono espressamente ai partiti politici posizioni differenziate e peculiari nel procedimenti elettorali; si pensi, ad esempio, alle previsioni sull'esonero dei partiti dall'obbligo delle sottoscrizioni o sulle limitazioni di tale obbligo per la presentazione delle candidature[20].

3.2. I diritti "inviolabili" e i princìpi costituzionali in tema di tutela giurisdizionale

Sul collegamento necessario che, in via generale, la Costituzione italiana impone – prima ancora delle Convenzioni internazionali cui l'Italia ha aderito – tra la titolarità di situazioni giuridiche sostanziali (ancorché di matrice meramente legislativa) e la garanzia di una loro tutela giurisdizionale "effettiva", ossia che si configuri con i dovuti caratteri della *pienezza*, *tempestività*, *utilità* ed *efficacia*, non occorre soffermarsi più di tanto. Militano, infatti, in questo senso non soltanto la particolare chiarezza e la solennità delle disposizioni costituzionali che espressamente sanciscono, da un lato, il diritto *fondamentale* e *inviolabile* di *tutti* ad agire e a difendersi davanti ad un *giudice* per la tutela dei propri diritti o interessi legittimi (art. 24 Cost.), dall'altro, l'illimitata e illimitabile garanzia della tutela giurisdizionale di *tutte* le situazioni soggettive avverso gli atti delle pubbliche amministrazioni (artt. 103 e 113 Cost.), ma anche l'apporto interpretativo assolutamente pacifico e consolidato della

cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Milano, Wolters Kluwer-UTET Giuridica, 2006, 988 ss., e E. Rossi, *I partiti politici*, Roma-Bari, Laterza, 2007, ed *ivi* ampi riferimenti bibliografici. Nella giurisprudenza costituzionale, da ultimo, si veda la sentenza n. 151 del 2012, laddove la Corte ha giustificato l'uniformità su tutto il territorio nazionale della disciplina del rimborso forfetario delle spese sostenute da movimenti o partiti politici per le campagne per il rinnovo dei Consigli regionali in ragione della necessità «*di assicurare non solo l'uguale libertà del voto a tutti gli elettori, a qualunque Regione appartengano (art. 48 Cost.), ma anche la parità di trattamento di tutti i movimenti e partiti politici che partecipano alle competizioni elettorali (art. 49 Cost.)*», avendo cura di precisare, altresì, che «*la disciplina relativa all'entità del fondo – e quindi alla misura del rimborso forfetario – non integra, pertanto, una normativa di dettaglio, ma ha natura di principio fondante del "sistema di elezione" dei consiglieri regionali, avendo essa l'obiettivo di garantire l'uguale esercizio dei diritti politici tutelati dalle indicate disposizioni costituzionali e di evitare irragionevoli discriminazioni nel godimento degli stessi. Tale obiettivo sarebbe, infatti, pregiudicato ove si consentisse alle Regioni di adottare leggi in tema di rimborsi o finanziamenti dell'attività elettorale regionale, con il conseguente rischio di disparità di accesso alle risorse di provenienza pubblica da parte dei movimenti politici e dei partiti, in ragione delle diversità economiche fra le Regioni, delle scelte da queste operate in materia e del differente radicamento territoriale delle forze politiche*» (così il par. 6.1.3 del *Considerato in diritto*).

[20] A tale specifico proposito, si veda D. Girotto, *op. cit.*, spec. par. 3, il quale addirittura prefigura la possibilità che, proprio in base ad una interpretazione dell'art. 49 Cost. in senso "pro-concorrenziale", tali discipline dovrebbero considerarsi non solo costituzionalmente legittime ma finanche costituzionalmente necessarie.

giurisprudenza costituzionale, la quale, ha sempre significativamente tenuto a sottolineare l'*inviolabilità* del diritto alla tutela giurisdizionale e la sua conseguente ascrivibilità a quei *princìpi supremi dell'ordinamento costituzionale* che caratterizzano la stessa forma di stato e che, come tali, si configurano come altrettanti limiti a tutti i poteri "costituiti", compreso il potere di revisione costituzionale. Ai fini delle riflessioni che si propongono in questa sede, valgano in via esemplificativa, per la loro completezza ed efficacia, le affermazioni rinvenibili nella sentenza n. 26 del 1999: «*Al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale. Il principio di assolutezza, inviolabilità e universalità della tutela giurisdizionale dei diritti esclude infatti che possano esservi posizioni giuridiche di diritto sostanziale senza che vi sia una giurisdizione innanzi alla quale esse possano essere fatte valere (sentenza n. 212 del 1997). L'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti, d'altronde, è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli articoli 24 e 113 della Costituzione e da annoverarsi tra quelli inviolabili, riconducibili all'art. 2 della Costituzione (sentenza n. 98 del 1965) e caratterizzanti lo stato democratico di diritto (sentenza n. 18 del 1982): un diritto che non si lascia ridurre alla mera possibilità di proporre istanze o sollecitazioni, foss'anche ad autorità appartenenti all'ordine giudiziario, destinate a una trattazione fuori delle garanzie procedimentali minime costituzionalmente dovute, quali la possibilità del contraddittorio, la stabilità della decisione e l'impugnabilità con ricorso per cassazione*»[21].

Proprio quest'ultimo inciso evoca in termini espliciti l'altro "corno" (rispetto al riconoscimento di posizioni di diritto soggettivo propriamente intese) delle garanzie costituzionali relative alla tutela giurisdizionale: quello dei c.d. "canoni obiettivi" cui deve sempre e comunque conformarsi l'esercizio della giurisdizione e che si trovano oggi sintetizzati e scolpiti nelle formule dell'art. 111 Cost. Tale disposizione, come è noto, individua gli elementi indefettibili del "giusto processo" quale unico "metodo" ammissibile per l'attuazione della funzione giurisdizionale: la regolazione ad opera della legge; lo svolgimento nel contraddittorio delle parti in posizione di parità, davanti a giudice terzo e imparziale; la durata ragionevole che sempre la legge deve farsi carico di assicurare in relazione alle peculiari esigenze che ciascun processo è chiamato a soddisfare; l'obbligo di motivazione di tutti i provvedimenti giurisdizionali; la impugnabilità di tutte le sentenze e dei

[21] Così il par. 3.1 del *Considerato in diritto*. In termini analoghi, oltre alle sentenze che la Corte stessa si preoccupa di richiamare (per la n. 98 del 1965, v. par. 2 del *Considerato in diritto*; per la n. 18 del 1982, v. parr. 4 e 5 del *Considerato in diritto*; per la n. 212 del 1997, v. par. 2 e 3 del *Considerato in diritto*), si vedano almeno la sentenza n. 232 del 1989, par. 3.2 del *Considerato in diritto*, la sentenza n. 10 del 1993, par. 2 del *Considerato in diritto*, la sentenza n. 526 del 2000, par. 7 del *Considerato in diritto*, nonché, da ultimo, la sentenza n. 266 del 2009, par. 4 del *Considerato in diritto*.

provvedimenti sulla libertà personale almeno con il ricorso in Cassazione per violazione di legge (con la sola eccezione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, per le quali l'ultimo comma dell'art. 111 prevede il ricorso in Cassazione per soli motivi inerenti la giurisdizione). Si tratta di profili che richiederebbero, ciascuno, un'analisi e un livello di approfondimento che evidentemente fuoriescono dal campo della presente indagine e che rendono inevitabile il rinvio alle trattazioni specifiche sul tema[22]. Tuttavia, per quanto qui di più immediato rilievo, non si può fare a meno di tenere in adeguata considerazione un dato difficilmente controvertibile e di grande importanza dal punto di vista della ricostruzione interpretativa del sistema di garanzie giurisdizionali vigente nel nostro ordinamento: che il principio costituzionale del "giusto processo", con i suoi "corollari" riferiti all'esercizio della funzione giurisdizionale generalmente intesa, non è – come si potrebbe all'apparenza ritenere – il frutto dell'"intervento innovativo" operato dal legislatore di revisione costituzionale con la legge cost. n. 2 del 1999. Infatti, a parte le disposizioni contenute negli attuali commi 4 e 5 dell'art. 111 Cost. ed espressamente rivolte al processo penale, dalle altre previsioni dell'articolo in questione non è dato ricavare alcun contenuto sostanziale che non avesse già trovato emersione nelle elaborazioni della giurisprudenza costituzionale precedenti l'entrata in vigore della citata riforma costituzionale, ampiamente supportate dal contributo interpretativo della dottrina cimentatasi sul testo originario della Costituzione repubblicana[23].

[22] Sia consentito il riferimento a M. Cecchetti, *Giusto processo (Diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, *Appendice*, vol. V, Milano, Giuffrè, 2001, 595 ss., cui *adde* almeno A. Andronio, *sub Art. 111*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Milano, Wolters Kluwer-UTET Giuridica, 2006, 2099 ss. Specificamente, sulla questione del *giusto processo* come "canone obiettivo" di esercizio della giurisdizione e/o come possibile "matrice" di diritti soggettivi, si veda M. Cecchetti, *Riforma dell'art. 111 della Costituzione e giurisprudenza costituzionale: analisi e bilancio del primo triennio*, in *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali (Scritti in memoria di Paolo Barile)*, Padova, CEDAM, 2003, spec. 211 ss.

[23] Quanto alla giurisprudenza della Corte costituzionale, si considerino almeno i seguenti riferimenti essenziali: per l'affermazione del principio del "giusto processo" come *principio costituzionale*, cfr., ad esempio, la sentenza n. 371 del 1996, la sentenza n. 307 del 1997, la sentenza n. 290 del 1998, nonché la sentenza n. 178 del 1999; per la definizione dei contenuti di tale principio, che evidenziano il suo carattere "relazionale" e "sistemico" rispetto alle singole garanzie sull'esercizio della funzione giurisdizionale isolatamente considerate, cfr. le sentenze nn. 131 e 155 del 1996; per l'estensione del "giusto processo" a tutti i tipi e le sedi di esercizio della funzione giurisdizionale, cfr., ad esempio, la sentenza n. 326 del 1997, la sentenza n. 341 del 1998, nonché la sentenza n. 387 del 1999; per l'affermazione dell'*effettività di un contraddittorio equilibrato* e della *parità delle armi tra accusa e difesa* come contenuti essenziali del "giusto processo", cfr. la sentenza n. 421 del 1997; per la riconduzione dell'esigenza di *ragionevole durata dei processi* nell'alveo delle garanzie dell'art. 24 Cost., cfr., ad esempio, la sentenza n. 388 del 1999; sulla riserva di legge per la disciplina processuale, cfr., soprattutto, la sentenza n. 459 del 1995 (ma anche la sentenza n. 303 del 1994, nonché la sentenza n. 133 del 1998), dove si afferma che «*la materia processuale e*

Tutti i menzionati princìpi hanno evidenti ed immediate ricadute sul tema della tutela "*pre-elettorale*". Non soltanto nel senso di imporre in astratto l'*attivabilità* degli strumenti tipici della tutela giurisdizionale da parte di coloro che lamentino la lesione di situazioni giuridiche soggettive nel corso del procedimento elettorale preparatorio, ma anche – e, forse, soprattutto – nel senso di richiedere una specifica *conformazione* dei rimedi esperibili tale da corrispondere alle peculiari esigenze di *effettività* in concreto di una tutela che si misura inesorabilmente con il fattore "tempo" e che, per risultare al contempo *piena*, *tempestiva*, *utile* ed *efficace*, deve necessariamente intervenire *prima* dello svolgimento delle operazioni di voto. Da questo punto di vista, è innegabile che il principio di *effettività della tutela giurisdizionale* e il principio del *giusto processo*, particolarmente sotto il profilo delle garanzie del contraddittorio e della ragionevole durata (intesa anche come "adeguatezza" in concreto dei tempi processuali rispetto alle situazioni sostanziali dedotte in giudizio), assumano un valore e una portata di particolare pregnanza in relazione ai bisogni di "*giustizia pre-elettorale*".

A tale riguardo si rivelano assolutamente emblematiche le pronunce con le quali le Sezioni Unite della Corte di cassazione, nell'aprile 2008[24], pur affermando il difetto assoluto di giurisdizione tanto del Giudice amministrativo quanto del Giudice ordinario in materia di procedimenti elettorali per il rinnovo delle Camere parlamentari[25], hanno concretamente provveduto a fornire tempestiva risposta alla domanda di tutela "*pre-elettorale*", mediante una inedita e minuziosa opera di "conformazione" del processo, dei suoi tempi e delle modalità di espletamento del contraddittorio tra le parti in deroga alla disciplina ordinaria del codice di rito, giustificata in forza di una vera e propria "applicazione diretta" delle norme costituzionali e, in particolare, del bilanciamento in concreto tra il termine inderogabile imposto dall'art. 61 Cost. per lo svolgimento delle elezioni delle nuove Camere e gli altrettanto inderogabili princìpi che la Costituzione stabilisce a presidio della *effettività* della tutela giurisdizionale[26]. Non è

quella della giurisdizione è riservata dall'art. 108 Cost. alla esclusiva competenza del legislatore statale». In dottrina, si vedano, in generale: M. Cappelletti, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale. (Art. 24 Costituzione e "due process of law clause")*, in *Giur. cost.*, 1961, 1284 ss.; L.P. Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, CEDAM, 1970, spec. 155-156; Id., *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 735 ss.; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, 287-288; M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, Tomo I², Milano, Giuffrè, 1982, spec. Parte I, e Tomo II, Milano, Giuffrè, 1984; G. Ferrara, *Garanzie processuali dei diritti costituzionali e "giusto processo"*, in *Rass. parl.*, 1999, 539 ss.

[24] Si tratta delle ben note sentenze 8 aprile 2008, nn. 9151, 9152 e 9153.

[25] Sul punto, cfr., *infra*, spec. parr. 4.4 e 5.3.

[26] Si veda, in proposito, il par. 2.1.2 della motivazione in diritto, laddove il Supremo Col-

un caso che la dottrina che più attentamente ha analizzato tali pronunce non abbia potuto fare a meno di cogliere, con grande acume, le profonde novità sottese all'impostazione adottata dalla Corte regolatrice, attraverso una «*applicazione non formale dei princìpi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost.*» che ha finito per trasformarli – in presenza di un rito "inadeguato" e in assenza degli opportuni interventi del legislatore ordinario – «*in norme chiamate direttamente a realizzare e misurare il contraddittorio nei procedimenti giurisdizionali che riguardano*» la fase preparatoria del procedimento elettorale, al fine di assicurare comunque che la prestazione di tutela affidata al Giudice possa giungere in tempi compatibili con la data di svolgimento delle elezioni[27].

legio – dopo aver richiamato il termine complessivo di settanta giorni fissato dall'art. 61 Cost. e la «*sicura impossibilità di postulare una dilatazione delle operazioni elettorali oltre quel termine*», con conseguente "necessità" di «*fissare termini di trattazione del ricorso coerenti con questa esigenza*» – rileva, in termini quanto mai significativi, come non sfugga il fatto che «*riducendo i termini processuali posti a tutela del diritto di difesa ugualmente si mettono in gioco valori di rango costituzionale. Ma, dovendosi necessariamente trovare un contemperamento tra il rispetto di tali valori e quello, non meno rilevante, del corretto svolgimento delle consultazioni elettorali destinate a consentire il puntuale funzionamento di una delle istituzioni cardine del sistema democratico e costituzionale, quale è il Parlamento, il punto di equilibrio consiste nel garantire, per un verso, che la decisione di questa corte intervenga in tempo utile rispetto alle suindicate scadenze elettorali, purché resti per altro verso assicurata la possibilità per tutte le parti del giudizio di esprimervi le proprie difese, sia pure entro termini necessariamente ridotti rispetto a quelli previsti in via ordinaria dal codice di rito*». La Corte, verosimilmente ben consapevole di trovarsi in una sorta di *cul de sac*, stretta nell'alternativa tra la negazione radicale del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e la deroga palese al principio della riserva di legge in materia processuale (che impedirebbe al giudice, al fine di assicurarne la massima terzietà e imparzialità, di "auto-regolare" il rito dei propri processi), opta senz'altro per la seconda, con una conclusione dal tenore decisamente "pretorio" e, al tempo stesso, rivolta ad "ammonire" *pro futuro* il legislatore: «*In difetto di un'auspicabile disciplina dei giudizi aventi ad oggetto siffatte questioni, che tenga conto dei tempi scanditi in materia elettorale dalla costituzione, non appare praticabile altra soluzione che questa*».

[27] Cfr. A. Pajno, *Fase preparatoria delle elezioni politiche e contenzioso elettorale. Verifica dei poteri, regolazione della giurisdizione e transizione italiana*, in *Corr. giur.*, n. 12/2008, 1689 ss., spec. 1691-1693, il quale osserva che «*il principio di effettività della tutela giurisdizionale riguarda, infatti, certamente l'accesso a tale tutela, la concentrazione delle diverse possibili controversie in una unica sede processuale, ovvero la qualità e quantità di poteri attribuiti al giudice chiamato a pronunciarsi; esso, tuttavia, va oltre, ed implica sempre un giudizio concreto e storico sull'adeguatezza della tutela assicurata alla struttura ed ai caratteri della fattispecie alla quale tale tutela inerisce. In questa ottica, il rapporto* tempo-processo *appare, alla fine, decisivo: è, questo, a misurare in concreto l'effettività della tutela, e cioè la sua attitudine a soddisfare realmente la pretesa dedotta in causa. Una controversia riguardante la legittimità dell'esclusione di una lista elettorale sembra quindi richiedere una cognizione che sia ad un tempo* urgente *e* non sommaria *ed una organizzazione del contraddittorio coerente con tale premessa. Considerazioni analoghe possono essere operate con riferimento al principio di cui all'art. 111 Cost. La ragionevole durata del processo esprime non soltanto l'esigenza che questo non si protragga oltre tempi ragionevoli, ma esige anche che esso sia organizzato e celebrato in tempi adeguati all'assetto di interessi in ordine ai quali la tutela deve intervenire*».

3.3. I valori costituzionali "obiettivi" sottesi agli strumenti di "giustizia pre-elettorale"

Il tema della "*giustizia pre-elettorale*" non può essere affrontato esclusivamente nell'ottica delle situazioni soggettive che vengono in gioco e degli strumenti di tutela giurisdizionale necessari ad assicurarne la piena ed effettiva garanzia in concreto.

Sarebbe assai difficile negare, infatti, che proprio nei procedimenti elettorali in cui si esprimono massimamente il principio democratico e la sovranità popolare emergano – particolarmente nella fase preparatoria – una molteplicità di esigenze di diritto "oggettivo" che, per quanto collegate, riferibili o comunque connesse con le posizioni soggettive sostanziali di cui agli artt. 48, 49 e 51 Cost., assumono rilievo costituzionale per l'appunto in termini "obiettivi" o comunque "adespoti", ossia indipendentemente e a prescindere da soggetti individuati o individuabili che ne costituiscano i titolari. Si tratta, come si può facilmente arguire, di esigenze che affondano le proprie radici in alcuni dei fondamenti stessi del costituzionalismo: la "legalizzazione" del potere sovrano, da esercitarsi nelle forme e nei limiti della Costituzione; la dignità-correttezza dei processi di formazione della volontà democratica; l'autorevolezza, la solidità e forse anche la stessa "credibilità" delle istituzioni rappresentative quale risultato del legittimo esercizio della sovranità mediante i procedimenti elettorali.

Tra queste esigenze "obiettive" – da considerare tutte quali altrettanti "precetti di ottimizzazione", ossia da assicurare e da soddisfare *nei limiti di quanto fisiologicamente possibile* mediante strumenti attivabili (ed esauribili) *ex ante* rispetto alle operazioni di voto[28] – possono esemplificativamente essere richiamate almeno le seguenti:

a) evitare la formazione di offerte elettorali illegittime, inquinate da irregolarità e incerte nella loro stabilità, ossia, per usare l'efficace espressione del Giudice costituzionale su cui ci si soffermerà più avanti, evitare la formazione di offerte elettorali "*non genuine*"[29];

[28] Per la "naturale" incapacità della tutela "*pre-elettorale*" a costituire un sistema di garanzia completo ed esaustivo, si pensi, ad esempio, all'ipotesi della commissione di reati nei procedimenti elettorali e alla conseguente ineliminabilità – in linea di principio – di un sindacato giurisdizionale sugli atti della fase preparatoria che possa attivarsi pienamente e pervenire all'accertamento del reato anche successivamente allo svolgimento delle elezioni. Al riguardo (ma non solo), si veda l'emblematica vicenda del senatore Nicola Paolo Di Girolamo nel corso della XVI Legislatura, sulla quale cfr. P. Gambale, E. Griglio, *Il «caso Di Girolamo»: limiti e prospettive di apertura del giudizio di convalida parlamentare degli eletti*, in *Rass. parl.*, 2009, 811 ss., nonché G. Piccirilli, *L'epilogo (in Parlamento) del caso Di Girolamo: l'«opzione» tra dimissioni, annullamento dell'elezione e autorizzazione all'arresto di un senatore*, *ivi*, 2010, 775 ss.

[29] Sulla «*genuinità della competizione elettorale*» come "valore costituzionale" o "bene

b) evitare, in ogni caso, che gli elettori determinino ed esprimano le proprie scelte su offerte elettorali che abbiano le caratteristiche appena ricordate;
c) evitare l'accertamento successivo alle operazioni di voto delle eventuali illegittimità o irregolarità delle (e nelle) fasi preparatorie del procedimento, dal quale potrebbero discendere gli ancor più gravi effetti dell'annullamento radicale dell'elezione viziata o dell'intera competizione elettorale nei casi in cui il perturbamento delle scelte dell'elettore risulti determinante per l'esito complessivo delle elezioni, oppure, addirittura, il sovvertimento del risultato dell'elezione a favore della "parte" danneggiata[30]; tenendo conto, altresì, come è stato esattamente posto in evidenza, che «*la rinnovazione del voto darebbe in ogni caso esiti diversi da quelli originari (per l'effetto di conformazione del risultato elettorale sui votanti e sugli schieramenti, per non parlare dei costi di competizioni politiche ripetute), specie in un sistema politico che contiene una* ratio *o un'aspirazione maggioritaria*»[31];
d) evitare la formazione di organi politici rappresentativi che risultino *ab origine* invalidi (parzialmente o totalmente);
e) evitare l'esercizio di funzioni pubbliche da parte di organi rappresentativi di cui si accerti, successivamente al loro insediamento, l'invalidità ori-

costituzionalmente protetto", cfr., soprattutto, le sentenze nn. 344 del 1993 (par. 5 del *Considerato in diritto*), 84 del 1997 (par. 6 del *Considerato in diritto*) e 84 del 2006 (par. 5 del *Considerato in diritto*), *infra*, par. 4.3, spec. nt. 53.

[30] Si veda, ad esempio, il caso dell'annullamento delle elezioni regionali del 2000 nel Molise (Cons. Stato, sez. V, sent. 18 giugno 2001, n. 3212) a seguito dell'accertata insufficienza del prescritto numero di sottoscrizioni valide ai fini della presentazione di due liste collegate al candidato Presidente risultato vincitore, su cui cfr. F. Caporilli, *Come annullare elezioni valide. Considerazioni critiche sull'attuale sistema di giustizia elettorale*, in *Foro it.*, 2002, III, 376 ss., nonché G. Tarli Barbieri, *L'annullamento delle elezioni regionali in Molise ed in Abruzzo*, in *Regioni*, 2002, 269 ss. Estremamente significativo, in questa ottica, è anche il nuovo e più recente caso di annullamento delle elezioni regionali del 2010 nel Molise (Cons. Stato, sez. V, sent. 29 ottobre 2012, n. 5504), dovuto anch'esso all'accertamento della illegittima ammissione alla competizione elettorale di due liste risultate poi determinanti per l'elezione del candidato alla Presidenza; accertamento, però, ancora una volta intervenuto inesorabilmente ad elezioni già avvenute, in ragione delle pesanti limitazioni alla tutela giurisdizionale "*pre-elettorale*" che caratterizzavano – come si vedrà – la disciplina dell'apposito rito speciale contenuta nell'art. 129 c.p.a. nella formulazione originaria applicabile *ratione temporis* (cfr., *infra*, par. 5.1.1).

[31] Così A. Cariola, *L'ammissione delle liste elettorali alla ricerca di un giudice: l'art. 66 Cost. alla prova del giusto processo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, maggio 2006, spec. 5. Nello stesso senso si vedano anche le acute considerazioni di P. Quinto, *L'art. 129 del Codice del processo amministrativo, il «caso Piemonte», il monito della Corte costituzionale: un decreto correttivo?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 23 luglio 2010, spec. 2-3, il quale, traendo spunto dalle esemplari vicende del contenzioso sulle elezioni regionali piemontesi del 2010 e facendo efficacemente rilevare come nessuno dei soggetti in gioco (elettori compresi) potrebbero giammai risultare pienamente reintegrati dalla riedizione delle operazioni di voto, giunge all'ineccepibile conclusione che «*in nessun altro procedimento, come quello elettorale, gli effetti dannosi di atti preparatori illegittimi si riverberano in modo irreversibile sulla rinnovazione di quegli stessi atti, a seguito di una pronuncia di annullamento ex post per la non omogeneità tra due procedimenti elettorali reiterati nel tempo*».

ginaria o, comunque, che si trovino *sub iudice* quanto al loro titolo di legittimazione[32];

f) evitare l'effetto di delegittimazione "sistemica" del momento elettorale, ossia del più rilevante atto di esercizio della sovranità popolare, che da tutte le ipotesi di cui sopra inevitabilmente discende[33].

4. – PARTE II

I PRINCIPALI APPRODI DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE IN TEMA DI "GIUSTIZIA PRE-ELETTORALE"

4.1. La sentenza n. 236 del 2010 quale "pietra angolare" di portata generale

Come è noto, con la sentenza n. 236 del 2010, la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 83-*undecies* del d.P.R. n. 570 del 1960, «*nella parte in cui esclude la possibilità di un'autonoma impugnativa degli*

[32] Come osserva correttamente G. Piccirilli, *Contenzioso elettorale politico e verifica dei poteri: riflessioni sulla effettività delle tutele procedimentali*, in *Rass. parl.*, 2006, 785 ss., spec. 799, a proposito della richiamata vicenda che ha condotto all'annullamento delle elezioni regionali del Molise del 16 aprile 2000, «*la possibilità che si insedi un Parlamento – ma anche un Consiglio regionale – sostanzialmente* sub iudice*, solleva tutta una serie di perplessità che neanche il ricorso alla competenza giurisdizionale sulle fasi preparatorie del procedimento elettorale appare capace di fugare. Infatti, sebbene* ex post *annullate, tali elezioni hanno portato comunque alla costituzione di un collegio che ha validamente prodotto le sue determinazioni, anche in campo legislativo*». Per analoghe problematiche, scaturenti dalle contestazioni di falsità nella presentazione delle liste, si vedano le significative vicende delle elezioni regionali del 2010 in Lombardia e in Piemonte, su cui, *infra*, nt. 125.

[33] Come già osservava con grande efficacia, a commento della decisione del Consiglio di Stato (sez. V, sent. 18 gennaio 1985, n. 15) di annullare le elezioni del Consiglio regionale per il Trentino-Alto Adige del 1983, G. Mor, *Nullità e irregolarità nella presentazione delle candidature alle elezioni del Consiglio regionale. Considerazioni minime sull'invalidità dell'atto amministrativo e sul processo elettorale*, in *Regioni*, 1986, 939 ss., spec. 949, «*non ha senso comune che migliaia di elettori escano di casa una domenica per partecipare ad una votazione minata alla radice da un vizio formale nella presentazione delle candidature e non ha senso che il giudice della questione possa occuparsene solo a Consiglio insediato*». Cfr., inoltre, P.M. Savasta, *Il contenzioso elettorale*, Relazione al Convegno Nazionale di Studi "La codificazione del processo amministrativo: riflessioni e proposte" – Siracusa 30-31 ottobre 2009, in *www.lexitalia.it*, n. 11/2009, spec. 2 e 12, il quale attribuisce alla «*ripetizione delle tornate elettorali causate dall'annullamento dell'intera procedura per effetto di una erronea ammissione o esclusione di una lista dalla competizione elettorale*» addirittura l'effetto di "vanificare" «*il legittimo esercizio della sovranità popolare*», da cui, tutt'al contrario, dovrebbe discendere la necessità di garantire la "intangibilità" della proclamazione degli eletti.

atti del procedimento preparatorio alle elezioni, ancorché immediatamente lesivi, anteriormente alla proclamazione degli eletti», ponendo fine ad una lunghissima e fin troppo nota *querelle* giurisprudenziale che trovava il suo imprescindibile punto di riferimento nella sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10 del 2005[34], la quale aveva affermato che proprio il citato art. 83-*undecies*, fin dal suo stesso suo tenore letterale, riconoscesse il diritto di agire in giudizio esclusivamente avverso l'atto di proclamazione degli eletti e, solo in quella sede, anche degli atti endoprocedimentali, con conseguente esclusione dell'autonoma impugnabilità di questi ultimi[35].

L'assoluta priorità che si è scelto di dare alla sentenza in esame nella riflessione che qui si propone si lega essenzialmente a due fattori.

Innanzitutto, la considerazione della portata applicativa della norma investita dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale. La norma, infatti, disciplinava direttamente il sistema di impugnazione delle operazioni elettorali concernenti le sole elezioni comunali ma, in forza rispettivamente dei rinvii operati dall'art. 7, comma 2, della legge n. 1147 del 1966 e dall'art. 19 della legge n. 108 del 1968, aveva un campo di applicazione assai più vasto, estendendosi anche alle elezioni provinciali e a quelle regionali.

In secondo luogo, la considerazione del fatto che, per le affermazioni generali che contiene e per lo stesso lapidario *decisum* sopra richiamato, la sentenza n. 236 costituisce senza alcun dubbio, allo stato attuale, il punto

[34] Sulla quale, in senso critico, cfr. per tutti C.E. Gallo, *L'ambito del giudizio elettorale nella decisione dell'adunanza plenaria n. 10 del 2005*, in *Foro amm. – CdS*, 2005, 3244 ss. I riferimenti essenziali agli orientamenti della giurisprudenza amministrativa precedente sono reperibili in G. Meloni, *Il contenzioso in materia di elezioni locali in Italia*, in G.C. De Martin, Z. Witkowski, P. Gambale, E. Griglio (a cura di), *Le evoluzioni della legislazione elettorale «di contorno» in Europa*, Atti del III Colloquio italo-polacco sulle trasformazioni istituzionali, Padova, CEDAM, 2011, spec. 325.

[35] In senso contrario, nella giurisprudenza amministrativa successiva, si vedano *ex plurimis*: Cons. Stato, sez. V, ord. 16 maggio 2006, n. 2368, ordd. 23 maggio 2006, nn. 2490, 2491, 2492, 2493 e 2494, sent. 14 aprile 2008, n. 1648; TAR Puglia (Lecce), sez. I, ord. 10 maggio 2006, n. 536; TAR Campania (Napoli), sez. II, sentt. 22 marzo 2010, n. 1530 e 14 giugno 2010, n. 14237; TAR Abruzzo (L'Aquila), sez. I, sentt. 1 dicembre 2008, nn. 1267 e 1268; TAR Abruzzo (Pescara), sez. I, sent. 21 maggio 2009, n. 367, ord. 11 marzo 2010, n. 12; TAR Molise, sez. I, sent. 22 luglio 2009, n. 613; TAR Piemonte, sez. I, ord. 12 marzo 2010, n. 165; TRGA Trentino-Alto Adige (Trento), sent. 10 ottobre 2008, n. 254; TAR Sardegna, sez. II, sent. 8 febbraio 2007, n. 89; TAR Lombardia (Milano), sez. IV, sentt. 29 maggio 2009, nn. 3868 e 3869, ordd. 6 marzo 2010, nn. 207 e 208, sentt. 9 marzo 2010, nn. 559 e 560, con nota di G. Laneve, *Il procedimento elettorale tra* favor partecipationis *ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Foro amm.-TAR*, 2010, spec. 1962 ss.

Sempre in senso critico, in dottrina, *adde*: G. Virga, *Operazioni elettorali e tutela cautelare differita*, in *www.lexitalia.it*, n. 11/2005; G.G.A. Dato, *Il contenzioso in materia di operazioni elettorali*, in M. Corradino, G.G.A. Dato, *I riti speciali nel giudizio amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2008, 87 ss.; C.E. Gallo, *Nuovamente alla Corte costituzionale l'impugnabilità immediata dei provvedimenti di esclusione dalla competizione elettorale*, in *www.giustamm.it*, 22 giugno 2009; N. Saitta, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2009, 427.

di riferimento obbligato per qualunque trattazione del tema della "*giustizia pre-elettorale*" nell'ordinamento costituzionale italiano, ben al di là, come si cercherà di mostrare, dello stesso riferimento alle elezioni regionali, provinciali e comunali. Ciò a dispetto della circostanza che, pur trattandosi di una tipica sentenza additiva, la pronuncia in questione non ha potuto produrre i suoi naturali effetti "normativi" *erga omnes*, in ragione della contingente circostanza costituita dalla pressoché contestuale abrogazione della disposizione "corretta" dalla Corte ad opera del d.lgs. n. 104 del 2010, con il quale è stato adottato il nuovo Codice del processo amministrativo[36].

4.2. La "scelta" della Corte di pronunciarsi nel merito delle questioni sollevate dal Giudice rimettente e i principali "dicta" della sentenza n. 236 del 2010

Che il Giudice delle leggi addivenisse ad una pronuncia di merito non era affatto scontato. Come è stato fatto puntualmente osservare in dottrina, infatti, di fronte all'ordinanza di rimessione del TAR Liguria, la quale non tradiva il minimo dubbio nel presentare l'interpretazione asseritamente incostituzionale della disposizione censurata quale "diritto vivente", la Corte avrebbe potuto assai agevolmente «*pretendere dal giudice* a quo *l'osservanza dell'obbligo dell'interpretazione conforme a Costituzione anche a scapito della dottrina del diritto vivente*»[37].

Si trattava, in effetti, di un ostacolo processuale tutt'altro che trascurabile, considerato sia lo stato di perdurante oscillazione della giurisprudenza amministrativa, anche dopo la richiamata pronuncia n. 10 del 2005 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato[38], sia l'opinione negativa pressoché unanime della dottrina circa la formazione di un "diritto vivente" nel senso della inimpugnabilità degli atti endoprocedimentali nella materia elettorale[39].

[36] Il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 è stato pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* lo stesso giorno (7 luglio) del deposito della sentenza n. 236, con l'espressa previsione di entrata in vigore differita al 16 settembre 2010 (art. 2). Quanto al diverso profilo della efficacia nel tempo della pronuncia di incostituzionalità in esame e alle argomentazioni che hanno condotto i giudici amministrativi a darne una interpretazione in termini di non retroattività nei giudizi concernenti le elezioni regionali piemontesi del 2010, cfr. L. Trucco, *Le elezioni regionali piemontesi davanti ai giudici*, in *Rass. parl.*, 2011, 679 ss.

[37] Così E. Lehner, *Finalmente sancita l'immediata impugnabilità degli atti preliminari alle elezioni regionali e locali*, in *Giur. cost.*, 2010, spec. 2910.

[38] A fronte della giurisprudenza citata *supra*, nt. 35, in senso adesivo all'orientamento dell'Adunanza plenaria del 2005, si vedano, ad es., Cons. Stato, sez. V, sent. 20 marzo 2006, n. 1441, sent. 6 febbraio 2007, n. 482, ord. 22 aprile 2008, n. 2227, sent. 20 maggio 2009, n. 3113, sent. 19 novembre 2009, n. 7252, sent. 12 dicembre 2009, n. 7788, sentt. 22 marzo 2010, nn. 1665 e 1666, sent. 7 aprile 2010, n. 1942. Ulteriori riferimenti sono reperibili in L. Trucco, *Le elezioni regionali piemontesi davanti ai giudici*, cit., 675, nt. 32.

[39] Al riguardo, cfr., ad es., R. De Nictolis, *Il contenzioso elettorale*, in F. Caringella, R. Giovagnoli, R. De Nictolis, V. Poli, *Manuale di giustizia amministrativa*, Roma, DIKE, 2008,

Pur in un simile scenario, la Corte sceglie consapevolmente di non percorrere la via della praticabilità dell'interpretazione costituzionalmente orientata, che avrebbe potuto condurre a dichiarare *in limine* inammissibili le questioni proposte dal rimettente; al contrario, il Giudice delle leggi si mostra convinto che l'interpretazione preclusiva dell'impugnabilità immediata degli atti del procedimento elettorale anteriori allo svolgimento delle operazioni di voto costituisca "diritto vivente", fondando tale convinzione su due argomenti per la verità non solidissimi e, comunque, per nulla dirimenti.

Il primo argomento è rinvenuto nella motivazione «*plausibile*» e senza incertezze fornita sul punto dal Giudice *a quo*, contrariamente a quanto era accaduto nel precedente caso deciso con l'ord. n. 90 del 2009. È del tutto evidente, però, il carattere non decisivo di un simile rilievo, dal momento che la Corte, considerando il panorama giurisprudenziale e dottrinale sopra richiamato, ben avrebbe potuto smentire d'ufficio l'assunto del rimettente, senza con ciò violare in alcun modo le prerogative e i compiti riservati a quest'ultimo all'atto della proposizione del giudizio di costituzionalità in via incidentale.

A dimostrazione della debolezza del primo argomento, la Corte sente il bisogno di richiamarne un secondo, per così dire *ad adiuvandum*: la considerazione secondo la quale la delega legislativa contenuta nell'art. 44 della legge n. 69 del 2009[40] e lo schema di decreto attuativo contenente l'adozione del Codice del processo amministrativo approvato dal Governo e trasmesso alla Camera dei deputati il 30 aprile 2010[41] avrebbero confermato come «*anche in sede legislativa […] l'interpretazione della norma censurata fornita dalla decisione n. 10 del 2005 della Adunanza plenaria del Consiglio di Stato è stata intesa quale regola di "diritto vivente", tanto che ne è stata proposta una modifica parziale*». Anche tale argomento, in realtà, si rivela poco più che un abile gioco di specchi; alla richiamata norma di delega legislativa e alla innovativa disciplina progettata nello schema di Codice, infatti, sarebbe risultato tutt'altro che impossibile dare un significato diametralmente opposto a quello individuato dalla Corte, ossia un significato rinvenibile proprio nella

882; G.G.A. Dato, *Il contenzioso in materia di operazioni elettorali*, cit., 125; N. Saitta, *Sistema di giustizia amministrativa*, cit., 426; G. Azzariti, *Forma e sostanza nel diritto. A proposito del decreto legge n. 29 del 2009*, in *www.costituzionalismo.it*, 15 marzo 2010.

[40] La Corte ricorda espressamente come la delega fosse rivolta a «*razionalizzare e unificare le norme vigenti per il processo amministrativo sul contenzioso elettorale, prevedendo il dimezzamento, rispetto a quelli ordinari, di tutti i termini processuali, il deposito preventivo del ricorso e la successiva notificazione in entrambi i gradi [...], mediante la previsione di un rito abbreviato in camera di consiglio che consenta la risoluzione del contenzioso in tempi compatibili con gli adempimenti organizzativi del procedimento elettorale e con la data di svolgimento delle elezioni*».

[41] In proposito, la Corte osserva come lo schema di Codice prevedesse, «*da un lato, l'abrogazione dell'art. 83-undecies del d.P.R. n. 570 del 1960 (All. 4, art. 2, comma 1, lett. b), e, dall'altro, la possibilità di impugnare immediatamente l'ammissione o la esclusione delle liste elettorali, senza attendere la proclamazione degli eletti (art. 129)*».

finalità di risolvere una volta per tutte e con disposizioni legislative espresse il perdurante contrasto giurisprudenziale sul tema dell'autonoma e immediata impugnabilità degli atti endoprocedimentali in materia elettorale, dando così definitiva certezza in ordine agli strumenti di tutela giurisdizionale attivabili dai soggetti coinvolti.

Si tratta di considerazioni che potrebbero apparire inutili o superflue ai fini della presente esposizione ma che, a ben vedere, rivelano in termini difficilmente confutabili un dato di non secondario rilievo: il Giudice costituzionale ha fortemente "voluto" pronunciarsi nel merito delle questioni, evidentemente avvertendo la necessità di porre finalmente alcuni punti fermi di diritto costituzionale sul tema della tutela giurisdizionale "pre-elettorale", anche al prezzo di risultare un po' sbrigativo nel superare i possibili ostacoli di ordine tecnico-processuale che gli si paravano dinnanzi.

Il dato trova sicura conferma nei *dicta* che la sentenza ci consegna all'interno della motivazione posta a sostegno dell'accoglimento delle questioni; *dicta*, come si vedrà qui di seguito, in larga misura inediti e di portata ordinamentale assai più generale di quanto non imponesse la considerazione del solo caso di specie.

Questi i princìpi che il Giudice delle leggi ha scolpito con straordinaria efficacia.

a) L'*autonoma rilevanza* del «*procedimento preparatorio alle elezioni*» – all'interno del quale assume specifico rilievo la «*fase dell'ammissione di liste o di candidati*» – rispetto al «*procedimento elettorale*» latamente inteso, in cui sono inevitabilmente comprese anche le fasi concernenti le operazioni di voto vere e proprie e la successiva proclamazione degli eletti[42]. Tale presupposto, che vale a fondare l'intero ragionamento sviluppato nella sentenza, non potrebbe essere identificato in termini più chiari: secondo la Corte, infatti, «*è necessario distinguere tra procedimento preparatorio alle elezioni, nel quale è inclusa la fase dell'ammissione di liste o di candidati, e procedimento elettorale, comprendente le operazioni elettorali e la successiva proclamazione degli eletti*»[43].

[42] Tale distinzione, per la verità, trova esplicito fondamento positivo, in riferimento alle elezioni politiche, nel d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 (*Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati*), il quale, per l'appunto, distingue il "procedimento elettorale preparatorio" (disciplinato nel Titolo III) dalla "votazione" e dallo "scrutinio" (disciplinati nei Titoli IV e V). Nella giurisprudenza amministrativa, cfr., per tutti, TAR Sicilia (Catania), sent. 22 aprile 2006, n. 629, con nota di A. Cariola, *L'ammissione delle liste elettorali alla ricerca di un giudice: l'art. 66 Cost. alla prova del giusto processo*, cit., nonché sent. 10 novembre 2006, n. 2178, su cui si veda P.M. Savasta, *Il contenzioso elettorale*, cit., spec. 14-17. In dottrina, si aggiungano almeno, anche per ulteriori rinvii bibliografici, G. Piccirilli, *Contenzioso elettorale politico e verifica dei poteri: riflessioni sulla effettività delle tutele procedimentali*, cit., spec. 796 s., e L. Trucco, *Contenzioso elettorale e verifica dei poteri tra vecchie – ma mai superate – e nuove questioni*, in *Rass. parl.*, 2006, 809 ss., spec. 816-818.

[43] Cfr. il par. 3.1 del *Considerato in diritto*.

b) La *necessaria impugnabilità immediata* degli atti del procedimento elettorale preparatorio che risultino «*immediatamente lesivi di situazioni giuridiche soggettive*», al fine di soddisfare le esigenze di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva. Al riguardo, la Corte afferma, in un primo passaggio, che «*gli atti relativi al procedimento preparatorio alle elezioni, (…), debbono poter essere impugnati immediatamente, al fine di assicurare la piena tutela giurisdizionale, ivi inclusa quella cautelare, garantita dagli artt. 24 e 113 Cost.*»[44]; in un secondo passaggio, che il diritto ad un ricorso effettivo garantito dagli artt. 6 e 13 della CEDU «*verrebbe vanificato laddove l'art. 83-undecies del d.P.R. n. 570 del 1960 fosse inteso nel senso di escludere l'impugnabilità immediata degli atti relativi al procedimento preparatorio alle elezioni, (…), che siano immediatamente lesivi di situazioni giuridiche soggettive*»[45].

c) Il carattere meramente *esemplificativo* e, perciò, *non esaustivo* dell'ipotesi relativa all'«*esclusione di liste o di candidati*» tra gli atti del procedimento elettorale preparatorio che possano risultare immediatamente lesivi. In entrambi i passaggi richiamati *sub b*), infatti, la Corte enuncia il principio generale della impugnabilità immediata degli atti immediatamente lesivi relativi al procedimento preparatorio alle elezioni, aggiungendovi la specificazione (opportunamente quanto inequivocamente compresa tra due virgole) «*come l'esclusione di liste o di candidati*», con ciò lasciando evidentemente intendere come anche gli atti di ammissione di liste o di candidati possano assumere in concreto effetti di immediata lesività delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte nei procedimenti elettorali[46].

[44] *Ibidem*.

[45] Cfr. il par. 3.3 del *Considerato in diritto*.

[46] Assolutamente concordi in tal senso le letture della sentenza fornite dalla dottrina pressoché unanime; cfr., ad es., le opinioni di P. Quinto, *Il nuovo Codice, il giudizio elettorale e la Corte costituzionale: una singolare coincidenza*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 15 luglio 2010; Ri. Chieppa, *Riflessi della sent. n. 236 del 2010 sulla tutela degli atti di procedimento preparatorio alle elezioni (codice del processo amministrativo e procedimento elettorale politico)*, in *Giur. cost.*, 2010, spec. 2907, nt. 8; E. Lehner, *Finalmente sancita l'immediata impugnabilità degli atti preliminari alle elezioni regionali e locali*, cit., 2913; G. Meloni, *Il contenzioso in materia di elezioni locali in Italia*, cit., 327; L. Trucco, *Le elezioni regionali piemontesi davanti ai giudici*, cit., 686. Sulle differenze "ontologiche" delle ammissioni rispetto alle esclusioni e sulla problematicità del riconoscimento alle prime del carattere di immediata lesività della posizione delle altre liste di candidati ammesse, cfr., invece, Cons. Stato, sez. V, sentt. 23 novembre 2010, n. 8145 e 22 settembre 2011, n. 5345. Al riguardo, cfr., inoltre, S. Mezzacapo, *Consultazioni europee: impugnativa ad ampio raggio*, in *Guida al diritto (*Focus on line), *Processo amministrativo: le innovazioni al Codice*, ottobre 2012, 32, il quale, aderendo a TAR Lazio (Roma), sez. III-*ter*, 26 gennaio 2012, n. 872, afferma che «*l'atto endoprocedimentale effettivamente non impugnabile è solo quello non idoneo a incidere sull'interesse del ricorrente, la cui concreta lesione scaturisce solo dal provvedimento conclusivo*» e che, pertanto, «*immaginare che l'esclusione di una lista (ma del pari la asseritamente illegittima ammissione di altra lista concorrente) non sia idonea a incidere sulla sfera giuridica della stessa appare non aderente al dato reale*».

d) Le imprescindibili caratteristiche di *pienezza*, *tempestività* ed *efficacia* – direttamente fondate sugli artt. 24 e 113 Cost., nonché sugli artt. 6 e 13 della CEDU – che deve assumere la garanzia della tutela giurisdizionale avverso gli atti del procedimento elettorale preparatorio che siano immediatamente lesivi di situazioni giuridiche soggettive[47]. Di qui, la conseguenza del tutto fisiologica, dell'irrinunciabilità di strumenti di tutela cautelare quali «*il potere di sospensione dell'esecuzione dell'atto amministrativo (…), "elemento connaturale" di un sistema di tutela giurisdizionale incentrato sull'annullamento degli atti delle pubbliche amministrazioni (sentenza n. 284 del 1974)*»[48].

e) L'inidoneità di ogni forma di *tutela "posticipata"* (ossia che intervenga ad elezioni concluse) contro gli atti immediatamente lesivi rispetto all'esigenza di garantire – senza che *medio tempore* si sia prodotto un pregiudizio – l'interesse del candidato a «*partecipare ad una determinata consultazione elettorale, in un definito contesto politico e ambientale*». Il principio assume una evidente portata generale in ordine alla tutela giurisdizionale "*pre-elettorale*" e pare ricavabile – senza alcuna forzatura – dall'affermazione più specifica che la Corte fa in relazione al particolare caso degli atti di esclusione pendente davanti al giudice *a quo*, secondo la quale «*posto che l'interesse del candidato è quello di partecipare ad una determinata consultazione elettorale, in un definito contesto politico e ambientale, ogni forma di tutela che intervenga ad elezioni concluse appare inidonea ad evitare che l'esecuzione del provvedimento illegittimo di esclusione abbia, nel frattempo, prodotto un pregiudizio*»[49].

f) L'impossibilità di reperire nell'art. 61 Cost. – che fissa il termine perentorio di settanta giorni per l'elezione delle nuove Camere – un "principio di speditezza" dei procedimenti elettorali, tanto più se lo si volesse intendere quale principio generale applicabile a tutte le competizioni elettorali e dotato di efficacia prevalente rispetto al diritto ad una piena e tempestiva tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione[50]. La Corte, al riguardo, rigetta l'argomento difensivo prospettato dall'Avvocatura dello Stato e invocato dal Governo a sostegno del mancato esercizio della delega legislativa contenuta nell'art. 44, comma 2, lett. *d*), della legge n. 69 del 2009 e rivolta all'introduzione di una tutela giurisdizionale affidata alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo per il contenzioso pre-elettorale relativo alle elezioni politiche[51], affermando perentoriamente che l'art. 61 Cost. «*si riferisce alle elezioni delle Camere e non afferma espressamente un principio di speditezza, né tanto meno una prevalenza di detto principio sul*

[47] Cfr., parimenti, i parr. 3, 3.1, 3.2 e 3.3 del *Considerato in diritto*.
[48] Così il par. 3 del *Considerato in diritto*.
[49] *Ibidem*.
[50] Sul punto, cfr. ancora L. Trucco, *Le elezioni regionali piemontesi davanti ai giudici*, cit. 687.
[51] Al riguardo, cfr. E. Lehner, *op. ult. cit.*, 2916, nonché *infra*, par. 5.3.

diritto, garantito dagli artt. 24 e 113 Cost., a una tutela giurisdizionale piena e tempestiva contro gli atti della pubblica amministrazione».

g) La connotazione del sindacato giurisdizionale sugli atti immediatamente lesivi relativi al procedimento elettorale preparatorio anche nella sua valenza per così dire "ordinamentale", quale «*garanzia fondamentale per tutti i cittadini*» da ritenersi immediatamente collegata con il principio di sovranità popolare e con la connotazione "democratica" dell'ordinamento costituzionale sulla base dell'art. 1 Cost. La motivazione della pronuncia si conclude, infatti, con l'affermazione esplicita secondo la quale «*a prescindere dalla circostanza che la sovranità popolare è esercitata "nelle forme e nei limiti della Costituzione" (…), il sindacato giurisdizionale sugli atti immediatamente lesivi relativi al procedimento preparatorio alle elezioni rappresenta una garanzia fondamentale per tutti i cittadini. In un ordinamento democratico, infatti, la regola di diritto deve essere applicata anche a tali procedimenti e, a questo fine, è essenziale assicurare una tutela giurisdizionale piena e tempestiva, nel rispetto degli artt. 24 e 113 Cost.*»[52].

4.3. La sentenza n. 84 del 2006: il valore obiettivo della «genuinità della competizione elettorale» e le esigenze di emersione immediata delle cause di ineleggibilità e di incandidabilità in sede di presentazione delle candidature

Proprio in relazione alle "esigenze di garanzia obiettiva" – oltre che delle posizioni soggettive coinvolte – che riveste il procedimento preparatorio alle elezioni ai fini della predisposizione di una "offerta elettorale" della quale sia assicurata, il più anticipatamente possibile, la legittimità e la regolarità, così scongiurando altresì il rischio di invalidazioni successive, assumono un notevolissimo rilievo gli *obiter dicta* contenuti nella sentenza n. 84 del 2006, nella quale la Corte, pur pronunciandosi per l'inammissibilità della specifica questione che veniva concretamente sottoposta al suo giudizio, ha ritenuto di stigmatizzare con particolare puntualità la disciplina legislativa vigente per le elezioni regionali, *nella parte in cui non consente che la sussistenza di eventuali*

[52] Così il par. 3.4 del *Considerato in diritto*. Osserva, in proposito, E. LEHNER, *I diritti elettorali fra garanzie politiche e garanzie giurisdizionali*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, cit., 2176, come la Corte – sulla scia delle nozioni di "democrazia" e di "sovranità popolare" teorizzate da Crisafulli (cfr., *supra*, par. 3.1, nt. 10) – abbia espressamente sottolineato «*l'indissolubile nesso tra la sovranità popolare, intesa come prerogativa spettante a ciascuno dei cittadini viventi – e non ad un organo dello Stato, o ad una unità indivisibile o, ancora, ad una entificazione della fonte storica o ideale del potere – e la previsione, ad opera della Carta, delle forme e dei limiti del suo esercizio, che consistono non solo in manifestazioni unitarie di volontà (come quelle poste in essere dal corpo elettorale) ma anche in atti parziali in cui si attivano alcune situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente garantite*».

cause originarie di ineleggibilità, a differenza di quelle c.d. di "incandidabilità", venga accertata immediatamente in sede di presentazione delle liste, rendendo così possibile, fin da subito, anche l'eventuale sindacato giurisdizionale. Nel far ciò, il Giudice delle leggi ha significativamente evocato non soltanto la funzione che assumono le cause di ineleggibilità ai fini di garantire «*la pari opportunità dei concorrenti*» durante la stessa competizione elettorale, ma anche – con formula assai felice – il valore obiettivo della «*genuinità della competizione elettorale*»[53], prefigurando in tal modo e con portata sicuramente più generale quello che, dal punto di vista delle situazioni soggettive, la sent. n. 236 del 2010 identificherà come l'interesse del candidato a «*partecipare ad una determinata consultazione elettorale, in un definito contesto politico e ambientale*».

Il passo in questione, meritevole di essere riportato per intero, è contenuto nel par. 5 del *Considerato in diritto*: «*La Corte è consapevole che la vigente normativa consente di rilevare l'esistenza di cause di ineleggibilità – nonostante che queste siano intese a garantire la pari opportunità fra i concorrenti – 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*»[54].

[53] Come già si è accennato, *supra*, par. 3.3, l'espressione e il suo significato "obiettivo" non sono inediti, per la verità, avendo la Corte, già più di una volta, fatto riferimento al «*valore costituzionale della libertà e della genuinità della competizione elettorale*» (sent. n. 344 del 1993, par. 5 del *Considerato in diritto*), al «*bene costituzionalmente protetto della genuinità delle competizioni elettorali*» (sent. n. 84 del 1997, par. 6 del *Considerato in diritto*), all'«*esigenza di assicurare una corretta e libera concorrenza elettorale*» (ancora sent. n. 344 del 1993, par. 4 del *Considerato in diritto*), successivamente qualificata in modo esplicito come «*valore costituzionale essenziale*» (sent. n. 141 del 1996, par. 4 del *Considerato in diritto*).

[54] Il passo è valorizzato anche da L. Trucco, *Le elezioni regionali piemontesi davanti ai giudici*, cit., 677, proprio nell'ottica di sottolineare la problematica «*mancanza di una normativa idonea a garantire la risoluzione delle controversie elettorali (nella fattispecie, in tema di ineleggibilità) prima dello svolgimento delle elezioni*». Sulla palese irrazionalità – ai fini della garanzia della *genuinità delle elezioni* – della scelta legislativa che, in relazione alle consultazioni locali e regionali, «*pretende che la verifica del diritto a partecipare al procedimento elettorale (appunto il diritto a candidarsi) sia effettuata prima delle operazioni di voto solo in riferimento alla capacità elettorale ordinaria e alla speciale incapacità legata al pericolo di infiltrazione della criminalità organizzata nelle istituzioni, mentre in relazione ai requisiti di eleggibilità la verifica debba essere operata dopo la costituzione dei consigli elettivi*», cfr. E. Lehner, *Le garanzie dei diritti elettorali*, cit., 25 ss.

4.4. La sentenza n. 259 del 2009 e l'apertura allo "scorporo" della tutela pre-elettorale dalla verifica dei poteri spettante alle Camere in base all'art. 66 Cost.

Anche la sentenza n. 259 del 2009 costituisce punto di riferimento imprescindibile per la ricostruzione del quadro costituzionale su cui misurare la legittimità dell'attuale assetto del sistema di tutela "*pre-elettorale*" nell'ordinamento italiano e l'idoneità di tale sistema a soddisfare tutte le esigenze di rango costituzionale che vengono in gioco nella fase del procedimento elettorale preparatorio.

La Corte era stata investita dal CGA per la Regione Siciliana del nodo problematico di fondo che, come risulterà anche all'esito delle riflessioni che ci occupano[55], affligge il sistema di tutela "pre-elettorale" vigente in relazione alle elezioni delle Camere del Parlamento nazionale e che si risolve nella assoluta assenza di una qualunque garanzia giurisdizionale che risulti attivabile nel corso della fase precedente all'insediamento delle assemblee neoelette e, finanche, nella impraticabilità di un qualunque sindacato – ancorché di tipo "*post-elettorale*" – sugli atti del procedimento preparatorio che non riguardino direttamente coloro che siano risultati eletti (ad es. gli atti di esclusione di liste, contrassegni o candidature).

Il problema, come è noto, scaturisce, da due contrastanti orientamenti "giurisprudenziali" che, allo stato, appaiono consolidati.

Da un lato, quello delle Sezioni Unite della Cassazione[56], che affermano il difetto assoluto di giurisdizione in materia di elezioni politiche in ragione della riserva a ciascuna Camera del potere di "giudicare" «*sui titoli di ammissione dei suoi componenti*» (art. 66 Cost.), così come disciplinato e specificato dall'art. 87 del d.P.R. n. 361 del 1957 (applicabile anche alle elezioni per il Senato in base al rinvio generale di cui all'art. 27 del d.lgs. n. 533 del 1993), ai sensi del quale «*alla Camera dei deputati è riservata la convalida della elezione dei propri componenti. Essa pronuncia giudizio definitivo sulle contestazioni, le proteste e, in generale, su tutti i reclami presentati agli Uffici delle singole sezioni elettorali o all'Ufficio centrale durante la loro attività o posteriormente*»[57].

[55] Cfr. *infra*, par. 5.3.

[56] Cfr., da ultimo, le già richiamate (*supra*, par. 3.2) sentt. 8 aprile 2008, nn. 9151, 9152 e 9153, con nota di A. Pajno, *Fase preparatoria delle elezioni politiche e contenzioso elettorale. Verifica dei poteri, regolazione della giurisdizione e transizione italiana*, cit., 1689 ss., nonché sentt. 6 aprile 2006, nn. 8118 e 8119. In precedenza, si vedano, ad es., sentt. 31 luglio 1967, n. 2036, 10 marzo 1971, n. 674, 17 ottobre 1980, n. 5583, 14 dicembre 1984, n. 6568, 9 giugno 1997, n. 5135, 22 marzo 1999, n. 172.

[57] Analogo orientamento è rinvenibile anche nel filone quantitativamente maggioritario – ancorché non univoco – della giurisprudenza amministrativa che, proprio sulla base dell'art.

Dall'altro, quello ricavabile dal più recente indirizzo espresso nel corso della XV e XVI Legislatura dalle Giunte delle elezioni di Camera e Senato[58], le quali escludono di poter conoscere – in sede di esercizio delle prerogative spettanti alle Camere in tema di verifica dei poteri ai sensi dell'art. 66 Cost. – dei ricorsi concernenti, in particolare, gli atti del procedimento elettorale preparatorio da cui derivi l'esclusione di un candidato o di una lista, affermando che «*la verifica dei titoli di ammissione degli eletti esclude per definizione che nella stessa possa ritenersi ricompreso anche il controllo sulle posizioni giuridiche soggettive di coloro i quali (singole o intere liste) non hanno affatto partecipato alla competizione elettorale*»[59]. In buona sostanza, ad avviso degli organi parlamentari, per la salvaguardia delle posizioni soggettive di coloro che siano stati esclusi dalla competizione elettorale sarebbe «*previsto un sistema di tutele che trova la sua compiuta disciplina negli articoli 22 e 23 del testo unico n. 361 del 1957*», mentre la competenza delle Camere a pronunciare giudizio definitivo, in base all'art. 87 del medesimo testo unico, sui ricorsi e sui reclami presentati, «*ivi compresi quelli relativi al procedimento elettorale preparatorio*», dovrebbe «*ritenersi sussistente solo in quanto finalizzata alla verifica dei titoli di ammissione degli eletti*»[60].

66 Cost. e della disciplina legislativa attuativa di cui al citato art. 87, considerano oggetto di una riserva esclusiva alle Camere il «*potere di sindacare la regolarità e la validità degli atti pertinenti alla sequenza procedimentale che dalla presentazione delle liste conduce alla proclamazione degli eletti*» [così, ad es., Cons. Stato, sez. V, ord. 21 marzo 2006, n. 1386, nonché, più di recente, sez. IV, sent. 13 marzo 2008, n. 1053; cfr., altresì, TAR Lazio (Roma), sez. II-*bis*, sentt. 16 marzo 2006, n. 1573, 27 febbraio 2008, n. 1855, ord. 21 marzo 2008, n. 1618; TAR Sicilia (Palermo), sez. I, sent. 4 aprile 2008, n. 441].

[58] Tale indirizzo, per la verità, si era già affacciato durante la XIII Legislatura in due casi isolati, dapprima presso la Giunta delle elezioni della Camera nella seduta del 9 ottobre 1996, poi presso la Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato nella seduta del 21 settembre 1999. Su tali precedenti, cfr. G. Piccirilli, *Contenzioso elettorale politico e verifica dei poteri: riflessioni sulla effettività delle tutele procedimentali*, cit., spec. 804 s., nonché L. Trucco, *Contenzioso elettorale e verifica dei poteri tra vecchie – ma mai superate – e nuove questioni*, cit., spec. 828 s. In senso critico circa la possibilità di assimilare integralmente i due casi citati all'orientamento assunto dalle Giunte nelle ultime due Legislature, cfr. E. Lehner, *L'apertura condizionata della Corte sulla verifica dei poteri, tra tutela dell'autonomia parlamentare e garanzia dei diritti di elettorato passivo*, in *Giur. cost.*, 2009, spec. 3621, nt. 4.

[59] Così, testualmente, la Giunta delle elezioni della Camera dei deputati, nella seduta del 13 dicembre 2006 (cfr. *Resoconto* delle sedute 7 novembre, 5, 6, 12 e 13 dicembre 2006) e, in termini analoghi, nelle sedute del 5 giugno 2008, 22 luglio 2008 e 4 febbraio 2009. L'orientamento è stato fatto proprio anche dalla Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato nelle sedute del 26 febbraio e del 31 luglio 2008.

[60] Così, testualmente, la Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato nella seduta del 26 febbraio 2008. In termini più dettagliati, cfr. P. Torretta, *Quale giudice per il contenzioso pre-elettorale politico? Riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 259 del 2009*, in *www.forumcostituzionale.it*, 26 aprile 2010, 3 s. L'interpretazione delle Giunte parlamentari è condivisa da F.G. Scoca, *Elezioni politiche e tutela giurisdizionale*, in *Giur.*

In questo contesto, il giudice rimettente censurava il combinato disposto degli artt. 23 e 87 del d.P.R. n. 361 del 1957 «*nella parte in cui non prevedono l'impugnabilità davanti al giudice amministrativo delle decisioni emesse dall'Ufficio elettorale centrale nazionale, aventi, per effetto, l'arresto della procedura, a causa della definitiva esclusione del candidato o della lista dal procedimento elettorale*», per violazione degli artt. 3, 24, primo comma, 51, primo comma, 103, primo comma, 113 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione con l'art. 6 della CEDU.

La Corte si sbarazza della questione con una sentenza di inammissibilità fondata sulla discrezionalità del legislatore ordinario in materia e, dunque, sulla esistenza di una pluralità di opzioni legislative non costituzionalmente obbligate; assunto che risulterebbe confermato, secondo quanto la stessa pronuncia si fa carico di precisare in termini espliciti, dalla delega legislativa contemplata nell'art. 44, comma 2, lett. *d*), della legge n. 69 del 2009 ed all'epoca ancora pendente, espressamente rivolta ad introdurre «*la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie concernenti atti del procedimento elettorale preparatorio per le elezioni per il rinnovo della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, mediante la previsione di un rito abbreviato in camera di consiglio che consenta la risoluzione del contenzioso in tempi compatibili con gli adempimenti organizzativi del procedimento elettorale e con la data di svolgimento delle elezioni*».

Il presupposto fondamentale su cui il Giudice delle leggi costruisce il proprio impianto argomentativo a sostegno del dispositivo di inammissibilità fa leva sulla negazione del fatto «*che vi sia nell'ordinamento un vuoto di tutela [giurisdizionale] delle situazioni giuridiche soggettive nel procedimento elettorale preparatorio delle elezioni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica*», così come pretendeva di accreditare il Giudice rimettente. Premesso che – per consolidato orientamento della giurisprudenza sia costituzionale che di legittimità – agli uffici elettorali non può essere riconosciuta natura giurisdizionale[61], ad avviso della Corte un giudice esiste e sono le stesse Camere in sede di verifica dei poteri, così come statuito dal «*giudice supremo del riparto delle giurisdizioni*», ossia dalla Corte di cassazione; l'attuale situazione di *impasse* istituzionale è dovuta ad una semplice «*divergenza interpretativa delle disposizioni vigenti*» e, pertanto, «*può e*

cost., 2009, 3615, il quale, facendo leva sul fatto che tanto l'art. 66 Cost. quanto l'art. 87 della legge elettorale fanno testuale riferimento ai «*componenti*» delle Camere, ritiene "evidente" che «*chi non ha partecipato alla competizione elettorale, e dunque non è stato eletto, non può considerarsi "componente" di una delle Camere; e, conseguentemente, non può tutelarsi dinanzi alla Giunta per le elezioni*».

[61] Sul punto, ampiamente, cfr. i rilievi – adesivi nel merito ma critici sulla tralatizia motivazione ribadita dal Giudice delle leggi – di F.G. Scoca, *Elezioni politiche e tutela giurisdizionale*, cit., 3613 s.

deve essere risolta con gli strumenti giurisdizionali, comuni e costituzionali, esistenti», dando luogo o ad un conflitto negativo di giurisdizione o, qualora ne ricorrano i presupposti soggettivi ed oggettivi, ad un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato.

Ai fini delle riflessioni che qui si propongono, al momento, non è sulla debolezza intrinseca di una simile ricostruzione – particolarmente in relazione alla asserita "giurisdizionalità" delle funzioni esercitate dalle Camere in sede di verifica dei poteri[62] – oppure sulla effettiva praticabilità in concreto del rimedio del conflitto tra poteri[63] che merita soffermarsi[64].

L'attenzione può essere, invece, più proficuamente concentrata sugli approdi – del tutto inediti nel panorama della giurisprudenza costituzionale precedente – che questa sentenza consegna, sia pure in termini non del tutto espliciti, all'interprete.

Tali approdi sembrano sintetizzabili nei termini che seguono.

[62] Sui numerosi profili di criticità e di contraddittorietà della tesi che riconosce natura giurisdizionale alle Giunte e alle Assemblee parlamentari in sede di verifica dei poteri, anche in riferimento al diverso orientamento della precedente giurisprudenza costituzionale, si vedano, ancora, le convincenti considerazioni di F.G. Scoca, *Elezioni politiche e tutela giurisdizionale*, cit., 3614 s. e 3616 s., nonché l'ampia riflessione di E. Lehner, *L'apertura condizionata della Corte sulla verifica dei poteri, tra tutela dell'autonomia parlamentare e garanzia dei diritti di elettorato passivo*, cit., 3629 ss., con ricchezza di riferimenti bibliografici e giurisprudenziali. In tema, più in generale e traendo spunto dalle più recenti pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione nel 2008, cfr. anche A. Pajno, *Fase preparatoria delle elezioni politiche e contenzioso elettorale. Verifica dei poteri, regolazione della giurisdizione e transizione italiana*, cit., 1696 ss. Nella dottrina precedente, si veda, almeno, I. Nicotra Guerrera, *"Verifica dei poteri" e diritto di difesa nel contenzioso elettorale politico*, in *Studi parl. pol. cost.*, 1997, n. 115, 87 ss., ed ivi gli essenziali riferimenti bibliografici sulle diverse ricostruzioni prospettate in materia.

[63] In senso favorevole ad una simile ipotesi, cfr. P. Torretta, *Quale giudice per il contenzioso pre-elettorale politico?*, cit., spec. 6 ss. Analogamente, ancorché con molta prudenza, cfr. G. Pellegrino, *sub Art. 126*, in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), *Il Processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, Milano, Giuffrè, 2011, 1045 s., secondo il quale la decisione della Corte «*sembra suggerire l'attivazione del regolamento preventivo di giurisdizione, provando a chiedere alle Sezioni Unite una pronuncia che, affermata la natura giurisdizionale delle giunte, le vincoli a conoscere anche delle controversie afferenti l'esclusione di liste e candidati. Trattasi di una prospettiva che si muoverebbe sullo scivoloso sentiero della separazione dei poteri e che, alternativamente, potrebbe condurre, come pure ottativamente suggerito dalla Consulta, all'attivazione di un conflitto tra poteri*». In senso contrario, muovendo dalla tesi che nega la possibilità di riconoscere natura giurisdizionale all'attività di verifica dei poteri spettante alle Camere, cfr. F.G. Scoca, *Elezioni politiche e tutela giurisdizionale*, cit., 3617 s., il quale ritiene che non possa «*parlarsi in senso proprio nemmeno di conflitto, dato che la divergenza di orientamenti non sta, nella specie, tra due giudici, soggetti entrambi al potere di regolazione della giurisdizione, spettante ad un terzo giudice (ossia alla Corte di cassazione); ma si pone tra il giudice che ha (ed ha esercitato) tale potere e un (preteso) giudice, che sarebbe tenuto (se giudice si considerasse) ad adeguarsi alla decisione della Cassazione*».

[64] Su alcuni di tali aspetti, più analiticamente, cfr. *infra*, par. 5.3.

a) L'attuale situazione normativa del contenzioso "*pre-elettorale*" in materia di elezioni politiche, sulla quale si registra il contrasto interpretativo tra le Sezioni unite della Corte di cassazione e le Camere parlamentari, non deriva necessariamente dalla riserva di cui all'art. 66 Cost., ma dipende, piuttosto, dalla scelta "estensiva" del legislatore ordinario sancita nell'art. 87 del t.u. del 1957, così come interpretato per l'appunto dal Supremo Giudice della giurisdizione[65].

b) L'art. 66 Cost., dunque, non copre il procedimento elettorale "preparatorio" o, quanto meno, non è in grado di coprirlo integralmente con una riserva assoluta a favore del sindacato spettante alle Camere in sede di verifica dei poteri. Si tratta, a tutti gli effetti, del principale contributo esegetico, a carattere costituzionale, ricavabile dal ragionamento svolto dalla Corte; in dottrina, infatti, non si è mancato di cogliere esattamente che «*ammettere che il contrasto interpretativo venutosi a creare tra Camere e Cassazione possa essere risolto facendo riferimento al solo dato legislativo ordinario significa sancire l'astratta compatibilità di entrambe le ricostruzioni rispetto all'art. 66 Cost. e, in sostanza, scorporare il contenzioso pre-elettorale politico dall'ambito del controllo attribuito in via esclusiva alle Camere "sui titoli di ammissione dei propri membri"*»[66].

[65] È difficile non cogliere in questa lettura del dato normativo l'adesione piena della Corte al più recente orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Cassazione (sentt. 8 aprile 2008, nn. 9151, 9152 e 9153, cit.). Come è stato puntualmente sottolineato in dottrina, infatti, «*nella prospettiva della Corte [di cassazione], il ruolo decisivo per escludere la giurisdizione di qualunque giudice non è giocato direttamente dalla disposizione di cui all'art. 66 Cost., ma, semmai, dalla lettura che del principio di autarchia ha fornito il legislatore ordinario con il d.P.R. n. 361 del 1957. (…) Discende da tale ricostruzione che la devoluzione alle Camere anche delle controversie relative all'attività connessa con la fase preparatoria delle elezioni politiche non costituisce una conseguenza necessaria e non defettibile della disciplina costituzionale, ma una scelta del legislatore ordinario non in conflitto con l'art. 66 Cost. e con una sua lettura estensiva, e tuttavia certamente modificabile con lo strumento della legge ordinaria*» [così A. Pajno, *Fase preparatoria delle elezioni politiche e contenzioso elettorale. Verifica dei poteri, regolazione della giurisdizione e transizione italiana*, cit., spec. 1696; analogamente, ancorché in termini più sintetici, cfr. Id., *La fase preparatoria delle elezioni politiche e il contenzioso elettorale in Italia*, in G.C. De Martin, Z. Witkowski, P. Gambale, E. Griglio (a cura di), *Le evoluzioni della legislazione elettorale «di contorno» in Europa*, Atti del III Colloquio italo-polacco sulle trasformazioni istituzionali, Padova, CEDAM, 2011, spec. 309].

[66] Così E. Lehner, *L'apertura condizionata della Corte sulla verifica dei poteri, tra tutela dell'autonomia parlamentare e garanzia dei diritti di elettorato passivo*, cit., 3624. L'opinione della medesima Autrice è meno condivisibile, invece, allorquando si spinge ad affermare che, addirittura, «*l'unico vero responso della Corte sull'art. 66 Cost.*» sarebbe quello secondo il quale «*solo le Camere possono stabilirne la portata e con ciò definire i margini della loro potestà esclusiva in ordine all'interpretazione e all'applicazione delle norme costituzionali sulle elezioni politiche*», con ciò risultando affidatarie di «*una potestà di interpretazione autentica su questa parte della Costituzione*» del tutto analoga a quella già

c) Conseguentemente, il legislatore ordinario è libero di predisporre strumenti e modalità di tutela giurisdizionale in relazione al procedimento elettorale preparatorio alle elezioni politiche diversi e radicalmente alternativi rispetto a quello attualmente contemplato nel citato art. 87, come dimostrerebbe *per tabulas* la delega legislativa di cui all'art. 44, comma 2, lett. *d*), della legge n. 69 del 2009.

d) Nel far ciò, tuttavia, lo stesso legislatore ordinario non potrà fare a meno – e qui la Corte si mostra particolarmente esplicita e puntuale – di tenere in adeguato conto il fatto che «*le questioni attinenti le candidature, che vengono ammesse o respinte dagli uffici competenti, nel procedimento elettorale preparatorio, riguardano un diritto soggettivo, tutelato per di più da una norma costituzionale, come tale rientrante, in linea di principio, nella giurisdizione del giudice ordinario*»[67]; di talché, «*la cognizione delle controversie che abbiano ad oggetto il diritto di un candidato a partecipare ad una competizione elettorale potrebbe essere attribuita al giudice amministrativo solo a titolo di giurisdizione esclusiva*»; dunque, «*solo da una legge – come prescrive l'art. 103, primo comma, Cost., e nel rispetto dei principi e dei limiti fissati dalla sentenza n. 204 del 2004*»[68].

In queste ultime affermazioni è agevole cogliere come le potenzialità interpretative della sentenza n. 259 del 2009 vadano ben oltre le questioni concernenti la "tutela *pre-elettorale*" relativa alle elezioni politiche, potendo

riconosciuta per le norme costituzionali sul procedimento legislativo (cfr. 3626 e nt. 23); a tacer d'altro, infatti, spingere ad un simile esito l'interpretazione del "pensiero" della Corte rischia di determinare un insanabile cortocircuito, confondendo le Camere nel loro complesso, quali titolari "collettivamente" della potestà legislativa ordinaria, dalle Camere "*uti singulae*", quali titolari della prerogativa di giudicare dei titoli di ammissione dei propri componenti ai sensi dell'art. 66 Cost.

[67] L'assunto è significativamente supportato dall'esplicito richiamo alla giurisprudenza di legittimità formatasi in relazione ai procedimenti elettorali per le elezioni comunali (cfr., in particolare, Cass., ss.uu., sentt. 10 marzo 1992, n. 2854, e 22 gennaio 2002, n. 717), secondo la quale le controversie in tema di candidature, ancorché insorte nel procedimento elettorale preparatorio, appartengono alla giurisdizione del Giudice ordinario qualora "coinvolgano" il diritto a prender parte al procedimento medesimo e non la semplice regolarità dell'operazione elettorale; in altre parole, secondo la Suprema Corte regolatrice, non spettano alla giurisdizione generale di legittimità del Giudice amministrativo sulle operazioni elettorali le controversie che – in ordine ai provvedimenti di ammissione di liste e candidati – vertano esclusivamente sul riconoscimento di tale pretesa, poiché essa consiste indiscutibilmente in un diritto soggettivo (cfr., sul punto, E. LEHNER, *Le garanzie dei diritti elettorali*, cit., spec. 273).

[68] Sull'esplicito richiamo alla sent. n. 204 del 2004 e, più in generale, sulle criticità che scaturirebbero da una rigorosa applicazione alla materia elettorale dei limiti di legittimità costituzionale che il legislatore ordinario incontrerebbe – secondo quella fondamentale pronuncia – nell'attribuzione della giurisdizione esclusiva al Giudice amministrativo, si vedano le puntuali osservazioni di F.G. SCOCA, *Elezioni politiche e tutela giurisdizionale*, cit., 3619.

senz'altro assumere portata generale almeno con riferimento ad una questione assolutamente fondamentale e comune a tutte le tipologie di contenzioso elettorale: quella concernente la scelta del giudice cui affidare la giurisdizione sulla materia e la determinazione dei criteri dell'eventuale riparto tra Giudice ordinario e Giudice amministrativo[69].

5. – PARTE III

IL VIGENTE SISTEMA DI "GIUSTIZIA PRE-ELETTORALE" ALLA LUCE DEL QUADRO COSTITUZIONALE

5.1. L'art. 129 del Codice del processo amministrativo quale unico esempio di disciplina positiva volta a garantire una tutela giurisdizionale "pre-elettorale" in senso proprio

È difficilmente negabile che, almeno sul piano formale, la disciplina contenuta nell'art. 129 del Codice del processo amministrativo costituisca il primo – e, al momento, unico – esempio nell'ordinamento italiano di disciplina positiva rivolta alla garanzia di una tutela giurisdizionale "*pre-elettorale*" propriamente intesa.

Con l'emanazione del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, infatti, il legislatore delegato ha introdotto, nel citato art. 129, l'inedita previsione di un rito speciale davanti agli organi della giurisdizione amministrativa appositamente dedicato al contenzioso sugli atti del procedimento elettorale preparatorio, costruito in modo tale da assicurare una cognizione piena (urgente ma non sommaria)[70], su due gradi di giudizio, con garanzia di tempi di svolgimento certi e destinato a concludersi con efficacia di giudicato – con la sola eccezione di cui sarà dato specifico conto di seguito[71] – entro la stessa fase preparatoria del

[69] Al riguardo, cfr. ancora F.G. Scoca, *op. cit.*, 3618 s., il quale osserva opportunamente che «*l'idea che nel procedimento elettorale, e quindi anche nel procedimento elettorale preparatorio, vengano in rilievo soltanto diritti soggettivi (e mai interessi legittimi), anzi diritti tutelati da norme costituzionali (…), è estensibile anche ai procedimenti elettorali per il rinnovo dei consigli regionali, provinciali e comunali, nonché per il rinnovo del Parlamento europeo. Eppure le controversie riguardanti tali diritti soggettivi sono attribuite invariabilmente al giudice degli interessi legittimi, se riguardano le c.d. operazioni elettorali, ossia con la sola esclusione delle controversie di ineleggibilità e incompatibilità. Non viene nemmeno specificato nelle leggi in vigore che il giudice amministrativo conosce di tali controversie in sede di giurisdizione esclusiva*».

[70] Su tale esigenza, in astratto, insiste particolarmente A. Pajno, *Fase preparatoria delle elezioni politiche e contenzioso elettorale. Verifica dei poteri, regolazione della giurisdizione e transizione italiana*, cit., spec. 1693, 1698-1699.

[71] Cfr., *infra*, par. 5.1.3 a proposito dell'ipotesi dell'incidente di falso, allo stato attuale riservato in via esclusiva alla cognizione del Giudice civile.

procedimento elettorale e compatibilmente con i tempi di svolgimento delle altre operazioni prodromiche allo svolgimento delle votazioni.

Malgrado ciò, è pressoché impossibile formulare un giudizio positivo del nuovo istituto, soprattutto in ragione della sua palese inidoneità a soddisfare pienamente le esigenze di tutela così chiaramente scolpite dal Giudice costituzionale nella sentenza n. 236 del 2010. Davvero troppi, come si vedrà, si rivelano gli equivoci, le "timidezze" e le contraddizioni che hanno accompagnato il legislatore delegato nella adozione tanto della versione originaria del d.lgs. n. 104 del 2010 quanto della versione "corretta" mediante il d.lgs. n. 160 del 2012, all'esito delle quali agli operatori e ai Giudici è stato consegnato un istituto inopinatamente ricco non solo di profili di evidente illegittimità costituzionale ma anche di incertezze, lacune, aporie e incongruenze che in qualche caso rasentano, senza timore di esagerazioni, il limite del paradosso, al punto da far pensare, addirittura, ad un consapevole (ancorché "occulto") disegno in senso sostanzialmente contrario alle finalità dichiarate.

5.1.1. La versione originaria dell'art. 129 e le sue principali criticità

Il fondamento della nuova disciplina del contenzioso elettorale contenuta nel Codice del processo amministrativo è collocato, come è noto, nella delega legislativa contenuta nell'art. 44 della legge n. 69 del 2009 e finalizzata al riassetto complessivo della disciplina del processo amministrativo.

La delega, per quanto qui di più immediato rilievo, così disponeva:

«*1. Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di princìpi generali e di assicurare la concentrazione delle tutele.*

2. I decreti legislativi di cui al comma 1, oltre che ai princìpi e criteri direttivi di cui all'articolo 20, comma 3, della legge 15 marzo 1997, n. 59, in quanto applicabili, si attengono ai seguenti princìpi e criteri direttivi:

(…)

d) razionalizzare e unificare le norme vigenti per il processo amministrativo sul contenzioso elettorale, prevedendo il dimezzamento, rispetto a quelli ordinari, di tutti i termini processuali, il deposito preventivo del ricorso e la successiva notificazione in entrambi i gradi e introducendo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie concernenti atti del procedimento elettorale preparatorio per le elezioni per il rinnovo della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, mediante la previsione di un rito abbreviato in camera di consiglio che consenta la risoluzione del contenzioso in tempi compatibili con gli adempimenti organizzativi del procedimento elettorale e con la data di svolgimento delle elezioni».

Tali enunciati normativi, pur con una formulazione non particolarmente lineare sotto il profilo logico, esprimevano con sufficiente chiarezza oggetto, finalità e limiti sostanziali del potere legislativo delegato nella materia elettorale complessivamente intesa.

Quanto all'oggetto, la delega abilitava il Governo, in primo luogo, a "razionalizzare" e "unificare" «*le norme vigenti per il processo amministrativo sul contenzioso elettorale*», con ciò circoscrivendo i confini dell'intervento di riassetto della legislazione all'area della tradizionale giurisdizione generale di legittimità del Giudice amministrativo «*in materia di operazioni elettorali relative al rinnovo degli organi elettivi dei comuni, delle province e delle regioni e all'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia*»[72] e, pertanto, specularmente, imponendo di lasciare inalterati i confini della giurisdizione del Giudice ordinario concernente la cognizione delle controversie aventi ad oggetto l'ineleggibilità, le decadenze e le incompatibilità[73]; oltre a ciò, in secondo luogo, la delega estendeva il proprio ambito oggettivo anche ad un'area non precedentemente coperta dalla giurisdizione del Giudice amministrativo (e comunque, come si è visto, ritenuta sottratta alla giurisdizione di qualunque ordine giudiziario[74]), prevedendo espressamente la novità della introduzione della giurisdizione esclusiva per le «*controversie concernenti atti del procedimento elettorale preparatorio per le elezioni per il rinnovo della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica*».

Quanto alle finalità, soprattutto il comma 1 del citato art. 44 della legge n. 69 del 2009 rendeva espliciti gli obiettivi generali che avrebbero dovuto guidare il legislatore delegato nell'opera di codificazione, particolarmente sotto il triplice profilo dell'adeguamento della disciplina processuale alla giurisprudenza costituzionale e delle giurisdizioni superiori, del coordinamento con i princìpi generali ricavabili dal codice di procedura civile, nonché della garanzia di concentrazione delle tutele. Più specificamente, in relazione al contenzioso "*pre-elettorale*" relativo alle elezioni delle assemblee parlamentari – ma a valere, evidentemente, anche per quello relativo agli altri tipi di elezioni oggetto della delega – veniva espressamente indicata la finalità di consentire «*la risoluzione del contenzioso in tempi compatibili con gli adempimenti organizzativi del procedimento elettorale e con la data di svolgimento delle elezioni*».

Quanto, infine, agli specifici princìpi e criteri direttivi per l'esercizio in concreto del potere delegato in tema di contenzioso elettorale, la disciplina di delega indicava puntualmente «*il dimezzamento, rispetto a quelli ordinari, di*

[72] Così recita testualmente l'attuale art. 126 del Codice nel definire l'ambito oggettivo della giurisdizione del Giudice amministrativo sul contenzioso elettorale.

[73] Sul punto, sia pure in relazione ai soli problemi della tutela "*pre-elettorale*", cfr., *infra*, par. 5.2.

[74] Cfr., *supra*, par. 4.4.

tutti i termini processuali, il deposito preventivo del ricorso e la successiva notificazione in entrambi i gradi», nonché, con particolare riferimento alla "tutela *pre-elettorale*", «*la previsione di un rito abbreviato in camera di consiglio*».

In un simile contesto, rinviando per il momento la questione della (mancata) attuazione della parte della delega concernente la "tutela *pre-elettorale*" nel procedimento di elezione delle assemblee parlamentari[75], il primo schema di Codice scaturito dal lavoro della Commissione redigente appositamente costituita presso il Consiglio di Stato[76] si faceva meritoriamente carico di introdurre la previsione di un giudizio speciale per la contestazione di *tutti* gli atti del procedimento preparatorio sia per le elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia (art. 146 dello schema) sia per le elezioni comunali, provinciali e regionali (art. 147 dello schema), stabilendo, al tempo stesso, che l'onere di immediata impugnazione entro termini ristrettissimi si configurasse come l'unico regime di contestazione di tali atti.

Limitando l'analisi testuale a quanto disposto dall'art. 147, i primi due commi risultavano così formulati:

«*1. I provvedimenti relativi al procedimento preparatorio per le elezioni comunali, provinciali e regionali concernenti i contrassegni, le liste, i candidati e i collegamenti si impugnano innanzi al tribunale amministrativo regionale competente nel termine di cinque giorni dalla pubblicazione, anche mediante affissione, ovvero dalla comunicazione, se prevista, degli atti impugnati. L'impugnazione può essere proposta da parte di qualsiasi cittadino elettore dell'ente alla cui elezione si riferisce il procedimento preparatorio.*

2. Tali provvedimenti non sono più contestabili al di fuori dei termini di cui al comma 1»[77].

[75] Su cui cfr., *infra*, par. 5.3.

[76] Il comma 4 dell'art. 44 della legge n. 69 del 2009 consentiva espressamente al Governo di avvalersi dell'apporto del Consiglio di Stato per la redazione dello schema di decreto legislativo, ai sensi dell'art. 14, comma 2, del t.u. sul Consiglio di Stato (R.D. 26 giugno 1924, n. 1054), prevedendo la possibilità che fossero utilizzati anche magistrati di tribunale amministrativo regionale, esperti esterni e rappresentanti del libero foro e dell'Avvocatura generale dello Stato.

[77] I commi successivi disciplinavano il rito speciale nei termini seguenti:
«*3. Il ricorso, nel termine di cui al comma 1, deve essere, a pena di decadenza:*
a) notificato, anche direttamente dal ricorrente o dal suo difensore mediante posta elettronica o fax, all'indirizzo dell'ufficio che ha emanato l'atto impugnato, al Ministero dell'interno, all'ente cui le elezioni si riferiscono e agli eventuali controinteressati; l'ufficio che ha emanato l'atto impugnato provvede a rendere pubblico il ricorso in copia mediante affissione in appositi spazi;
b) depositato presso la segreteria del tribunale, che provvede ad affiggerlo in appositi spazi.
4. Le parti indicano, rispettivamente nel ricorso o negli atti di costituzione, l'indirizzo di posta elettronica o il numero di fax da valere per ogni eventuale comunicazione e notificazione.
5. L'udienza di discussione si celebra, senza possibilità di rinvio, anche in presenza di ricorso incidentale, nel termine di tre giorni dal deposito del ricorso, senza avvisi, e anche in giorno festivo.
6. Il giudizio è deciso all'esito dell'udienza con sentenza in forma semplificata, da pubblicarsi nello stesso giorno.

Al di là di alcune evidenti lacune e di alcuni profili indubbiamente criticabili e passibili di interventi migliorativi[78], la proposta della Commissione redigente aveva due pregi sicuri e di estremo rilievo: *a*) quello di assicurare una tutela giurisdizionale immediata, a cognizione non sommaria e in due gradi di giudizio, contro la generalità degli atti del procedimento elettorale preparatorio; *b*) quello di consentire il tempestivo (e tendenzialmente definitivo) accertamento dei vizi del procedimento elettorale e la loro rimozione nel corso del procedimento medesimo, con il duplice effetto di assicurare «*una tendenziale stabilizzazione della platea dei concorrenti al momento del voto senza riverberare (per quanto possibile) sull'esito elettorale eventuali vizi della fase preparatoria*», nonché di «*evitare di condizionare alla posizione di un solo candidato o di una sola lista (magari di piccolissimo peso) l'esito dell'intera consultazione*»[79].

Anziché preoccuparsi di correggere in senso migliorativo il testo esitato dalla Commissione redigente, mantenendone evidentemente i pregi appena richiamati, nella versione originaria del Codice adottata con il d.lgs. n. 104 del 2010 il legislatore delegato ha finito per limitare drasticamente la «*Tutela anticipata*» cui è intitolato il Capo II del Titolo VI ai soli «*atti di esclusione dai procedimenti elettorali preparatori per le elezioni comunali, provinciali e regionali*»[80]; di talché, al momento dell'entrata in vigore del Codice, i primi

7. Le sentenze non appellate vengono inviate senza indugio a cura della segreteria del tribunale all'ufficio che ha emanato l'atto impugnato.
8. Il ricorso di appello, nel termine di quarantotto ore dalla pubblicazione della sentenza di primo grado, deve essere, a pena di decadenza:
a) notificato, anche direttamente dal ricorrente o dal suo difensore mediante posta elettronica o fax, alle altre parti del giudizio di primo grado; per le parti costituite nel giudizio di primo grado la trasmissione si effettua presso l'indirizzo di posta elettronica o il numero di fax indicato negli atti difensivi;
b) depositato in copia presso il tribunale amministrativo regionale, che ha emesso la sentenza di primo grado che provvede ad affiggerlo in apposito spazio;
c) depositato presso la segreteria del Consiglio di Stato, che provvede ad affiggerlo in apposito spazio.
9. Nel giudizio di appello si applicano le disposizioni del presente articolo relative al giudizio di primo grado».

[78] Sul punto, cfr. P.M. Savasta, *La riforma del processo amministrativo tra efficienza ed innovazione*, Relazione al Seminario di Studi "Il giudizio amministrativo tra codificazione, *class action* e recepimento della più recente direttiva ricorsi in materia di appalti pubblici" – Roma 9.2.2010 – Palazzo Marini, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 30 marzo 2010, 19-21.

[79] Così si esprime G. Pellegrino, *sub Art. 129*, in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), *Il Processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, cit., 1053.

[80] Sul carattere sbrigativo e sull'assoluta inconsistenza giuridica della "giustificazione" delle modifiche introdotte dal Governo reperibile nella Relazione di accompagnamento allo schema di d.lgs. trasmesso alle Camere il 30 aprile 2010 (XVI Legislatura, Atti parlamentari, Camera dei deputati, Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 212), nella parte in cui si richiama l'indirizzo giurisprudenziale dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10 del 2005, ossia una interpretazione ormai in accertato contrasto con la Costituzione, cfr.

due commi dell'art. 129, rubricato «*Giudizio avverso gli atti di esclusione dal procedimento preparatorio per le elezioni comunali, provinciali e regionali*, così stabiliscono:

«*1. I provvedimenti relativi al procedimento preparatorio per le elezioni comunali, provinciali e regionali concernenti l'esclusione di liste o candidati possono essere immediatamente impugnati, esclusivamente da parte dei delegati delle liste e dei gruppi di candidati esclusi, innanzi al tribunale amministrativo regionale competente, nel termine di tre giorni dalla pubblicazione, anche mediante affissione, ovvero dalla comunicazione, se prevista, degli atti impugnati.*

2. Al di fuori di quanto previsto dal comma 1, ogni provvedimento relativo al procedimento, anche preparatorio, per le elezioni di cui al comma 1 è impugnabile soltanto alla conclusione del procedimento elettorale, unitamente all'atto di proclamazione degli eletti, ai sensi del Capo III del presente Titolo»[81].

Ri. Chieppa, *Riflessi della sent. n. 236 del 2010 sulla tutela degli atti di procedimento preparatorio alle elezioni (codice del processo amministrativo e procedimento elettorale politico*), cit., 2908 e nt. 11.

[81] I commi successivi disciplinano il rito speciale nei termini seguenti, in gran parte analoghi alla proposta originaria della Commissione del Consiglio di Stato:

«*3. Il ricorso di cui al comma 1, nel termine ivi previsto, deve essere, a pena di decadenza:*

a) notificato, direttamente dal ricorrente o dal suo difensore, esclusivamente mediante consegna diretta, posta elettronica certificata o fax, all'ufficio che ha emanato l'atto impugnato, alla Prefettura e, ove possibile, agli eventuali controinteressati; in ogni caso, l'ufficio che ha emanato l'atto impugnato rende pubblico il ricorso mediante affissione di una sua copia integrale in appositi spazi all'uopo destinati sempre accessibili al pubblico e tale pubblicazione ha valore di notifica per pubblici proclami per tutti i controinteressati; la notificazione si ha per avvenuta il giorno stesso della predetta affissione;

b) depositato presso la segreteria del tribunale adito, che provvede ad affiggerlo in appositi spazi accessibili al pubblico.

4. Le parti indicano, rispettivamente nel ricorso o negli atti di costituzione, l'indirizzo di posta elettronica certificata o il numero di fax da valere per ogni eventuale comunicazione e notificazione.

5. L'udienza di discussione si celebra, senza possibilità di rinvio anche in presenza di ricorso incidentale, nel termine di tre giorni dal deposito del ricorso, senza avvisi. Alla notifica del ricorso incidentale si provvede con le forme previste per il ricorso principale.

6. Il giudizio è deciso all'esito dell'udienza con sentenza in forma semplificata, da pubblicarsi nello stesso giorno. La relativa motivazione può consistere anche in un mero richiamo delle argomentazioni contenute negli scritti delle parti che il giudice ha inteso accogliere e fare proprie.

7. La sentenza non appellata è comunicata senza indugio dalla segreteria del tribunale all'ufficio che ha emanato l'atto impugnato.

8. Il ricorso di appello, nel termine di due giorni dalla pubblicazione della sentenza, deve essere, a pena di decadenza:

a) notificato, direttamente dal ricorrente o dal suo difensore, esclusivamente mediante consegna diretta, posta elettronica certificata o fax, all'ufficio che ha emanato l'atto impugnato, alla Prefettura e, ove possibile, agli eventuali controinteressati; in ogni caso, l'ufficio che ha emanato l'atto impugnato rende pubblico il ricorso mediante affissione di una sua copia integrale in appositi spazi all'uopo destinati sempre accessibili al pubblico e tale pubblicazione ha valore di

Malgrado l'innegabile novità epocale per l'ordinamento italiano volta a soddisfare – almeno nelle intenzioni formalmente esplicitate – la più pressante questione della tutela giurisdizionale piena, immediata ed effettiva avverso gli atti di esclusione dalla competizione elettorale, inaspettatamente numerosi e variegati si rivelano i profili di criticità – e addirittura di palese incostituzionalità – della disciplina in esame.

a) In primo luogo, la pesante delimitazione dell'ambito oggettivo del nuovo rito speciale "pre-elettorale" sotto il duplice profilo della sua esperibilità esclusivamente nei procedimenti elettorali comunali, provinciali e regionali (inspiegabilmente escludendo le elezioni dei membri del Parlamento europeo, che pure erano espressamente comprese nella delega[82]) e solo in relazione agli atti di esclusione di liste e candidati.

Si tratta, a tutta evidenza, di limitazioni di cui non è difficile cogliere *ictu oculi* il contrasto diretto con i princìpi affermati dalla Corte costituzionale nella sent. n. 236 del 2010, i quali – come si è visto – imporrebbero la garanzia di una tutela giurisdizionale piena, immediata ed effettiva nei confronti non solo degli atti di esclusione di liste o candidati ma anche di tutti gli atti del procedimento preparatorio alle elezioni che risultino "*immediatamente lesivi*" di posizioni giuridiche soggettive (e tra questi, *in primis* ma non soltanto[83], gli atti di ammissione di liste o candidati, di per sé senz'altro idonei ad

notifica per pubblici proclami per tutti i controinteressati; la notificazione si ha per avvenuta il giorno stesso della predetta affissione; per le parti costituite nel giudizio di primo grado la trasmissione si effettua presso l'indirizzo di posta elettronica certificata o il numero di fax indicato negli atti difensivi ai sensi del comma 4;
b) depositato in copia presso il tribunale amministrativo regionale che ha emesso la sentenza di primo grado, il quale provvede ad affiggerlo in appositi spazi accessibili al pubblico;
c) depositato presso la segreteria del Consiglio di Stato, che provvede ad affiggerlo in appositi spazi accessibili al pubblico.
9. Nel giudizio di appello si applicano le disposizioni del presente articolo.
10. Nei giudizi di cui al comma 1 non si applicano le disposizioni di cui agli articoli 52, comma 5, e 54, commi 1 e 2.».

[82] L'unica possibile (ancorché irragionevole) spiegazione potrebbe essere quella di una clamorosa svista dovuta al "taglio" degli artt. da 143 a 145 dello schema di decreto elaborato dalla Commissione presso il Consiglio di Stato, i quali davano attuazione alla delega in materia di contenzioso "*pre-elettorale*" relativo alle elezioni delle Assemblee parlamentari, "taglio" al quale potrebbe essere stata inopinatamente abbinata anche la soppressione dell'art. 146 – relativo al giudizio avverso gli atti del procedimento preparatorio per le elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia – per il solo fatto che quest'ultimo rinviava integralmente al rito previsto dagli artt. 143 e 144.

[83] Si pensi, solo per fare qualche esempio, ai provvedimenti relativi ai contrassegni e ai collegamenti, ai provvedimenti di assegnazione degli spazi sulla scheda elettorale, oppure ad eventuali provvedimenti di rinvio delle operazioni di voto o di quelle preliminari. Sottolinea criticamente, in particolare, l'esclusione dei provvedimenti comunque concernenti i contrassegni e i collegamenti, viceversa espressamente contemplati nella originaria proposta della Commissione del Consiglio di Stato, N. Saitta, *I giudizi elettorali*, cit., 17. Per un tentativo di interpretazione "adeguatrice" – ancorché prospettata in termini dubitativi – volta a ricomprendere almeno

alterare immediatamente e irreversibilmente la posizione degli altri partecipanti alla competizione elettorale, modificandone e compromettendone le condizioni di partecipazione e incidendo altresì, in modo diretto, sullo stesso processo di formazione della volontà dell'elettore[84]). Su simili rilievi la dottrina si è mostrata, fin da subito, assolutamente unanime[85], sottolineando, tra l'altro, come la

le esclusioni dei contrassegni nell'ambito della «*esclusione di liste*» testualmente prevista dalla disposizione in esame, si veda G. Maestri, *I simboli alla sbarra. Il contenzioso sui contrassegni tra giudici da individuare e regole da rivedere*, in *questo volume*, spec. par. 1.

[84] Al riguardo, oltre ai riferimenti indicati, *supra*, nt. 46, cfr. G. Pellegrino, *sub Art. 129*, cit., 1056, il quale fa opportunamente osservare come nella materia elettorale – a differenza di quanto accade nelle procedure di evidenza pubblica – «*la stessa illegittima presenza di una lista o un candidato risulta di per sé immediatamente lesiva per gli altri concorrenti, attesa l'idoneità di ciascun candidato a occupare spazi di campagna elettorale e ad incidere sulla formazione della volontà dell'elettore. Come pure immediata deve ritenersi la lesione per l'interesse diffuso dell'elettore acché l'opzione di voto riguardi una platea di concorrenti legittimamente composta*». Cfr., inoltre, i puntuali rilievi di P. Quinto, *Il nuovo Codice, il giudizio elettorale e la Corte costituzionale: una singolare coincidenza*, cit., 6-7, il quale, muovendo dalla constatazione (pienamente condivisibile) che «*in nessun altro procedimento, come in quello elettorale, gli effetti dannosi di atti preparatori illegittimi si riverberano in modo irreversibile sulla rinnovazione di quegli stessi atti a seguito di una pronunzia di annullamento ex post per la indiscutibile non omogeneità tra due procedimenti elettorali reiterati nel tempo*», sottolinea il carattere immediatamente lesivo degli atti di illegittima ammissione di una lista o di un candidato in ragione del fatto che l'interesse di quest'ultimo «*è quello di partecipare ad una consultazione elettorale nella situazione politico-amministrativa esistente alla data prefissata, secondo le regole del gioco, nel mentre, una correzione o riedizione della competizione in un momento successivo non sarebbe pienamente satisfattiva, perché influenzata dalle modificazioni, medio tempore verificatesi, del contesto politico-ambientale in diretta dipendenza di quegli atti di ammissione illegittimi, che hanno condizionato il risultato elettorale*»; analogamente, sulla "non neutralità" del decorso del tempo in materia elettorale, anche con specifico riferimento alle esemplari vicende delle elezioni regionali piemontesi del 2010, cfr. Id., *L'art. 129 del Codice del processo amministrativo, il «caso Piemonte», il monito della Corte costituzionale: un decreto correttivo?*, cit., spec. 2. In senso contrario alla immediata lesività degli atti di ammissione, ancorché sotto l'indubbia influenza del pessimo "decreto salva-liste" (d.l. 5 marzo 2010, n. 29) all'epoca vigente anche se non ritenuto applicabile al caso concreto, cfr. Cons. Stato, sez. V., sent. 22 marzo 2010, n. 1640, secondo il quale «*la lesione subita dalle liste escluse è immediata e in quanto tale determina un oggettivo interesse al ricorso per ripristinare in tempo utile la condizione di competitore nel confronto elettorale, mentre, nel caso in cui l'impugnazione sia rivolta contro l'atto di ammissione di altra lista può essere considerato prevalente l'interesse pubblico al rispetto dei tempi della procedura elettorale (rafforzato dal fatto che in questo modo è garantita la massima possibilità di scelta degli elettori) ed è dunque ragionevole che il ricorso sia differito sino alla proclamazione degli eletti*» (così il par. 5 della motivazione in diritto); analogamente, ma con l'esplicita assimilazione degli atti di ammissione alle procedure elettorali agli atti di ammissione alle procedure concorsuali, cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. 18 giugno 2001, n. 3212, su cui si vedano le convincenti osservazioni critiche di F. Caporilli, *Come annullare elezioni valide. Considerazioni critiche sull'attuale sistema di giustizia elettorale*, in *Foro it.*, 2002, III, 376 ss.

[85] Oltre a G. Pellegrino, *op. ult. cit.*, 1055 ss., il quale argomenta diffusamente anche sulla inattualità delle ragioni di mera "opportunità" che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 2005 – nel precedente contesto normativo – aveva posto a sostegno della tesi sfavorevole all'impugnabilità immediata degli atti del procedimento elettorale preparatorio,

stessa I Commissione Affari Costituzionali della Camera dei deputati, in sede di espressione del parere sullo schema di decreto presentato dal Governo (e prima del deposito della sentenza n. 236 del 2010), avesse espressamente raccomandato «*l'opportunità di estendere la tutela anticipata a tutti gli atti del procedimento elettorale preparatorio, inclusi i provvedimenti di ammissione di liste, nonché i provvedimenti relativi ai contrassegni e ai collegamenti, garantendo al contempo che il relativo contenzioso sia definito in tempi compatibili con gli adempimenti del procedimento elettorale e con la data di svolgimento delle elezioni*»[86].

b) In secondo luogo, la delimitazione soggettiva della legittimazione ad agire, riconosciuta in via esclusiva ai «*delegati delle liste e dei gruppi di candidati esclusi*» e, dunque, dichiaratamente quanto irragionevolmente atta ad escludere l'azione popolare (o, comunque, il ricorso del singolo elettore che lamenti la lesione di interessi connessi con il proprio diritto di elettorato attivo)[87], quand'anche non si volesse ritenere – stando alla lettera della previsione in esame – che risultino privi di legittimazione addirittura i singoli candidati[88].

si vedano: P. Quinto, *Il nuovo Codice, il giudizio elettorale e la Corte costituzionale: una singolare coincidenza*, cit., 6 ss., nonché Id., *L'art. 129 del Codice del processo amministrativo, il «caso Piemonte», il monito della Corte costituzionale: un decreto correttivo?*, cit., *passim*; Ro. Chieppa, *Il Codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, *ivi*, 28 luglio 2010, 12; Ri. Chieppa, *Riflessi della sent. n. 236 del 2010 sulla tutela degli atti di procedimento preparatorio alle elezioni (codice del processo amministrativo e procedimento elettorale politico*), cit., 2906 ss.; E. Lehner, *Finalmente sancita l'immediata impugnabilità degli atti preliminari alle elezioni regionali e locali*, cit., 2914; N. Saitta, *I giudizi elettorali*, cit., 16-17; G. Meloni, *Il contenzioso in materia di elezioni locali in Italia*, cit., 327; L. Trucco, *Le elezioni regionali piemontesi davanti ai giudici*, cit., 684 ss.

[86] Cfr. Camera dei deputati, XVI Legislatura, Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari, 16 giugno 2010, Commissione I, Allegato 6, 35 ss. (spec. rilievo n. 16, 38). Di estremo significato, altresì, è il passo in cui la Commissione, tra le premesse, richiama testualmente «*l'opportunità che tutte le questioni relative al procedimento elettorale preparatorio trovino soluzione prima dello svolgimento delle elezioni, in modo tale da consentire il pieno esercizio del diritto di voto da parte degli elettori ed evitare che successive pronunce giurisdizionali possano travolgere il risultato delle elezioni*» (36).

[87] La precisazione appare opportuna al fine di tenere conto delle diverse concezioni e ricostruzioni che hanno caratterizzato e tutt'ora caratterizzano il dibattito sull'istituto dell'azione popolare in materia elettorale, come legittimazione diffusa da ritenersi collegata – secondo quanto qui si è mostrato di preferire (cfr. *supra*, par. 3.1.) – o meno all'esistenza di una specifica situazione soggettiva derivante dalla sovranità popolare attribuita a ciascun cittadino. Sul tema, diffusamente, cfr. l'ottima trattazione monografica di E. Lehner, *Le garanzie dei diritti elettorali*, cit., *passim* e spec. 290-293 (le coordinate fondamentali della ricostruzione sono reperibili anche in Id., *I diritti elettorali fra garanzie politiche e garanzie giurisdizionali*, cit., spec. 2171-2173, nonché, da ultimo, in Id., *Azione popolare e giustizia elettorale*, in *questo volume*).

[88] Come puntualizza correttamente G. Pellegrino, *op. ult. cit.*, 1058, infatti, «*l'espressione "gruppi di candidati" si riferisce alle "liste" nelle elezioni provinciali formate da candidature uninominali nei singoli collegi*». Nello stesso senso, cfr. N. Saitta, *I giudizi elettorali*, cit., 17, nonché Ri. Chieppa, *op. ult. cit.*, 2907, il quale dopo aver affermato che risulterebbero «*privi di tutela i* singoli candidati*, ben più titolati dalla propria situazione soggettiva imme-*

L'esclusione dell'azione popolare (e, comunque, del ricorso del singolo elettore che intenda far valere una propria situazione soggettiva) potrebbe far sorgere, già in sé e per sé, qualche dubbio di legittimità costituzionale in relazione alla menzionata sicura "incidenza" degli atti del procedimento elettorale preparatorio (e, in particolare, degli stessi atti di esclusione) sulla corretta formazione dell'offerta elettorale sulla quale è destinato ad esercitarsi il diritto fondamentale e inviolabile di elettorato attivo[89]. Ciò che è meno dubitabile, però, è la palese irrazionalità di una disciplina che assume tratti a dir poco paradossali se solo si considera che il singolo elettore non può attivare la tutela anticipata, che consentirebbe di correggere tempestivamente e definitivamente il vizio nella fase preparatoria, ma contro il medesimo atto di tale fase può esercitare l'azione popolare che gli è riconosciuta dall'art. 130 c.p.a. successivamente alla proclamazione degli eletti, con il potenziale e del tutto sproporzionato effetto di travolgere per intero il risultato delle elezioni, imponendone la rinnovazione ancorché in un contesto politico-ambientale inesorabilmente mutato[90].

c) Vi è poi la questione della configurazione in termini di mera "facoltatività" dell'azione volta ad ottenere la tutela anticipata rispetto alla data di svolgimento delle operazioni di voto. La disciplina dei primi due commi dell'art. 129, per la verità, non è chiarissima al riguardo; tuttavia, come è stato correttamente osservato, sembrerebbe da escludere – sia per il dato letterale che in ragione dei ristrettissimi tempi concessi – l'opzione interpretativa secondo la quale l'espressione «*possono essere immediatamente impugnati*» dovrebbe intendersi nel senso di configurare un vero e proprio "onere" di impugnazione soltanto con il mezzo e nei termini previsti dalla normativa in questione, risultando irrimediabilmente preclusa la possibilità di ricorrere anche successivamente, ai sensi dell'art. 130, unitamente all'impugnazione dell'atto di proclamazione degli eletti[91]. Lo strumento della tutela anticipata, dunque, è costruito come

diatamente lesa», prova a rinvenirne una possibile "spiegazione" – ma non una "giustificazione" – nel fatto che «*i delegati delle liste o dei gruppi sono dal legislatore delegato considerati più* affidabili *per una legittimazione esclusiva alla tutela autonoma e immediata, forse perché ritenuti più legati ad obbedienza all'organo di partito, che si vuole mantenere arbitro delle designazioni, e più* esperti *in accomodamenti sostitutivi*».

[89] Sul punto concordano, ad es., E. Lehner, *Finalmente sancita l'immediata impugnabilità degli atti preliminari alle elezioni regionali e locali*, cit., 2915, e L. Trucco, *Le elezioni regionali piemontesi davanti ai giudici*, cit., 686, spec. nt. 58.

[90] Il paradosso è posto in grande evidenza da G. Pellegrino, *op. ult. cit.*, 1058, ed è rilevato anche da P. Quinto, *L'art. 129 del Codice del processo amministrativo, il «caso Piemonte», il monito della Corte costituzionale: un decreto correttivo?*, cit., 3.

[91] In questi termini, concordano, ad es., G. Pellegrino, *op. ult. cit.*, 1053-1054, e R. De Nictolis, *Il secondo correttivo del Codice del processo amministrativo*, in *www.federlismi.it*, n. 20/2012, 15. Sembrerebbe propendere, invece, per la configurazione dell'impugnazione anticipata come "onere", comunque escludendo che a quest'ultima debba necessariamente accompagnarsi anche l'impugnazione successiva assieme all'atto di proclamazione degli eletti, L. Trucco, *Le elezioni regionali piemontesi davanti ai giudici*, cit., 684.

meramente "opzionale" e alternativo a quello dell'impugnazione "ordinaria", da ritenersi sempre e comunque attivabile all'esito dell'intero procedimento elettorale nel termine più ampio e con il rito previsti dall'art. 130 per la c.d. "*tutela post-elettorale*"[92].

Tale configurazione, la quale semplicemente "consente" ma non "impone" l'utilizzo della tutela giurisdizionale anticipata, non è affatto priva di conseguenze problematiche; i termini decadenziali assai ristretti, infatti, non possono che incentivare la posticipazione delle contestazioni all'emanazione dell'atto di proclamazione degli eletti, con tutti gli evidenti pregiudizi non tanto per la garanzia delle situazioni soggettive di colui che è legittimato ad agire, quanto, senza dubbio, per la soddisfazione delle esigenze di diritto costituzionale "obiettivo" che si sono sopra richiamate, nonché per gli stessi interessi sottesi, in generale, alla titolarità del diritto di elettorato attivo. Invero, la scelta di rendere solo facoltativa l'immediata impugnazione degli atti del procedimento elettorale preparatorio, rendendo possibile il volontario differimento dell'azione all'esito del voto, costituisce un evidente incentivo all'adozione di comportamenti "strategici" e strumentali proprio nell'ambito delle fasi pre-elettorali, anche con finalità politicamente "estorsive" [93], compromettendo in radice la gran parte degli obiettivi che la tutela giurisdizionale "*pre-elettorale*" dovrebbe perseguire.

d) Altro profilo d'indubbia criticità concerne la "contrazione" verosimilmente eccessiva dei termini processuali (tre giorni per il ricorso, due giorni per l'appello, nessun termine a difesa a fronte di eventuale ricorso incidentale, nessuna disciplina dell'ipotesi di motivi aggiunti, sentenza in forma semplificata da pubblicarsi lo stesso giorno dell'udienza)[94].

Non sono discutibili, evidentemente, le esigenze di particolare celerità dei tempi di svolgimento del giudizio cui debba rispondere la tutela giurisdizionale "*pre-elettorale*", in considerazione dell'obiettivo fondamentale di assicurare – almeno tendenzialmente – la soluzione definitiva, prima del voto, di tutte le questioni relative al procedimento preparatorio[95]. Tuttavia, la scelta

[92] Proprio in questo senso, d'altronde, sembrerebbe essersi consapevolmente orientata anche la stessa *voluntas* del legislatore delegato, laddove ha provveduto a sostituire il chiarissimo disposto del comma 2 dell'art. 147 dello schema di decreto proposto dalla Commissione redigente presso il Consiglio di Stato, il quale stabiliva senza equivoci che i provvedimenti impugnati con il rito "pre-elettorale" «*non sono più contestabili al di fuori dei termini di cui al comma 1*».

[93] Il rilievo è ancora di G. PELLEGRINO, *op. ult. cit.*, 1059, il quale prospetta l'esempio del «*piccolo soggetto politico eventualmente escluso per un mero errore formale da parte dell'ufficio elettorale che sceglie di non impugnare immediatamente l'esclusione, preferendo attendere l'esito del voto per porre sul collo del vincitore la "spada di Damocle" dell'annullamento integrale delle elezioni*».

[94] Cfr. la disciplina del rito speciale richiamata, *supra*, nt. 81.

[95] Nella relazione di accompagnamento al primo schema di Codice proposto dalla Commissione del Consiglio di Stato, alla quale si devono le scelte fondamentali sulla strut-

per una disciplina processuale dai termini così ridotti – ancorché costruita su due gradi di giudizio a cognizione piena – suscita più di qualche perplessità in ordine al rispetto non solo dei canoni generali del diritto di difesa e del giusto processo ma anche, precipuamente, di quei princìpi di *pienezza* e di *effettività* della tutela giurisdizionale espressamente evocati dal Giudice costituzionale nella sent. n. 236 del 2010[96].

Si tenga conto, oltretutto, che l'opzione fatta propria dal legislatore delegato rischia, sotto altro profilo, di porsi in palese contrasto con l'esplicito principio della legge di delega che imponeva al Governo di prevedere «*il dimezzamento, rispetto a quelli ordinari, di tutti i termini processuali*»; a tacere del fatto che la legge di delega imponeva anche di prevedere «*il deposito preventivo del ricorso e la successiva notificazione in entrambi i gradi*», mentre l'art. 129 mantiene il modello della previa notifica[97].

e) Emerge, infine, un ulteriore elemento di "criticità" su cui merita soffermare l'attenzione, in quanto idoneo ad assumere carattere – per così dire – sistemico, rischiando di compromettere, nelle sue stesse fondamenta, l'efficacia e la concreta funzionalità del meccanismo di tutela anticipata previsto nel Codice.

La giurisdizione «*in materia di operazioni elettorali*» affidata al Giudice amministrativo dall'art. 126 e poi dagli artt. 129 e 130, come è stato fin da subito osservato, continua ad afferire – secondo la pur controversa tradizione – alla *giurisdizione generale di legittimità*, ancorché estesa al merito (il Giudice, infatti, non deve limitarsi ad annullare le operazioni elettorali di cui

turazione del rito e, soprattutto, sui termini processuali, si legge significativamente: «*Per le elezioni amministrative, la Commissione speciale si è trovata di fronte ad una vasta congerie di leggi, atteso che si tratta in buona parte di materia di competenza legislativa anche regionale. Sicché si è dovuto strutturare un rito calcolando un tempo medio del procedimento elettorale preparatorio di 27 giorni. (…) In astratto due soluzioni erano praticabili: a) prevedere un rito estremamente celere, in primo e secondo grado, che consenta la conclusione del giudizio 14-12 giorni prima della data delle elezioni, in modo che, in caso di accoglimento del ricorso, non si renda necessario differire la data delle elezioni; b) prevedere un rito meno accelerato, ma con il paventato rischio che l'eventuale accoglimento del ricorso, per un vizio attinente alla sola fase del procedimento preparatorio, comporti la necessità di annullare l'esito della competizione elettorale. (…) Sebbene non vi sia un vincolo costituzionale in ordine alla data delle elezioni amministrative, si è ritenuto preferibile evitare, per quanto possibile, il rischio di rinnovazione delle stesse, considerati anche i costi che ne deriverebbero per la finanza pubblica*».

[96] In tale senso, si vedano i concordi rilievi di G. Pellegrino, *op. ult. cit.*, 1058, di G. Meloni, *Il contenzioso in materia di elezioni locali in Italia*, cit., 332, nonché di P. Quinto, *L'art. 129 del Codice del processo amministrativo, il «caso Piemonte», il monito della Corte costituzionale: un decreto correttivo?*, cit., 3.

[97] Entrambi i profili sono posti in evidenza da G. Pellegrino, *op. ult. cit.*, 1058, il quale, in relazione al secondo, si limita ad ipotizzare astrattamente (e con evidente forzatura) l'eventualità di interpretare restrittivamente la norma di delega, ricavandone solo l'obbligo di «*omogeneizzazione tra primo e secondo grado nei riti che già contemplavano il previo deposito del ricorso innanzi al Tar*».

accerti l'illegittimità, ma deve anche adottare le determinazioni sostitutive che ritenga corrette). D'altra parte, che non si tratti di una materia affidata alla *giurisdizione esclusiva* del Giudice amministrativo, risulterebbe espressamente confermato dal disposto dell'art. 133, il quale, nell'elencare gli ambiti della giurisdizione esclusiva, non contempla il contenzioso elettorale[98].

Il legislatore delegato, dunque, ha senz'altro confermato il modello tradizionale di riparto di giurisdizione già vigente nella materia in questione e fondato sulla distinzione fra tutela dei diritti soggettivi (affidata al Giudice ordinario, con specifico riferimento alle controversie che investano le ineleggibilità, le decadenze e le incompatibilità) e tutela degli interessi legittimi (affidata al Giudice amministrativo, con specifico riferimento al c.d. "contenzioso di regolarità" sulle *operazioni elettorali*). Né, peraltro, in sede di esercizio della delega prevista nell'art. 44 della legge n. 69 del 2009, si sarebbero potute adottare soluzioni diverse, stante l'esplicito tenore letterale della disciplina di delegazione, la quale, da un lato, imponeva al Governo di limitarsi a «*razionalizzare e unificare le norme vigenti per il processo amministrativo sul contenzioso elettorale*», dall'altro, conferiva il potere di introdurre «*la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*» esclusivamente «*nelle controversie concernenti atti del procedimento elettorale preparatorio per le elezioni per il rinnovo della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica*»[99].

Ciò nondimeno e a prescindere dalla contingente vicenda della delega legislativa che ha dato origine alla nuova disciplina codicistica, il mantenimento del modello della giurisdizione ripartita suscita non poche perplessità: non è difficile, infatti, cogliere le inevitabili contraddizioni – sul piano pratico, prima ancora che su quello teorico – che possono discendere dall'applicazione di un simile modello alla materia in questione, soprattutto allorché si pretenda di dare effettiva soddisfazione alle esigenze della "*tutela pre-elettorale*".

In primo luogo, perché l'emersione di eventuali questioni di giurisdizione non sembra intrinsecamente compatibile con i ridottissimi tempi della tutela anticipata e, in ogni caso, con l'obiettivo di ottenere certezze definitive prima della data di svolgimento delle elezioni.

[98] Almeno nelle interpretazioni della disciplina codicistica, trattasi di una constatazione assolutamente pacifica: cfr., per tutti, G. Pellegrino, *sub Art. 126*, cit., 1040; F. Caringella, M. Protto, *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, DIKE, 2010, 1177; E. Lehner, *Le garanzie dei diritti elettorali*, cit., 260. Su un piano diverso, evidentemente, si collocano i rilievi critici volti a contestare la stessa configurabilità teorica della giurisdizione generale di legittimità del Giudice amministrativo in materia elettorale (sul punto, cfr., *infra*, spec. note 101 e 102).

[99] In tal senso, cfr. N. Saitta, *I giudizi elettorali*, cit., 119-120, il quale osserva come il legislatore delegato dovesse «*da un lato limitare la regolamentazione codicistica alle materie attinenti al giudizio amministrativo e dall'altro rispettare l'inderogabile discrimine tra giurisdizione su interessi legittimi e giurisdizione ordinaria su diritti soggettivi*».

In secondo luogo, perché, com'è fin troppo noto, la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi nella materia elettorale – nonostante l'approdo consolidato e risalente ormai all'epoca in cui si risolse la "contesa" fra la Corte di cassazione e il Consiglio di Stato a cavallo degli anni '60 e '70[100] – è tutt'altro che chiara, incontroversa e suscettibile di una pacifica "*actio finium regundorum*"[101], tenuto conto, d'altra parte, che qualunque controversia elettorale coinvolge inevitabilmente – come qui si è già evidenziato al par. 3.1 e, per l'appunto, ha espressamente sottolineato anche la Corte costituzionale nella sent. n. 259 del 2009 – diritti soggettivi fondamentali garantiti dalla Costituzione[102]. E non è affatto da escludersi che una progressiva (e, per altri versi, auspicabile) valorizzazione di tale assunto possa condurre ad erodere progressivamente gli spazi di concreta operatività della tutela giurisdizionale anticipata offerta dal Giudice amministrativo mediante quella giurisdizione generale di legittimità nella quale resta confinato il rito speciale dell'art. 129.

[100] Per la giurisprudenza della Suprema Corte, si vedano, tra le altre, Cass., ss.uu., sentt. 30 settembre 1968, n. 3043, 16 dicembre 1968, n. 3987, 14 aprile 1969, n. 1179, 26 maggio 1969, n. 1863, 17 luglio 1973, nn. 2076 e 2077. Sul fronte opposto, si vedano, ad es., Cons. Stato, Sez. V, 22 aprile 1969, n. 334, 26 aprile 1969, n. 534, 28 novembre 1969, n. 1418, 19 dicembre 1969, n. 1565, cui fece seguito la pronuncia di adeguamento alla tesi della Corte regolatrice ad opera dell'Adunanza plenaria 6 aprile 1971, n. 3.

[101] Per tutti, cfr. i fondamentali studi monografici di D. Borghesi, *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, cit., spec. 85 ss., di C. Mignone, *Giustizia elettorale amministrativa*, cit., *passim*, e, da ultimo, di E. Lehner, *Le garanzie dei diritti elettorali*, cit., spec. 261 ss., la quale perviene ad una conclusione tanto equilibrata quanto condivisibile: la necessità di prendere atto che, allo stato attuale di evoluzione dell'ordinamento italiano, «*l'emersione del diritto a candidarsi come diritto soggettivo ha messo in crisi il già criticato presupposto su cui si fonda il riparto di giurisdizione in materia elettorale, ossia l'assioma in forza del quale nell'ambito delle operazioni elettorali (in cui sono tradizionalmente ricomprese le fasi preliminari alle operazioni di voto e di scrutinio) emergono solo interessi legittimi, mentre nella sequenza procedimentale successiva alla proclamazione rilevano solo diritti soggettivi*» (28). Sul punto specifico, *adde* C. Mignone, *Il riparto della giurisdizione in materia elettorale*, in *Foro amm.*, I, 1982, 609 ss.

[102] A tale specifico riguardo, cfr., altresì, la sent. 377 del 2008, nella quale il Giudice costituzionale ha espressamente negato che nella materia elettorale possano ritenersi sussistenti «*solo interessi legittimi*». In dottrina, oltre ai riferimenti della nt. precedente, si vedano M.S. Giannini, *La giustizia amministrativa*, Roma, Jandi Sapi Editori, 1963, 120-121, ed E. Cannada Bartoli, *L'istituzione dei Tribunali amministrativi e la tutela del cittadino in un recente disegno di legge*, in *Foro amm.*, 1968, III, 857 ss., spec. 869, i quali – per primi e più decisamente – hanno sostenuto come tutto il contenzioso elettorale (compreso quello c.d. "di regolarità" sulle operazioni elettorali) sia pesantemente condizionato dalla presenza dei diritti soggettivi di elettorato attivo e passivo. Nello stesso senso, cfr. anche M.P. Chiti, *Le procedure giurisdizionali speciali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, *Diritto amministrativo speciale*, Milano, Giuffrè, 2003, 4780, secondo il quale «*è molto controverso che nel contenzioso elettorale possano aversi chiare distinzioni tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, afferendo l'intera problematica a situazioni di diritto soggettivo a rilevanza costituzionale*», nonché, in termini ancor più rigorosi e volti a ritenere che nella materia elettorale possano considerarsi sussistenti «*soltanto diritti soggettivi, senza alcun intreccio o compresenza di interessi legittimi*», F.G. Scoca, *Elezioni politiche e tutela giurisdizionale*, cit., 3619.

Proprio in questo senso, d'altronde, può essere richiamato il significativo esempio delle recenti pronunce della V Sez. del Consiglio di Stato e del TAR Sardegna che hanno declinato la loro giurisdizione in materia di *referendum* regionali e locali, riproponendo, di fatto, una ricostruzione non tanto dissimile da quella della stessa V Sez., risalente agli anni '60, che aveva consentito di negare la giurisdizione del Giudice amministrativo sul contenzioso elettorale in nome della "incidenza" su diritti pubblici soggettivi quali l'elettorato attivo e passivo[103]. Nella vicenda da ultimo sottoposta al TAR Sardegna, in particolare, di fronte al ricorso di alcune Province sarde che lamentavano l'illegittimità (anche costituzionale) – e, dunque, la radicale inammissibilità – dell'indizione dei referendum regionali abrogativi che avrebbero condotto alla loro soppressione[104], il Giudice amministrativo ha affermato che «*nell'ambito del procedimento referendario quale quello oggetto di causa, sono configurabili esclusivamente posizioni di diritto soggettivo pubblico e ciò tanto in capo ai promotori del referendum, tanto in capo ai soggetti che "si oppongono, per qualsivoglia ragione (sostanziale, procedurale, politica), all'ammissibilità del quesito referendario, (i quali) indipendentemente dal petitum introdotto in giudizio, propongono nella sostanza una domanda di accertamento negativo la cui causa petendi si traduce nella negazione di una o più delle condizioni di esercizio del diritto soggettivo pubblico vantato dal comitato promotore del referendum, (cosicché) l'interesse materiale di chi si oppone al referendum ha natura e contenuto omogeneo a quello dei promotori ma è speculare nella direzione" (così Cons. Stato, V Sez., 18/10/2011, n. 5559*)»[105]. E se si considera che le Province sarde ricorrenti in quella circostanza giammai avrebbero potuto ritenersi titolari di una situazione di diritto soggettivo alla loro giuridica esistenza (a dispetto di quanto, peraltro, lo stesso TAR ha provato a sostenere in modo espresso), è del tutto evidente la particolare "forza attrattiva" che ha esercitato, nel caso di specie, la situazione soggettiva di diritto di cui erano portatrici le parti controinteressate, ossia i promotori dei *referendum*, addirittura al fine di individuare il giudice dotato di giurisdizione su una domanda di tutela che, ai sensi degli artt. 24 e 103 Cost., aveva ad oggetto indiscutibilmente l'interesse legittimo che vantavano le Province attrici e che avrebbe dovuto pianamente radicare proprio la giurisdizione generale di legittimità del Giudice amministrativo[106].

[103] Cfr. i riferimenti giurisprudenziali citati, *supra*, nt. 100.

[104] Sulla vicenda si veda O. Chessa, S. Pajno, *Sardegna*, in L. Vandelli (a cura di), *Il governo delle Regioni: sistemi politici, amministrazioni, autonomie speciali*, Bologna, Il Mulino, 2012, 355 ss., spec. 372 ss.

[105] Cfr. TAR Sardegna, Sez. II, 20 aprile 2012, n. 411.

[106] Si tratta di un fenomeno solo in parte assimilabile a (e, comunque, senz'altro non confondibile con) quello del peculiare criterio di riparto della giurisdizione ricostruito dalla Suprema Corte in relazione ai casi di controversie elettorali attivate mediante l'azione popolare e fondato sul presupposto teorico tradizionale che quest'ultima costituisca non uno strumento di tutela di

5.1.2. La versione attuale dell'art. 129 dopo l'intervento correttivo del d.lgs. n. 160 del 2012

Il secondo decreto correttivo del codice del processo amministrativo, ossia il d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160, ha provveduto a sostituire integralmente i primi due commi dell'art. 129, al dichiarato scopo – come si legge nella relazione di accompagnamento allo schema di decreto presentato per il parere alle Camere il 30 luglio 2012[107] – di *adeguare* la disciplina della tutela elettorale "anticipata" davanti al Giudice amministrativo ai princìpi espressi dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 236 del 2010.

La nuova formulazione del testo attualmente in vigore è la seguente:

«*1. I provvedimenti immediatamente lesivi del diritto del ricorrente a partecipare al procedimento elettorale preparatorio per le elezioni comunali, provinciali e regionali e per il rinnovo dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia sono impugnabili innanzi al tribunale amministrativo regionale competente nel termine di tre giorni dalla pubblicazione, anche mediante affissione, ovvero dalla comunicazione, se prevista, degli atti impugnati.*

2. Gli atti diversi da quelli di cui al comma 1 sono impugnati alla conclusione del procedimento unitamente all'atto di proclamazione degli eletti»[108].

La modifica ha certamente eliminato almeno due delle criticità che affliggevano il testo originario. Il tenore letterale del nuovo testo, infatti, non lascia adito a dubbi di sorta tanto in ordine all'estensione del rito speciale in esame anche alle elezioni dei membri del Parlamento europeo spettan-

situazioni soggettive proprie, bensì uno strumento di tutela del solo interesse pubblico consistente nel rendere azionabile un interesse di fatto. In questi casi, come puntualmente è fatto notare da E. Lehner, *Le garanzie dei diritti elettorali*, cit., 270, il criterio elaborato dalla Corte regolatrice si atteggia come «*criterio secondario di riparto che, contrariamente a quanto previsto dalla Costituzione, opera guardando non alla situazione sostanziale dell'attore, ma a quella del convenuto*»; secondo la Cassazione, infatti, «*sia che si adisca il g.o., sia che si adisca il g.a., l'attore popolare fa valere un interesse pubblico generale all'osservanza della legge ed al retto funzionamento di determinati organi, incardinando la propria domanda davanti all'AGO o al TAR (…) a seconda che quell'interesse sottenda in concreto profili di eleggibilità ovvero di regolarità (…) la giurisdizione non si determina alla stregua della posizione soggettiva dell'attore-elettore, che resta sempre la medesima, qualunque sia la giurisdizione adita, ma in base alla posizione soggettiva del (o dei) diretto controinteressato(i), in quanto cioè l'attore popolare miri a contestare la regolarità delle operazioni o il diritto all'ufficio conseguito da un determinato candidato*» (così Cass., ss.uu., 23 ottobre 1981, n. 5559, par. 9, annotata da C. Mignone, *Il riparto della giurisdizione in materia elettorale*, cit.).

[107] Cfr. XVI Legislatura, Atti parlamentari, Camera dei deputati, Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 499.

[108] Del tutto trascurabili si rivelano le due minime modifiche della disciplina del rito contenuta nei commi da 3 a 10, con le quali si è prevista la pubblicazione del ricorso in primo grado e del ricorso in appello anche «*nel sito internet della giustizia amministrativa*» (cfr., in particolare, il comma 3, lett. *b*, e il comma 8, lett. *c*).

ti all'Italia[109], quanto con riferimento alla configurazione dell'impugnativa quale vero e proprio "onere" imposto ai soggetti legittimati a ricorrere, per i quali l'inutile decorso dei termini decadenziali ristrettissimi dell'art. 129 vale oggi ad escludere – in forza dell'inequivoco disposto del comma 2 e alla nuova formula del comma 1 («*sono impugnabili (…) nel termine di tre giorni*») – l'ammissibilità di eventuali impugnazioni posticipate degli atti del procedimento preparatorio riconducibili al comma 1 unitamente all'atto di proclamazione degli eletti[110].

Ciò nondimeno, permangono – e, paradossalmente, si aggiungono – molti profili di indubbia criticità, dai quali è difficile non ricavare una sensazione di complessiva insoddisfazione se non di vero e proprio scoramento, soprattutto se si tengano a mente i chiarissimi princìpi scolpiti nella sent. n. 236 del 2010.

Tralasciando qui il problema della conformità a Costituzione dei termini processuali ridottissimi rimasti inalterati, tutte le perplessità si concentrano sulla nuova formula individuata dal legislatore delegato per definire l'ambito al quale l'applicazione di questa nuova tutela giurisdizionale "*pre-elettorale*" debba ritenersi riservata: «*I provvedimenti immediatamente lesivi del diritto del ricorrente a partecipare al procedimento elettorale preparatorio*». Si tratta di una formulazione particolarmente infelice che certamente, ancora una volta, non assicura affatto una piena implementazione in concreto della richiamata giurisprudenza costituzionale, con l'ulteriore rischio di condurre a conseguenze davvero abnormi e diametralmente opposte rispetto agli obiettivi.

Ciò almeno per tre ordini di ragioni.

a) In primo luogo, pare difficilmente negabile la conferma, seppure solo implicita, di una pesante limitazione dei soggetti legittimati ad agire, facilmente ricavabile, *ex se*, dalla menzione dell'unica situazione soggettiva in grado di costituire la *causa petendi* dell'impugnazione, ovverosia il «*diritto del ricorrente a partecipare al procedimento elettorale preparatorio*»; da ciò si evince, senza margini di dubbio, che potranno ricorrere solo coloro che lamentano la lesione di un *proprio diritto a partecipare al procedimento preparatorio* alle elezioni[111], cioè, in definitiva, solo ed esclusivamente i singoli candidati[112] e i delegati di lista in rappresentanza della lista nel suo insieme. Permane, dunque, nonostante l'esplicita emersione del problema nel dibat-

[109] E ciò malgrado il legislatore delegato abbia improvvidamente "dimenticato" di adeguare le rubriche del Capo II e dello stesso art. 129, che continuano a non menzionare le elezioni europee e che, peraltro, continuano altresì a riferire la tutela anticipata ai soli atti di esclusione dal procedimento elettorale preparatorio.

[110] In tal senso, sebbene in termini velatamente dubitativi, cfr. R. De Nictolis, *Il secondo correttivo del Codice del processo amministrativo*, cit., 15.

[111] Così, ancora, R. De Nictolis, *op. cit.*, 14-15.

[112] Con ciò rimediando almeno alla più evidente aporia del testo originario, che addirittura sembrava escludere la legittimazione attiva dei singoli candidati (cfr., *supra*, nt. 88).

tito della I Commissione permanente del Senato in sede di espressione del parere[113], l'esclusione dell'azione popolare e, comunque, della legittimazione del singolo elettore che intenda lamentare la lesione di una propria situazione soggettiva[114].

b) In secondo luogo, è evidente l'incongruità della formula utilizzata per individuare le situazioni soggettive la cui asserita lesione immediata sia in grado di radicare l'interesse al ricorso. L'immediata lesività del provvedimento da impugnare va riferita, secondo quanto stabilisce il testo novellato, al «*diritto (…) a partecipare al procedimento elettorale preparatorio*», ossia ad una situazione soggettiva identificata con una espressione del tutto inedita nel nostro diritto positivo e che presenta, comunque, ampi margini di oscurità e ambiguità[115]. Quel che è certo, in ogni caso, è che con essa si è inteso introdurre una esplicita limitazione delle situazioni soggettive azionabili con il rito "*pre-elettorale*", rendendo assai dubbia – se non radicalmente da escludere – la stessa possibilità che risultino impugnabili ai sensi dell'art. 129 gli atti di ammissione di liste o candidati, possibilità che, almeno negli intenti dichiarati del legislatore, avrebbe dovuto costituire il principale obiettivo della novella nell'ottica di adeguamento del Codice ai princìpi costituzionali. Si consideri, infatti, che gli atti di ammissione di liste o candidati non sembrano in grado di produrre una lesione immediata del «*diritto (…) a partecipare al procedimento elettorale preparatorio*» (e neppure del più corretto "*diritto a partecipare al procedimento elettorale* tout court") vantato da altri candidati

[113] Cfr., in particolare, gli interventi del sen. Sanna e del relatore sen. Sarro nella 425ª seduta del 12 settembre 2012, Senato della Repubblica, XVI Legislatura, Commissione Affari costituzionali (1ª), *Resoconto sommario*.

[114] Concorde l'opinione di E. Lehner, *Azione popolare e giustizia elettorale*, cit., spec. par. 3. *Contra*, cfr. S. Mezzacapo, *Consultazioni europee: impugnativa ad ampio raggio*, cit., 35, il quale, valorizzando soprattutto la mancata riproposizione della testuale limitazione dei legittimati attivi contemplata dal testo originario, ne ricava la conseguenza che debba «*ora ritenersi riconosciuta la legittimazione attiva per il contenzioso di cui è questione anche dei candidati e, soprattutto, degli elettori*».

[115] La formula evoca solo apparentemente, per una qualche assonanza lessicale, quella sostanzialmente ben diversa già utilizzata nella sent. n. 259 del 2009, laddove il Giudice costituzionale faceva riferimento al «*diritto di un candidato a partecipare ad una competizione elettorale*». Proprio a tale riguardo è stato correttamente osservato come non sia affatto comprensibile che cosa sia il «*diritto a partecipare al procedimento elettorale preparatorio*», dal momento che «*in realtà, ciò che è lesivo non è il procedimento elettorale preparatorio in sé, ma il suo atto conclusivo (l'esclusione o l'ammissione di liste, contrassegni, candidati). E tale atto finale lede l'interesse della lista o del candidato a partecipare alle elezioni, ossia al procedimento elettorale* tout court*, non a quello preparatorio*» (così R. De Nictolis, *op. cit.*, 13). Nello stesso senso, cfr. A. Pajno, *Le nuove disposizioni correttive e integrative al codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1/2013, 15, secondo il quale «*non sembra (…) che possa essere configurata una situazione soggettiva dell'interessato con riferimento alla partecipazione al procedimento preparatorio, diversa da quella relativa alla partecipazione al procedimento elettorale* tout court».

o altre liste del pari ammessi (diritto che, di per sé, quegli atti non mettono affatto in discussione)[116], quanto, semmai, del "*diritto a partecipare ad una competizione elettorale legittima e regolare*"[117], che è formula ben diversa da quella codificata[118].

c) Infine, l'uso dell'espressione «*diritto a partecipare*» rischia seriamente di aggravare la segnalata problematica del riparto di giurisdizione tra Giudice amministrativo e Giudice ordinario, ponendo oltretutto in modo immediato e diretto l'ulteriore questione se il legislatore delegato, novellando l'art. 129 e malgrado il tenore testuale dell'art. 133 (rimasto invariato sul punto), non abbia finito per introdurre una nuova ipotesi di *giurisdizione esclusiva* del Giudice amministrativo[119]. Una simile eventualità, tuttavia, pur potendo rappresentare la soluzione più coerente con la configurazione quale "diritto" della situazione soggettiva da tutelare, non sarebbe affatto priva di ulteriori profili problematici. Essa, infatti, non sfuggirebbe alla necessità di un sindacato di conformità all'art. 103 Cost., da svolgere – come ha puntualizzato la giurisprudenza costituzionale – sulla base dei princìpi fissati nella sent. n. 204 del 2004[120]; ma ciò che è ancor più grave, l'ipotesi di una nuova fattispecie di giurisdizione esclusiva si porrebbe palesemente in contrasto con le già ricordate previsioni della disciplina di delega (che, come è noto, vincolano anche i decreti integrativi e correttivi), la quale risultava chiarissima, da un lato, nell'imporre al Governo di limitarsi a «*razionalizzare e unificare le norme vigenti per il processo amministrativo sul contenzioso elettorale*», dall'altro, nel conferire al legislatore delegato il potere di introdurre «*la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*» esclusivamente «*nelle controversie*

[116] Il dubbio è condiviso, ancora, da R. De Nictolis, *op. cit.*, 14, nonché da A. Pajno, *Le nuove disposizioni correttive e integrative al codice del processo amministrativo*, cit., 16, secondo il quale «*sembra problematico ritenere che eventuali atti di ammissione di altri candidati o di altre liste siano idonei a ledere la situazione soggettiva richiamata nella norma*».

[117] L'espressione evoca evidentemente, sul piano dell'elettorato passivo, quella utilizzata da D. Borghesi, *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, cit., spec. 106, il quale individua il contenuto del diritto dell'elettore che esercita l'azione popolare «*nell'esser rappresentati da chi per legge e secondo il risultato delle elezioni ha diritto di farlo*» (cfr., *supra*, nt. 13).

[118] Pur considerando espressamente tale argomento, si mostra favorevole ad una interpretazione estensiva, tale da ricomprendere nella nuova formulazione legislativa anche gli atti di ammissione, S. Mezzacapo, *op. cit.*, 35, facendo leva sull'intento dichiarato dal Governo di adeguare la disciplina ai princìpi espressi dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 236 e sull'osservazione – posta «*su un piano logico prima ancora che strettamente giuridico*» – secondo la quale «*la novella non avrebbe senso alcuno se la sua formulazione non fosse letta come ampliativa del novero degli atti (preparatori) immediatamente impugnabili*».

[119] L'ipotesi è espressamente contemplata da R. De Nictolis, *op. cit.*, 14, nonché da A. Pajno, *Le nuove disposizioni correttive e integrative al codice del processo amministrativo*, cit., 15.

[120] E che si tratti di un sindacato non scevro di questioni controverse e dagli esiti tutt'altro che scontati lo confermano le puntuali osservazioni di F.G. Scoca, *Elezioni politiche e tutela giurisdizionale*, cit., 3619, già richiamate, *supra*, nt. 68.

concernenti atti del procedimento elettorale preparatorio per le elezioni per il rinnovo della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica»[121]. Con il che ci si troverebbe di fronte all'esito perverso di una disciplina non soltanto ancora ben lontana dai princìpi della sentenza n. 236 del 2010, ma addirittura radicalmente incostituzionale in quanto viziata, nella sua interezza, da un clamoroso eccesso di delega[122].

Dall'insieme di queste considerazioni è facile comprendere quanto sarebbe risultata assai più appropriata – ancorché non risolutiva del problema generale del riparto di giurisdizione – la formula proposta dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato incaricata di redigere il testo del decreto correttivo, chiaramente ispirata dall'intento di tradurre il più fedelmente possibile i *dicta* della sentenza n. 236 del 2010; in quel testo, infatti, oltre alla legittimazione a ricorrere riconosciuta a tutti i candidati o cittadini elettori, l'impugnabilità con il rito speciale della tutela "anticipata" veniva genericamente riferita a tutti «*i provvedimenti immediatamente lesivi relativi al procedimento elettorale preparatorio per le elezioni comunali, regionali e per il rinnovo dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia*»[123].

5.1.3. Le ulteriori lacune: il problema dell'incidente di falso alla luce della sentenza n. 304 del 2011 della Corte costituzionale e l'assenza di una disciplina speciale per l'accesso al giudizio di costituzionalità

Anche a voler prescindere, per un attimo, dalle segnalate "inadeguatezze" che a tutt'oggi caratterizzano la disciplina dello speciale rito "*pre-elettorale*" contemplato nell'art. 129 del Codice del processo amministrativo, non si può fare a meno di sottolineare l'esistenza di due ulteriori lacune normative in

[121] Cfr., *supra*, nt. 99. Il rischio di una violazione della legge di delega sotto tale profilo, pur con molta prudenza, è paventato anche da A. Pajno, *Le nuove disposizioni correttive e integrative al codice del processo amministrativo*, cit., 16.

[122] Nell'unico caso, a quanto consta fino ad oggi, in cui il Giudice amministrativo è stato chiamato a fare applicazione del rito speciale previsto dal nuovo art. 129, nella versione novellata dal d.lgs. n. 160 del 2012, la questione non si è posta [cfr. TAR Lazio (Roma), sez. II-*bis*, sent. 31 gennaio 2013, n. 1108]. Ma è del tutto evidente che il dubbio di incostituzionalità per eccesso di delega costituisce una pesantissima "spada di Damocle" sulla valida applicabilità della disciplina del rito "pre-elettorale", oltre che un serissimo argomento difensivo potenzialmente utilizzabile dalle parti resistenti o controinteressate.

[123] Cfr., ancora, A. Pajno, *Le nuove disposizioni correttive e integrative al codice del processo amministrativo*, cit., 15. In termini del tutto analoghi, peraltro, si era espressa successivamente anche la I Commissione permanente del Senato nel parere reso sullo schema di decreto presentato dal Governo, rilevando l'opportunità che all'art. 129 fosse prevista «*l'impugnabilità innanzi ai tribunali amministrativi regionali dei provvedimenti lesivi che riguardino tutto il procedimento elettorale preparatorio per le elezioni comunali, provinciali, regionali ed europee*» (v. il parere allegato al Resoconto sommario citato, *supra*, nt. 113).

grado di compromettere non poco il raggiungimento di quegli obiettivi di *pienezza*, *tempestività* ed *effettività* della tutela giurisdizionale cui la sentenza n. 236 del 2010 ha tanto enfaticamente fatto riferimento.

Si tratta, in primo luogo, della impossibilità per il Giudice amministrativo di conoscere, ancorché *incidenter tantum*, del falso negli atti del procedimento elettorale, in ragione della riserva alla giurisdizione "unitaria" del Giudice civile del giudizio circa la falsità di tutti gli atti muniti di valore fidefacente privilegiato a norma dell'art. 2700 c.c.[124].

Il problema, come è noto e come dimostra l'esperienza di alcuni casi recenti, è tutt'altro che teorico o "di scuola"[125]; ed è altrettanto noto che il Giudice delle leggi, investito della questione ad opera di una corposa ordinanza del Consiglio di Stato nel corso di un giudizio *post-elettorale* avente ad oggetto le elezioni regionali del Piemonte svoltesi nel 2010[126], con la sentenza n. 304 del 2011 ha rigettato nel merito tutti i dubbi di legittimità costituzionale della disciplina processuale anteriore al nuovo Codice del processo amministrativo e di quella attualmente in vigore «*nella parte in cui precludevano*

[124] Si veda, al riguardo, l'esplicito disposto dell'art. 8, comma 2, del c.p.a., ai sensi del quale «*restano riservate all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità delle persone, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso*».

[125] Le ipotesi di contestazione di falsità in atti del procedimento preparatorio alle elezioni amministrative si sono fatte, negli anni, sempre più frequenti; e non sono mancate, d'altronde, pronunce del Giudice ordinario in sede di giudizio sulla querela di falso che tali falsità hanno accertato ma intervenendo a distanza di molti anni dallo svolgimento delle elezioni e, finanche, ad organi elettivi già rinnovati a seguito di una successiva tornata elettorale. Al riguardo, si veda, ad es., il caso delle elezioni del Sindaco e del Consiglio comunale di Misterbianco, deciso, da ultimo, dall'Ad. Plen. del Consiglio di Stato con la sent. 2 dicembre 2010, n. 3, nonché il caso delle elezioni regionali in Lombardia del 2010, con il giudizio tutt'ora sospeso davanti al Giudice amministrativo in attesa del definitivo pronunciamento con efficacia di giudicato da parte del Giudice civile in sede di incidente di falso, sul quale cfr. M. Massa, *[Cons. St., sez. V, n. 5345 del 2011] Dopo Cota, Formigoni: elezioni regionali sotto la spada di Damocle delle firme false*, in *www.diritti regionali.org*, 29 settembre 2011 (peraltro, solo il 17 aprile 2013, con nuovi organi regionali già insediati, il Tribunale di Milano ha depositato il dispositivo della sentenza di primo grado che ha accertato la falsità di 723 firme prodotte a sostegno della presentazione della Lista Regionale per la Lombardia che sosteneva la candidatura alla presidenza di Roberto Formigoni, firme risultate determinanti per l'ammissione della lista e, dunque, per la successiva elezione!). Cfr., inoltre, il caso delle elezioni regionali in Piemonte del 2010, tutt'ora pendente (ma con accertamento della falsità già pronunciato incidentalmente dal Tribunale penale di Torino, con sentenza del 30 giugno 2011), sul quale si vedano le considerazioni di L. Trucco, *Le elezioni regionali piemontesi davanti ai giudici*, cit., spec. 699 ss.

[126] Sull'ordinanza della sez. V 16 febbraio 2011, n. 1000, con la quale il giudizio è stato rimesso alla Corte costituzionale, oltre a L. Trucco, *op. ult. cit.*, 700 ss., cfr. M. Croce, *Effettività della tutela nel contenzioso elettorale e accertamento della falsità degli atti endoprocedimentali da parte del giudice amministrativo (nota a Cons. St. ord. 1000/2011)*, in *Quad. cost.*, 2011, 402 ss., nonché M. Massa, *Il Consiglio di Stato chiede di potersi pronunciare sulle falsificazioni delle liste per le elezioni regionali*, in *www.diritti regionali.org*, 10 marzo 2011.

e precludono al giudice amministrativo di accertare, anche solo incidentalmente, la falsità degli atti pubblici nel giudizio amministrativo in materia elettorale». La motivazione che la Corte ha fornito a sostegno della decisione di rigetto è fondata su quattro principali nuclei argomentativi[127].

a) La connotazione della riserva al Giudice civile del giudizio sulla querela di falso quale vera e propria «*opzione di sistema (…) di risalente e costante tradizione (…) ma anche rispondente a persistenti valori ed esigenze di primario risalto*». Tra queste, *in primis*, quella di «*assicurare in talune peculiari materie – rispetto alle quali maggiore è la necessità di una certezza erga omnes e sulle quali possa formarsi anche un giudicato – una sede e un modello processuale unitari: così da evitare, ad un tempo, il rischio di contrastanti pronunce – che minerebbero la fiducia verso determinati atti (…) di essenziale risalto agli effetti dei rapporti intersoggettivi – e il ricorso a modelli variegati di accertamento, dipendenti dalla specificità dei procedimenti all'interno dei quali simili questioni "pregiudicanti" possono intervenire*». La «*necessaria tutela della fede pubblica*» – soprattutto in ipotesi quali quella degli atti muniti di valore fidefacente privilegiato – deve dunque «*essere assicurata a prescindere dalla sede processuale in cui l'autenticità dell'atto sia stata, incidentalmente, messa in dubbio*». Infatti, «*la certezza e la speditezza del traffico giuridico (…) potrebbero risultare (…) non adeguatamente assicurate ove l'accertamento sulla autenticità dell'atto fosse rimesso ad un mero "incidente", risolto all'interno di un determinato procedimento giurisdizionale, senza che tale verifica avesse effetti giuridici al di là delle parti e dell'oggetto dello specifico procedimento*».

b) L'impossibilità di invocare, come aveva ampiamente fatto il Giudice rimettente, la pertinenza del precedente di cui alla sentenza n. 236 del 2010. Attraverso un esplicito *distinguishing*, la Corte afferma in termini tanto perentori quanto sbrigativi che in quella circostanza trattavasi «*di un contesto decisionale (…) affatto diverso (…), essendo il caso allora scrutinato riferito ad una preclusione della azione di impugnativa e non – come per l'incidente di falso – ad una riserva di giurisdizione*».

c) La necessità di ragionevole contemperamento tra le esigenze di speditezza e di effettività della tutela nel contenzioso elettorale e quelle di certezza del diritto connesse con l'intangibilità del valore probatorio e della qualità dell'atto munito di fede privilegiata ai sensi dell'art. 2700 c.c.; contemperamento dal quale si ricaverebbe l'impossibilità di ammettere deroghe alla unitarietà della giurisdizione civile sul falso documentale, risultando altrimenti le esigenze di certezza «*totalmente pretermesse a vantaggio di una ipotetica maggiore speditezza del procedimento*», in ragione dell'*ineluttabile frustrazione* che si verrebbe a determinare sul

[127] Cfr., in particolare, il par. 5 e il par. 6.1 del *Considerato in diritto*.

«*valore probatorio dell'atto pubblico, proprio perché non più fidefacente "fino a querela di falso"*».

d) La piena conformità al principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale della disciplina che il legislatore ha posto nell'esercizio della discrezionalità riconosciutagli in tema di istituti processuali. A sostegno della infondatezza della principale censura prospettata dal Giudice *a quo* e costruita sulla asserita violazione degli artt. 24, 113, 117, primo comma, Cost. e agli artt. 6 e 13 della CEDU, infatti, la Corte afferma – ancorché in termini sostanzialmente assertivi – che «*nella specie, non può ritenersi che la conformazione dell'accertamento della falsità documentale, come discrezionalmente effettuata dal legislatore con la disciplina di cui al complesso delle disposizioni denunciate, sia di per sé idonea a recare un vulnus al predetto principio di effettività. La verifica della falsità da parte del giudice ordinario – destinata a confluire nel processo amministrativo ai fini della definizione della controversia – oltre a rinvenire la sua giustificazione nel sistema delle tutele di cui alle linee di sviluppo sommariamente indicate, è comunque in grado di assicurare un livello di protezione conforme alle prescrizioni costituzionali e internazionali*».

Non è questa la sede per soffermarsi sui numerosi profili di perplessità e sulle possibili obiezioni che le argomentazioni appena richiamate sono in grado di suscitare[128]. Ai fini che qui rilevano, preme piuttosto evidenziare che la decisione della Corte è intervenuta nell'ambito di un giudizio tipicamente "*post-elettorale*", nel quale gli atti di ammissione di lista asseritamente viziati dalle falsità delle autenticazioni richieste dalla legge erano stati impugnati unitamente all'atto di proclamazione degli eletti; di talché, non è affatto irragionevole domandarsi se i medesimi esiti della sentenza n. 304 del 2011 sarebbero necessariamente replicabili nella diversa ipotesi in cui la questione di costituzionalità fosse sollevata nell'ambito del giudizio "*pre-elettorale*" disciplinato dall'attuale art. 129 c.p.a., sempre ammesso (e non concesso) che quest'ultimo "possa" (prima ancora che "debba") concretamente funzionare secondo quei canoni di *pienezza*, *tempestività* ed *effettività* della tutela giurisdizionale che la sentenza n. 236 del 2010 ha contribuito a definire nella specifica materia.

Proprio la considerazione di questa pronuncia, tuttavia, dovrebbe condurre a ritenere che ben difficilmente la questione del mancato riconoscimento al Giudice amministrativo del potere di conoscere delle falsità nel procedimento elettorale, se ed in quanto riferita al solo giudizio "*pre-elettorale*" dell'art. 129 c.p.a., sarebbe destinata a subire la medesima sorte della

[128] In proposito si può senz'altro rinviare alle convincenti considerazioni di A. CARDONE, *«Unitarietà» della giurisdizione e concentrazione del rito nell'accertamento del falso in materia elettorale*, in *Giur. cost.*, 2011, 4270 ss.

infondatezza, mediante un'applicazione automatica del precedente costituito dalla sentenza n. 304 del 2011. In una simile ipotesi, infatti, sarebbe pressoché impossibile operare con la tecnica del *distinguishing* per arrivare ad escludere la pertinenza dei *dicta* della sentenza n. 236 del 2010 e, in particolar modo, dell'affermazione secondo la quale «*posto che l'interesse del candidato è quello di partecipare ad una determinata consultazione elettorale, in un definito contesto politico e ambientale, ogni forma di tutela che intervenga ad elezioni concluse appare inidonea ad evitare che l'esecuzione del provvedimento illegittimo di esclusione abbia, nel frattempo, prodotto un pregiudizio*»[129]. Si tratta, come si è già avuto modo di rilevare, di una affermazione che individua la *ratio* intrinseca della tutela giurisdizionale "*pre-elettorale*" e che condivisibilmente sancisce, in una logica di grande rigore, l'inidoneità di ogni forma di *tutela "posticipata"* (ossia che intervenga ad elezioni concluse) contro gli atti immediatamente lesivi rispetto all'esigenza di garantire – senza che *medio tempore* si sia prodotto un pregiudizio – l'interesse del candidato a «*partecipare ad una determinata consultazione elettorale, in un definito contesto politico e ambientale*». È innegabile, dunque, che per la Corte la tutela "*pre-elettorale*" può essere considerata tale, conformemente ai princìpi costituzionali, solo se ed in quanto consenta di attivare prontamente un processo giurisdizionale con garanzia di tempi di svolgimento certi e destinato a concludersi, con efficacia di giudicato, entro la stessa fase preparatoria del procedimento elettorale e compatibilmente con i tempi di svolgimento delle altre operazioni prodromiche allo svolgimento delle votazioni.

Rispetto a tale modello, la riserva al Giudice civile del giudizio sull'incidente di falso è evidentemente del tutto incompatibile e assai difficilmente potrebbe essere intesa come il punto di equilibrio di un ragionevole bilanciamento tra le contrapposte esigenze della certezza sugli atti muniti di fede privilegiata e della effettività della tutela giurisdizionale, giacché queste ultime risulterebbero integralmente pretermesse. Non è difficile comprendere, infatti, che a fronte di un ricorso elettorale proposto ai sensi dell'art. 129 c.p.a. e affidato a censure inerenti falsità perpetrate nella presentazione di una lista, allo stato del diritto vigente, il Giudice amministrativo non potrebbe accordare alcuna tutela, dovendosi limitare a constatare il proprio difetto di giurisdizione sulla questione del falso e, considerati il carattere senz'altro perentorio e la estrema concentrazione dei termini processuali del rito speciale "*pre-elettorale*"[130], a dichiarare addirittura il "non luogo a provvedere" in ra-

[129] Così il par. 3 del *Considerato in diritto*.

[130] Si consideri che, ai sensi del comma 5 dell'art. 129, «*l'udienza di discussione si celebra, senza possibilità di rinvio anche in presenza di ricorso incidentale, nel termine di tre giorni dal deposito del ricorso, senza avvisi*», e che, ai sensi del successivo comma 6, «*il giudizio è deciso all'esito dell'udienza con sentenza in forma semplificata, da pubblicarsi lo stesso giorno*» (cfr. la disciplina del rito speciale richiamata, *supra*, nt. 81).

gione dell'impossibilità di adottare ordinanze di sospensione del giudizio[131], con conseguente impossibilità di somministrare finanche le minime misure cautelari necessarie a non pregiudicare *medio tempore* la posizione soggettiva del ricorrente[132].

Che un simile assetto possa essere ritenuto conforme ai princìpi della sentenza n. 236 del 2010 e, addirittura, che la Corte possa ribadire, con specifico riferimento al giudizio "*pre-elettorale*", quanto affermato nella sentenza n. 304 del 2011 – ossia che «*la verifica della falsità da parte del giudice ordinario – destinata a confluire nel processo amministrativo ai fini della definizione della controversia – (…) è comunque in grado di assicurare un livello di protezione conforme alle prescrizioni costituzionali e internazionali*» – è francamente insostenibile. Dunque, la lacuna concernente l'impossibilità per il Giudice amministrativo di conoscere delle questioni di falso nello speciale giudizio "*pre-elettorale*" disciplinato dall'art. 129 c.p.a. si rivela palesemente incostituzionale; ma tale constatazione apre inevitabilmente un ulteriore problema: quello dell'accesso al giudizio di costituzionalità degli atti legislativi mediante la rimessione alla Corte di questioni di legittimità costituzionale che abbiano ad oggetto la disciplina processuale dell'art. 129 e, più in generale, di tutte le questioni di legittimità costituzionale – anche e soprattutto della disciplina elettorale sostanziale – che possano eventualmente insorgere nel corso di questo particolare tipo di giudizio[133].

Si tratta della seconda e non meno grave lacuna normativa cui si è fatto cenno nell'*incipit* del presente paragrafo.

Nell'ambito della tutela "*pre-elettorale*" attivabile con il rito speciale dell'art. 129 c.p.a., infatti, risulta impedita la stessa possibilità di sollevare l'incidente di costituzionalità davanti al Giudice delle leggi; ciò per un duplice ordine di ragioni. Innanzitutto, perché, come si è visto, il Giudice ammini-

[131] Qualunque ipotesi di eventuale sospensione del giudizio in attesa del giudicato civile sulla querela di falso si rivelerebbe, infatti, inesorabilmente illegittima, dal momento che il giudizio medesimo non potrebbe giammai proseguire oltre i termini scanditi nell'art. 129 e, ancor meno, successivamente allo svolgimento delle elezioni e alla proclamazione degli eletti, a partire dalla quale l'unico rito attivabile è quello "*post-elettorale*" dell'art. 130 c.p.a.

[132] Sul punto è dirimente il dato costituito dal difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo sull'accertamento del falso. Come ha puntualmente osservato A. Cardone, *«Unitarietà» della giurisdizione e concentrazione del rito nell'accertamento del falso in materia elettorale*, cit., 4276, la riserva al Giudice civile in materia di falso «*sembra escludere in radice la possibilità di assicurare interinalmente gli effetti della* emananda *sentenza di merito perché il giudice amministrativo non dovrebbe poter vagliare, nemmeno in sede di delibazione del* fumus boni iuris *prospettato a sostegno dell'istanza cautelare, le denunciate falsità, essendo le medesime rimesse alla esclusiva cognizione del giudice ordinario*».

[133] Per un esempio concreto recentemente postosi in relazione alla legge elettorale regionale del Piemonte 29 luglio 2009, n. 21, cfr. J. Luther, *La ricerca della giustizia elettorale: «dramma» piemontese per legislatori, amministratori, giudici, scienziati e coro, in tre atti*, in *Rass. parl.*, 2011, 645 ss., spec. 657 ss.

strativo non sembra poter adottare provvedimenti di sospensione del giudizio e di rinvio della propria decisione all'esito del giudizio di altro giudice. Ma anche a voler ammettere che la rimessione di questioni di legittimità costituzionale alla Corte debba considerarsi sempre e comunque possibile, sarebbe in ogni caso l'attuale disciplina processuale dei tempi del giudizio di costituzionalità in via incidentale a risultare del tutto inadeguata a fornire le "prestazioni" della tutela "*pre-elettorale*"[134], dal momento che la decisione del Giudice costituzionale non potrebbe che giungere ad elezioni già svoltesi e, pertanto, al più, con gli effetti tipici di una tutela "*post-elettorale*" (e sempre ammesso che siano superabili i problemi di rilevanza nel giudizio *a quo* dove, evidentemente, giammai potrebbe risultare impugnato l'atto di proclamazione degli eletti).

Si è dunque di fronte ad una vera e propria "zona franca" della giustizia costituzionale[135], con la conseguenza che ad essa si potrebbe (o, meglio, si "dovrebbe") porre rimedio solo mediante apposite modifiche normative. Tali modifiche, volendosi limitare alle sole due lacune qui segnalate, potrebbero, in estrema sintesi, essere orientate secondo le seguenti coordinate:

a) attribuzione esclusiva al Giudice amministrativo del potere di accertamento del falso in tutti gli atti del procedimento elettorale preparatorio, con efficacia di giudicato *erga omnes*, escludendo espressamente per tali atti la proponibilità della querela di falso davanti al Giudice ordinario[136];
b) definizione di nuovi tempi processuali nel rito speciale dell'art. 129 c.p.a., idonei a consentire la possibilità di sollevare l'incidente di costituzionalità davanti alla Corte;
c) più in generale, definizione di nuovi termini e scadenze nei procedimenti elettorali per il rinnovo degli organi regionali, provinciali e comunali e per l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia, che risultino tali da consentire – in assenza di vincoli costituzionali quali il termine massimo di settanta giorni previsto dall'art. 61 Cost. per le ele-

[134] Limitandosi all'essenziale, si considerino, almeno gli oneri di notifica dell'ordinanza di rimessione che debbono essere correttamente assolti prima della trasmissione alla Corte (art. 23 della legge n. 87 del 1953); il termine di venti giorni dalla pubblicazione in G.U. dell'ordinanza per la costituzione delle parti del giudizio *a quo*, termine il cui decorso è condizione per l'esercizio del potere presidenziale di nomina del relatore e di fissazione della data dell'udienza o della camera di consiglio (artt. 3, 7, 8 e 9 delle vigenti *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*); il termine di trenta giorni prima dell'udienza o della camera di consiglio per l'avviso alle parti e il termine di venti giorni prima dell'udienza o della camera di consiglio per il deposito di memorie (artt. 8, 9 e 10 delle vigenti *Norme integrative*).

[135] Secondo l'ormai nota espressione già utilizzata da 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, spec. 25.

[136] In tal modo potrebbero considerarsi ragionevolmente contemperate e adeguatamente soddisfatte anche le esigenze di certezza collegate al valore probatorio *erga omnes* degli atti muniti di fede privilegiata che intervengono nel procedimento elettorale preparatorio.

zioni delle Camere – di riservare un tempo congruo (ad es., fra i trenta e i sessanta giorni) per la definizione certa e irrevocabile dell'offerta elettorale da presentare agli elettori prima del formale avvio del periodo di campagna elettorale vera e propria[137];

d) introduzione di una disciplina processuale speciale per il giudizio di legittimità costituzionale davanti alla Corte che abbia origine da un giudizio "*pre-elettorale*", con individuazione di tempi e formalità compatibili con la definizione tempestiva della controversia da parte del giudice *a quo*[138].

5.2. La giurisdizione del Giudice ordinario in tema di ineleggibilità originaria nelle elezioni comunali, provinciali, regionali ed europee: un modello di tutela giurisdizionale esclusivamente "post-elettorale"

Rispetto all'area coperta dall'art. 129 c.p.a., che – sia pure con tutti i gravi limiti, le lacune e le numerose incongruità che si sono fin qui evidenziate – può considerarsi, almeno sulla carta, un sistema di tutela giurisdizionale "*pre-elettorale*" in senso proprio, mediante un processo a cognizione piena, con un possibile doppio grado di giudizio e che assicura (ancorché solo tendenzialmente, come si è visto) la decisione definitiva, con efficacia di giudicato, anteriormente alle operazioni di voto, non altrettanto può dirsi per l'area che la legislazione italiana vigente – con l'avallo della consolidata interpretazione giurisprudenziale – affida tradizionalmente alla giurisdizione del Giudice ordinario[139], secondo quanto disposto dalle fondamentali previsioni dell'art. 82 del d.P.R. n. 570/1960 (per gli organi comunali) – richiamato dall'art. 7, comma 2, della legge n. 1147 del 1966 (per gli organi provinciali) e dall'art. 19 della legge n. 108 del 1968 (per gli organi regionali) – e dell'art. 44 della legge n. 18 del 1979 (per i membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia).

Su tale area, peraltro, il legislatore è intervenuto con la recente riforma di cui al d.lgs. n. 150 del 2011, che ha dettato nuove disposizioni complementari al codice di procedura civile volte alla riduzione e alla semplificazione

[137] Una proposta in questo senso, rivolta in particolare ad anticipare il termine di presentazione delle liste, è rinvenibile in P.M. Savasta, *Il contenzioso elettorale*, cit., spec. 20.

[138] Sul problema della fonte (legge costituzionale, legge ordinaria, regolamento della Corte) idonea ad introdurre una siffatta disciplina, secondo una linea ricostruttiva che prova ad aggiornare il tradizionale dibattito della dottrina in materia, si consenta il rinvio a M. Cecchetti, *Per una rinnovata riflessione sul potere normativo della Corte costituzionale per la disciplina dei propri giudizi*, in P. Caretti, M.C. Grisolia, *Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale*, Scritti in onore di Enzo Cheli, Bologna, Il Mulino, 2010, 227 ss.

[139] Cfr., *supra*, nt. 100, nonché, anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, N. Saitta, *I giudizi elettorali*, cit., 120-122.

dei procedimenti civili di cognizione. In particolare, gli artt. 22 e 23 di tale decreto hanno previsto l'applicazione del rito sommario di cognizione disciplinato dagli artt. da 702-*bis* a 702-*quater* c.p.c., introducendovi alcune specificità *ratione materiae*, alle azioni popolari e alle controversie in materia di *ineleggibilità*, *decadenza* ed *incompatibilità* nelle elezioni comunali, provinciali e regionali, nonché in materia di eleggibilità e incompatibilità nelle elezioni per il Parlamento europeo.

Si tratta, evidentemente, di un rito speciale che trova applicazione generale alla "materia elettorale" degli organi delle autonomie territoriali e dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia soprattutto in relazione a questioni che sorgano, per loro stessa natura, successivamente allo svolgimento delle operazioni di voto (si pensi al regime delle decadenze, delle incompatibilità e delle stesse cause di ineleggibilità sopravvenute nel corso del mandato elettivo).

Tuttavia, è altrettanto evidente che il rito in questione si applica anche alle cause di ineleggibilità che *ab origine* investano il candidato alle elezioni all'atto della stessa presentazione della candidatura, ponendo con ciò, almeno in astratto, un tipica esigenza di "*tutela pre-elettorale*", sulla cui sussistenza non occorre spendere molti argomenti se solo si considerano gli effetti di "inquinamento sostanziale" che una causa di ineleggibilità originaria determina, per le sue stesse intrinseche *rationes*, sulla formazione della volontà dell'elettore e sulla competizione tra candidati.

A tale riguardo, però, non si può fare a meno di constatare che il vigente sistema di rimedi giurisdizionali non è strutturalmente in grado di soddisfare una simile esigenza, potendo assicurare solo ed esclusivamente una tutela *ex post*. Restano, dunque, pienamente attuali le puntuali considerazioni del Giudice delle leggi, nella ricordata sent. n. 84 del 2006[140], a proposito della disciplina legislativa delle elezioni regionali, *nella parte in cui quest'ultima non consente che la sussistenza di eventuali cause originarie di ineleggibilità, a differenza di quelle c.d. di "incandidabilità", venga accertata immediatamente in sede di presentazione delle liste*, rendendo così possibile, fin da subito, anche l'eventuale sindacato giurisdizionale; una disciplina – merita ricordarlo – ritenuta dalla Corte «*evidentemente incongrua*», dal momento che «*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*».

Le ragioni di questa strutturale inidoneità dell'attuale modello di tutela giurisdizionale affidato al Giudice ordinario ad assicurare la garanzia dei princìpi e delle situazioni soggettive di rilievo costituzionale che imporreb-

[140] Cfr., *supra*, par. 4.3.

bero la "*tutela pre-elettorale*", anche – e, forse, soprattutto – in relazione alle cause di ineleggibilità originaria, è riconducibile a due fattori concorrenti ma, al tempo stesso, ciascuno, in sé e per sé, autonomamente determinante.

a) Il vigente sistema di "rilevazione" delle cause di ineleggibilità non ne consente l'immediato accertamento nel procedimento elettorale preparatorio così come avviene, invece, per le c.d. "cause di incandidabilità"; su queste ultime, infatti, sono chiamati a pronunciarsi gli uffici elettorali[141], le cui decisioni rientrano – in linea di principio, pur con i limiti e le incertezze sopra indicati – nell'area del sistema di tutela giurisdizionale anticipata approntato dall'art. 129 c.p.a.[142].

Il potere di accertare la eventuale sussistenza di cause di ineleggibilità originaria, in relazione alle elezioni comunali, provinciali e regionali, è espressamente attribuito, in via esclusiva, alle assemblee neoelette dagli artt. 41 e 69 del d.lgs. n. 267 del 2000, per i Comuni e le Province, nonché dall'art. 17, terzo comma, della legge n. 108 del 1968, confermato dal principio fondamentale di cui all'art. 2, comma 1, lett. *d*), della legge n. 165 del 2004 per le Regioni di diritto comune. La formulazione di quest'ultima disposizione, proprio in quanto rivolta a guidare l'esercizio della potestà legislativa regionale in materia elettorale, è particolarmente significativa al riguardo: «*Attribuzione ai Consigli regionali della competenza a decidere sulle cause di ineleggibilità dei propri componenti e del Presidente della Giunta eletto a suffragio universale diretto, fatta salva la competenza dell'autorità giudiziaria a decidere sui relativi ricorsi*».

È in questo contesto che si colloca l'art. 22 del d.lgs. n. 150 del 2011, il quale, ridisegnando la sola disciplina processuale delle controversie in tema di ineleggibilità, non ha potuto configurare altro che un sistema di tutela giurisdizionale necessariamente "*post-elettorale*", mediante il rinvio espresso alle previsioni dell'art. 82, commi 1 e 2, del d.P.R. n. 570 del 1960 (per i Comuni), dell'art. 7, comma 2, della legge n. 1147 del 1966 (per le Province) e dell'art. 19 della legge n. 108 del 1968 (per le Regioni). Con ciò, inesorabilmente individuando, quale presupposto necessario per l'esercizio dell'azione, la deli-

[141] Ai sensi degli artt. 30 e 33 del d.P.R. n. 570 del 1960 e, oggi, anche degli artt. 5, 9 e 12 del recentissimo d.lgs. n. 235 del 2012, recante il «*Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi, a norma dell'articolo 1, comma 63, della legge 6 novembre 2012, n. 190*», sul quale, anche per le essenziali precisazioni sul diverso regime dell'incandidabilità rispetto all'ineleggibilità, cfr. N. Lupo, G. Rivosecchi, *Le incandidabilità alle cariche elettive e i divieti di ricoprire cariche di governo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2013, 590 ss.

[142] Una conferma esplicita dell'applicabilità dell'art. 129 c.p.a. a seguito dell'accertamento della incandidabilità ad opera degli uffici elettorali è rinvenibile oggi nel d.lgs. n. 235 del 2012 e, precisamente, nell'art. 5, comma 3 (per i procedimenti elettorali dei membri del Parlamento europeo), nell'art. 9, comma 3 (per i procedimenti elettorali degli organi regionali) e nell'art. 12, comma 3 (per i procedimenti elettorali degli organi provinciali, comunali e circoscrizionali).

berazione dell'assemblea elettiva in materia di ineleggibilità e imponendo un termine di decadenza di trenta giorni dalla data finale di pubblicazione della suddetta deliberazione, ovvero dalla data della eventuale notificazione[143].

Quanto alle cause di ineleggibilità originaria dei candidati alle elezioni del Parlamento europeo, la situazione è sostanzialmente simile, seppure con un elemento di differenziazione non secondario dovuto al fatto che il giudizio può essere incardinato *prima* della costituzione dell'organo neoeletto[144], ancorché non sia comunque garantito entro tale data l'approdo ad una pronuncia irrevocabile[145].

Ad ogni buon conto, si tratta anche qui di una tutela giurisdizionale non attivabile immediatamente nel corso del procedimento preparatorio alle elezioni e perciò esclusivamente "*post-elettorale*". L'art. 23, comma 3, del medesimo d.lgs. n. 150 del 2011, infatti, stabilisce espressamente che il ricorso, proponibile da ciascun cittadino elettore, che attivi il giudizio sulle condizioni di ineleggibilità e di compatibilità previste dalla legge n. 18 del 1979 debba essere proposto nel termine decadenziale di «*trenta giorni dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dei nominativi degli eletti*».

b) In ogni caso, quand'anche le controversie in materia di ineleggibilità originaria dei candidati risultassero "giustiziabili" prima dello svolgimento delle operazioni di voto, occorre pur sempre essere consapevoli che un modello processuale (pur in sé assai apprezzabile in un'ottica di "*tutela post-elettorale*") quale il rito sommario di cognizione previsto dagli artt. da 702-*bis* a 702-*quater* c.p.c. (con le specifiche di cui agli artt. 22 e 23 del d.lgs. n. 150 del 2011) non si rivela affatto idoneo a garantire le esigenze cui dovrebbe corrispondere una piena ed efficace "*tutela pre-elettorale*". Quest'ultima, infatti, ancor più della tutela *ex post*, è inesorabilmente condizionata dal fattore "tempo", giacché impone, non occorre ribadirlo, che la decisione definitiva del giudice intervenga sempre prima del voto e in tempi comunque compatibili con lo svolgimento di tutte le fasi e le operazioni del procedimento preparatorio.

Si tratta di una considerazione assai meno scontata di quanto potrebbe sembrare, giacché mette in evidenza uno degli elementi davvero determinanti per conseguire l'obiettivo di una "buona" tutela giurisdizionale *pre-elettora-*

[143] Così l'art. 22, comma 4, del d.lgs. n. 150 del 2011.

[144] Sul tema, per un inquadramento generale, cfr. N. Lupo, G. Rivosecchi, *La disciplina di ineleggibilità e incompatibilità a livello europeo, nazionale e locale*, in G. Meloni (a cura di), Rapporto di Ricerca Luiss Guido Carli – Upi, *I sistemi di ineleggibilità e incompatibilità ai differenti livelli rappresentativi: profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, Roma, Formez – FormAutonomie, 2007, 11 ss., spec. 18 ss.

[145] Cfr. la previsione generale sulle surrogazioni contenuta nell'art. 46, comma 1, della legge n. 18 del 1979, ai sensi del quale «*l'ufficio elettorale nazionale comunica alla segreteria del Parlamento europeo le surrogazioni disposte in base alle sentenze che abbiano deciso irrevocabilmente le controversie sulla incompatibilità ed ineleggibilità degli eletti*».

le: la necessità di disporre di una disciplina processuale costruita "su misura", ossia di un rito speciale *ad hoc*.

In mancanza di tale elemento, si rivela del tutto inutile – anzi, paradossalmente, rischia di determinare effetti ancora più gravi – attribuire la giurisdizione su questo tipo di controversie a questo o a quel giudice. E, forse, proprio qui potrebbe risiedere la più plausibile spiegazione dell'antica quanto generalizzata ritrosia che hanno sempre mostrato i giudici (Corte costituzionale compresa) a ricavare per via meramente interpretativa la configurabilità di una giurisdizione "*pre-elettorale*" senza che vi fosse la disponibilità di un rito speciale adeguato alle peculiari esigenze che essa impone di soddisfare[146].

5.3. La "giustizia elettorale" nella elezione delle assemblee parlamentari: l'assoluta assenza di una qualunque tutela "pre-elettorale". Ragioni e possibili rimedi

Nelle pagine che precedono si è più volte fatto riferimento alla delega legislativa contemplata nell'art. 44, comma 2, lett. *d*), della legge n. 69 del 2009, la quale, al fine precipuo di soddisfare finalmente le istanze di tutela "*pre-elettorale*" nell'elezione delle assemblee parlamentari, aveva attribuito al Governo il potere di introdurre «*la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie concernenti atti del procedimento elettorale preparatorio per le elezioni per il rinnovo della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, mediante la previsione di un rito abbreviato in camera di consiglio che consenta la risoluzione del contenzioso in tempi compatibili con gli adempimenti organizzativi del procedimento elettorale e con la data di svolgimento delle elezioni*».

Il primo schema di Codice esitato dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato[147] aveva provveduto ad una compiuta attuazione della delega, disciplinando, agli artt. 143 e 144, un sistema di tutela affidato – in luogo della fase amministrativa innanzi all'ufficio elettorale centrale – alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, con un doppio grado di giudizio a cognizione non sommaria (TAR del Lazio, sede di Roma, in primo grado e Consiglio di Stato in appello), secondo cadenze temporali ristrettissime e pienamente compatibili con i settanta giorni dell'art. 61 Cost., avverso tutti «*gli atti del procedimento elettorale preparatorio per le elezioni per il rinnovo della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica*»[148]. La Commis-

[146] Da questo punto di vista, non pare affatto casuale che la prima (ed unica, fino ad oggi) pronuncia additiva del Giudice delle leggi, ossia la sentenza n. 236 del 2010, sia giunta contestualmente all'introduzione nel c.p.a. dell'art. 129.

[147] Cfr., *supra*, nt. 76.

[148] L'art. 143 dello schema, rubricato «*Giudizio di primo grado per le elezioni politiche*», così stabiliva:
«*1. Il ricorso avverso gli atti del procedimento elettorale preparatorio per le elezioni per il rinnovo della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica, concernenti i contrassegni,*

sione speciale, inoltre, si era fatta opportunamente carico dei rapporti tra le decisioni dei giudici rese nell'ambito del rito "*pre-elettorale*" e le prerogative spettanti alle Camere in sede di verifica dei poteri ai sensi dell'art. 66 Cost., mediante un'apposita previsione, l'art. 145, in base alla quale «*le decisioni giurisdizionali di cui agli articoli 143 e 144 non interferiscono con l'esercizio, da parte di ciascuna Camera, dei poteri di cui all'articolo 66 della Costituzione*», con ciò limitando espressamente l'efficacia di giudicato delle pronunce rese dal Giudice amministrativo nei confronti delle assemblee parlamentari in sede di giudizio sui titoli di ammissione dei propri componenti.

Tuttavia, come è noto, già all'atto della presentazione dello schema di decreto alle Camere, il Governo ha ritenuto di stralciare integralmente la menzionata disciplina e, dunque, di lasciare «*aperto il problema della tute-*

le liste, i candidati, i collegamenti è proposto inderogabilmente innanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma.
2. Il ricorso, nel termine di quarantotto ore dalla pubblicazione, anche mediante affissione o comunicazione se prevista, degli atti impugnati, deve essere, a pena di decadenza:
a) notificato, anche direttamente dal ricorrente o dal suo difensore mediante posta elettronica o fax, all'indirizzo dell'ufficio che ha emanato l'atto impugnato, al Ministero dell'interno e agli eventuali controinteressati; l'ufficio che ha emanato l'atto impugnato provvede a rendere pubblico il ricorso in copia mediante affissione in appositi spazi;
b) depositato presso la segreteria del Tribunale, che provvede ad affiggerlo in appositi spazi.
3. Le parti indicano rispettivamente nel ricorso o negli atti di costituzione l'indirizzo di posta elettronica o il numero di fax da valere per ogni eventuale comunicazione e notificazione.
4. L'udienza di discussione si celebra, senza possibilità di rinvio, anche in presenza di ricorso incidentale, il giorno successivo al deposito del ricorso in caso di causa sui contrassegni, il secondo giorno successivo negli altri casi; il giudizio si svolge anche in giorno festivo, senza avvisi.
5. Il giudizio è deciso all'esito dell'udienza con sentenza in forma semplificata, da pubblicarsi nello stesso giorno.
6. Le sentenze non appellate vengono inviate senza indugio a cura della segreteria del Tribunale all'ufficio che ha emanato l'atto impugnato».
Similmente, l'art. 144, rubricato «*Giudizio di appello per le elezioni politiche*», così stabiliva:
«*1. Il ricorso di appello al Consiglio di Stato, nel termine di quarantotto ore dalla pubblicazione della sentenza di primo grado, deve essere, a pena di decadenza:*
a) notificato, anche direttamente dal ricorrente o dal suo difensore mediante posta elettronica o fax, alle parti del giudizio di primo grado; per le parti costituite nel giudizio di primo grado la trasmissione si effettua presso l'indirizzo di posta elettronica o il numero di fax indicato negli atti difensivi;
b) depositato in copia presso il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, che provvede ad affiggerlo in apposito spazio;
c) depositato presso la segreteria del Consiglio di Stato, che provvede ad affiggerlo in apposito spazio.
2. L'udienza di discussione si celebra, senza possibilità di rinvio, anche in presenza di ricorso incidentale, il giorno successivo al deposito del ricorso, anche se festivo, senza avvisi.
3. Il giudizio è deciso all'esito dell'udienza con sentenza in forma semplificata, da pubblicarsi nello stesso giorno.
4. Le sentenze vengono inviate senza indugio a cura della segreteria del Consiglio di Stato all'ufficio che ha emanato l'atto impugnato».

la giurisdizionale relativamente agli atti del procedimento preparatorio per le elezioni politiche»[149], sulla base di argomentazioni incapaci di convincere fino in fondo[150] e che, comunque, hanno concretamente impedito anche la riproposizione del nuovo istituto in sede di adozione dei decreti integrativi e correttivi alle disposizioni del Codice[151].

Considerata questa vicenda, è inevitabile partire da una constatazione di fatto.

Nel campo delle elezioni delle assemblee parlamentari non esiste, allo stato attuale dell'ordinamento italiano, alcuna forma di tutela "*pre-elettorale*", per la semplice ragione che tutta la materia elettorale è considerata a tutt'oggi riservata al sindacato che svolgono le Camere in sede di verifica dei poteri, con conseguente "naturale" posticipazione di tutto il contenzioso ad un momento successivo all'insediamento degli organi neoeletti.

Ma v'è di più.

Nei casi delle esclusioni di liste o candidati che avvengano nel corso del procedimento elettorale preparatorio, risulta di fatto impedita anche una qualunque forma di tutela "*post-elettorale*"; ciò in forza del già richiamato – e ormai fin troppo noto – conflitto negativo tra le Sezioni Unite della Cassa-

[149] Su tale considerazione e sul fatto che «*l'assenza di tutela giurisdizionale va valutata alla luce del diritto di agire in giudizio e del diritto alla tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione riconosciuta dagli articoli 24 e 113 della Costituzione, nonché dall'articolo 6 CEDU, come rilevato anche dalla Giunta delle elezioni della Camera nella seduta del 22 luglio 2008*» la I Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati, in sede di espressione del parere sull'Atto del Governo n. 212, aveva espressamente fondato il proprio rilievo circa «*l'opportunità di dare attuazione al criterio di delega di cui all'articolo 44, comma 2, lettera d), seconda parte, della legge n. 69 del 2009*» (cfr. Camera dei deputati, XVI Legislatura, Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari, 16 giugno 2010, Commissione I, Allegato 6, 35 ss., spec. rilievo n. 15, 38).

[150] La Relazione di accompagnamento allo schema di decreto trasmesso alle Camere il 30 aprile 2010 (XVI Legislatura, Atti parlamentari, Camera dei deputati, Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 212) si limitava a riferire che «*i tempi serrati della fase preparatoria delle elezioni politiche – insuperabili per il vincolo posto dall'articolo 61 della Costituzione, che impone di espletare le elezioni politiche entro 70 giorni dal decreto presidenziale di scioglimento delle Camere – hanno sconsigliato il Governo dall'intraprendere la via della soppressione del procedimento amministrativo di competenza dell'Ufficio elettorale centrale nazionale presso la Corte di cassazione ipotizzata dalla commissione redigente*» (95). Al riguardo, valga l'osservazione di G. Pellegrino, *sub Art. 126*, cit., 1045, secondo il quale «*i dubbi sollevati dal Governo, esclusivamente connessi ai tempi di espletamento delle elezioni politiche e alla soppressione della fase contenziosa amministrativa che veniva sostituita con una piena tutela giurisdizionale, apparivano in realtà risolti dallo schema predisposto dalla Commissione*» (*sic!*).

[151] Decisamente in senso favorevole ad una tale "riproposizione" mediante l'esercizio della delega integrativa e correttiva – ancorché, come è noto, il fenomeno dell'attuazione "tardiva" delle deleghe legislative rimaste inattuate nel decreto principale sia di dubbia legittimità costituzionale – si era espresso A. Pajno, *La fase preparatoria delle elezioni politiche e il contenzioso elettorale in Italia*, cit., spec. 315 s.

zione e le Giunte delle elezioni di Camera e Senato[152]. Nessuna autorità, allo stato attuale, si ritiene competente a decidere sulle contestazioni concernenti gli atti di esclusione dalla competizione elettorale.

Che una simile situazione si ponga in palese contrasto con il quadro costituzionale individuato nella prima parte del presente contributo non è dubitabile. Dunque, per tutto quanto fin qui si è posto in evidenza, è agevole concludere che una tutela "*pre-elettorale*" anche nei procedimenti per l'elezione delle Camere non dovrebbe mancare perché costituzionalmente imposta.

Una simile conclusione trova un ostacolo nell'art. 66 Cost., quale norma costituzionale speciale capace di giustificare – se non di imporre – una deroga alle "ordinarie" esigenze di tutela "*pre-elettorale*" che pure emergono indubbiamente anche nell'ambito delle elezioni delle Camere? In altre parole, al fine soddisfare le suddette esigenze, sarebbe indispensabile transitare da un intervento di revisione costituzionale che modificasse, limitandolo, o addirittura rimuovesse l'istituto della verifica dei poteri di cui all'art. 66 Cost.?

La risposta, a parere di chi scrive, è negativa.

Impostare il problema della tutela "*pre-elettorale*" nelle elezioni delle Camere come questione da affidare necessariamente alla revisione costituzionale rischierebbe di essere il frutto di un convincimento erroneo e contrastante con gli approdi giurisprudenziali più recenti. È evidente che in termini tutt'affatto diversi si presenta il problema della tutela "*post-elettorale*", la quale, però, fuoriesce dal tema che qui si affronta.

Come si è già avuto modo di far osservare, nella sent. n. 259 del 2009 la Corte costituzionale, pur con particolare "prudenza", ci ha consegnato un dato interpretativo di notevole rilievo e difficilmente controvertibile: l'art. 66 Cost. non impedisce di per sé l'introduzione per via legislativa di forme e strumenti di tutela giurisdizionale in relazione al procedimento preparatorio per le elezioni delle assemblee parlamentari; l'attuale mancanza di una qualunque forma di tutela "*pre-elettorale*" nelle elezioni politiche dipende, infatti, dalle opzioni del legislatore ordinario, oggi scolpite nella formulazione dell'art. 87 del t.u. di cui al d.P.R. n. 361 del 1957, nell'interpretazione *estensiva* e *omnicomprensiva* che ne fornisce il Supremo Giudice della giurisdizione e che costituisce ormai, a tutti gli effetti, "diritto vivente" nella materia *de qua*[153].

Da qui occorre partire per colmare l'attuale vuoto di tutela "*pre-elettorale*" nelle elezioni politiche, aprendo le porte all'intervento riformatore del legislatore ordinario nell'area non coperta dalla prerogativa riconosciuta in via esclusiva alle Camere dall'art. 66 Cost. e testualmente riferita al solo controllo «*sui titoli di ammissione dei propri membri*» [154].

[152] Cfr., *supra*, par. 4.4, spec. note da 56 a 60.
[153] Cfr., *supra*, par. 4.4, lett. *a*) e nt. 65.
[154] Cfr. ancora, *supra*, par. 4.4, lett. *b*) e nt. 66.

Rispetto all'approdo della sent. n. 259 del 2009, tuttavia, non si può fare a meno di osservare che almeno tre ordini di considerazioni paiono condurre inesorabilmente nel senso della incostituzionalità dell'attuale interpretazione "estensiva" dell'art. 87 del t.u. del 1957.

a) In primo luogo, dovrebbe essere seriamente affrontato un problema fino ad oggi inspiegabilmente eluso tanto dalla giurisprudenza quanto dalla dottrina in materia: quello della conformità di una simile opzione interpretativa non tanto all'art. 66 quanto all'art. 64 Cost., sotto il profilo della ammissibilità, rispetto alla riserva di regolamento parlamentare ivi contemplata, di una competenza del legislatore ordinario ad attribuire alle due Camere funzioni ulteriori rispetto a quelle che l'art. 66 riserva, separatamente, a ciascuna di esse. Dal punto di vista dell'art. 64 Cost., in verità, è quantomeno dubbio che la fonte legislativa ordinaria possa invadere il campo riservato all'autonomia organizzativa e funzionale di ciascuna delle due Camere, vincolando queste ultime ad esercitare funzioni che la Costituzione non affida loro[155]; e se tale dubbio fosse condiviso e ritenuto fondato, la conseguenza che dovrebbe trarsene, ovviamente, sarebbe quella della impraticabilità dell'interpretazione "estensiva" dell'art. 87 del t.u. del 1957 per contrasto diretto con l'autonomia che l'art. 64 Cost. riconosce a ciascun ramo del Parlamento.

b) In secondo luogo, e si tratta di argomento esposto senza dubbio a minori margini di opinabilità, occorre considerare che – a dispetto di quanto affermatosi nel più recente orientamento sia del Giudice delle leggi che della Suprema Corte regolatrice – la configurazione dell'attività delle Camere in sede di verifica dei titoli di ammissione dei loro componenti quale esercizio di funzione giurisdizionale in senso proprio è pressoché impossibile. A tacer d'altro[156] e a prescindere dai numerosi argomenti spendibili in linea teorica per negare un simile assunto[157], non può non assumere rilievo determinan-

[155] In generale, sulla problematica questione dei rapporti e degli "intarsi" tra le fonti legislative e l'area riservata ai regolamenti parlamentari, anche alla luce delle prassi più recenti, cfr. N. Lupo, L. Gianniti, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, Il Mulino, 2008, 39 ss., nonché A. Manzella, *Il Parlamento*, III ed., Bologna, Il Mulino, 2003.

[156] Si pensi, ad esempio, al fatto che la stessa Corte costituzionale, almeno fino al 2003, aveva sempre considerato la prerogativa di cui all'art. 66 Cost. quale «*deroga alla giurisdizione*» e unica eccezione al «*sistema generale di tutela giurisdizionale in materia di elezioni*» (così, soprattutto, la sentenza n. 29 del 2003, parr. 3 e 4 del *Considerato in diritto*, e la sentenza n. 113 del 1993, par. 6 del *Considerato in diritto*; ma si vedano anche la sentenza n. 231 del 1975, par. 5 del *Considerato in diritto*, e la sentenza n. 115 del 1972, parr. 2 e 3 del *Considerato in diritto*). Analogamente, anche la Corte di cassazione, almeno fino al 2002, aveva affermato l'estraneità degli istituti di autodichia parlamentare rispetto alla giurisdizione (cfr., ad es., le sentt. nn. 317 del 1999 e 16267 del 2002).

[157] Al riguardo, si vedano le convincenti considerazioni di F.G. Scoca, *Elezioni politiche e tutela giurisdizionale*, cit., 3614 s. e 3616 s., nonché l'ampia riflessione di E. Lehner, *L'apertura condizionata della Corte sulla verifica dei poteri, tra tutela dell'autonomia parlamentare e garanzia dei diritti di elettorato passivo*, cit., 3629 ss., già richiamate, *supra*, nt. 62.

te in questo senso l'attuale formulazione dei primi due commi dell'art. 111 Cost., ai sensi dei quali «*la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*» e «*ogni processo [giusto] si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata*»[158]. Di fronte alla chiarezza di simili requisiti, e particolarmente di quelli concernenti la posizione di *terzietà* e *imparzialità* che strutturalmente e funzionalmente debbono connotare la figura del "giudice", è innegabile la strutturale inadeguatezza delle Camere a svolgere una funzione che possa essere in qualche modo assimilata a quella della giurisdizione secondo i canoni del "giusto processo" per la risoluzione di controversie che vedono necessariamente coinvolti i loro stessi membri e che ne mettono a rischio la stessa composizione – e, almeno in taluni casi, finanche la loro permanenza in carica – nonché i rapporti tra maggioranza e minoranze[159].

Da questo punto di vista, ossia sotto il profilo del diritto costituzionale interno ormai positivizzato nell'art. 111 Cost., è dunque del tutto secondario – se non addirittura privo di concreto rilievo – che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si sia attestata nell'affermare che «*i procedimenti riguardanti il contenzioso elettorale esulano dal campo di applicazione dell'art. 6*» della CEDU, in considerazione del fatto che essi «*riguardano l'esercizio di diritti a carattere politico e che non sono dunque relativi a "diritti e doveri di carattere civile" o alla "fondatezza di un'accusa penale"*», con conseguente inapplicabilità anche del *diritto ad un ricorso effettivo* di cui all'art. 13 della Convenzione[160].

[158] Cfr., *supra*, par. 3.2.

[159] Come sottolinea efficacemente F.G. Scoca, *Elezioni politiche e tutela giurisdizionale*, cit., 3617, «*desta meraviglia che non sia stato sollevato alcun dubbio sulla rispondenza di questi (pretesi) organi giudicanti ai principi e agli istituti del giusto processo. Eppure è difficile non dubitare della terzietà e della imparzialità delle Giunte (e delle stesse Assemblee), soprattutto considerando che l'eventuale accoglimento di un reclamo di chi sia stato illegittimamente escluso dalla competizione elettorale comporterebbe (almeno in teoria) il rifacimento, totale o parziale, delle elezioni. I componenti delle Assemblee (e delle Giunte) sono pertanto controinteressati rispetto a colui che chiede loro giustizia*». Similmente, G. Pellegrino, *sub Art. 126*, cit., 1045, rileva come «*anche là dove le giunte per le elezioni si determinassero a rivedere il proprio orientamento e quindi si ritenessero competenti a conoscere anche di controversie relative a provvedimenti di esclusione di simboli, liste e candidature, rimarrebbero comunque dubbi connessi (…) ai limiti propri dell'autodichia effettuata da organismi che certo non possono essere imparziali nel rilevare ad esempio vizi che, essendo stati esclusi candidati, liste o simboli, condurrebbero alla ripetizione delle elezioni*». Sulle ricadute della verifica dei poteri sui rapporti tra maggioranza e minoranze parlamentari, anche in funzione del tipo di sistema elettorale in vigore, per tutti, cfr. E. Lehner, *La verifica dei poteri nelle ultime legislature del Parlamento italiano*, in *Rass. parl.*, 2009, 419 ss.

[160] Così la Corte di Strasburgo nell'Aff. *Saccomanno e altri c. Italia*, req. n. 11583/08, del 13 marzo 2012, §§ 78-83, sulla quale si vedano le osservazioni di L. Trucco, *Sistema di elezione e di giustizia elettorale (italiani): anche per Strasburgo, tutte le strade portano al legislatore (italiano)*, in *www.forumcostituzionale.it*.

c) In ogni caso, c'è una terza considerazione che assume davvero portata decisiva e che si collega direttamente ai princìpi costituzionali enunciati non dalla sentenza n. 259 del 2009 ma dalla sentenza n. 236 del 2010.

Le Camere, comunque le si voglia considerare, non sono ontologicamente in grado di assicurare quella tutela *piena*, *efficace* e *tempestiva* alle situazioni soggettive e alle esigenze obiettive di rilievo costituzionale che vengono in gioco nel corso del procedimento preparatorio alle elezioni, rispetto alla quale – secondo quanto inequivocamente affermato dalla citata sentenza n. 236 – qualunque forma di *tutela "posticipata"*, che intervenga ad elezioni concluse, si rivela del tutto inidonea a garantire l'interesse del candidato a «*partecipare ad una determinata consultazione elettorale, in un definito contesto politico e ambientale*» senza che *medio tempore* si sia prodotto un pregiudizio[161]. È del tutto evidente, infatti, che le Giunte e le Assemblee non potrebbero che «*essere quelle del Parlamento eligendo e non di quello in carica durante la fase preparatoria delle elezioni, con la conseguenza che il soggetto escluso non avrebbe un giudice cui rivolgersi per cercare di ottenere tempestiva tutela, ma dovrebbe attendere l'insediamento del nuovo Parlamento per rivolgere alle relative giunte il proprio esposto*»; con l'ulteriore effetto che una simile doglianza «*concretizzandosi nella richiesta di annullamento delle operazioni elettorali, è ben difficile possa trovare particolare ascolto da parte di un collegio "giudicante" formato da coloro i quali subirebbero l'annullamento*»[162].

L'applicazione dei *dicta* della sentenza n. 236 del 2010 alla specifica situazione della tutela "*pre-elettorale*" nelle elezioni delle Camere del Parlamento nazionale, dunque, sarebbe astrattamente in grado di condurre, già oggi e di per sé sola, ad un esito univoco e difficilmente contestabile: la dichiarazione di illegittimità costituzionale del famigerato art. 87 del t.u. del 1957, nell'interpretazione "estensiva" che oggi ne costituisce "diritto vivente", «*nella parte in cui esclude la possibilità di un'autonoma impugnativa degli*

[161] Cfr., *supra*, par. 4.1, lett. *e*). Si rammenti, tra l'altro, che nella medesima pronuncia la Corte ha espressamente escluso la possibile prevalenza di un asserito principio di speditezza del procedimento elettorale fondato sull'art. 61 Cost. rispetto al diritto garantito dagli artt. 24 e 113 ad una tutela giurisdizionale *piena*, *tempestiva* ed *efficace* contro gli atti della pubblica amministrazione (*supra*, par. 4.1, lett. *f*).

[162] Le citazioni sono tratte da G. Pellegrino, *sub Art. 126*, cit., 1045. Considerazioni analoghe sono svolte anche da F.G. Scoca, *op. cit.*, 3615, il quale, nell'evidenziare la contraddittorietà della tesi sostenuta dalla Corte di cassazione, mostra «*un certo stupore*» circa il fatto che «*la stessa Corte, nelle stesse sentenze in cui statuisce che la giurisdizione spetta alle Assemblee parlamentari (le quali si costituiscono solo a seguito della competizione elettorale, e in conformità al suo esito), afferma che la tutela deve "precedere lo svolgimento della consultazione", quando la controversia abbia ad oggetto "l'ammissione o l'esclusione di liste elettorali", o, eventualmente, di aspiranti candidati. Tale seconda condivisibile affermazione si trova in palese contraddizione con la tesi della competenza delle Giunte e delle Assemblee; le quali possono operare soltanto dopo che le Camere si siano insediate e, di fatto, operano con tempi molto larghi*».

atti del procedimento preparatorio alle elezioni, ancorché immediatamente lesivi, anteriormente alla proclamazione degli eletti»[163]. Ciò, naturalmente, a condizione che la relativa questione potesse trovare una sede in cui essere sollevata; e, purtroppo, così non è, come si è visto, mancando del tutto il giudice al quale rivolgersi durante il procedimento elettorale preparatorio, in tempi compatibili con la scansione di quest'ultimo e tali da supportare la rilevanza della questione senza sfociare in una decisione che intervenga inesorabilmente ad elezione già svolte.

In un simile contesto, peraltro, la verosimile emersione di una ennesima "zona franca" della giustizia costituzionale[164], pure in presenza di una disciplina legislativa sicuramente incostituzionale, costituirebbe il minore dei problemi, rivelandosi sostanzialmente innocua e, comunque, non determinante.

In primis, perché, trattandosi di una "interpretazione" incostituzionale, sarebbe sufficiente applicare il ben noto canone dell'interpretazione costituzionalmente orientata, sulla base degli argomenti appena illustrati, per ottenere la rimozione immediata della "norma" legislativa illegittima.

In secondo luogo, perché neppure la mera caducazione della "norma" incostituzionale sarebbe in grado di produrre l'effetto di assicurare una tutela giurisdizionale "*pre-elettorale*" dotata delle indispensabili caratteristiche di *pienezza*, *tempestività* ed *efficacia*. Se è vero, infatti, che le Camere, allo stato attuale, non somministrano alcuna forma di tutela "*pre-elettorale*" (se non altro perché strutturalmente e funzionalmente inadeguate a farlo), è altrettanto vero che la semplice "restituzione" alla giurisdizione generale del Giudice ordinario della cognizione su questo tipo di controversie, la quale discenderebbe – quale effetto naturale – dalla rimozione dell'interpretazione "estensiva" dell'art. 87 del t.u. del 1957[165], in assenza di un apposito rito speciale capace di condurre ad una decisione definitiva prima dello svolgimento delle operazioni di voto, giammai potrebbe condurre ai risultati attesi.

Né, d'altra parte, anche qualora si ritenesse concretamente praticabile la via dell'accesso all'incidente di costituzionalità davanti alla Corte, potrebbe prefigurarsi una qualche "manipolazione" additiva con la quale il Giudice delle leggi, colmando la lacuna, provvedesse al necessario adeguamento a Costituzione della disciplina legislativa in questione. In questa materia – come, del resto, ha espressamente affermato lo stesso Giudice costituzionale nella

[163] Si tratta, significativamente, del dispositivo testuale della sentenza n. 236 del 2010, come si vede perfettamente riferibile alla situazione *de qua*.

[164] Cfr., *supra*, nt. 135.

[165] Sul punto, non si può fare a meno di richiamare (cfr., *supra*, par. 4,4, lett. *d*) la puntuale quanto perentoria affermazione del Giudice delle leggi nella sentenza n. 259 del 2009, secondo la quale «*le questioni attinenti le candidature, che vengono ammesse o respinte dagli uffici competenti, nel procedimento elettorale preparatorio, riguardano un diritto soggettivo, tutelato per di più da una norma costituzionale, come tale rientrante, in linea di principio, nella giurisdizione del giudice ordinario*». La tesi è pienamente condivisa da F.G. Scoca, *op. cit.*, 3618.

sentenza n. 259 del 2009 – è inevitabile prendere atto che non esistono soluzioni concrete a rime costituzionalmente obbligate, con conseguente impossibilità di fare a meno di un intervento *ad hoc* da affidare alla discrezionalità della legislazione ordinaria[166].

Il pieno soddisfacimento delle esigenze connesse all'auspicata introduzione di una tutela "*pre-elettorale*" nelle elezioni delle Assemblee parlamentari, infatti, potrebbe essere conseguito solo attraverso una compiuta disciplina legislativa che si facesse carico di affrontare adeguatamente almeno i due profili essenziali della attribuzione della giurisdizione (possibilmente evitando meccanismi di riparto) e, soprattutto, della definizione di un apposito rito speciale. E non è un caso che proprio in questo senso si fosse orientato il legislatore all'atto di conferire al Governo la delega legislativa dell'art. 44 della legge n. 69 del 2009, seppure con la contraddittoria indicazione, tra i criteri generali della delega, della finalità di «*adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori*»[167].

Certo, come si conta di aver dimostrato nelle pagine che precedono, non è affatto impresa agevole, a Costituzione invariata, costruire un sistema di tutela giurisdizionale per il procedimento preparatorio alle elezioni delle Camere che, nel brevissimo termine dei settanta giorni imposti dall'art. 61 Cost., sia in grado di rispondere ai canoni costituzionali del "giusto processo". Oltretutto, dovendo tale sistema, per quanto si è qui più volte sottolineato, contemplare necessariamente la possibilità di contestare tanto gli atti di esclusione quanto gli atti di ammissione di liste, simboli e candidati e finanche – per completezza – estendersi alla rilevazione delle cause di ineleggibilità originaria (ad oggi non accertabili neppure dagli uffici elettorali), sarebbe inevitabile fare i conti con l'emersione di una ulteriore e delicatissima esigenza di regolazione: quella concernente la necessità di disciplinare il rapporto tra le pronunce giurisdizionali che si formino nell'ambito della tutela "*pre-elettorale*" (le quali dovrebbero, pur sempre, risultare potenzialmente idonee alla formazione della "cosa giudicata") ed i poteri di verifica spettanti alle Camere in base alla vigente norma costituzionale in ordine ai «*titoli di ammissione dei propri componenti*»[168].

[166] Sul punto, cfr. la concorde opinione di L. Trucco, *Sistema di elezione e di giustizia elettorale (italiani): anche per Strasburgo, tutte le strade portano al legislatore (italiano)*, cit., 3-4, nonché Id., *La giustizia elettorale politica tra riforme mancate ed occasioni perdute*, in *questo volume*, spec. par. 3 ss.

[167] Non essendo ancora sopraggiunta, all'epoca, la sentenza n. 236 del 2010, come osserva F.G. Scoca, *op. cit.*, 3619 s., il legislatore delegato, per attuare compiutamente la delega, avrebbe dovuto «*allontanarsi decisamente*» da quanto sino ad allora deciso sia dalla Corte costituzionale sia dalla Corte di cassazione.

[168] Il problema è correttamente segnalato sia da F.G. Scoca, *op. cit.*, 3620, che da G. Pellegrino, *sub Art. 126*, cit., 1045. Una soluzione minimale e immediatamente percorribile, riprendendo la proposta originaria della Commissione del Consiglio di Stato incaricata di

Ben diversi, come è ovvio, sarebbero gli scenari e troppo numerose (per poter essere adeguatamente trattate in questa sede) le possibili soluzioni qualora ci si volesse determinare nel senso della revisione dell'art. 66 Cost., affrontando omnicomprensivamente l'intera problematica della "giustizia elettorale" sia *ante* che *post* elezioni politiche.

redigere lo schema di Codice del processo amministrativo, potrebbe essere quella di limitare espressamente l'efficacia di giudicato delle pronunce rese dal Giudice nei confronti delle assemblee parlamentari in sede di giudizio sui titoli di ammissione dei propri componenti, limitandosi a stabilire che «*le decisioni giurisdizionali rese nei giudizi pre-elettorali non interferiscono con l'esercizio, da parte di ciascuna Camera, dei poteri di cui all'articolo 66 della Costituzione*». Problema affatto diverso, evidentemente, sarebbe quello dei poteri spettanti alle Camere in relazione a fatti, situazioni o comportamenti del procedimento elettorale preparatorio che non avessero formato oggetto di pronuncia giurisdizionale "*pre-elettorale*"; in questi casi, come opportunamente osserva A. Cariola, *L'ammissione delle liste elettorali alla ricerca di un giudice: l'art. 66 Cost. alla prova del giusto processo*, cit., 12, «*se [ad esempio] dopo la fase di ammissione delle liste e delle candidature si scoprissero "nuovi" documenti e si riuscisse a provare che una candidatura non è stata firmata dal candidato, appare difficile negare alla (Giunta ed alla) Camera il potere-dovere di aprire la necessaria istruttoria sulla vicenda e di decidere la questione*».

LA GIUSTIZIA ELETTORALE IN GERMANIA

di Martin Morlok

Sommario: 1. Introduzione. - 2. La tutela giurisdizionale preelettorale. - 3. Il procedimento di verifica delle elezioni. - 4. Problemi tipici del ricorso per la verifica delle elezioni. - 4.1. Presentazione delle candidature. - 4.2. Forma della scheda elettorale. - 4.3. Comunicazioni pubbliche del Governo. - 4.4. Anticipazioni dei risultati elettorali via Twitter. - 4.5. Leggi elettorali incostituzionali. - 5. Conclusioni. - 5.1. Il problema di fondo della verifica delle elezioni. - 5.2. Necessità di una tutela giurisdizionale preelettorale. - 5.3. Strict scrutiny per il criterio dell'eguaglianza in materia elettorale. - 5.4. Parametri meno rigidi per la fase preliminare delle elezioni all'interno dei partiti. - 5.5. Il criterio della rilevanza del vizio per i mandati. - 5.6. Quale immagine dell'elettore è impressa nel diritto?

1. Introduzione

Le elezioni sono il fondamento della democrazia. Sono il meccanismo attraverso il quale si trasmette dal popolo, fonte di legittimazione di ogni potere, la legittimazione agli organi ulteriori, in particolare al parlamento. Lo svolgimento corretto delle elezioni è pertanto il momento critico per la legittimazione e solo elezioni "in ordine" possono adempiere la loro funzione di legittimazione.

I parlamenti eletti sono gli organi centrali della democrazia rappresentativa. Decidono sul governo, hanno il potere di legiferare e deliberano sulle imposte e sui compiti assunti dallo Stato. Il funzionamento di uno stato democratico dipende pertanto dall'esistenza di un parlamento. Proprio per la loro funzione decisiva i parlamenti eletti devono essere - il più possibile- conservati: i parlamenti eletti hanno bisogno di essere protetti nella loro esistenza (*Bestandsschutz*).

Tuttavia non va ignorato che le elezioni sono procedure di massa che sono uniche nel loro genere perché vi partecipano in funzioni centrali numerosi laici estranei alle amministrazioni. Ne deriva un alto rischio di rinvenire vizi (*Fehler*[1]) nelle elezioni parlamentari. Una visione realistica deve riconoscere che sembra escluso eseguire elezioni in dimensioni più grandi senza alcun vizio.

Ne consegue un'antinomia tra due finalità. Da un lato, le elezioni vanno svolte il più possibile senza violare norme, dall'altro lato si deve tutelare il più possibile la volontà del popolo espressa nelle elezioni. Pertanto occorre raggiungere un bilanciamento ragionevole tra la garanzia dell'assenza di vizi e la tutela della volontà popolare espressa nelle elezioni, cioè l'esistenza del parlamento eletto.

Per poter realizzare questo compito difficile, si consiglia di sanare i vizi della procedura elettorale già *prima* delle votazioni, anche per evitarne una

[1] N.d.T. (J.L.): *Wahlfehler* si traduce con vizi delle operazioni elettorali per violazione di norme, anche se nel linguaggio comune *Fehler* significa anche solo errore.

ripetizione costosa e dispendiosa di energie (cfr. la tutela giurisdizionale preventiva *infra sub* II). Il bilanciamento tra la garanzia della correttezza delle elezioni e la tutela dell'esistenza del parlamento è affidato ad una procedura particolare, il procedimento della verifica delle elezioni (*Wahlprüfungsverfahren*, cfr. *infra sub* III.). In un capitolo ulteriore cercherò di dare alcuni esempi come si trattano in Germania vizi presunti o effettivi delle elezioni (IV.), prima di tentare una breve conclusione (V.).

2. La tutela giurisdizionale preelettorale

In Germania per molti anni non si è avuta alcuna tutela giurisdizionale anteriore al voto. Una disposizione della legge federale sulle elezioni (§ 49) rendeva la verifica *successiva* in pratica l'unico procedimento utilizzabile per eccepire vizi delle elezioni. Contrariamente alle critiche della scienza giuridica, il Tribunale costituzionale federale aveva ritenuto che questa regola non comportasse alcuna violazione della garanzia della tutela giurisdizionale di cui all'art. 19 co. 4 della Legge fondamentale. Questa posizione non poteva convincere, perché proprio il diritto di voto è il diritto più nobile del cittadino (*citoyen*), un diritto che nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale è diventato addirittura lo strumento prediletto per assoggettare a un controllo giurisdizionale i trattati istitutivi e di riforma dell'Unione Europea. Un simile arricchimento sostanziale del diritto di voto mal si conciliava con l'esclusione di ogni tutela giurisdizionale preelettorale.

Siffatta restrizione della tutela giurisdizionale che escludeva quella preelettorale aveva certo anche delle ragioni comprensibili: ogni tutela giurisdizionale richiede del tempo. E quando si garantisce una tutela illimitata dei diritti soggettivi diventa praticamente impossibile garantire lo svolgimento delle elezioni in una data certa. La correzione dei vizi della procedura elettorale può richiedere uno o – nel caso peggiore - più rinvii della data delle elezioni. Questo crea qualche problema non solo per via dei costi. Si tratta soprattutto di ottenere l'istituzione tempestiva di un nuovo parlamento e quindi una novazione della fonte di legittimazione dell'azione statale. Il principio della democrazia esige elezioni e protegge la loro attuazione reale nel rispetto dei termini previsti. Pertanto sembra giustificabile una *maggiore insensibilità* della procedura elettorale – e pertanto anche una restrizione delle opportunità di impugnazione. La giustificazione regge tuttavia solo nella misura in cui una tutela giurisdizionale preclude effettivamente lo svolgimento tempestivo delle elezioni.

Nonostante tutto in Germania si sentiva pertanto una lacuna sensibile nella tutela giurisdizionale. In occasione delle elezioni federali del 2009, di questa lacuna si è reso conto anche un pubblico più ampio. Un partito denominato "Il partito" ("die partei")era stato escluso dalle elezioni sulla base di supposizioni piuttosto dubbie sul suo conto. La mancata ammissione non era stato possibile

correggere prima delle elezioni e anche il reclamo presentato nel successivo procedimento di verifica non aveva avuto successo.[2] L'ulteriore ricorso elettorale al Tribunale costituzionale federale era stato dichiarato inammissibile.[3] La mancata ammissione del partito aveva attirato qualche attenzione dei media e anche gli osservatori elettorali dell'OSCE avevano pronunciato nel loro rapporto finale la raccomandazione di introdurre controlli giurisdizionali preelettorali. È appena il caso di segnalare che l'Istituto per il diritto tedesco ed internazionale dei partiti di Hagen aveva svolto un convegno sul problema al quale avevano partecipato anche alcuni giudici costituzionali federali e deputati del *Bundestag*. Il convegno potrebbe aver dato un impulso decisivo alla riforma.

Nel frattempo è infatti intervenuta sia sul piano della legge ordinaria, sia su quello della costituzione una modifica della normativa vigente che ha posto rimedio al problema. I partiti e le associazioni ai quali la commissione elettorale federale non riconosce la qualità di "partito politico" ai sensi del § 18 della Legge federale elettorale[4] e che per questa ragione non godono del beneficio di partecipare alle elezioni per il *Bundestag* hanno ora la possibilità di presentare un ricorso al Tribunale costituzionale federale contro la decisione che nega la loro qualità di partito politico. A tale scopo è stata modificata la Legge fondamentale (art. 93 co. 1 n. 4c GG), la legge elettorale federale (§§ 9, 19, 18 Abs. 4a, 52), la legge sulla verifica delle elezioni (§§ 1, 11) e la legge istitutiva del Tribunale costituzionale federale (§§ 96 a – 96 d).[5] I partiti politici non ammessi possono adire il Tribunale costituzionale federale entro un termine necessariamente breve di 4 giorni dalla comunicazione della decisione della commissione federale elettorale. La celerità è garantita anche dalla peculiarità che il Tribunale costituzionale federale può pronunciare la propria decisione senza darne contestualmente la motivazione.

[2] Risoluzione del Bundestag del 7.10.2010 – Plen.Prot. 17/65, S. 6841, in base a una raccomandazione della giunta per la verifica delle elezioni (Wahlprüfungsausschuss) del 30.09.2010 – DtBT Drs. 17/3100, Anlage 18.

[3] BVerfG (= Tribunale costituzionale federale), decisione del 12.04.2011 – 2 BvC 12/10.

[4] "(1) Le candidature possono essere presentate da partiti e, a norma del § 20, da elettori.

(2) I partiti che sulla base di proprie candidature non erano rappresentati ininterottamente sin dall'ultima elezione con almeno cinque deputati nel Bundestag tedesco o in un Landtag, possono presentare candidature solo se hanno comunicato la propria partecipazione al direttore delle elezioni federali per iscritto entro le ore 18 del 97.mo giorno prima del voto e se la commissione federale elettorale ha accertato la loro qualità di partito politico. La comunicazione deve contenere il nome con il quale il partito intende partecipare alle elezioni (…) . Alla comunicazione vanno allegati documenti idonei a dimostrare la qualità di partito ai sensi del § 2 co. 1 della legge sui partiti

(3) (…) Una comunicazione è invalida se 1) non sono rispettati la forma o il termine prescritti al comma 2, 2) manca il nome del partito (…).

[5] Tutte le disposizioni sono contenute nella „Legge per il miglioramento della tutela giurisdizionale in materia elettorale" (Gesetz zur Verbesserung des Rechtsschutzes in Wahlsachen) del 12.07.2012, BGBl. I 2012, p. 1501.

Abilitare il partito politico ad impugnare la decisione di non ammetterlo alle elezioni era una scelta obbligata e necessaria, anche perché un accertamento successivo dell'esclusione illegittima di un partito avrebbe comportato quasi inevitabilmente nuove elezioni, essendo il vizio non diversamente sanabile se non attraverso la ripetizione delle elezioni. Infatti, chi mai potrebbe stimare quanti voti il partito escluso avrebbe ottenuto se fosse stato ammesso e a quali degli altri partiti sarebbero mancati questi voti ?

3. Il procedimento di verifica delle elezioni

Dopo il voto esiste l'istituto particolare del procedimento di verifica delle elezioni per controllarne la correttezza. Tale procedimento serve a garantire che la volontà degli elettori sia rappresentata correttamente. Questo è il caso se le varie norme giuridiche che disciplinano le elezioni sono state rispettate. Lo scopo della verifica delle elezioni è pertanto innanzitutto la tutela della legalità e del diritto oggettivo delle elezioni. Il cd. procedimento oggettivo di contestazione serve – finora solo come effetto accessorio - a garantire anche i diritti soggettivi elettorali. Quanto ai risultati pratici, la questione se la funzione di tutela del procedimento di verifica sia principalmente oggettiva o soggettiva può essere tuttavia lasciata aperta.

In Germania, il procedimento della verifica elettorale in Germania è strutturato in due gradi e disciplinato nell'art. 41 della Legge fondamentale (LF) e in un'apposita legge sulla verifica delle elezioni.

a) La prima fase della verifica delle elezioni è affidata al *Bundestag*. Lo stesso parlamento esercita il controllo sulla correttezza della propria composizione. Non è scelta esente da dubbi, trattandosi di una decisione in causa propria. Il modello della verifica parlamentare esiste anche in altri paesi ed è retto in ultima analisi da ragioni storiche. Il parlamento come organo dei cittadini che doveva imporsi al monarca non si fidava degli altri organi dello stato e ha pertanto preso in mano non solo la propria organizzazione, ma anche la propria elezione.

Nel Bundestag spetta innanzitutto ad una commissione particolare, la commissione per la verifica delle elezioni, a occuparsi dei reclami contro la validità delle elezioni e a formulare una proposta di delibera sulla quale decide poi l'assemblea plenaria del Bundestag. Questo procedimento ha una durata – purtroppo – piuttosto lunga e si conclude in genere solo nella seconda metà della legislatura.

Va notato peraltro che nella storia della Repubblica federale nessun reclamo è stato coronato da successo in un procedimento di verifica delle elezioni presso il Bundestag. Lo stesso Bundestag non esamina neppure la costituzionalità delle leggi elettorali, anche perché è poco probabile che il legislatore giudichi incostituzionale una legge da lui stesso prodotta.

b) Avverso la decisione del Bundestag nel procedimento di verifica delle elezioni può essere presentato un ricorso al Tribunale costituzionale federale.

In questo modo viene disinnescata la problematica della decisione in causa propria. Il programma di sindacato del Tribunale costituzionale federale contempla anche la costituzionalità della normativa elettorale. Il controllo del giudice costituzionale ha per oggetto soltanto le elezioni, non anche la fase precedente del procedimento di verifica nel *Bundestag*. I vizi di procedura emersi in quella fase sono irrilevanti. Il coinvolgimento di deputati, dei quali si contesta l'elezione, nelle decisioni della commissione o del plenum sulla validità della propria partecipazione alle elezioni costituisce certo un vizio del procedimento in parlamento, ma non è oggetto di esame del giudice costituzionale.

D'altronde, in caso di vizi procedurali della decisione del parlamento, il giudice costituzionale potrebbe solo rinviare la causa nuovamente al parlamento, scelta che significherebbe un ritardo ulteriore evitabile.

La problematica evidenziata inizialmente, cioè il fatto che le elezioni tendono ad essere viziate da errori, ha reso il diritto delle elezioni un campo esemplare per l'applicazione delle tecniche di circoscrizione delle conseguenze di vizi. Il criterio direttivo è quello della "rilevanza per i mandati" (*Mandatsrelevanz)*.[6] Non ogni vizio comporta l'invalidità delle elezioni. Il parlamento gode di una tutela della propria esistenza perché si considerano rilevanti solo i vizi che comportano una diversa composizione personale del parlamento o per i quali quanto meno non è da escludere che i mandati sarebbero stati distribuiti diversamente. La prassi giurisprudenziale non usa come parametro un impatto ipoteticamente possibile sulla composizione del parlamento, bensì un criterio di probabilità pratica. Questo significa, ad es., che vizi ai danni di un raggruppamento politico non significativo, per quanto dotati teoricamente di una possibile rilevanza in termini di mandato, non sono dichiarati rilevanti perché si ritiene „praticamente" improbabile che tale raggruppamento avrebbe ottenuto un maggiore consenso elettorale. In conseguenza di questa rigidità del criterio, il Tribunale costituzionale federale in 218 giudizi su ricorsi contro la verifica delle elezioni non ha mai disposto nuove elezioni. Va eccepita in ogni caso nuovamente la durata dei giudizi,[7] visto che il Tribunale costituzionale federale decide in genere solo nel quarto anno successivo alle elezione, cioè nell'ultimo anno della legislatura, fatto che riduce anche la disponibilità a invalidare le elezioni.

Il quorum di 100 firme posto in passato come requisito per l'ammissibilità del reclamo serviva alla tutela dell'esistenza del parlamento. Tuttavia è stato abbandonato nell'ultima riforma, rafforzando la tutela giurisdizionale

[6] Criterio analogo a quello della cd. prova di resistenza (n.d.T.).

[7] Il Tribunale costituzionale del Saarland ha giudicato tale ritardo come violazione della garanzia della tutela giurisdizionale, decisione del 31.01.2011 – LV 13/10 -. http://www.wahlrecht.de/wahlpruefung/20110131-1.pdf. Sull'obbligo di celerità nella verifica elettorale già BVerfGE 85, 149 [159].

del diritto elettorale soggettivo del singolo cittadino come caratteristica del procedimento di verifica elettorale.

Quando il Tribunale costituzionale federale riscontra un vizio delle elezioni, dispone di più varianti di dispositivo.

- La decisione può accertare che il diritto elettorale soggettivo di un cittadino è stato violato, anche se tale vizio non assume rilevanza per un mandato. In tal caso, il dispositivo si limita a tale accertamento, ma le elezioni restano – in mancanza di rilevanza per i mandati – valide.
- Se un vizio accertato delle elezioni incide sulla composizione del parlamento, sono dichiarate invalide le elezioni, ove possibile limitatamente all'ambito territoriale per il quale rileva il vizio. Si pensi ad es. all'invalidazione dell'elezione in una circoscrizione elettorale. Vale nuovamente un principio di massima circoscrizione degli effetti del vizio.
- Se si dichiarano invalide le elezioni, anche solo in un ambito territoriale ristretto, si ordina una ripetizione dell'elezione almeno in quei casi in cui non è possibile una correzione matematica degli effetti del vizio delle elezioni.
- Infine, il Tribunale costituzionale federale può anche accertare l'incostituzionalità di norme in materia elettorale con la Costituzione. Questo è successo ultimamente ben due volte a livello federale, ma anche nel Land dello Schleswig-Holstein. Più precisamente, l'accertamento dell'incostituzionalità di una legge elettorale è possibile in due varianti: il giudice può dichiarare invalida la legge elettorale o dichiararla solo incompatibile con la Costituzione, invitando il legislatore a riparare entro un determinato termine la legge incostituzionale. Si tornerà più avanti sul problema della legge elettorale incostituzionale.

4. Problemi tipici del ricorso per la verifica delle elezioni

Nelle elezioni come anche in altri ambiti della vita umana possono sorgere i più svariati problemi, difficilmente prevedibili anche per chi ha fantasia. Seguiranno alcuni esempi di vizi elettorali emersi e trattati dai giudici costituzionali dei Länder o della Federazione. Non sono ancora riferibili esperienze di impugnazione del diniego di ammissione di un partito politico alle elezioni federali.

4.1. Presentazione delle candidature

Il primo passo del procedimento elettorale disciplinato dallo Stato consiste nella individuazione delle candidature la quale avviene tipicamente all'interno di un partito. I vizi emersi in tale fase delle elezioni sono stati molto controversi. Il caso classico fu la nomina dei candidati della CDU per l'elezione alla *Bürgerschaft*, il parlamento regionale del Land di Amburgo nel 1991. Il diritto tedesco delle elezioni prescrive che i candidati di un partito nelle

circoscrizioni elettorali devono essere scelti attraverso procedure di elezione democratica da parte dei membri del partito residenti in tali circoscrizioni elettorali. Questo vale tanto per la nomina dei candidati nella circoscrizione uninominale quanto per la formazione delle liste dei candidati in ambiti territoriali di scala superiore. In quest'ultimo caso decide non già l'assemblea dei membri, ma un'assemblea dei delegati eletti dalle unità di base del partito.

Le modalità della selezione dei candidati sono controverse in relazione ai postulati della democrazia. Ad Amburgo, il tribunale costituzionale del Land ha dichiarato invalide le elezioni al parlamento regionale a causa di vizi nella procedura di nomina dei candidati. Si trattava di due vizi: da un lato i candidati dell'opposizione interna al partito avevano troppo poco tempo per presentare i propri candidati durante l'assemblea, mentre al titolare della carica uscente era stato concesso più tempo per parlare. Inoltre il sistema elettorale utilizzato per la formazione della lista bloccata del partito non consentiva di votare contro singoli candidati, ma solo contro la lista intera. Pertanto era *praticamente* impossibile non votare singoli candidati indesiderati. L'alternativa di presentare un'intera lista completamente diversa da quella proposta dalla presidenza del partito è in genere impraticabile.

L'individuazione dei candidati all'interno dei partiti è una decisione fondamentale per la composizione personale definitiva della rappresentanza popolare. Pertanto è giusto che si controlli la procedura di selezione dei candidati all'interno dei partiti, proprio perché produce effetti che si ripercuotono anche sulle elezioni pubbliche.

Nel caso deciso ad Amburgo 21 anni fa si è acceso un dibattito vivace[8] su quali conseguenze sarebbero adeguate qualora l'investitura dei candidati all'interno di un partito fosse colpita da vizi rilevanti. Il giudice aveva invalidato le elezioni complete del parlamento. Un'altra possibilità sarebbe stata di non tenere conto della lista del partito che era viziata. Si potrebbe infatti argomentare che tutte le altre candidature erano state corrette, con la conseguenza che solo la lista non viziata andava non conteggiata. A questo argomento va obiettato che una tale scelta significherebbe anche disperdere il voto di tutti coloro che hanno votato la lista viziata, nel senso di privare tali voti di ogni effetto. Venendo a conoscenza del vizio della formazione lista solo dopo le elezioni, tali elettori non avevano alcuna chance di dare il proprio voto ad un altro partito. Per questo motivo deve escludersi la possibilità di squalificare solo la lista viziata.

Un'altra questione è se il partito che ha effettuato la selezione viziata dei candidati debba sostenere i costi di eventuali elezioni nuove. Tali costi potrebbero facilmente raggiungere un ammontare tale da portare il partito al dissesto. Inoltre, una simile sanzione richiederebbe una base legislativa *esplicita*.

[8] Tribunale costituzionale di Amburgo NVwZ 1993, 1083 ss.

E prima di introdurre una simile disciplina bisognerebbe tuttavia meditare se una simile responsabilità non renderesse la partecipazione alle elezioni un rischio finanziario insostenibile, un altro effetto verosimilmente da evitare.

Oramai tutte le leggi elettorali tedesche contemplano una disposizione che garantisce esplicitamente a tutti i partecipanti il diritto ad un tempo sufficiente alla presentazione della propria candidatura.

Le pretese di correttezza alle procedure di selezione dei candidati all'interno dei partiti tuttavia non devono neppure essere eccessive. Il Tribunale costituzionale del Saarland doveva decidere se fosse la selezione del candidato in una circoscrizione avvenuta in modo corretto nonostante avessero partecipato presumibilmente alcuni membri del partito che non avevano più la propria residenza in tale circoscrizione. Il partito aveva effettuato un controllo dei votanti in base ad una lista attualizzata dei membri, chiedendo l'esibizione delle carte d'identità. Ora, il fatto che la nuova residenza non fosse stata ancora registrata sulla carta d'identità non poteva essere imputato al partito. Pertanto non fu accertato alcun vizio dell'elezione. La massima generalizzabile che si può trarre da questa decisione è che i partiti devono impegnarsi solo nella misura del giuridicamente e fattivamente possibile per evitare violazioni del diritto elettorale.[9]

Sopportabile e possibile per i partiti è pur tuttavia uno scrutinio delle primarie interne che risulti controllabile per i membri del partito e il cui risultato venga verbalizzato. Errori di conteggio scoperti solo *ex post* non devono inficiare la validità delle elezioni se tali vizi si sono verificati nonostante fossero adottate misure di controllo idonee. Il diritto delle elezioni non mira ad una completa assenza di errori, ma intende soprattutto ad evitare falsificazioni sistematiche, specialmente con intenti manipolativi, dei risultati elettorali.

4.2. Forma della scheda elettorale

L'oggetto immediato della scelta elettorale del cittadino è la scheda elettorale. La sua configurazione può incidere sul risultato delle elezioni. A tal riguardo vorrei accennare a due ordini di problemi.

a) Se si presentano più candidati o partiti, questi devono essere messi in un certo ordine sulla scheda. Quale ordine e secondo quali criteri devono apparire i candidati sulla scheda ? Si può scegliere o un ordine alfabetico, o un ordine sorteggiato o una elencazione basata sull'ultimo risultato elettorale.

La legge elettorale dello Saarland prevedeva di inserire prima i partiti finora rappresentati nel Landtag secondo i risultati delle ultime elezioni, aggiungendo poi quelli rimasti senza seggio alle ultime elezioni secondo un criterio alfabetico. Il giudice costituzionale ha ravvisato già nell'applicazione

[9] BVerfGE 89, 243 (256 f.); Saarl. VerfGH NVwZ – RR 2012, 169 (173); su cui M. Morlok NVwZ 2012, 913 (915).

di due criteri diversi una alterazione dell'eguaglianza in materia elettorale. Ad assumere rilevanza non sarebbe tanto il criterio, quanto il passaggio sulla stessa scheda da un criterio all'altro che indicherebbe una violazione del diritto alla parità di trattamento dei partiti politici in ambito elettorale.[10] La rottura del sistema prescelto dal legislatore – che avrebbe potuto essere anche un altro (!) – contrasta con l'eguaglianza ed si conforma alla costituzione solo se è retto da buone ragioni.

Nel caso concreto, il giudice costituzionale del Saarland ha ritenuto violata la parità giuridica in materia elettorale, ma non ha invalidato le lezioni. Piuttosto è stato applicato un criterio di "esperienza generale della vita" secondo cui l'elettore non segue l'ordine rinvenuto sulla scheda, ma definisce le proprie preferenze politiche in base ai programmi e ai candidati.

b) La scheda può contenere istruzioni che aiutano l'elettore nella compilazione corretta della stessa. Ad es., a seconda del sistema elettorale, può spiegare che è possibile esprimere un voto o anche due o più voti. Nel caso delle ultime elezioni del Saarland, la spiegazione dimostrava anche in modo grafico che si doveva mettere una crocetta nel cerchietto a destra dei nomi dei partiti e dei candidati della lista bloccata. Una freccia indicava il cerchietto dove mettere la croce. La particolarità era che questa freccia sulla scheda (!) aveva nella sua traiettoria proprio il campo della CDU. Se si è terribilmente critico, si poteva leggere l'istruzione come un invito a votare CDU. Questa freccia poteva essere considerata quanto meno come una menomazione - teoricamente possibile - della *par condicio* tra i partiti. Anche per questo motivo, le elezioni erano state impugnate.

Per decidere se tale vizio rendesse invalide le elezioni, il giudice costituzionale ha assunto due consulenze tecniche d'ufficio, chiedendo di istruire se e in quale misura gli elettori potessero essere influenzati nella loro decisione dalla freccia. I consulenti giungevano alla conclusione che la freccia d'orientamento non avrebbe prodotto effetti significativi per il risultato delle elezioni. Il giudice costituzionale, conformandosi alla c.t.u., non ha accolto sul punto il ricorso elettorale. Degna di essere osservata è la scelta del giudice di mettersi nell'ottica di un ragionamento empirico. Pretendeva di istruire con gli strumenti delle scienze sociali, se il presunto vizio delle elezioni dovuto alla freccia si fosse effettivamente ripercosso sul risultato elettorale.

Questo modo di procedere deve essere sottoposto a domande critiche. Il fatto che la prassi giudiziaria si metta alla ricerca di un sapere di esperti per dare a questioni empiriche delle risposte e dei chiarimenti empirici è di per sé giusto e lodevole. Ma la questione della influenzabilità dell'elettore è davvero una questione che richiede una risposta empirica o non è piuttosto una questione che richiede una risposta normativa ?

[10] Questa giurisprudenza si ispira a *R. Wendt*, in: ders./Rixeker (Hrsg.), Saarländische Verfassung, 2009, Art. 12, Rn. 15; *R. Wendt*, NVwZ, 1988, 778 (783).

Detto in altre parole, si tratta dell'*immagine dell'elettore (Wählerbild*) nel diritto. All'ottica empirista si potrebbe obiettare che il diritto presuppone in forza del diritto, cioè in via normativa, che gli elettori orientino la propria decisione elettorale non a simili aspetti secondari, bensì a preferenze politiche. Formulato in modo più radicale: Il diritto presuppone che l'elettore sappia che quando vota deve compiere una scelta. Anche altri settori del diritto si opera con presunzioni normative analoghe. Ad es. presupponiamo che i minorenni non siano pienamente capaci di agire o, viceversa, che i maggiorenni siano in grado di gestire autonomamente le proprie azioni e che siano pertanto responsabili per i reati compiuti, a meno che non si accerti – eccezionalmente – una incapacità di intendere e volere. Simili presunzioni normative operate in certe materie giuridiche si inseriscono in una struttura normativa complessiva secondo la quale l'uomo è in grado di gestire autonomamente la propria vita e non ha un bisogno permanente di essere istruito e messo sotto tutela. Nel contempo, tali presupposizioni normative rendono il diritto immune rispetto alle debolezze e rispetto ai deficit effettivi degli esseri umani. In molti casi è in effetti difficile accertare in positivo se e in quale misura le capacità presupposte siano effettive.

Per il resto, anche il ragionamento empirico delle scienze sociali non è immune da errori. Se si fa dipendere la validità delle elezioni dal fatto che due o tre esperti ritengano possibile o meno un condizionamento, si deve affrontare la difficoltà che le analisi scientifiche non sono quasi mai metodologicamente ineccepibili. In ogni caso, la correttezza metodologica è spesso graduabile e per questo si accede ogni volta a un nuovo campo imperscrutabile di discussione dal quale non conviene far dipendere la validità delle elezioni. Questo vale a maggiore ragione di fronte al progresso delle scienze che non di rado confutano quel che ancora ieri era stato considerato certo.

Sono pertanto favorevole a costruire il diritto in certe questioni su presupposizioni stabilite da norme. Più precisamente, questa è da riconoscere come prassi. La questione difficile resta semmai quella di distinguere le presunzioni qualificabili come presupposte dal diritto dai problemi che sono da trattare come questioni di fatto.

4.3. Comunicazioni pubbliche del Governo

a) Esiste una prassi diffusa dei governi di condizionare con informazioni la sfera pubblica. In questa prassi rientrano comunicazioni su questioni d'attualità , anche raccomandazioni, ad es. in materia ambientale quella di agire in modo consapevole e di utilizzare contenitori riciclabili ecc.. Uno Stato che non lavora semplicemente con il comando e la coercizione si appellerà in misura non irrilevante alla ragionevolezza e alla disponibilità a collaborare dei cittadini. Simili azioni d'informazione nei confronti del cittadino sono pertanto in linea di principio lecite.

Altra modalità di agire è l'intervento sulla formazione della volontà politica dei cittadini che manifesta una tendenza di politica partitica unilaterale. A questo punto interviene l'obbligo degli organi statali di serbare la neutralità nei confronti dei partiti politici (*parteipolitische Neutralität)*. L'obbligo vale in linea generale per tutti gli organi statali e in misura particolare per le attività finanziate dal gettito tributario perché quest'ultimo non è messo a disposizione dei partiti di opposizione. Il dovere di neutralità statale in Germania è stato delineato con chiarezza dal Tribunale costituzionale federale.[11]

Occorre quindi tracciare una linea di confine tra i due tipi di comunicazioni pubbliche governative. A tal fine rilevano due aspetti: la vicinanza temporale delle elezioni e il carattere pubblicitario a favore dei partiti di governo.

Sotto il profilo temporale, le istanze statali devono imporsi con tanto più moderazione quanto più si avvicina la data del voto. In Germania, il periodo preelettorale è stato fissato convenzionalmente in un arco di cinque mesi.

Il carattere pubblicitario delle informazioni pubbliche dipende dal fatto che si menzioni o meno una componente partitica del Governo, che si riscontrino esternazioni critiche sui partiti di opposizione o che si mettano in evidenza le prestazioni del Governo. Occorre valutare il quadro complessivo delle attività di comunicazione.

b) In un caso verificatosi nuovamente nel Saarland, il governo del Land aveva realizzato degli spot e inserti di pubblicità e aveva inviato una lettera del governatore ai funzionari del Land nella quale erano stati messi in evidenza i risultati del governo e si era menzionata la composizione partitica. Il tribunale costituzionale del Land ha dichiarato l'incostituzionalità di simili azioni pubblicitarie.

Secondo i principi generali della verifica delle elezioni, la validità delle elezioni dipendeva dalla rilevanza per i mandati di questa azione illegittima nei confronti degli elettori. A questo riguardo, il giudice ha applicato il criterio dell'esperienza pratica della vita, dichiarando estremamente improbabile un condizionamento tale da essere rilevante per il risultato complessivo delle elezioni. Anche in tal caso si era appoggiato sui pareri di due consulenti tecnici. I consulenti avevano argomentato che non si potevano escludere effetti incisivi della propaganda governativa illegittima, ma tali effetti sarebbero stati neutralizzati da fattori di condizionamento in direzione opposta. Gli elettori sarebbero stati esposti ai più svariati impulsi, rendendo difficilmente decisivo l'uno o l'altro per il risultato elettorale. Su queste basi, il giudice concludeva che il condizionamento incostituzionale della sfera pubblica non avrebbe avuto alcuna rilevanza per i mandati.

c) Tale motivazione deve essere nettamente contraddetta. L'argomento decisivo per il quale l'influenza illegittima sarebbe stata neutralizzata da im-

[11] BVerfGE 44, 125 (139 ss.); anche BVerfGE 66, 369 (380).

pulsi di pubblicità in una direzione opposta suona in effetti strano. Un illecito giuridico non può perdere il proprio carattere semplicemente per effetto di una compensazione con qualcosa di giuridicamente lecito. Piuttosto bisogna mantenere fermo il modello di ragionamento secondo cui senza i condizionamenti illeciti quelli leciti avrebbero potuto avere una efficacia più forte. Si può esprimere la seguente formula: i fattori d'influsso legali non devono subire contrasti da fattori d'influsso illegali. La par condicio della campagna elettorale significa che ogni parte può avvalersi solo di strumenti legali.

Il diritto elettorale e quello dei partiti politici sono un ramo particolare del *diritto della concorrenza*. Qui vale la massima: nessuno può procurarsi un vantaggio violando il diritto. Le violazioni contro le regole della concorrenza devono essere sanzionate. In effetti, è altamente insoddisfacente il fatto che una giurisprudenza fondata sulla probabilità pratica lasci quasi sempre prive di sanzioni le violazioni del dovere di neutralità nella campagna elettorale. In questo modo si mina la lealtà verso il diritto. Può darsi che sia vera la tesi, fondata su una base empirica, secondo cui singole ingerenze nella campagna elettorale restano quasi sempre privi di effetti; tuttavia rappresenta un invito a violare la costituzione.

In ultima analisi occorre nuovamente chiedersi se anche l'impatto delle misure della campagna elettorale non debba essere valutato attraverso un approccio normativo. Ritengo che dal punto di vista del diritto si presume che le misure della campagna elettorale producano effetti. Proprio per questo motivo esistono garanzie giuridiche della *par condicio* nella campagna elettorale e proprio per questo esiste anche la libertà della stampa e dell'espressione. Se non importasse quel che si tratta nella sfera pubblica, quelle garanzie centrali di un processo libero di formazione della volontà diventerebbero tendenzialmente irrilevanti. Pertanto formulo la seguente tesi: il diritto presume che i cittadini si formino un'opinione propria nel processo democratico di formazione delle opinioni, tenendo conto ed elaborando le informazioni di cui vengono a conoscenza, e che in virtù di questo processo i cittadini sentano confermate o varino le proprie preferenze politiche. Una violazione di tali garanzie del processo di formazione dell'opinione in condizioni di libertà e parità di *chances* dovrebbe avere delle conseguenze proprio nell'ottica di questa immagine normativa dell'elettore.

4.4. Anticipazioni dei risultati elettorali via Twitter

Le *chances* degli elettori di influenzare il risultato delle elezioni devono esser eguali. Prima della chiusura dei seggi, nessuno deve avere informazioni sul successo dei singoli partiti conseguito nella votazione. In questo modo è escluso ogni voto strategico fondato sulla conoscenza di tali risultati elettorali provvisori. Le comunicazioni anticipate sulle previsioni del risultato elettorale possono incidere sulla parità di *chances* di tutti gli elettori, indipendentemente dal momento in cui votano.

Nel procedimento di verifica elettorale del Saarland già segnalato a più riprese era stato censurato anche il fatto che ancora durante l'apertura dei seggi sarebbero stati pubblicati su „Twitter" i primi risultati elettorali. Il Tribunale costituzionale ha giudicato tuttavia infondato questo ricorso elettorale perché nei "*tweets*" si sarebbe parlato solo di „previsioni", senza precisare che si trattava di *exit polls*.

A prescindere dalle circostanze concrete di questo caso, non si devono invalidare elezioni a causa di comunicazioni via Twitter o tramite canali pubblici analoghi. La validità delle elezioni non deve essere rimessa nelle mani di privati. La garanzia della esistenza dei parlamenti deve prevalere in questi casi.[12]

4.5. Leggi elettorali incostituzionali

La correttezza delle elezioni include – ovviamente – anche la costituzionalità delle leggi elettorali. Nella fase parlamentare della verifica si presume la costituzionalità delle leggi elettorali senza metterla in questione. In effetti, un parlamento che ha prodotto una legge non è un buon controllore dei propri prodotti. Tuttavia, la costituzionalità delle leggi elettorali fa parte del programma d'esame del procedimento di verifica elettorale davanti al giudice costituzionale. Come già accennato, la dichiarazione dell'incostituzionalità può essere abbinata a un invito ad eliminare l'incostituzionalità accertata entro un certo termine, ma può essere anche seguita da una pronuncia di nullità della legge. Questo è sempre possibile "pro futuro". Senza grandi problemi può essere anche dichiarata incostituzionale una legge che non è stata ancora implementata da elezioni. Nell'estate scorsa, il Tribunale costituzionale federale ha dichiarato incostituzionale una riforma della legge elettorale che non aveva ancora trovato applicazione.

Diverso e ben più difficile è il caso in cui nel procedimento di verifica dell'elezione si giunga alla conclusione secondo cui l'elezione era stata attuata sulla base di una legge incostituzionale. In tal caso, la legge deve essere dichiarata invalida. Così è successo effettivamente nello Schleswig-Holstein.[13]

Nel caso in cui si accerti che le elezioni parlamentari sono state svolte sulla base di una legge incostituzionale si prospetta un *dilemma*:

– In linea di principio, un parlamento eletto sulla base di una legge della quale si è accertata l'incostituzionalità non dovrebbe continuare ad agire ulteriormente.
– Dall'altro canto, lo scioglimento del parlamento comporta il problema che allora non esiste più un organo che possa deliberare una legge elettorale conforme alla costituzione. Senza un parlamento non esiste un legislatore.

[12] Il problema delle informazioni via Twitter approfondisce Ch. Hientzsch, DöV 2010, 357 ff.

[13] Cfr. Schleswig-Holsteinisches Verfassungsgericht JZ 2011, 261 ff.; su cui M. Morlok, JZ 2011, 234 ff.

In questo dilemma sembra non esservi alternativa ragionevole che quella di lasciare il parlamento con la sua macchina agire per un tempo limitato (!) con il compito primario di approvare una nuova legge conforme alla costituzione. In questo senso si è pronunciata anche la citata decisione del Tribunale costituzionale dello Schleswig-Holstein.

5. Conclusioni

5.1. Il problema di fondo della verifica delle elezioni

La verifica delle elezioni compiute deve vivere con la difficoltà di dover armonizzare due interessi antinomici: da un lato si tratta di garantire la correttezza delle elezioni e di sanzionare eventuali vizi. Dall'altro lato occorre tuttavia anche conservare l'esistenza del parlamento già eletto e riunito. Un atteggiamento più generoso verso l'ammissione di nuove elezioni produrrebbe non solo costi alti. Occorre anche riconoscere che a causa dell'elevato rischio di vizi nelle elezioni parlamentari, anche le nuove elezioni rischiano di essere viziate. Infine, una ripetizione frequente delle elezioni tenderebbe a svalutare le elezioni come tali. Nel procedimento di verifica delle elezioni occorre badare a un bilanciamento tra i due obbiettivi della correttezza delle elezioni e la tutela dell'esistenza del parlamento.

5.2. Necessità di una tutela giurisdizionale preelettorale

Per ridurre i problemi e per attenuare la loro pressione, i vizi delle elezioni devono essere il più possibile evitate o corrette prima che si arrivi al voto. Pertanto occorre potenziare la tutela giurisdizionale preelettorale. L'eliminazione dei vizi prima delle elezioni evita una ripetizione delle elezioni. Nel diritto tedesco è stata – finalmente – creata una possibilità di tutela giurisdizionale preelettorale a favore dei partiti politici.

Tuttavia resta ancora una lacuna nella tutela giurisdizionale. Tuttora non esiste una tutela giurisdizionale *individuale* per il singolo elettore. Se viene violato il diritto di voto di un elettore, egli non dispone di strumenti di tutela giurisdizionale che possano avere successo. Prima dell'elezione egli non può fare nulla contro la sua mancata ammissione alle elezioni e dopo le elezioni il procedimento di verifica è di norma priva di *chances* di successo, perché molto raramente un singolo voto incide sulla composizione del parlamento, cioè ha rilevanza per i mandati. Un ricorso individuale di costituzionalità (*Verfassungsbeschwerde*) contro la privazione del diritto di voto non può essere preso in considerazione, perché le controversie sulle elezioni sono concentrate nel procedimento di verifica delle elezioni (§ 49 BWahlG). Questo *deficit* di tutela del diritto di voto del singolo cittadino sorprende ancora di più se si tiene conto che il Tribunale costituzionale federale tedesco ha

individuato proprio nel diritto di voto uno strumento per rendere impugnabili, su iniziativa del singolo cittadino e davanti al giudice costituzionale, i processi di trasformazione dell'Unione europea. Il diritto di voto implicherebbe il diritto del cittadino di codecidere le questioni politiche essenziali, ragione per cui non si dovrebbero concedere troppe competenze all'Unione europea.

5.3. Strict scrutiny per il criterio dell'eguaglianza in materia elettorale

All'accertamento dei vizi delle elezioni dovrebbe applicarsi uno *strict scrutiny.* I giudici costituzionali in Germania applicano uno *standard* rigido soprattutto con riguardo alla *par condicio* dei partiti e dei candidati.

5.4. Parametri meno rigidi per la fase preliminare delle elezioni all'interno dei partiti

Le procedure interni ai partiti politici che servono alla preparazione delle elezioni sono giudicate alla stregua di un parametro meno rigido. I cittadini che si associano liberamente in partiti politici devono avere la possibilità di comporre candidature efficaci e di partecipare con tali candidature alle procedure elettorali dello Stato. I partiti devono quindi accollarsi solo oneri di tipo organizzativo che sono fattibili e sostenibili.

5.5. Il criterio della rilevanza del vizio per i mandati

La rigidità nell'accertamento dei vizi delle elezioni trova un contrappeso nel criterio della rilevanza per i mandati. I vizi accertati delle elezioni producono l'invalidità delle elezioni solo se tali vizi hanno avuto ripercussioni sulla composizione del parlamento. Al giudizio sulla rilevanza per i mandati si applica un criterio di probabilità pratica, non essendo sufficiente un effetto solo teoricamente pensabile per la composizione del parlamento. Detto in altre parole: si applica il buon senso anche alla valutazione dei vizi delle elezioni e delle *chances* ipotetiche di candidati e partiti interessati da tali vizi.

Inoltre un vizio delle elezioni che abbia rilevanza per i mandati deve essere circoscritto nei suoi effetti alla misura minima inderogabile. Se il vizio interessa solo una circoscrizione, solo in tale circoscrizione devono essere ripetute le elezioni.

5.6. Quale immagine dell'elettore è impressa nel diritto?

Una questione che si pone in diversi contesti è quella dell'immagine dell'elettore impressa nel diritto. Nel giudizio sulla rilevanza per i mandati si può scegliere un approccio empirico e basare la decisione sui fatti che caratterizza-

no l'elettore (*Faktizität*) , almeno quelli accertati dalle scienze sociali. Oppure si opta per una visione normativa dell'elettore secondo la quale si tratta di un cittadino istruito, un elettore che da un lato sa di avere una scelta libera, dall'altro lato orienta tale scelta alle informazioni accessibili. Si tratta di una questione di interesse anche teorico che può giocare un certo ruolo anche in altri contesti.

INTERVENTI

AZIONE POPOLARE E GIUSTIZIA ELETTORALE

di Eva Lehner

Sommario: 1. La tradizionale ricostruzione dell'azione popolare e il suo retroterra teorico - 2. Gli effetti negativi di questa visione sulla giustizia elettorale - 3. L'attuale ostilità del legislatore nei confronti dell'azione popolare: la disciplina del contenzioso pre-elettorale dal decreto salva-liste al d.lgs n. 160 del 2012. - 4 (Segue). L'attacco al principio di fungibilità e la sostanziale vanificazione del principio di gratuità del giudizio elettorale: la precarietà dell'azione popolare di stampo oggettivo – 5. La nozione soggettiva dell'azione popolare e il radicamento costituzionale dell'istituto: la graduale emersione di questa concezione nel diritto vivente trova conferma nel c.d. caso Polverini.

1. La tradizionale ricostruzione dell'azione popolare e il suo retroterra teorico

Prima di analizzare le nuove tendenze legislative e giurisprudenziali riguardanti l'azione popolare, occorre mettere in luce il legame tra un certo modo di concepire l'istituto e l'assetto complessivo della giustizia elettorale.

Come è noto, la giurisprudenza[1] e la dottrina prevalente[2] ricostruiscono l'azione popolare come eccezione alle ordinarie regole processuali e quindi come uno strumento atto a far valere non una situazione giuridica soggettiva ma l'interesse generale al buon andamento della p.a., che in materia elettorale viene individuato nel regolare funzionamento e composizione delle assemblee elettive. Si tratterebbe in sostanza di un mera *actio*, ossia di un'azione di carattere oggettivo priva di qualsiasi collegamento con una situazione sostanziale di cui l'attore popolare sia titolare[3], in deroga all'art. 100 del c.p.c. : il soggetto è legittimato ad agire in giudizio indipendentemente dalla titolarità di un interesse giuridicamente rilevante e indipendentemente dalla sussistenza di un interesse ad agire.

Questa ricostruzione si associa di norma a visioni complessive della giustizia elettorale tendenti a far prevalere la tutela dell'interesse pubblico sugli altri interessi coinvolti nei procedimenti elettorali.

[1] Cfr. ad es. la sent. C. Cass. SS.UU., 23 ottobre 1981 n. 5559, punto 9 della motivazione, in *Foro amm*. 1982, I, 596 ss., 603; Cass., sez I, 1 febbraio 2000, n. 1103, in *Giust. civ*. 2000, I, 1388, Cass. civ. sez I, 10 maggio 2012, n. 7149, reperibile nalla banca dati *De Jure*

[2] Cfr. *ex plurimis*, C. Mignone, *Azione popolare,* in *Dig.disc.pubbl.* II, Utet, Torino, 1987,145 ss.,146 e più decisamente in Id. *Giustizia elettorale amministrativa*, Giuffrè, Milano 1979, 74, 137, 237; F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo,* Tomo II, Giuffrè Milano 2003, 413; F.Cintioli, *L'azione popolare nel contenzioso elettorale amministrativo,* in *Dir. amm.* 2008, 329 ss. 346 ss.

[3] Secondo la nota ricostruzione di A.Lugo, *Azione popolare(Parte generale)* in *Enc.dir.* vol . IV, Giuffrè Milano 1959, 861 ss.

Si prenda ad esempio l'elaborata analisi offerta da Mignone alla fine degli anni Settanta :l'attore popolare è presentato come figura esponenziale della comunità cui la legge, compiendo una scelta non imposta dalla Costituzione, ha affidato la difesa dell'interesse (di fatto) di ciascun elettore alla regolare composizione delle assemblee elettive in vista della miglior realizzazione dell'interesse pubblico alla provvista di pubblici uffici[4]; l'elettorato attivo, esaurendosi nell'espressione del voto senza includere anche il diritto a perseguire la fruttuosità del suffragio non può quindi essere posto alla base dell'azione popolare[5]. Coerentemente, lo stesso Autore immaginava un procedimento elettorale essenzialmente votato alla copertura degli uffici elettivi, finendo per ridimensionare anche la portata dell'elettorato passivo: esso veniva ridotto in gran parte ad una somma di interessi legittimi (dal diritto a candidarsi[6] alla pretesa alla reintegrazione nell'ufficio dopo una delibera di invalidazione[7]). Di qui la proposta di devolvere alla giurisdizione esclusiva del g.a. tutto il contenzioso elettorale passivo che però – nel pensiero dell'Autore – sarebbe stata in linea con le norme costituzionali sul riparto solo a condizione di abolire l'azione popolare, consentendo alla p.a. di fungere da parte necessaria anche nel giudizio di eleggibilità.

Sebbene la giurisprudenza abbia rigettato alcuni aspetti di questa concezione (il diritto a mantenere la carica elettiva è stato sempre considerato un diritto soggettivo, a prescindere dal sopravvenire di una delibera consiliare di invalidazione), solo dagli anni Novanta il diritto a candidarsi è stato qualificato alla stregua di diritto soggettivo e sappiamo bene quali ostacoli si siano frapposti alla pienezza ed effettività della sua tutela giurisdizionale.

In tempi ancor più recenti, l'affermazione secondo la quale «l'elettorato attivo si consuma con la manifestazione del voto»[8] è stata associata non solo ad una visione dichiaratamente ancorata alla teorica dei diritti pubblici subiettivi[9], ma soprattutto all'idea di una complessiva prevalenza dell'interesse pubblico nel procedimento elettorale[10], prevalenza che l'Autore – aderendo all'orientamento dell'Ad. Plen. Cons. Stato n. 10 del 2005 – considera atta a giustificare l'affievolimento della tutela giurisdizionale del diritto a candidarsi in nome dell'interesse pubblico alla stabilità e certezza dei risultati elettorali. L'idea che l'elettorato attivo si esaurisca nella espressione del voto viene collegata alla infrazionabilità dell'interesse «dello Stato»: di conseguenza l'azione popolare si definisce come strumento di tutela di un interesse «collettivo» la cui ascrivi-

[4] C. Mignone, *Giustizia elettorale,* cit., 74, 137, 237

[5] C. Mignone, *Giustizia elettorale,* cit., 233-235

[6] Cfr. C. Mignone, *op.ult.cit.,* 181, 186, 193, 244, 249 e Id. *Il riparto della giurisdizione in materia elettorale,* in *Foro amm.,* I, 1982, 608 ss., 615

[7] C. Mignone, *Giustizia elettorale,*cit., 41, 48-49, 85,189, 205, 244-245

[8] F.Cintioli, *L'azione popolare nel contenzioso elettorale amministrativo,* in *Dir. amm.* 2008, 329 ss., 347

[9] F.Cintioli *op.ult.cit.,* 347, 356

[10] cfr. F.Cintioli, *L'azione popolare,* cit., 366-367

bilità allo Stato-persona non viene esclusa in linea di principio[11]. Coerente con questa impostazione è il convincimento in forza del quale una riforma che sottoponesse il ricorso popolare al filtro tutorio di un organo locale politico-amministrativo non svaluterebbe «la carica democratica dell'azione popolare»[12].

Da questo quadro emerge che già sul piano teorico – oltreché sul piano dogmatico - il completo assorbimento dell'azione popolare nell'interesse pubblico conduce prima o poi a due esiti intimamente connessi: l'insofferenza nei confronti del ricorso popolare e la tendenza a comprimere i diritti elettorali. In relazione al secondo, se è vero che l'azione popolare costituisce «il nucleo del processo elettorale», intorno al quale «ruotano come corollari moltissime se non tutte le regole che lo caratterizzano»[13], era inevitabile che i fautori della natura oggettiva della legittimazione diffusa finissero per funzionalizzare all'interesse pubblico buona parte delle ss.gg.ss. coinvolte nel contenzioso elettorale. In ogni caso, entrambi gli esiti sono perfettamente in linea con il retroterra teorico su cui poggia la tradizionale visione dell'azione popolare, ossia la dogmatica statualistica, che era assolutamente ostile alla sovranità popolare.

Il riferimento[14] è innanzitutto al pensiero di Codacci Pisanelli[15], Cammeo[16] (che vedevano nell'attore popolare un organo statale), Zanobini[17] e

[11] F.Cintioli, *op.ult.cit.,* 348

[12] F.Cintioli, *op.ult.cit.,* 375-376

[13] Cfr. G. De Fina, *Diritto elettorale,* Torino 1977, 40

[14] Ma per un più ampio svolgimento del tema sia consentito rinviare a E. Lehner, *I diritti elettorali fra garanzie politiche e garanzie giurisdizionali,* in *Scritti in onore di Alessandro Pace,* vol. III, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, 2149 ss., 2151-2156

[15] Codacci-Pisanelli spiegava l'azione popolare in termini oggettivi e la giustificava in virtù della necessità di contrastare l'attività potenzialmente nociva dei neonati partiti politici all'interno dello Stato-persona: all'individuo è concesso di farsi rappresentante unico del diritto pubblico elettorale, ossia «dell'interesse dell'ente» cui l'attore «appartiene» affinché non accada che l'organo cui normalmente tale funzione spetterebbe si astenga, per fini partigiani, dall'esercitarla. A monte di questa concezione dell'istituto stava il rifiuto della natura inviolabile del diritto di voto e del correlato principio di sovranità popolare: l'elezione è «funzione organica di scelta», mentre l'elettore è un «organo dello Stato» il cui diritto lungi dall'essere «menomamente …innato o primitivo» costituisce solo un «mezzo per ottenere la buona costituzione di alcuni organi». Cfr. A. Codacci-Pisanelli, *Le azioni popolari*, vol.I, Riccardo Marghieri di Gius., Napoli 1887, 127, 130-133, 136-137, 146, 149, 165-166

[16] F.Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa,* vol. I, Dott. Francesco Vallardi Editore, Milano [s.d. ma dopo il 1910], p. 270 e 264. Nel pensiero di questo Autore – che finì per aderire allo statualismo senza però esaurire la vena sostanzialmente democratica della sua ispirazione - il carattere procuratorio dell'azione popolare poggia su un argomento più sfumato rispetto a quello utilizzato da Codacci Pisanelli: pur definendo l'attore popolare in guisa di organo statale, questo esito viene spiegato come effetto della non frazionabilità dell'interesse pubblico - inteso come diritto subbiettivo statale – che costituisce l'approdo dell'alterità tra interesse generale e somma degli interessi individuali, a sua volta derivante dalla complessità dello Stato moderno.

[17] L'Autore ricostruiva l'azione popolare come esercizio privato di pubbliche funzioni, cfr. G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici,* in *Primo Trattato*

Santi Romano[18] (i quali vi scorgevano, rispettivamente, un individuo che agiva solo *uti civis* o un privato che esercitava una pubblica funzione).

A monte di questa concezione stava il dogma dell'indivisibilità del potere sovrano che già negli anni cinquanta Crisafulli considerava «presunto, indimostrato e fondato su vecchi e triti argomenti» [19]: il capostipite dello statualismo italiano escludeva in modo perentorio che la sovranità si potesse considerare frazionata e attribuita *pro partibus indivisis* ad ogni singolo cittadino[20]. Sulla scia di Jellinek[21], Orlando negava al popolo qualsiasi forma di soggettività autonoma, poiché esso trovava nello Stato la sua personalità giuridica[22]. Analogamente, la società spariva in virtù del ragionamento in forza del quale «lo Stato non è una parte della società ma la società stessa organizzata ai fini del diritto»[23]. In sostanza, si negava in radice il portato più evidente della sovranità popolare, ossia l'idea che il popolo possa costituire la fonte diretta o indiretta di tutti i pubblici poteri[24] e che la rappresentanza politica consista in una forma di delega del potere piuttosto che in una particolare tecnica di designazione di capacità[25].

Se era inconcepibile intestare all'elettore un «diritto proprio» o «primitivo» poiché tale diritto, lungi dall'essere la fonte della sovranità, ne costituiva un mero «derivato » [26], allora diventava giocoforza negare la titolarità di una situazione giuridica soggettiva in capo all'attore popolare. Come riconobbe lucidamente Codacci Pisanelli «ove si perseverasse nella concezione innata, primitiva e individuale del diritto elettorale sarebbe inevitabile aderire alla

completo di diritto amministrativo italiano, a cura di V.E.Orlando, vol. II.3, Società Editrice Libraria, Milano 1935, 264 ss

[18] Santi Romano ricollegava l'azione diffusa in materia elettorale al diritto posseduto dall'individuo «*uti civis* al retto funzionamento della pubblica amministrazione»: cfr. S. Romano, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi,* in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. I.1, Società Editrice Libraria, Milano 1900, 109 ss., 206.

[19] V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana* (in *Rass. Giuliana di dir. e giurisp.* 1954 e in *Scritti giuridici in memoria di Vittorio Emanuele Orlando,* vol. VI, Padova 1957, 426 ss.), ripubblicato in Id. *Stato, Popolo, Governo*, Milano 1985, 89 ss., 118

[20] V.E. Orlando, *Del fondamento della rappresentanza politica* (in *Revue de Droit Public et de la Science Politique,* vol.III, Paris 1895) ripubblicato in *Diritto pubblico generale,* Giuffrè, Milano 1940, 417 ss., 434

[21] Cfr. G. Jellinek, *Dottrina generale dello Stato* (trad.it.), Società Editrice Libraria, Milano 1921, 195: Id. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi* (trad.it.), Società Editrice Libraria, Milano 1912, 176.

[22] V.E. Orlando, *Del fondamento della rappresentanza politica*, cit. 436-437.

[23] V.E. Orlando, *Introduzione al diritto amministrativo,* in *Primo Trattato,* cit., vol. I.1, Società Editrice Libraria, Milano 1900, 1 ss., 13.

[24] V.E. Orlando, *Del fondamento della rappresentanza politica,*cit., 434-435

[25] Per la definizione della «elezione politica» come mera «designazione di capacità», cfr. V.E. Orlando, *Del fondamento della rappresentanza politica,*cit.,448.

[26] V.E. Orlando, *Del fondamento della rappresentanza politica*, cit. 417 ss.,. 437

tesi che rinviene nel diritto di voto non solo il diritto di prender parte ad un'elezione ma anche quello di vegliare affinché l'elezione avvenga regolarmente e affinché il risultato dell'elezione corrisponda al diritto obiettivo»[27].

Dissimulando la carica democratica insita nell'azione popolare elettorale, la dottrina statualistica poneva le premesse per la sua eliminazione che avvenne durante l'era fascista: essendo stata concepita come strumento volto al perseguimento dell'interesse pubblico ipostatizzato nello Stato-persona, l'azione popolare diventava un orpello inutile innanzi ad un apparato strutturato e pervasivo che agiva in uno spazio politico monopolizzato da un solo partito. Seguendo una parabola ben nota, la dogmatica statualistica avallò la drastica riduzione dell'azione popolare e la sua completa abolizione in materia elettorale, quale inevitabile corollario della eliminazione del sistema rappresentativo e di ogni forma di partecipazione democratica dei cittadini[28].

2. Gli effetti negativi di questa visione sulla giustizia elettorale

Gli effetti più evidenti di questa concezione dell'azione popolare si sono prodotti nel contenzioso pre-elettorale ma essi si collegano ad un fenomeno che investe l'architettura complessiva della giustizia elettorale.

All'uopo vale la pena ricordare gli argomenti di cui si servì il Consiglio di Stato nella Ad. Plen. n. 10 del 2005 per giustificare il divieto di immediata impugnabilità degli atti preliminari alle elezioni. L'esistenza dell'azione popolare, nonostante essa fosse considerata in guisa di strumento volto al perseguimento dell'interesse pubblico, veniva correlata al rischio che un giudice fosse chiamato ad intervenire prima dell'atto di proclamazione[29]: era solo con la recezione statale dell'atto collettivo di preposizione alle cariche elettive che potevano emergere gli interessi individuali che lo Stato riconosce in funzione dell'esigenza di formare i suoi organi.

È noto come la Corte costituzionale abbia sancito l'immediata giustiziabilità degli atti preliminari alle elezioni sconfessando la citata Ad.plen.[30] Coerente alla medesima impostazione è anche la decisione del giudice delle leggi che, dopo aver riconosciuto nella pretesa a candidarsi una componente essenziale del diritto inviolabile di elettorato passivo, ha manifestato piena adesione[31] all'orientamento attuale della Corte di Cassazione in forza del

[27] Cfr. A. Codacci-Pisanelli, *Le azioni popolari,* vol.I, Riccardo Marghieri di Gius. , Napoli 1887, 132 e nota 1

[28] D. Borghesi, *Azione popolare,* in *Enc.giur.* IV, Roma 1988, 4

[29] Cfr. Cons. Stato Ad.Plen. 24 novembre 2005 n. 10, in *Foro amm-CdS* 2005, 3238 ss., con nota critica di C.E. Gallo, *L'ambito del giudizio elettorale nella decisione dell'adunanza plenaria n. 10 del 2005,* ivi, 3244 ss.

[30] Cfr. sent. C.Cost. n. 236 del 2010, in *Giur.cost.* 2010, 2892 ss.

[31] Cfr. sent. C.Cost. n. 259 del 2010, punto 4 della motivazione, in *Giur.cost.* 2010, 3601 ss. 3612

quale nell'ambito delle operazioni elettorali vanno scorporate dalla giurisdizione del g.a. le controversie che in ordine ai provvedimenti di ammissione di liste e candidati vertano esclusivamente sul riconoscimento di tale pretesa, poiché essa consiste in un diritto soggettivo[32].

Risulta quindi confermata l'opinione secondo la quale la giurisprudenza amministrativa negando l'immediata impugnabilità degli atti endoprocedimentali intendesse per l'appunto evitare l'insorgere di situazioni giuridiche soggettive spurie rispetto alla logica del riparto: per il giudice amministrativo era necessario prospettare un giudizio impugnatorio (a dispetto del dato positivo antecedente alla riforma del 2010)[33] e, soprattutto, limitare il gravame all'atto di proclamazione, in modo tale da impedire (e disconoscere) l'emersione di quegli interessi che – specie nella fase preliminare – avrebbero potuto configurarsi come diritti soggettivi[34].

E, anche in questo caso, tutto ruota attorno all'azione popolare, o meglio, alla tradizionale visione dell'istituto: è solo ricorrendo al carattere oggettivo dell'azione popolare, infatti, che la Cassazione è riuscita a respingere la più grave tra le obiezioni mai mosse al riparto di giurisdizione in materia elettorale.

Vediamo perché.

Benché l'emersione del diritto a candidarsi abbia seriamente incrinato la presunzione di omogeneità di tutte le ss.gg.ss. incluse nella fase procedimentale precedente alla proclamazione degli eletti, la vera mina vagante per la tenuta del riparto è rappresentata dalla nozione soggettiva di azione popolare.

Come fu osservato più di trenta anni fa, se l'attore popolare fosse portatore di una situazione giuridica soggettiva, essa sarebbe sempre la stessa sia nel contenzioso di regolarità, sia nel contenzioso di eleggibilità: non si potrebbe certo sostenere che l'interesse ad essere amministrati da persone elette in base ad operazioni elettorali corrette abbia natura diversa dall'interesse ad essere amministrati da persone eleggibili[35].

[32] Cfr. sentt. C. Cass. Sez.un. 10 marzo 1992 n. 2854 e 22 gennaio 2002 n. 717, rispettivamente in *Rep Foro it.* 1992, 3110 e *Rep.Foro it.* 2002, 820

[33] In effetti, l'art.83-*undecies* del TU n. 570 del 1960 (annullato parzialmente dalla sent. C.cost. n. 236 del 2010 cit., poco prima che fosse abrogato dall'art. 2 dell'all. 4 del dlgs n. 104 del 2010) si limitava a prevedere che « Contro le operazioni per l'elezione» si potesse proporre «impugnativa» entro «il termine di giorni trenta dalla proclamazione degli eletti». Diversa è la disciplina attuale recata dagli artt.129 e 130 del dlgs 104 del 2010. Mentre l'art.129 prevede l'immediata impugnazione di alcuni atti endoprocedimentali in relazione ad alcune fattispecie tassativamente individuate, per tutte le altre l'art.130 ha tradotto in legge l'orientamento espresso dall'Ad.plen n. 10 del 2005, cit..: «contro tutti gli atti del procedimento elettorale successivi all'emanazione dei comizi elettorali è ammesso ricorso soltanto alla conclusione del procedimento elettorale, unitamente all'impugnazione dell'atto di proclamazione degli eletti».

[34] Cfr. C. Mignone, *Giustizia elettorale,* cit., 95

[35] Vedi, da due opposti angoli visuali, C. Mignone, *Giustizia elettorale,* cit. 46-47, 70 ss., 86 (il quale vedeva in questo interesse dell'elettore un mero interesse di fatto e che pur ricollegando l'azione popolare all'interesse pubblico contestava il criterio secondario di riparto

A meno che non si rinunci all'attuale dogma del riparto - basato sulla presunta omogeneità delle ss.gg.ss. comprese, rispettivamente, nell'una e nell'altra delle sequenze procedimentali in cui è rigidamente divisa la giustizia elettorale - e si ammetta invece la possibile rilevanza sia di interessi legittimi, sia di diritti soggettivi in *ciascuna* delle fasi del procedimento elettorale (dalla redazione delle liste degli elettori fino alla convalida degli eletti)[36] come rispettivi sostrati – a seconda dell'atto o della questione controversi - dei ricorsi popolari esperibili nel contenzioso elettorale.

L'unico modo per sottrarsi a questa obiezione, salvando contemporaneamente la tradizionale spaccatura della giustizia elettorale, era quello di ribadire la nozione oggettiva di azione popolare: in tal guisa la Cassazione poteva adottare un criterio *secondario* di riparto che innanzi alla legittimazione diffusa opera guardando non alla situazione sostanziale dell'attore, ma a quella del convenuto[37].

Sia ben chiaro: il problema non è il riparto in sé e per sé, soprattutto nell'attuale fase storica in cui si assiste ad una sostanziale parificazione tra le due differenti situazioni giuridiche soggettive «quanto al bagaglio delle tutele»[38].

Il fatto è che a differenza di quanto avviene in tutti gli altri ambiti della giurisdizione di legittimità - sempre più protesa al modulo processuale del giudizio sul rapporto[39] - nel giudizio elettorale amministrativo i tratti tipici del giudizio impugnatorio sono stati rigorosamente mantenuti proprio facendo leva sui rischi che incomberebbero sulla stabilità e certezza dei risultati elettorali a causa della «legittimazione aperta a ciascun elettore»[40]. Si pensi

operato dalla Cassazione) e D. Borghesi, il contenzioso in materia di eleggibilità, Giuffrè Milano, 1979, 82, nota 180, e 106 (il quale invece ipotizzava che sia nel contenzioso di regolarità, sia nel contenzioso devoluto al g.o., l'attore popolare fosse portatore di un diritto soggettivo).

[36] Oltre alla già menzionata "incursione" di un diritto soggettivo nel troncone procedimentale che una volta era ritenuto totalmente devoluto al g.a. (ossia il diritto a candidarsi, oggi scorporato dalla giurisdizione del g.a. sulle operazioni elettorali), un caso ancor più eclatante deriva dal contenzioso sulle liste degli elettori – normalmente descritto come comparto attribuito in blocco al g.o.: la Corte di Cassazione riconosce la giurisdizione del g.a. - nella veste di giudice della "regolarità del *complessivo* procedimento elettorale"- in relazione alle controversie in cui non si mette in discussione il diritto di voto o la sussistenza dei relativi presupposti ma solo la legittimità dell'operato della commissione elettorale circondariale (ad esempio, ove tale organo accolga una istanza di ammissione al voto tardivamente presentata: cfr. Cass. SS.UU., 16 ottobre 2006, n. 2222/o. in *Foro. Amm-C.d.S.* 2007, 67).

[37] Cfr. Cfr. ad es. la sent. C. Cass. SS.UU., 23 ottobre 1981 n. 5559, cit., punto 9 della motivazione.

[38] Cfr. Ro. Chieppa, R. Giovagnoli, *Diritto amministrativo,* Giuffrè, Milano 2009, 55.

[39] Evoluzione già rilevata (nelle sue fasi iniziali) da M. Nigro, *Giustizia amministrativa,* il Mulino, Bologna 1976, 293 ss. e ulteriormente sviluppatasi in seguito all'introduzione della tutela risarcitoria dell'interesse legittimo: v. *ex plurimis* F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo,* Tomo I, Giuffrè, Milano 2008, 698 ss.

[40] Cfr. ad esempio le sentenze riportate da F. Cintioli, *L'azione popolare nel contenzioso amministrativo,* in *Dir.amm.* 2008, 329 ss., spec. 362 (nelle quali il Consiglio di Stato giustifica la sostanziale inammissibilità – nel contenzioso di regolarità - di veri e propri motivi aggiunti

al carattere prettamente documentale del giudizio di regolarità, alle regole rigorosissime in materia di *petitum*, di onere della prova, di termini decadenziali e di ammissibilità dei c.d. motivi aggiunti[41], nonché, come ulteriore aggravio a carico dei ricorrenti, la riserva al giudice civile della risoluzione dell'incidente di falso in tema di atti muniti di fede privilegiata: riserva che la Corte costituzionale con sent. n. 304 del 2011 ha ritenuto non essere *di per sé* lesiva del diritto alla tutela giurisdizionale in materia elettorale[42], senza con ciò sopire le obiezioni della dottrina sia quanto all'irragionevolezza dell'istituto in riferimento agli atti del procedimento elettorale[43], sia quanto

alla luce dei rischi derivanti dall'esperibilità dell'azione popolare rispetto all'esigenza di stabilità dei risultati elettorali).

[41] Peculiarità tali da far parlare di un giudizio elettorale ormai «antitetico» rispetto all'attuale processo amministrativo, cfr. F. Cintioli, *L'azione popolare nel contenzioso amministrativo,* in *Dir.amm.* 2008, 329 ss., 338.

[42] Con la sent.n. 304 del 2011 la Corte ha dichiarato non fondata una q.l.c. che era stata sollevata dal Consiglio di Stato sulla norma preclusiva dell'accertamento di falso in sede di giudizio di regolarità delle operazioni elettorali per violazione (tra gli altri parametri) degli artt. 24, 113 e 111 Cost. Il Consiglio di Stato riteneva che la preclusione rispetto all'accertamento da parte del giudice amministrativo dell'incidente di falsità con conseguente necessaria devoluzione al giudice civile avesse perduto la sua originaria *ratio essendi* alla luce dei nuovi poteri istruttori previsti dal nuovo c.p.a., così da ingenerare una irragionevole perdita di concentrazione dell'attività processuale, con conseguente ostacolo alla necessaria rapidità del giudizio elettorale e correlativa compressione dell'effettività della tutela giurisdizionale ivi apprestata (cfr. l'ordinanza di rimessione, ord. Cons. Stato 17 febbraio 2011 n. 1000 punto 3): effettivamente, la suddetta preclusione - come nel caso controverso nel giudizio principale in cui erano stati impugnati atti di ammissione per falsità delle sottoscrizioni necessarie alla presentazione delle candidature e per falsità delle relative attestazioni di autenticazione – è in grado di provocare lo slittamento della definizione del processo elettorale in un periodo successivo alla conclusione dei mandati elettivi oggetto di contestazione. Con la citata sent. n. 304 del 2011 punti 6.1 e 6.2, la Corte costituzionale ha invece ritenuto - come era stato preconizzato da L. Trucco,*Le elezioni regionali piemontesi davanti ai giudici,* in *Rass.parlam.* 2011, 667 ss., 703 e M. Croce, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela nel contenzioso elettorale*, in *Quad. cost*. 2011, 402 ss., 403 - che la lesione all'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale e al principio della ragionevole durata del processo non derivi «di per sé» dalla riserva al giudice ordinario della risoluzione dell'incidente di falso in tema di atti muniti di fede privilegiata – ma semmai da eventuali circostanze di fatto - e che, al contrario, tale riserva risponda all'esigenza di tutela della fede pubblica in relazione all'autenticità di determinati atti, autenticità il cui accertamento deve necessariamente essere attribuito ad un'unica giurisdizione (con effetti giuridici generali trascendenti l'oggetto e le parti dei singoli procedimenti giurisdizionali in cui la questione figuri come mero incidente), onde evitare il rischio di pronunce contrastanti (e connotate da efficacia limitata al caso deciso) destinate a minare la certezza e speditezza del traffico giuridico.

[43] Cfr. A. Cardone, *«unitarietà» della giurisdizione e concentrazione del rito nell'accertamento del falso in materia elettorale,* in *Giur.cost.* 2011, 4270 ss., 4274-5, il quale osserva giustamente che: a differenza delle degli atti sullo stato e la capacità delle persone (e degli altri atti pubblici assistiti da fede privilegiata), gli atti preparatori alle elezioni hanno rilevanza ed effetti esclusivamente nel procedimento elettorale; in questa fattispecie, dunque, è la concentrazione del rito e non l'unitarietà della giurisdizione a soddisfare meglio le esigenze di certezza e speditezza del traffico giuridico poiché «la dispersione della tutela determinata dal monopolio del

al conseguente rilievo giuridico - a fronte delle «disfunzioni *strutturali* della giustizia ordinaria»[44] - delle ricadute negative che tale riserva comporta in termini di effettività del diritto di azione nell'ambito del giudizio di regolarità (ricadute negative manifestatesi con tutta evidenza proprio nella vicenda processuale da cui originò la questione di legittimità costituzionale dichiarata non fondata con la citata sentenza)[45].

giudice civile sull'incidente di falso, nella misura in cui comporta la possibilità che l'invalidità delle elezioni sia accertata a consiliatura in corso o finita», pone l'attività dell'ente «sotto una spada di Damocle che mina la certezza dei rapporti giuridici assai più dell'accertamento solo incidentale del falso da parte del giudice amministrativo».

[44] Cfr., in questi esatti termini sia A. Cardone, *op.ult.cit.,* 4274 (in ragione delle «disfunzioni strutturali della giustizia ordinaria» l'Autore osserva che gli aspetti organizzativi della giustizia civile avrebbero dovuto esser considerati non privi di rilievo giuridico, tanto da poter ritenere che la q.l.c. respinta con la sent. 304 del 2011 fosse impostata «nei limiti di una interpretazione del parametro orientata al fatto e non nei termini di un fatto orientato a parametro»), sia M. Massa, *Per annullare elezioni falsificate occorre attendere i tempi della giustizia civile*, in *dirittiregionali.org*, il quale (pur riconoscendo che la carenza di effettività della tutela deriva dalla lunga durata dei processi civili, a sua volta determinata «prevalentemente [da] motivi fattuali e non legali») si chiede, «a fronte delle disfunzioni strutturali che notoriamente affliggono la giustizia ordinaria», dove passi il confine tra «una plausibile argomentazione orientata alle conseguenze e la trasformazione di circostanze materiali in fattori giuridicamente rilevanti».

[45] La controversia, come è noto, riguardava le elezioni regionali Piemontesi del 2010 e in particolare l'impugnazione – da parte di uno dei candidati alla Presidenza della Regione (la sig. ra Mercedes Bresso) risultato sconfitto in base alle operazioni elettorali - dell'atto di ammissione della lista "Pensionati per Cota" per falsità delle sottoscrizioni necessarie all'accettazione delle candidature e falsità delle relative autenticazioni, nonché dell'atto di proclamazione degli eletti (che aveva insediato il sig. Roberto Cota nell'ufficio di Presidente della Regione). Ebbene già prima della rimessione degli atti alla C.cost. - effettuata con l'ord. Cons Stato n. 1000 del 2011 cit. – era intervenuta la sent. Tribunale di Torino, sez. III, penale che in primo grado aveva ritenuto colpevoli due individui in relazione ai reati di falso commessi nell'ambito delle operazioni di presentazione della lista "Pensionati per Cota" (sul tema v. L. Trucco, *Le elezioni regionali piemontesi,* cit. 704). La condanna è stata confermata dalla sent. Corte d'appello di Torino, Sez. III. Penale 22 maggio del 2012: di conseguenza con DPCM 6 dicembre 2012 - adottato in forza dell'art. 15 comma 4-*bis* lett.*b*) legge n. 55 del 1990, tutt'ora vigente secondo una consolidata giurisprudenza della Cassazione – è stata "accertata" la sospensione dalla carica di consigliere regionale per uno dei due succitati individui, a decorrere dalla data della pronuncia di appello. La decisione della Corte di Cassazione in sede penale è attesa per il novembre 2013. Nel frattempo, però il processo di regolarità sull'atto di ammissione della lista e sull'atto di proclamazione (che si era instaurato innanzi al g.a. subito dopo la chiusura delle operazioni elettorali regionali del 2010) resta ancora privo di definizione. Infatti, preso atto della sent. n. 304 del 2011 che rigettava la q.l.c. sull'incidente di falso, il giudice *a quo*, con sent. Cons. Stato 1° agosto 2012 n. 4395 (in www.giustizia-amministrativa.it) respingeva definitivamente l'appello presentato dalla sig. Mercedes Bressio(e altri) contro la sent. Tar Torino 6 agosto 2010 n. 3196 cit. nella parte in cui si chiedeva al g.a. di accertare direttamente l'incidente di falso; il Consiglio di Stato ricordava però che in relazione al *petitum* del ricorso introduttivo – l'annullamento dell'atto di ammissione e dell'atto di proclamazione degli eletti – il "giudice locale" non si era ancora pronunciato. Contemporaneamente – punto 8 sent. 1° agosto 2012 n. 4395 cit - il Consiglio di Stato aggiungeva che spettava allo stesso Tar

Essendo così impegnativa – a causa delle suddette peculiarità del contenzioso in esame - l'azione popolare difficilmente viene esperita da un elettore estraneo alla competizione elettorale, trattandosi normalmente di un prestanome del candidato (quando costui non vuole esporsi con ricorsi pretestuosi) o del candidato stesso che ricorre nella doppia veste di diretto interessato e di attore popolare.

Pertanto è assai arduo sostenere che oggi l'azione popolare possa ingolfare e quindi mettere a repentaglio il funzionamento della giustizia elettorale.

Eppure, nonostante il suo appiattimento sull'interesse pubblico, l'istituto continua ad essere percepito come una minaccia per una giustizia elettorale che, specialmente nel contenzioso di regolarità - ma non solo - tende a far prevalere l'interesse dell'apparato sui diritti elettorali, o meglio, ad affievolirne la tutela giurisdizionale contando sull'esistenza di una forma di garanzia che un tempo era offerta dai partiti e che oggi tende a scomparire[46].

La storia è destinata a ripetersi? La nozione oggettiva di azione popolare condurrà ancora una volta all'estinzione dell'istituto ed alla correlativa recessione del principio democratico?

3. L'attuale ostilità del legislatore nei confronti dell'azione popolare: la disciplina del contenzioso pre-elettorale dal c.d. decreto salva-liste al d.lgs n. 160 del 2012

Stando alle attuali tendenze del legislatore sembra proprio di sì.

La prova generale fu posta in essere con il c.d. decreto salva- liste (d.l. 5 marzo 2010 n. 29) il quale – a prescindere dalla puntuale disamina dei gravissimi profili di illegittimità costituzionale che furono ipotizzati a suo ca-

stabilire se effettivamente il giudizio civile di querela di falso intentato dalla ricorrente si fosse effettivamente estinto (come prospettato dalla Regione Piemonte) oppure no, ed anche il potere di valutare se sospendere o meno il processo in attesa della formazione del giudicato sul procedimento penale dal momento che "non potrebbe negarsi l'equivalenza tra accertamento civile e penale ai limitati fini della eliminazione dell'efficacia rappresentativa del documento dichiarato falso". Proprio in riferimento a queste ultime notazioni, la Regione Piemonte chiedeva la revocazione della citata sentenza del Consiglio di Stato per manacata corrispondenza tra chiesto e pronunciato (fattispecie compresa nell'errore di fatto di cui all'art. 395 n. 4 c.p.c.), ma con sent. 15 gennaio 2013 n. 175 lo stesso Supremo consesso amministrativo ha dichiarato inammissibile il ricorso considerando come mero *obiter dictum* il passo incriminato. Pertanto, il Tar Piemonte dovrà decidere se attendere o meno l'esito dei procedimenti civili e penali pendenti innanzi al g.o. prima di statuire sul ricorso introduttivo. Dunque, dopo quasi tre anni dallo svolgimento delle elezioni regionali, a consiliatura ampiamente in corso, non si sa ancora se l'attività della Regione Piemonte sia stata posta in essere da organi regolarmente eletti e se l'eventuale annullamento della consultazione sarà in grado di reintegrare – anche solo per il periodo residuo della consiliatura – i diritti del candidato ricorrente (e degli elettori) oppure restare a questi fini del tutto priva di efficacia (ove la definizione del giudizio di regolarità intervenisse a consiliatura terminata).

[46] Sul tema, sia consentito rinviare a E. LEHNER, *Le garanzie dei diritti elettorali,* Aracne, Roma 2012, 279 ss.

rico - fu chiaramente ispirato dalla sfiducia nell'opera della magistratura e, più generale, rappresentò una netta opposizione all'idea che in materia elettorale l'effettivo esercizio dei diritti dei cittadini potesse essere garantita a prescindere dalla volontà (e dall'efficienza) delle forze politiche. In riferimento alle elezioni regionali del 2010, l'art. 1 co. 3 del decreto prevedeva l'eliminazione dell'azione popolare sia per gli atti di ammissione sia per gli atti di esclusione di liste e candidati: secondo un'autorevole dottrina, ciò determinava l'irragionevole incisione di un istituto «radicato nella materia elettorale e coerente con la partecipazione indivisibile del corpo elettorale al procedimento *de quo* e con l'interesse concorrente e contrapposto di ciascun cittadino elettore rispetto agli altri ed ai candidati» [47]. Si negava inoltre il diritto di azione del candidato: l'impugnativa immediata degli atti di esclusione era infatti riservata "soltanto" ai *delegati* delle liste, anche in relazione agli atti di ricusazione di singoli candidati (norma discendente inequivocabilmente dalla lettera dell'art. 1. co. 3 che però la giurisprudenza amministrativa – nell'interpretare un decreto mai ritenuto applicabile ai singoli casi di specie insorti in quel periodo- dimostrò di non prendere neanche in considerazione). In sostanza, nel pre-elettorale l'azione popolare - e persino quella del c.d. diretto interessato - dovevano essere sacrificate per lasciare spazio ad un ricorrente del tutto inedito nella secolare storia del contenzioso elettorale: "il delegato della lista", ossia l'agente del partito politico.

Infine, lo stesso art. 1 co. 3 del decreto introduceva la distinzione, quanto ai ricorsi, tra gli atti di esclusione e gli atti di ammissione: per questi ultimi si parlava di un ricorso esperibile innanzi al "giudice amministrativo", senza ulteriori specificazioni, mentre per gli atti di esclusione si precisava che era ammesso "immediatamente ricorso al giudice amministrativo". Sarebbe stato logico ritenere che, in base a tale disposizione, la tutela pre-elettorale fosse concessa solo per gli atti di esclusione, mentre per gli atti di ammissione (a parte l'eliminazione dell'azione popolare) fosse applicabile l'allora vigente art. 83-*undecies* del d.p.r. 570 del 1960[48], il quale, secondo una parte della giurisprudenza amministrativa, concedeva solo la tutela post-elettorale. Invece la giurisprudenza scaturita dai contenziosi elettorali piemontese e lombardo interpretò tali previsioni nel senso di aprire la tutela pre-elettorale ad entrambi i tipi di atti (anzi di ritenerla obbligatoria, anche se senza effetti nei relativi giudizi, in cui vennero fatti salvi ricorsi post-elettorali sugli atti di ammissione)[49].

[47] Cfr. A Cerri, *Sulla legittimità costituzionale del decreto-legge 5 marzo 2010 in materia di presentazione delle liste dei candidati alle elezioni regionali* (marzo 2010), in www.*astrid-online.it*

[48] Che era stato introdotto dall'art. 2 della legge n. 1147 del 1966 (con riferimento alle elezioni locali) cui all'epoca rinviava l'art. 19 della legge n. 108 del 1968 (con riferimento alle elezioni regionali).

[49] Tra le altre, il riferimento è in particolare alla sent. Cons. Stato 22 settembre 2011 n. 5345 punto 4.3.1.2.2. (contenzioso elettorale lombardo) e alla sent. Cons. Stato 23 novembre 2010 n. 8145 punto 8.2.2. (contenzioso elettorale piemontese) ove si legge che l'art. 1, comma

Eppure fu proprio in seguito all'adozione del decreto salva-liste che nella giurisprudenza del Consiglio di Stato comparve – aggiungendosi ai vari orientamenti in tema di tutela pre-elettorale – l'indirizzo in base al quale l'immediata impugnabilità degli atti endo-procedimentali dovesse essere circoscritta agli atti di esclusione[50]: in passato, infatti, il Consiglio di Stato - considerando che l'immediata lesività degli atti di ammissione fosse riscontrabile solo caso per caso - si era limitato a pretendere la *successiva* impugnazione *anche* dell'atto di proclamazione *medio tempore* intervenuto, quale condizione di procedibilità (negli stadi posteriori alla conclusione delle operazioni elettorali) dei ricorsi che erano stati presentati avverso gli atti di ammissione prima della consultazione[51].

Sulla scorta del modello prefigurato dal decreto salva-liste furono concepite le originarie previsioni del codice del processo amministrativo in materia di contenzioso pre-elettorale salvo aggiungere l'irragionevole discriminazione tra elezioni europee da un lato ed elezioni regionali e locali dall'altro. Quanto al primo tipo di elezioni, il codice aveva escluso l'immediata impugnabilità degli atti precedenti alla proclamazione, mentre per le elezioni locali e regionali la tutela pre-elettorale veniva espressamente garantita, ma limitatamente agli atti di esclusione delle candidature, impugnabili soltanto "dai delegati delle liste e dei gruppi di candidati esclusi". Precludendo l'impugnazione immediata – ossia precedente alle elezioni - degli atti di ammissione delle candidature e di quelli relativi ai contrassegni e ai collegamenti nelle elezioni regionali e locali, tali previsioni impedivano di giustiziare sia l'interesse del candidato a «partecipare ad una determinata consultazione elettorale in un definito contesto politico e ambientale»[52], sia

3, del decreto legge 5 marzo 2010, n. 29 conteneva "il principio di immediata impugnazione degli atti di esclusione e di ammissione", principio "non invocabile nel caso di specie" a causa del diniego di conversione apposto al decreto nell'aprile 2010.

[50] Cfr. sent. Cons. Stato 22 marzo 2010 n. 1640 punto 5 in cui si legge che "la lesione subita dalle liste escluse è immediata e in quanto tale determina un oggettivo interesse al ricorso per ripristinare in tempo utile la condizione di competitore nel confronto elettorale, mentre nel caso in cui l'impugnazione sia rivolta contro l'atto di ammissione di altra lista può essere considerato prevalente l'interesse pubblico al rispetto dei tempi della procedura elettorale (rafforzato dal fatto che in questo modo è garantita la massima possibilità di scelta degli elettori) ed è dunque ragionevole che il ricorso sia differito sino alla proclamazione degli eletti". Ai fini dell'analisi fin qui condotta – e dunque a prescindere dal fatto che la presenza di liste illegittimamente ammesse incide negativamente sia sull'efficacia delle singole opzioni, sia sulla libertà di scelta dell'elettore in termini di genuinità – occorre ricordare che la citata sentenza, respingendo l'eccezione di inammissibilità dell'immediata impugnazione dell'atto di esclusione della lista "Per la Lombardia" in occasione delle elezioni regionali del 2010, fu pronunciata prima della decadenza del d.l. n. 29 del 2010, anche se il Supremo consesso amministrativo non lo ritenne applicabile alla fattispecie.

[51] Cfr. sent. Cons. Stato V sez. 25 luglio 2005 n. 3922 e 14 aprile 2008 n. 1648, entrambe reperebili nella banca dati *De jure*.

[52] Interesse definito in questi termini dalla Corte costituzionale e posto a premessa della decisione con cui, ritenendo che gli atti relativi alla fase di ammissione delle liste di candidati

il correlativo interesse pubblico, sia, infine, l'interesse dell'*elettore* [53] a partecipare ad una procedura regolare in cui il suo contributo, a prescindere dal peso in uscita determinato dalla formula elettorale[54], non fosse vanificato

- senza far distinzione tra atti di esclusione e atti di ammissione – debbano essere immediatamente giustiziabili, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 83-*undecies* del d.p.r. n. 570 del 1960 (prima che tale articolo fosse abrogato dal codice del processo amministrativo) nella parte in cui esso escludeva (secondo una parte della giurisprudenza amministrativa) la possibilità di un'autonoma impugnativa degli atti del procedimento preparatorio alle elezioni, ancorché immediatamente lesivi, anteriormente alla proclamazione degli eletti. Cfr. C.cost. n. 236 del 2010, in *Giur. cost*. 2010, 2893, punto 3 della motivazione.

[53] Ciò, naturalmente, a voler sottacere la denegata tutela nei confronti dell'interesse dei *cittadini* dell'ente di riferimento ad esser rappresentati da chi risulti eletto in base ad operazioni elettorali (in senso stretto, quelle poste in essere dopo la convocazione dei comizi elettorali, fino alla proclamazione) regolari. Si consideri che questo interesse del cittadino, così come l'interesse a farsi rappresentare da persone eleggibili, elettoralmente capaci e non investiti di cariche incompatibili con il mandato elettivo, risulta assorbito in quello riferibile ai soli *elettori* dell'ente ai quali è espressamente riferito – sin dal 1966 – il potere di esperire azione popolare sia nei giudizi di regolarità, sia nei giudizi di eleggibilità-decadenza. Eppure, entrambi i citati interessi compongono quello più ampio a farsi rappresentare secondo gli esiti di un regolare procedimento elettorale (qui inteso in senso ampio, dalla fase della compilazione delle liste di elettori, sino alle delibere consiliari di convalida) che la legge conferisce ancor oggi al cittadino in quanto tale ove si tratti di stabilire la legittimità della composizione dell'elettorato attivo: sin dalla metà dell'Ottocento, "qualsiasi cittadino" è abilitato a esperire azione popolare e dunque a ricorrere avverso provvedimenti incidenti sul diritto di voto di soggetti terzi. Sul tema, con particolare attenzione sia alla giurisprudenza ordinaria che – prima dell'intervento della legge n. 1147 del 1966 – ammetteva nel contenzioso di eleggibilità-decadenza l'azione popolare esperita dal cittadino (a prescindere dal godimento dell'elettorato attivo), sia alla dottrina che – in quella stessa epoca - giungeva alla medesima conclusione anche in relazione ai giudizi di regolarità (nonostante il contrario avviso della giurisprudenza amministrativa), sia consentito nuovamente rinviare a E. Lehner, *Le garanzie dei diritti elettorali,* cit., 53 ss.,93 ss., 109 ss.

[54] Il riferimento è alla giurisprudenza costituzionale che riconosce amplissimi margini di discrezionalità legislativa quanto alla formula elettorale, in ragione della portata del principio di eguaglianza del voto: tale principio mira «ad assicurare la parità di condizione dei cittadini nel momento in cui il voto viene espresso, senza riguardare fasi anteriori o successive a tale momento» (cfr.: C.cost., ordd. nn. 260 del 2002 e 160 del 1996; sentt. n. 429 del 1995, 107 del 1996, e 173 del 2005; per la dottrina, si veda in particolare, T. E. Frosini, *Maggioranza e minoranze nella legge elettorale comunale,* in *Giur. cost.* 1995, 3357 ss., 3359-3360). In sostanza, il principio sancito dall'art. 48 co. 2 Cost. garantisce l'egual peso delle scelte elettorali di ciascun individuo nel momento di assunzione dei singoli suffragi, ma non anche l'eguale resa di questi ultimi in uscita, ossia nell'ambito del meccanismo di trasformazione dei voti in seggi. Tuttavia, per quanto larga, la discrezionalità legislativa sulla formula elettorale trova pur sempre un limite nel nocciolo duro del principio rappresentativo, ossia nel mantenimento di una significativa soglia di proiettività dei congegni elettorali (come si evince dal noto *obiter dictum* della sent. C.cost. n. 15 del 2008, punto 6.1.) o, se si vuole, nel divieto di trasformare in «senso *complessivamente* maggioritario il sistema democratico» (cfr. M. Luciani, *Riforme costituzionali e disegno elettorale,* in *Pol.dir.* 1995, 183 ss., 185). Per un interessante svolgimento della questione, si veda la posizione di chi - in riferimento non solo alla formula elettorale ma ad ogni altro aspetto del sistema elettorale - collega il profilo «interno» del voto (ossia

o diminuito dalla presenza di liste, candidati, contrassegni o collegamenti illegittimamente ammessi.

Coerentemente con questo disegno, nel contenzioso pre-elettorale originariamente configurato dal c.p.a. il diritto al ricorso era stato circoscritto ai delegati delle liste escluse e ai gruppi di candidati esclusi. In tal guisa era stata eliminata non solo la legittimazione dei controinteressati (conseguenza inevitabile della scelta – incostituzionale[55] – di limitare il diritto al ricorso agli atti di esclusione) ma anche l'azione popolare, mediante la quale gli elettori avrebbero potuto far valere, almeno nei confronti degli atti di esclusione, l'interesse ad esprimere fruttuosamente il proprio suffragio partecipando ad una regolare competizione elettorale[56] e, contemporaneamente, l'interesse pubblico *alla regolarità delle operazioni elettorali* . L'interesse da ultimo menzionato, peraltro, ha sempre trovato nell'azione popolare la sua unica forma di tutela (fungendo da esclusivo sostrato dell'istituto, secondo la ricostruzione tradizionale o, secondo la tesi opposta, restando totalmente assorbito nell'interesse individuale dell'elettore) poiché nel giudizio di regolarità il ricorso popolare non è accompagnato dalla legittimazione di organi statali appositamente preposti a far valere l'interesse pubblico, al contrario di quanto avviene – a evidente detrimento della tesi tradizionale – nel giudizio di ineleggibilità-decadenza e nel giudizio sulla titolarità del diritto di voto[57].

l'incidenza che il singolo suffragio finisce per avere sul risultato dell'elezione) con il principio di eguaglianza sostanziale: cfr. L. Trucco, *Democrazie elettorali e stato costituzionale,* Giappichelli, Torino 2012, 14-16 ss., 127 ss., 193 ss., 253 ss., *passim.*

[55] In questo senso, ritenendo che l'impianto motivazionale della sent. n. 236 del 2010 - sul quale v. *supra,* nota 52 e, *infra*, nota 62 - consenta di preconizzare l'esito di una futura ed eventuale q.l.c. in ordine a tale previsione del c.p.a., cfr. Ro. Chieppa, *Il codice del processo amministrativo,*Giuffrè, Milano 2010, 618, 619; Id. *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela, in www.giustamm,it, 28 luglio 2010;* Ri. Chieppa, *Riflessi della sent. n. 236 del 2010 sulla tutela degli atti di procedimento preparatorio alle elezioni(codice del processo amministrativo e procedimento elettorale politico),* in *Giur. cost*. 2010, 2905 ss., 2906-8 (e, nello stesso senso, se si vuole E. Lehner, *Finalmente sancita l'immediata impugnabilità degli atti preliminari alle elezioni locali e regionali*, ivi, 2908 ss., 2913-4); F. Caringella, M. Protto, *Codice del nuovo processo amministrativo*, Dike, Roma 2010, 1174.

[56] Si tratta di un interesse autonomo e distinto rispetto a quello dei candidati esclusi: il ricorso popolare infatti oltre ad aumentare le *chance* di riammissione dei candidati (ove recasse motivi diversi e maggiormente suscettibili di accoglimemento rispetto a quelli presentati dai soggetti esclusi), potrebbe sopperire all'eventuale acquiescenza di costoro innanzi all'illegittimo atto di esclusione – acquiescienza non riconducibile alla facoltà di ritirare la propria candidatura che è esperibile in sedi apposite - in modo tale da tutelare anche l'interesse degli elettori a conservare il margine di scelta loro riservato dalle regole del procedimento elettivo.

[57] La legittimazione del P.M (presso il Tribunale) a ricorrere in Corte d'appello è prevista sia nel contenzioso sulle liste (originariamente disposta nell'art. 44 del d.p.r. n. 223 del 1967 e, attualmente – per effetto delle modifiche operate dall' art. 34, co. 28 lett. *a* del d.lgs n. 150 del 2011 – nell'art. 42 co. 1 del d.pr. n. 223 del 1967) , sia nel contenzioso di ineleggibilità-decadenza (nel cui ambito la legittimazione del PM fu riconosciuta fin dall'Ottocento, codificata

Senza contare che, ancora una volta, la tutela pre-elettorale non era concessa ai singoli candidati ma, ambiguamente – oltre che ai "delegati della lista" – ai "gruppi di candidati esclusi".

A conferma di questa lettura , si pone la sentenza Cons. Stato 29 Ottobre 2012 n. 5504 con cui sono state annullate le elezioni regionali molisane del 2011: nella citata pronuncia il Consiglio di Stato ha fatto applicazione del testo originario dell' art. 129 del c.p.a. chiarendo come, alla stregua di quest'ultimo, l'impugnazione degli atti di ammissione e i ricorsi presentati dagli attori popolari e dai candidati fossero proponibili soltanto dopo la conclusione del procedimento elettorale[58].

Tra l'altro, ricalcando ancora una volta il decreto salva-liste, gli art.129 e 130 del c.p.a. reiteravano l'ambiguità relativa ai termini del ricorso avverso gli atti preliminari immediatamente *impugnabili* nelle elezioni regionali e locali, con ulteriore lesione dell'interesse pubblico connesso alla tempestiva instaurazione del contenzioso elettorale. Se il primo di detti articoli parlava della *facoltà* di impugnare gli atti di esclusione *entro tre giorni dalla loro pubblicazione o comunicazione*, l'art. 130 si limitava a disporre che – fatte salve le previsioni sulla tutela pre-elettorale - "contro *tutti* gli atti del procedimento successivi all'emanazione dei comizi elettorali è ammesso ricorso soltanto alla conclusione del procedimento elettorale unitamente all'impugnazione dell'atto di proclamazione…*entro trenta giorni dalla proclamazione degli eletti"*. In sostanza, invece di prescrivere l'impugnazione *anche* dell'atto di proclamazione *medio tempore* intervenuto - ai fini della procedibilità del ricorso rimasto pendente prima delle elezioni[59]- da una parte si imponeva

con l'art. 1 della legge n. 1147 del 1966 e confermata dall'art. 22 co. 7 del d.lgs. n. 150 del 2011). Quanto al Prefetto, il suo potere di azione nel contenzioso di eleggibilità-decadenza (affermatosi in via pretoria nell'Ottocento e riconosciuto solo in via regolamentare sino al 1966) era già stato disposto dall'art. 1 della legge n. 1147 del 1966 ed è stato confermato dall'art. 22 comma 7 del d.lgs. n. 150 del 2011.

[58] Cfr. Cons Stato sez V, 29 ottobre 2012 n. 5504, punto 1, in *Foro amm.-C.d.S.* 2012, 2639 ss., 2641 in cui, ai fini di comprovare l'ammissibilità di un ricorso presentato dopo la proclamazione degli eletti *da attori popolari* e *avverso un atto di ammissione* si legge che: «La piana lettura del sistema integrato degli artt. 129 e 130 del c.p.a…rende evidente come *l'onere di spiegare le impugnative introduttive di questo contenzioso*, non rientrando esso nel nucleo delle ipotesi contemplato nel primo di tali articoli (né per la natura dell'atto da gravare nello specifico, *trattandosi di ammissioni* e non già di esclusioni; né per la *natura dei ricorrenti, qui semplici cittadini elettori*) non poteva sorgere se non alla conclusione del procedimento elettorale. L'art. 130 co 1 è chiaro nel disporre che, al di fuori dello specificato caso regolato [dall'art. 129], contro tutti gli atti del procedimento elettorale successivi alla convocazione dei comizi elettorali è ammesso ricorso soltanto alla conclusione del procedimentto elettorale: e ciò da parte di qualsiasi *candidato* o *elettore* dell'Ente della cui elezione si tratta» (corsivi nostri).

[59] Che i ricorsi avverso gli atti preliminari alle elezioni non riescano a passare in giudicato prima dello svolgimento delle elezioni costituisce, peraltro, evento molto frequente ma non inevitabile: come fu affermato dal Consiglio di Stato, proprio in occasione di una sentenza che

la posticipazione dei ricorsi sugli atti di ammissione ad elezioni avvenute, e dall'altra, quanto agli atti di esclusione, si consentiva la scelta tra impugnazione immediata e impugnazione successiva alla proclamazione, con evidente nocumento dell'interesse pubblico alla stabilità e certezza dei risultati elettorali. Certo, il Consiglio di Stato aveva già dato prova di voler sventare tale esito correggendo l'analoga ambiguità che si era creata con l'entrata in vigore del decreto-salva liste: il Supremo consesso amministrativo infatti aveva ritenuto obbligatoria e non facoltativa l'impugnazione immediata degli atti preliminari alle elezioni che l'art. 1 co. 3 del decreto-legge n. 29 del 2010 in realtà si limitava ad "ammettere" (peraltro solo per gli atti di esclusione), salvo negare l'applicabilità della norma (così interpretata) dopo la decadenza del decreto[60] ed evitare con ciò il travolgimento dei ricorsi post-elettorali presentati sotto la sua vigenza. Tuttavia, il testo originario degli artt. 129 e 130 del c.p.a. riapriva una incertezza intollerabile sulla corretta instaurazione della tutela giurisdizionale avverso gli atti preliminari alle elezioni.

L'intervento del d.lgs. 14 settembre 2012 n.160 sull'art. 129 del codice, pur avendo esteso alle elezioni europee l'accesso al contenzioso pre-elettorale e sanato l'ambiguità sui relativi termini di impugnazione[61], ha introdotto una formula –

annullava in via definitiva prima delle elezioni un atto di esclusione (nella fattispecie, l'atto di esclusione della lista "Per la Lombardia" dalle elezioni regionali del 28 e 29 marzo 2010), «il processo amministrativo dispone di istituti che, grazie anche allo sviluppo degli ausili informatici, consentono lo svolgimento della fase di merito in tempi estremamente solleciti, e tali da rendere tutt'altro che "eccezionale l'eventualità che intervenga un giudicato prima della conclusione delle operazioni elettorali", come temuto dall'Adunanza Plenaria [n. 10 del 2005]». Cfr. Cons. Stato sent. 22 marzo 2010 n. 1640, cit., punto 5.

[60] Giustamente, anche se in esito ad un paradosso: al di là dei diversi motivi (in altra sede criticati) che indussero i giudici amministrativi a ritenere *in toto* inapplicabile il decreto salva liste (invece di sollevare apposita q.l.c.), per quanto riguarda in particolare il suo art. 1 co. 3 occorre ricordare come durante la vigenza del suddetto decreto le decisioni di ammissibilità dei ricorsi pre-elettorali non si basarono su di esso, bensì sull'adesione all'indirizzo giurisprudenziale in lotta con quello relativo al *divieto* di immediata impugnazione degli atti preliminari alle elezioni; di conseguenza l'art. 1. co. 3 del decreto non produsse alcun effetto né, tantomeno, quello ipotizzato a posteriori dallo stesso Consiglio di Stato, di rendere persino *obbligatoria* l'immediata impugnazione degli atti *di ammissione e di esclusione* e dunque inammissibili i ricorsi presentati dopo la proclamazione; non avendo sortito alcun effetto, l'art. 3 co. 1 non poteva beneficiare della clausola di salvaguardia sancita dalla legge di sanatoria intervenuta dopo il diniego di conversione del decreto, poiché tale clausola si limitava a far salvi gli effetti (eventualmenente) già prodottisi prima della decadenza. Cfr. Cons. Stato 23 novembre 2010 n. 8145 punto 8.2.2., sul quale, approfonditamente L. Trucco, *Le elezioni regionali piemontesi*, cit., 678

[61] Infatti all'art. 129 commi 1 e 2 del c.p.a., così come sostituiti dall'art. 1 co. 1 lett. s), numero 19 del d.lgs. 14 settembre 2012 n. 160, si legge - oltre alla esplicita menzione delle elezioni europee (art. 129 co. 1) - che i «provvedimenti immediatamente lesivi…sono impugnabili…nel termine di tre giorni dalla pubblicazione…ovvero dalla comunicazione…degli atti impugnati» (art. 129 co. 1), mentre (art. 129 co. 2) «Gli atti *diversi* da quelli di cui al comma 1 sono impugnati alla conclusione del procedimento unitamente all'atto della proclamazione degli eletti» (corsivo nostro). Nel senso che nella versione novellata dal d. lgs. n. 160 del 2012, l'impugnazione immediata dei provvedimenti di esclusione sia

valevole anche per le elezioni locali e regionali - che invece di includere espressamente gli atti di ammissione delle candidature e gli atti relativi ai contrassegni e ai collegamenti si riferisce ai «provvedimenti immediatamente lesivi del diritto del ricorrente a partecipare al procedimento elettorale preparatorio» senza indicare nessuno dei possibili soggetti legittimati al ricorso. Tale previsione ricalca il dispositivo della sentenza C. cost. n. 236 del 2010, testualmente riferito «agli atti del procedimento preparatorio alle elezioni, *ancorché immediatamente lesivi*», che una parte della giurisprudenza amministrativa – a dispetto dell'impianto motivazionale della citata sentenza e dell'opinione formatasi in dottrina[62] - ha già dimostrato di interpretare nel senso più restrittivo: facendo leva sul già citato indirizzo del Consiglio di Stato in tema di lesività meramente potenziale degli atti di ammissione[63], infatti, si è ritenuto che la Corte intendesse rimuovere la preclusione relativa alla tutela pre-elettorale solo in ordine agli atti di esclusione[64]. Per ora è difficile ipotizzare se tale lettura (frutto peraltro di una contingenza e di un ragionamen-

obbligatoria, salvo però "attendere i primi pronunciamenti della giurisprudenza", v. R. De Nictolis, *Il secondo correttivo del Codice del processo amministrativo*, in www.federalismi.it, 20/2012, 15.

[62] Nella sent. n. 236 del 2010 la Corte affermò, senza circoscrivere tale conclusione ad un particolare tipo di contenzioso elettorale, che «gli atti relativi al procedimento preparatorio alle elezioni, *come* [e quindi non solo] l'esclusione di liste e candidati, debbono poter essere impugnati immediatamente al fine di assicurare la piena tutela giurisdizionale, ivi inclusa quella cautelare». Si consideri inoltre l'esplicita premessa della decisione (in forza della quale «l'interesse del candidato è quello di partecipare ad una determinata consultazione elettorale, in un definito contesto politico e ambientale») e la scelta di portare a sostegno delle sue argomentazioni anche il passo dello schema del Codice che prevedeva «la possibilità di impugnare immediatamente l'*ammissione* o la esclusione delle liste elettorali». Tutto ciò ha condotto una parte della dottrina a sostenere che i principi ivi affermati valgano sia per le elezioni europee, sia per gli atti di ammissione, cfr.: P. Quinto, *L'art. 129 del codice del processo amministrativo, il «caso Piemonte», il monito della Corte costituzionale: un decreto correttivo*?, in *www.giustizia-amministrativa.it,* 23 luglio 2010; F. Caringella, M. Protto, *Codice del nuovo processo amministrativo*, cit., 1174; Ri. Chieppa., *Riflessi della sent. n. 236 del 2010,* cit., 2906-8 [e se si vuole, E. Lehner, *Finalmente sancita,*cit., 2913-4]. Sposa e approfondisce questa lettura - nell'ambito di un pregevole e inedito approccio sistematico ai profili costituzionali del centenzioso pre-elettorale - anche M. Cecchetti, *Il contenzioso pre-elettorale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in questo volume, spec. par. 4.2.

[63] O meglio, la giurisprudenza del Consiglio di Stato in tema di rapporto tra inammissibilità della tutela pre-elettorale e lesività meramente potenziale degli atti di ammissione (per cui si veda la sent. Cons.Stato, sez. V, 22 marzo 2010 n. 1640 cit.); all'uopo il Tar Piemonte Torino, sez. I, sent. 28 luglio 2010 n. 3136, punto 4.5.1. (in www.giustizia-amministrativa.it) ha ritenuto invece di portare a sostegno la sent. Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2005 n. 3922 cit., che in realtà si limita a pretendere la necessaria successiva impugnazione anche dell'atto di proclamazione medio tempore intervenuto ai fini della procedibilità del ricorso presentato prima delle elezioni avverso l'atto di ammissione (v., *supra,* nel testo).

[64] Cfr. ad esempio: sent. Tar Piemonte Torino sez. I, 28 luglio 2010 n. 3136, cit. punti 4.4., 4.5.1 e 4.5.2., e sent. Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2010 n. 8145, punto 8.3.2. (sulle quali, diffusamente, v. L. Trucco, *Le elezioni regionali piemontesi*, cit., 678); sent. Cons Stato sez V., 22 settembre 2011 n. 5345 punto 4.3.1.2.3 (sulla quale in relazione a questo e ad altri profili, M. Massa, *Dopo Cota, Formigoni: elezioni regionali sotto la spada di Damocle delle firme false*, in *dirittiregionali.org/2011/09/29*).

to assolutamente peculiari) [65] verrà ribadita o meno. In ogni caso, quale che sia l'orientamento destinato a prevalere presso la giurisprudenza amministrativa - o a risultare più aderente alla giurisprudenza costituzionale - è chiaro che la nuova formulazione dell'art.129 del codice, con buona pace della certezza del diritto, «lascia arbitro il giudice amministrativo di stabilire in *limine litis* l'ammissibilità di ogni ricorso»[66], sia dal punto di vista oggettivo, sia dal punto di vista soggettivo.

[65] Sia nella sent. Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2010 n. 8145 punto 8.3.2. sia nella sent. Cons Stato, sez V., 22 settembre 2011, n. 5345 punto 4.3.1.2.3 si trattava di ricorsi presentati dopo la proclamazione avverso atti di ammissione: in entrambi i casi, benché il Consiglio di Stato faccia intendere esplicitamente (primo caso) o implicitamente (secondo caso) che la Corte costituzionale volesse riferirsi ai soli atti di esclusione, si afferma che il *dictum* della sent. n. 236 del 2010 «determinerebbe *ex abrupto* la irricevibilità del ricorso introduttivo del giudizio» poiché «verrebbe automaticamente riferito agli originari ricorrenti un effetto di decadenza dalla possibilità di tutela, senza che alcuna negligenza possa loro imputarsi per aver fatto affidamento, senza colpa, sul consolidato indirizzo giurisprudenziale che consentiva (ed anzi imponeva) l'impugnazione degli atti endoprocedimentali del procedimento elettorale solo con la proclamazione degli eletti»; di conseguenza, ad avviso del Supremo consesso amministrativo, lasciar retroagire – come si dovrebbe - la sent. n. 236 del 2010 ai casi in questione significherebbe vanificare proprio quel diritto inviolabile (la tutela giurisdizionale) che il giudice delle leggi mirava a salvaguardare.

V'è da dire, innanzitutto, che l'assenza di colpa dei ricorrenti poteva essere egualmente comprovata alla luce dell'assoluta incertezza che, sull'ammissibilità della tutela pre-elettorale, regnava incontrastata presso la giurisprudenza dello stesso Consiglio di Stato e che – dopo la *chance* lasciata ai giudici amministrativi con la ord. n. 90 del 2009 – la Corte si era finalmente decisa a rimuovere considerando diritto vivente l'orientamento dell'Ad.plen. n. 10 del 2005 testé evocato. Ma soprattutto, il ragionamento del Consiglio di Stato - pur finalizzato alla corretta decisione di ammissibilità dei suddetti ricorsi – è viziato da presupposti paradossali che derivano dalla volontà di tenere fermi alcuni suoi orientamenti : la sentenza n. 236 del 2010 di per sé non ha affatto dichiarato l'*obbligatorietà* della immediata impugnazione degli atti preliminari, né tantomeno preteso che tale onere processuale potesse essere sancito con effetto sulle controversie pendenti; è stato il Consiglio di Stato a concepire questa idea (in parte condivisibile come si diceva nel testo, ad eccezione dell'asserita retroattività del suddetto onere processuale); la Corte invece si era limitata a rimuovere la preclusione sul contenzioso pre-elettorale, ferma restando, ma ovviamente *per il futuro*, ossia senza pregiudizio dei ricorsi nel frattempo instaurati, la necessità di coordinare - nell'immediato in via pretoria - i relativi termini di impugnazione con l'interesse pubblico alla stabilità e certezza dei risultati elettorali. E, in effetti, qualche tempo dopo, sempre nell'ambito di un contenzioso avente ad oggetto un atto di ammissione impugnato dopo la proclamazione, fu lo stesso Consiglio di Stato (e prima ancora il Tar Molise, sent. n. 224 del 2012) a riconoscere - argomentando per l'irrilevanza di un q.l.c. prospettata dai resistenti - che quand'anche la Corte avesse dichiarato incostituzionali gli artt. 129 e 130 nella parte in cui non prevedono né la possibilità né l'obbligo di impugnare immediatamente gli atti di ammissione «in ogni caso nel presente giudizio non ne potrebbe in alcun modo scaturire la tardività dei ricorsi principali, poiché un termine di decadenza non potrebbe comunque decorrere prima del momento in cui il relativo diritto avrebbe potuto essere fatto valere» (cfr. Cons Stato 29 ottobre 2012 n. 5504, punto 1b, sulla quale v. *supra,* nel testo).

[66] In questi termini, N. Saitta, *Una montagna, un parto prematuro, un topolino* in *www.giustamm.it* (1° settembre 2011) il quale si riferiva ad una previsione compresa in un precedente schema di decreto correttivo al codice del processo amministrativo, previsione poi riversata nell'art. 1, co.1, lett. *s*), n. 1 del d.lgs 14 settembre 2012, n. 160 che ha modificato l'art. 129 del cod.proc.amm. nel senso indicato nel testo. Per quanto concerne l'ambigua configurazione della legittimazione attiva al ricorso nella disciplina risultante dal citato correttivo all'art. 129

Si noti infatti come la scomparsa di qualsivoglia riferimento ai soggetti legittimati ad agire nel contenzioso pre-elettorale, aggravata dall'ambiguità relativa agli atti impugnabili, non sia stata compensata da una previsione relativa alla legittimazione diffusa: alla stessa stregua del precedente, il nuovo testo dell'art. 129 del c.p.a. non contempla affatto l'azione popolare.

Dunque è rimasta ferma la volontà di escludere dal contenzioso preliminare alle elezioni la legittimazione diffusa degli elettori. O meglio, è rimasta ferma la volontà di abolirla, dal momento che prima dell'adozione del c.p.a. nessun giudice aveva mai negato che le impugnazioni esperite anteriormente alla proclamazione degli eletti una volta ritenute ammissibili – come spesso avveniva, anche prima dell'intervento della Corte costituzionale - spettassero agli stessi soggetti contemplati dall'(allora vigente) art. 83-*undecies* del d.p.r. n. 570 del 1960 e quindi (oltre ai diretti interessati) a "qualsiasi cittadino elettore" dell'ente.

4. (*Segue*). L'attacco al principio di fungibilità e la sostanziale vanificazione del principio di gratuità del giudizio elettorale: la precarietà dell'azione popolare di stampo oggettivo

Che il legislatore intenda colpire l'istituto tipico della giustizia elettorale lo si evince anche dalla parte del codice del processo amministrativo dedicato al contenzioso successivo alle elezioni, e in particolare dagli artt. 132 e 131 che non sono stati oggetto di modifiche da parte del d.lgs. n. 160 del 2012.

Il bersaglio questa volta è uno dei più importanti corollari dell'azione popolare, ossia la possibilità per i legittimati diffusi di presentare ricorso direttamente nel secondo grado di giudizio – ma non in Cassazione - succedendo eventualmente ad altro ricorrente popolare nel rapporto processuale originariamente instaurato da costui in primo grado : si tratta della c.d. fungibilità.

L'istituto corrisponde ad una tradizione giuridica secolare in materia elettorale: se nel contenzioso di regolarità e nel contenzioso di eleggibilità-decadenza esso fu inizialmente oggetto di diatribe giurisprudenziali (peraltro sopitesi prima del fascismo), nel contenzioso sull'elettorato attivo il principio di fungibilità non fu mai messo in discussione e si affermò in Italia contemporaneamente alla nascita dello stesso regime rappresentativo[67].

Ebbene, il codice del processo amministrativo ha determinato l'incisione dell'istituto nell'ambito dei giudizi elettorali devoluti al g.a. La fungibilità infatti è stata eliminata in relazione al contenzioso di regolarità per le elezioni europee (art. 132) [68] mentre la sua ammissibilità nel contenzioso elettorale lo-

c.p.a., v. F. G. Scola, *Il secondo correttivo del codice del processo amministrativo*, in *Corr. giur.* 2012, 1413 ss., 1417 e A. Pajno, *Le nuove disposizioni correttive ed integrative al codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm*. 1/2013, 5 ss., 16.

[67] Sul tema, sia consentito rinviare a E. Lehner, *Le garanzie dei diritti elettorali*, cit. 109 ss, 133 ss., 145.

[68] L'art. 132 del d. lgs. n. 104 del 2010 (Codice del processo amministrativo) in relazione alle

cale e regionale è divenuta oggetto di dispute dottrinali a causa dell'ambigua formulazione dell'art. 131 in ordine ai soggetti legittimati a proporre appello[69].

Quanto al senso dell'art.131 del codice, è peraltro intervenuta di recente la sent. Cons. Stato 29 Ottobre 2012 n. 5504. cit. che sposa la tesi favorevole alla perdurante fungibilità processuale dell'attore popolare: il Supremo consesso amministrativo ha ribadito la giurisprudenza anteriore all'adozione del c.p.a., affermando che la legittimazione al ricorso in appello da parte dell'elettore rimasto estraneo al giudizio di primo grado costituisce un principio «tradizionalmente riconosciuto nella materia [elettorale]»[70]. Ove si consolidasse questo orientamento, il legislatore dovrà nuovamente intervenire sul codice – così come fece nel settembre 2012 – per sanare ancora una volta una discriminazione illegittima tra i giudizi di regolarità relativi alle elezioni locali e regionali e quelli relativi alle elezioni europee (nell'ambito dei quali la fungibilità è inequivocabilmente esclusa).

Se, invece, prevalesse l'idea che il codice abbia abolito la fungibilità processuale dell'elettore anche in ordine ai giudizi elettorali locali e regionali, allora, uno dei tratti co-essenziali dell'azione popolare permarrebbe nel contenzioso di eleggibilità-decadenza ma verrebbe totalmente cancellato dal contenzioso elettorale affidato al g.a.

In tal guisa resterebbe in piedi quale pilastro comune a tutta la giustizia elettorale solo il secondo corollario della legittimazione diffusa : ossia, il principio di gratuità che è stato confermato sia nel contenzioso di eleggibilità-decadenza[71] sia

controversie sulle operazioni elettorali relative all'elezione dei membri del Parlamento europeo circoscrive espressamente la facoltà di appellare alle parti del giudizio di primo grado, sicché la possibilità che l'elettore che non sia stato parte del giudizio di primo grado possa fare ricorso alla Corte d'appello è sicuramente esclusa: cfr. F. Caringella, M. Protto, *Codice del nuovo processo amministrativo*, p.1187 e N. Saitta, *Sistema di giustizia amministrativa,* Giuffrè, Milano, 2011, 546.

[69] Ritiene che l'art. 131 del Codice del processo amministrativo significhi che "non è più legittimato a proporre il gravame un nuovo attore popolare che non aveva partecipato al giudizio innanzi al Tar" N. Saitta, *Sistema di giustizia amministrativa,* cit., p. 628. Al contrario, vedono nella formulazione dell'art. 131 la base per ritenere "che ancora spetti una legittimazione anomala a favore dell'elettore che non sia stato parte del giudizio di primo grado" F. Caringella, M. Protto, *Codice del nuovo processo amministrativo*, cit. 1187. Ancor più netta, a favore della perdurante fungibilità dell'attore popolare nel contenzioso successivo alle elezioni, è la posizione di G. Pellegrino, *Art. 131*, in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al D. lgs. 104/2010*, Giuffrè, Milano 2011, 1069 ss., 1070.

[70] Cfr. sent. Cons Stato 29 Ottobre 2012 n. 5504. cit., punto 1

[71] Il d.lgs n. 150 del 2011 [art. 34 co. 24, lett. a)]ha sì disposto l'abrogazione dell'art. 3 della legge n. 1147 del 1966 il quale stabiliva – originariamente per tutti i giudizi elettorali e, dal 2010, solo per i giudizi devoluti al g.o.- che non fosse necessario "il ministero di procuratore o di avvocato" e che tutti gli atti relativi al contenzioso fossero "redatti in carta libera, esenti dalla tassa di registro, dal deposito per il ricorso in Cassazione, e dalle spese di cancelleria". Tuttavia, lo stesso d.lgs. n. 150 del 2011 ha provveduto a riprodurre in sostanza le stesse norme: è stata prevista la facoltatività dell'assistenza tecnica e l'esenzione "da ogni tassa, imposta e spesa di cancelleria" nei giudizi di eleggibilità-decadenza concernenti le elezioni locali e regionali (art. 22 commi 14 e 15) e soltanto l'esenzione da ultimo menzionata per quanto

nel contenzioso di regolarità[72], assieme al connesso principio di facoltatività dell'assistenza tecnica (principio ora esteso al contenzioso per le elezioni europee, ma – inspiegabilmente - solo per quanto concerne il giudizio regolarità). Peraltro, ciò non ha impedito al legislatore di aggravare la sostanziale vanificazione della gratuità del giudizio elettorale - già in atto anche a causa della complessità del processo, specialmente in sede amministrativa - mediante il ricorso alla spaventosa tecnica legislativa con cui è stata riformata la specifica disciplina dei due suddetti principi[73], nonché quella concernente l'azione popolare e la giustizia elettorale nel suo complesso[74]. Le difficoltà per il

riguarda i giudizi di eleggibilità-decadenza sulle elezioni europee (art. 23 co. 8) ribadendo implicitamente l'obbligo dell'assistenza tecnica in precedenza disposto espressamente dall'art. 47 della legge n. 18 del 1979 (ora abrogato dall'art. 34, co. 27 lett. *d* del d.lgs. n. 150 del 2011).

[72] Nel giudizio di regolarità locale e regionale, infatti, i principi di gratuità e quello di facoltatività dell'assistenza tecnica hanno semplicemente cambiato sede normativa dopo l'intervento del codice del processo amministrativo. L'art. 3 della legge n. 1147 del 1966 nel suo testo originario riferiva il principio di gratuità e quello di facoltatività dell'assistenza tecnica, oltre che ai giudizi di ineleggibilità-decadenza, anche ai giudizi di regolarità (in ambito provinciale e comunale); ottenendo lo stesso effetto per l'ambito regionale, l'art. 19 della legge n. 108 del 1968 faceva rinvio al citato art. 3 sia per i giudizi attribuiti al g.o., sia per quelli attribuiti al g.a. Per quanto riguarda le elezioni europee, il principio di gratuità era garantito per entrambi i tipi di giudizio dall'art. 47 della legge n. 18 del 1979 che però imponeva l'obbligo dell'assistenza tecnica. Successivamente – ma prima che l'art. 3 della legge n. 1147 del 1966 venisse abrogato dal d.lgs. n. 150 del 2011 - il codice del processo amministrativo aveva già espunto il riferimento ai giudizi di regolarità sia dall'art. 3 della legge n. 1147 del 1966 [art. 2, co. 3, lett. a) all. n. 4 del c.p.a.] sia dall'art. 19 della legge n. 108 del 1968 [art. 2, co. 4 , lett a), all. n. 4 del c.p.a.] e - per quanto riguarda i giudizi di regolarità nelle elezioni europee – si era limitato a inserire nella legge n. 18 del 1979 appositi rinvii alla disciplina recata dallo stesso c.p.a . Tuttavia, il codice del processo amministrativo ha provveduto a riprodurre entrambi i principi, estendendo al giudizio di regolarità per le elezioni europee la facoltatività dell'assistenza tecnica : l'art. 127 prevede che gli atti relativi al procedimento giurisdizionale di regolarità per le elezioni locali, regionali ed europee siano esenti dal contributo unificato e da ogni altro onere fiscale; l'art. 23 dispone che «le parti possono stare in giudizio personalmente senza l'assistenza del difensore nei giudizi in materia di accesso, in *materia elettorale* e nei giudizi relativi al diritto dei cittadini dell'Unione europea e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri».

[73] Per avere una idea del livello di frantumazione cui è oggi soggetta la disciplina dei principio di gratuità e di facoltatività dell'assistenza tecnica è sufficiente guardare alle due note precedenti. Tra l'altro, nel c.p.a. - che pure ha avuto il merito di concentrare in un unico atto normativo la disciplina di tutto il contenzioso elettorale affidato al giudice amministrativo - solo il primo dei suddetti principi è stato collocato nella sua sede naturale (l'art. 127, relativo alla gratuità, fa parte del titolo V "contenzioso sulle operazioni elettorali" del Libro IV "ottemperanza e riti speciali") mentre il principio di facoltatività dell'assistenza tecnica è stato calato nella parte di codice dedicata alle norme applicabili a *tutti i giudizi devoluti al g.a.* (l'art. 23 si trova infatti nel Titolo II "Parti e difensori" del Libro I "Disposizioni generali").

[74] Attualmente, la disciplina dell'azione popolare e, in generale, quella della giustizia elettorale di validità (ossia i giudizi di ineleggibilità-decadenza e i giudizi di regolarità, in ambito locale regionale ed europeo), si ricava dall'incrocio tra due puzzle normativi. Da una parte ci sono le disposizioni ancora inserite nelle fin troppo numerose "sedi naturali" dei vari conten-

quisque de populo di esercitare il suo diritto di azione nel processo elettorale sono quindi aumentate, ferma restando l'unica nota positiva delle recenti novelle legislative, ossia la le norme volte ad imprimere maggior celerità al rito sia nei giudizi devoluti al g.a.[75], sia in quelli devoluti al g.o[76].

Le recenti opzioni legislative dirette a circoscrivere la fungibilità rappresentano una ulteriore conferma di quanto la tesi "oggettivista" tenda prima o poi ad indebolire l'azione popolare: nonostante la giurisprudenza prevalente abbia sempre giustificato la fungibilità alla luce del carattere oggettivo dei ricorsi popolari, le attuali forze politiche mirano ad eliminarla, ritenendo, evidentemente, che essa sia dannosa e non vantaggiosa per l'interesse pubblico.

Ciò sarebbe molto più difficile da sostenere ove trionfasse la nozione soggettiva, alla luce della quale la fungibilità rappresenta uno strumento atto a *contenere* la mole potenzialmente poderosa di contenzioso nell'ambito di giudizi aperti alla legittimazione diffusa: il ricorrente popolare – che agisce a tutela di una situazione giuridica soggettiva e, di riflesso, anche dell'interesse pubblico – sa di potersi affidare all'iniziativa eventualmente esperita in primo grado da altri soggetti portatori di un interesse individuale *identico* al proprio con riferimento al *medesimo* atto (o di un interesse diverso, e però speculare al suo, quando quell'atto è impu-

ziosi: gli art.129 ss. c.p.a., per quanto riguarda il giudizio di regolarità per le elezioni locali, regionali ed europee; l'art. 82 commi 1 e 2 del d.p.r. n. 570 del 1960 e l'art. 70 commi 1 e 2 del d.lgs n. 267 del 2000 per quanto riguarda, rispettivamente, il giudizio di ineleggibilità e il giudizio di decadenza nelle elezioni locali, cui adde, solo per la parte dedicata al g.o., l'art. 4 della legge n. 1147 del 1966 ; quel che resta dell'art. 44 co. 1 della legge n. 18 del 1979 per quanto riguarda il giudizio di ineleggibilità-decadenza nelle elezioni europee. Dall'altro, vi sono le disposizioni inserite *solo* negli artt. 22 e 23 del d.lgs. n. 150 n. 2011: ad essi rinviano, rispettivamente, l'art. 82 co. 3 del d.p.r. n. 570 del 1960, l'art. 70 co. 3 del dlgs n. 267 del 2000, l'art. 19 co. 2 della legge n. 108 del 1968 e – per quanto concerne l'art. 23 - l'art. 44 co.1 della legge n. 18 del 1979. Lungi dal semplificare il quadro normativo, il legislatore è riuscito addirittura ad aumentare di una unità la (ormai tradizionale) pletora di atti normativi in cui è disintegrato il contenzioso elettorale di validità. Di più: per quanto concerne il contenzioso sull'elettorato attivo, che era l'unico ambito della giustizia elettorale ricostruibile sulla base di un solo atto normativo (il d.p.r. 223 del 1967, art. 39 e 42-46), oggi è necessario consultare anche l'art. 24 del d.lgs n. 150 del 2011.

[75] Per quanto concerne il contenzioso pre-elettorale l'art. 129 c.p.a. prevedeva una velocizzazione del rito anche prima delle modifiche apportate sotto tale profilo dall'art. 1 co. 1, lett. s), numeri 2 e 3 del d.lgs. n. 160 del 2012. In modo meno evidente, qualche correzione volta a rendere più rapidi i giudizi è stata apportata anche nel contenzioso post-elettorale grazie agli artt. 130-132 c.p.a. (che vigono ancora nel testo originario): cfr. al riguardo F. Caringella, M. Protto, *Codice del nuovo processo amministrativo,* Dike, Roma 2010, 1185. Per un esame più attento di queste norme, con particolare riferimento alla possibile incostituzionalità del rito contemplato dall'art. 120 c.p.a. a causa dell'estrema riduzione dei termini processuali e della mancata previsione di una speciale disciplina volta a rendere esperibile l'accesso al giudice delle leggi in sede pre-elettorale, v. M. Cecchetti, *Il contenzioso*, cit., par. 5.1.3.

[76] Per quanto riguarda i giudizi di ineleggibilità-decadenza nelle elezioni locali, regionali ed europee, e i giudizi sull'elettorato attivo, cfr., rispettivamente, gli artt. 22, 23 e 24 del d.lgs. n. 150 del 2011 che hanno sostituito le previgenti regole di procedura con quelle tipiche del rito sommario di cognizione.

gnato da un candidato); ma egli deve però avere la possibilità di rimediare - se non si vuole indurre ogni legittimato a ricorrere sin dall'inizio, causando l'inutile moltiplicazione dei ricorsi elettorali - all'acquiescenza prestata da costoro rispetto ad una decisione altrimenti destinata a passare in giudicato con effetti *erga omnes* e quindi in grado di incidere (anche) l' interesse suo proprio.

In quest'ottica la c.d. fungibilità risulterebbe essere non l'eccezione ma la conferma delle ordinarie regole processuali.

E la suddetta tesi – formulata negli anni Cinquanta da Cecilia Assanti, che ricorreva al paragone con la figura della "legittimazione per categoria" presente nel pensiero di Calamandrei (e, più tardi, difesa da Domenico Borghesi che invocava a sostegno l'analogia tra la fungibilità in materia elettorale e la *ratio* dell'opposizione di terzo e dell'intervento volontario in primo grado e in appello, a norma del c.p.c.)– è oggi suffragata dalla disciplina relativa all'azione risarcitoria di classe *ex* art. 140-*bis* del codice del consumo[77], come modificato nel 2009.

Una parte della dottrina – ed ora, a quanto pare, anche il Consiglio di Stato[78] – tendono ad accomunare in un *genus* comune questa particolare azione e il ricorso popolare elettorale poiché in entrambi i casi la legge permette agli appartenenti di un determinato gruppo di agire in giudizio a tutela di un interesse non solo generale (di quell'intero gruppo) ma anche individuale[79]. In realtà il dato più rilevante è la significativa differenza tra le due figure, a sua volta specchio della distanza tra la nostra azione di classe e la vera *class action*. In base al citato art. 140-*bis* il singolo consumatore pur potendo esercitare l'azione o nell'ordinaria forma individuale o in alternativa nella modalità collettiva (sia mediante apposita delega preventiva ad una associazione o ad un comitato, sia attraverso l'adesione postuma ad una azione collettiva da altri già esercitata) non può intevenire a norma dell'art. 105 del c.p.c[80]. : questa preclusione sussiste perché la sentenza che definisce il giudizio instaurato ex art. 140-*bis* (pur facendo stato verso tutti coloro che hanno esercitato l'azione collettiva, mediante adesione preventiva o successiva) non pregiudica i diritti di quanti non vi hanno partecipato, i quali pertanto conservano integra la possibilità di agire individualmente in giudizio.

Al contrario, ed ecco confermata la *ratio* della c.d. fungibilità nell'ottica della nozione soggettiva di azione popolare, il giudicato provocato dal ricorrente popolare in materia elettorale ha effetti *erga omnes*, inibendo l'esperibilità di ricorsi presentati da altri individui (elettori o candidati) sul medesimo oggetto.

[77] Su questi aspetti del pensiero di Cecilia Assanti e di Domenico Borghesi, nonché sulla evoluzione normativa – con particolare riferimento all'introduzione dell'azione risarcitoria di classe *ex* art. 140-bis del codice del consumo – che oggi sembra confermare l'intuizione dei due Autori, sia consentito rinviare a E. Lehner, *le garanzie dei diritti elettorali,* cit. 156-160.

[78] Cfr. la sentenza del Consiglio di Stato sul c.d. caso Polverini, su cui vedi *infra,* par. 5.

[79] G. Monteleone, *Manuale di diritto processuale civile,* vol. I, Cedam, Padova 2009, 197.

[80] C. Mandrioli, *diritto processuale civile,* vol. I, Giappichelli, Torino 2011, p. 61 e nota 21.

Ove trionfasse tale visione, l'azione popolare verrebbe considerata un diretto riflesso del diritto alla tutela giurisdizionale garantito dall'art. 24 Cost.

A questo punto si possono cogliere fino in fondo le conseguenze della tradizionale ricostruzione della fungibilità e dell'azione popolare elettorale, ossia l'immanente precarietà dei suddetti istituti che oggi è resa evidente dalle recenti restrizioni apportate dal legislatore.

Se la tutela dell'interesse pubblico in materia elettorale deve poter essere assicurata mediante il conferimento del relativo diritto di azione al novero più ampio possibile di soggetti (e dunque anche a individui privi di una corrispondente situazione giuridica soggettiva), nessuno dei quali - per la stessa ragione – deve però avere il monopolio del rapporto processuale eventualmente instauratosi in primo grado, allora, è logico ritenere che la sopravvivenza della fungibilità e della stessa azione popolare dipenda esclusivamente da mutevoli valutazioni discrezionali circa la natura e il bilanciamento degli interessi pubblici coinvolti nel processo elettorale.

5. La nozione soggettiva dell'azione popolare e il radicamento costituzionale dell'istituto: la graduale emersione di questa concezione nel diritto vivente trova conferma nel c.d. caso Polverini

La chiusura rispetto all'azione popolare rappresenta la risposta del legislatore rispetto alla recente valorizzazione della dimensione individuale della sovranità popolare che si rintraccia non solo nella sent. n. 236 del 2010, ma anche nella sent. n. 259 del 2009: si pensi che una parte della dottrina amministrativa, ove da sempre impera il dogma della natura oggettiva dell'azione popolare, è giunta a sostenere che in quest'ultima sentenza della Corte costituzionale abbia «fatto capolino»[81] l'opposto orientamento in forza del quale all'attore popolare va riconosciuta una situazione giuridica soggettiva che trova fondamento nell'art. 1 Cost.

Effettivamente, sia nella sent. n. 259 del 2009 (con il riconoscimento del diritto soggettivo a candidarsi e con l'accoglimento di una nozione restrittiva della portata dell'art. 66 Cost. tale da consentire la giurisdizionalizzione del contenzioso pre-elettorale nazionale) sia nella sent. n. 236 del 2010 (che sconfessò in pieno l'impostazione dell'Ad. Plen Cons. Stato n. 10 del 2005 sulla inimpugnabilità degli atti endo procedimentali), il diritto alla tutela giurisdizionale è stato correlato al principio di sovranità popolare non solo in veste di limite ma anche come strumento atto a garantirne le forme di esercizio. La Corte sembra oggi propendere per la concezione atomistico-individualista della sovranità popolare teorizzata da Crisafulli.

In tal guisa potrebbe finalmente affermarsi la nozione soggettiva di azione popolare.

[81] Cfr. F. Caringella, M. Protto, *Codice del nuovo processo amministrativo*, cit. 1180

Già negli anni cinquanta Paladin aveva nitidamente tratteggiato il primo esempio di applicazione della teoria di Crisafulli alla giustizia elettorale : l'azione popolare altro non è che lo strumento destinato a rendere giustiziabile una situazione giuridica soggettiva discendente dall'art.1 Cost. L'istituto – continuava il grande Maestro - deve necessariamente annoverarsi tra le forme di democrazia diretta poiché la consacrazione costituzionale del principio democratico non può restare privo di effetti sulla interpretazione della legislazione elettorale[82]: la ricostruzione rimasta minoritaria nella dottrina liberale Ottocentesca – che spiegava la legittimazione dell'attore popolare con l'esistenza di una situazione giuridica soggettiva derivante dalla sovranità popolare attribuita a ciascun cittadino[83] – avrebbe dovuto finalmente prevalere.

Nei primi anni Settanta, questa intuizione trovava uno sbocco nel pensiero di Cannada Bartoli. L'insigne Autore individuava nell'azione popolare il nuovo polo di attrazione per la forza espansiva dell'interesse legittimo e la collocava tra gli istituti di democrazia diretta[84].

Successivamente, fu un processual-civilista ad offrire la più compiuta rielaborazione del pensiero di Paladin.

Domenico Borghesi poneva al centro della giustizia elettorale l'azione popolare, concepita in guisa di attuazione dell'art.24 Cost. rispetto all'art.48 Cost.: il principio democratico-rappresentativo veniva tradotto in una situazione giuridica individuale di diritto soggettivo assorbente l'intero contenzioso elettorale nell'alveo della giurisdizione ordinaria[85]. In quest'ottica, l'azione popolare rappresentava il mezzo per rendere giustiziabile il diritto di essere rappresentati da chi per legge e secondo il risultato di regolari elezioni ha diritto a farlo[86].

[82] L. Paladin, *Azione popolare,* in *Nss. dig. it.*, vol.II, Utet, Torino 1958, 88 ss., 90.

[83] Si veda ad es. C. Fadda, *L'azione popolare. Studio di diritto romano ed attuale*, Unione Tipografico- Editrice, Torino 1894, 312-313; V. Scialoja, *Prefazione a "Le azioni popolari romane" di Carlo Giorgio Bruns*, in *Archivio Giuridico* 1882, vol. 28, 166, 279 ss.; L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. II, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano [s.d. ma 1904], 608-609. Per una colta ricostruzione del dibattito sulle azioni popolari, a partire dalla diatriba tra romanisti cominciata alla fine dell'Ottocento, si veda v. D. Borghesi, *Azione popolare,* in *Enc. giur.,* vol. IV, Ist. Enc. It, Roma 1988, 1-3.

[84] E. Cannada Bartoli, *Interesse (dir.amm.),* in *Enc. dir.,* vol. XXII, Giuffrè, Milano 1972, 1 ss., 19.

[85] D. Borghesi, *Il contenzioso,* cit., 91 ss.

[86] D. Borghesi, *Il contenzioso,* cit., 106. Questa tesi trova alcuni riscontri nella dottrina dedicata alla materia elettorale a partire dagli anni Novanta. Ad esempio, F. Lanchester *Voto (diritto di)*, in *Enc.dir.,* vol. XLVI, Giuffrè, Milano 1990, 1107 ss.,1112 e 1119, connette l'inviolabilità del diritto di voto al rispetto delle forme che assicurano la regolarità del procedimento elettorale sin dal suo inizio ed al riconoscimento del principio di autodeterminazione tipico dell'ordinamento democratico. In questo senso anche E. Grosso *Art. 48,* in *Commentario alla Costituzione,* a cura di R.Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, vol.I, Utet, Torino 2006, 961 ss., 966. Più sfumata è la posizione di E. Bettinelli, *Diritto di voto,* in *Dig.disc.pubbl.,* vol.V, Utet, Torino 1990, 217 ss., 225, che include nell'elettorato attivo non solo il diritto di voto in senso stretto, ma anche il potere di sottoscrivere le candidature, di promuovere i referendum

Evidentemente, la succitata evoluzione del diritto vivente non piace all'attuale sistema dei partiti: un sistema che invece di recuperare il suo «carattere funzionale rispetto all'esplicazione da parte del popolo di una volontà politicamente qualificata e giuridicamente rilevante»[87] sta cercando di ribadire in forme diverse il suo dominio nel procedimento elettorale e di contrastare l'emergente dimensione individuale del principio democratico-rappresentativo senza più fornire ai diritti elettorali quelle forme di garanzia che un tempo compensavano, almeno in parte, le gravi lacune esistenti sul fronte della tutela giurisdizionale.

È forse per questo motivo che una parte della giurisprudenza amministrativa sta ponendo in essere un'interpretazione costituzionalmente orientata delle nuove norme in materia di legittimazione diffusa – come si è già visto a proposito della fungibilità nel contenzioso di regolarità locale e regionale – che si accompagna ad una inedita, quanto netta, apertura rispetto alla nozione soggettiva dell'azione popolare.

Il riferimento è al c.d. caso Polverini.

Come è noto, si trattava di decidere il ricorso che era stato presentato dal Presidente di un'associazione, anche in veste di elettore del Consiglio regionale del Lazio, per ottenere l'accertamento dell'obbligo - con relativa condanna pubblicistica a carico del dimissionario Presidente della Regione, Renata Polverini - di provvedere senza indugio alla indizione delle elezioni regionali garantendone la celebrazione (secondo quanto previsto dall'art. 5 della legge regionale n. 2 del 2005) nel termine di novanta giorni dallo scioglimento del suddetto Consiglio regionale e, comunque, nella prima data utile successiva a tale termine.

Decidendo sull'ammissibilità soggettiva di tale ricorso, il Tar Lazio - con sent. 12 novembre 2012 n. 9280 - affermava che chi ricorre in qualità di cittadino elettore lo fa quale «singolo componente ed esponente del corpo elettorale, mediante il quale la comunità nazionale esercita la sovranità sancita dall'art. 1 Cost. e le comunità locali esercitano l'autonomia politica riconosciuta dall'art. 5 Cost ». Ad avviso del Tar sussiste infatti un interesse «non solo del corpo elettorale unitariamente inteso, ma di *ogni elettore suo componente* al corretto svolgimento della propria funzione elettorale garantita dalla Costituzione, e quindi alla corretta organizzazione della competizione elettorale; tale interesse – *differenziato e qualificato rispetto all'interesse semplice di ogni componenete della comunità al buon andamento delle istituzioni pubbliche* – non può che essere ammesso alla tutela giurisdizionale ai sensi dell'art. 24 Cost.»[88].

Non solo: se il Tar (confermando per altro verso la sua giurisdizione) sostiene che tale posizione soggettiva «va qualificata come interesse legittimo» è solo perché «nella specie viene contestata non la diretta negazione o

e di proporre progetti di legge, poiché questi poteri rappresentano un «concorso dei cittadini alla determinazione della politica nazionale (o locale)».

[87] V. Crisafulli, *La sovranità popolare,* cit., 127.

[88] Cfr. Sent. Tar Lazio 12 novembre 2012 n. 9280, in *www.giustizia-amministrativa.it*, punto 10.

violazione del proprio diritto soggettivo di elettorato attivo, bensì l'illegittimo svolgimento delle procedure amministrative volte a consentirne l'esercizio, che determina comunque un pregiudizio certamente apprezzabile del ricorrente (ad esempio quanto al rinvio e alla perdurante incertezza circa i tempi di esercizio del suo diritto)»[89]. Dunque, non viene affatto esclusa la possibilità che alla base di azioni popolari riguardanti invece la regolarità di *talune* delle operazioni effettuate *dopo* la convocazione dei comizi elettorali (ma *prima* della proclamazione degli eletti) possa sussistere un diritto soggettivo del ricorrente elettore. Del resto, che le operazioni elettorali possano incidere anche su diritti soggettivi è ormai comprovato dalla giurisprudenza della Cassazione sul diritto a candidarsi: e sappiamo come il legislatore abbia perso una preziosa occasione per semplificare la giustizia elettorale omettendo – nel c.p.a. – di configuare le controversie su tali operazioni come ambito di giurisdizione esclusiva del g.a.

In ogni caso – a parte lo spazio lasciato (giustamente) alla rilevanza di interessi legittimi – il Tar abbraccia in *toto* la tesi di Borghesi.

Quanto agli artt. 129 e 130 del codice, che contemplando l'azione popolare solo nel contenzioso post-elettorale sembrano travolgere l'esperibilità dei ricorsi popolari prima della conclusione delle operazioni elettorali e, *a fortiori*, nella fase precedente alla stessa convocazione dei comizi elettorali, il Tar offre la seguente lettura: «se ogni elettore può agire in giudizio contro l'illegittimità del procedimento elettorale, a maggior ragione, secondo una interpretazione costituzionalmente orientata – deve poter agire in giudizio contro le illegittimità che, in ipotesi, indebitamente impediscono o ritardano lo stesso avvio del procedimento elettorale…. Diversamente opinando verrebbe vanificata la *ratio* della tutela giurisdizionale connessa alla garanzia dei diritti civili e politici costituzionalmente garantiti, di ciascun elettore». In sostanza, sebbene l'azione popolare sia menzionata solo nell'art. 130 e quindi esclusivamente in relazione al contenzioso instaurato dopo la chiusura delle operazioni elettorali, «la citata garanzia…appare ricognitiva di un principio generale che postuala e presuppone la legittimazione dei singoli elettori anche in relazione agli atti precedenti – e tuttavia strumentalmente necessari – allo svolgimento del procedimento elettorale fino alla sua conclusione»[90].

Ebbene, il Cons. Stato, sez V, sent. 27 novembre 2012 n. 6002 ha confermato in pieno la succitata ricostruzione.

Innanzitutto, è importante la parte dedicata all'ammissibilità *oggettiva* del ricorso: gli argomenti utilizzati per sancire l'esperibilità - pur in assenza di una previsione legislativa espressa - sia di una azione di mero accertamento, sia di un'azione di condanna pubblicistica, anche qualora si tratti di tutelare un interesse legittimo, sono di un'ampiezza tale da investire il processo am-

[89] Cfr. Sent. Tar Lazio 12 novembre 2012 n. 9280, cit. punto 12.
[90] Sent. Tar Lazio 12 novembre 2012 n. 9280, cit. punto 11.

ministrativo nel suo complesso, senza che quello elettorale possa fare eccezione. Si tratta infatti di rilievi – peraltro suffragati da due Adunanze plenarie del 2011- fondati sulla interpretazione delle disposizioni generali del c.p.a., sull'incidenza del diritto comunitario, nonché su ricostruzioni sistematiche ancora più ampie tra le quali figura persino il riferimento all'azione risarcitoria di classe di cui al citato art. 140-*bis* del codice del consumo[91]. In tal guisa il Consiglio di Stato può finalmente rinunciare alla rigorosa specialità del giudizio di regolarità affermando che «la portata atipica delle azioni di accertamento e di condanna fuga ogni dubbio in merito alla relativa proponibilità anche in materia elettorale»[92].

Di qui si passa immediatamente all'ammissibilità soggettiva del ricorso presentato dal ricorrente popolare: « Si deve infatti ritenere che l'elettore, legittimato, *ex* art. 130 del codice del processo amministrativo, a dedurre l'illegittimità degli atti del procedimento elettorale, sia a fortiori facultizzato - secondo un' interpretazione costituzionalmente orientata sensibile ai principi di pienezza, effettività e tempestività della tutela giurisdizionale – a contrastare le condotte che illegittimamente impediscono o ritardano lo stesso avvio del procedimento elettorale»[93].

In conclusione, se è necessario offrire una lettura costituzionalmente orientata delle norme del c.p.a. relative alla legittimazione diffusa in materia elettorale, ciò significa che l'*actio* conferita all'elettore corrisponde ad una esigenza costituzionalmente garantita in base agli artt. 24 e 48 Cost., e non ad una scelta discrezionale del legislatore relativa all'individuazione, tra i tanti, di un particolare congegno volto essenzialmente alla tutela dell'interesse pubblico.

Fermo restando che sul legislatore incomberà la responsabilità di modulare la disciplina dell'azione popolare in modo tale da prevenire il rischio di una inflazione dei ricorsi, rischio destinato a divenir più concreto se, una volta semplificata la giustizia elettorale, il vuoto di tutela "partitica" dei diritti di partecipazione dovesse protrarsi *sine die*. Senza eliminare o escludere il ricorso popolare per determinate categorie di atti o di controversie, ciò può essere ottenuto, per esempio, mantenendo l'attuale preclusione della fungibilità del ricorrente popolare in Cassazione: tale preclusione - visto che in materia elettorale il giudizio della Suprema Corte è esteso al merito – rappresenta un evidente temperamento della fungibilità (e della connessa tutela delle ss.gg.ss. dell'attore popolare) operato in nome dell'interesse pubblico alla stabilità e certezza dei risultati elettorali.

[91] Sent. Cons. Stato, sez V, 27 novembre 2012 n. 6002 in *www.giustizia-amministrativa.it*, punti 2.2.1 e 2.2.2., ora in *Foro it* 2013, III, 70 ss. con nota di G. Sigismondi, ivi, 76 ss.

[92] Sent. Cons. Stato, sez V, 27 novembre 2012 n. 6002, cit., punto 2.2.3.

[93] Sent. Cons. Stato, sez V, 27 novembre 2012 n. 6002, cit., punto 2.2.3.

Postilla

A conferma dell'attuale tendenza della giurisprudenza amministrativa a fornire una lettura costituzionalmente orientata delle nuove norme relative alla legittimazione diffusa in materia elettorale, è giunta – nelle more della pubblicazione di questo contributo – la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 8 maggio 2013, n. 2500.

Con questa decisione il Supremo consesso amministrativo ha stabilito che nel contenzioso pre-elettorale i cittadini elettori, pur non potendo attivare il giudizio di primo grado, sono legittimati a proporre appello avverso le sentenze dei TAR. Il Consiglio di Stato ha ritenuto che, trattandosi di pronunce destinate a passare in giudicato prima della proclamazione degli eletti e, quindi, prima della fase aperta al ricorso degli attori popolari, l'unico modo per assicurare «il diritto costituzionalmente garantito degli interessati ad ottenere giustizia» consiste nel ritenerli legittimati a proporre appello: «In tema di contenzioso elettorale, infatti, il giudicato formatosi acquista efficacia *erga omnes*, non essendo compatibile con la natura popolare dell'azione, con il suo carattere fungibile e con le sue funzioni e finalità, che gli effetti della pronuncia rimangano limitati alle sole parti del giudizio».

In tal guisa il Consiglio di Stato ha reintrodotto il ricorso popolare nel contenzioso pre-elettorale e con argomenti atti a sostenere anche la perdurante fungibilità dell'attore popolare nel contenzioso successivo alle elezioni. Inoltre l'interesse a far svolgere la competizione elettorale in un contesto ambientale conforme alla legge – dunque, non lesivo della genuinità del voto - non solo viene riconosciuto ma è considerato come interesse ascrivibile all'attore popolare (oltreché, naturalmente, ai candidati): nella controversia oggetto della citata decisione, infatti, il Consiglio di Stato riconosceva la legittimazione di alcuni elettori ad impugnare una sentenza con cui un TAR aveva riammesso una lista di candidati che era stata esclusa per mancata autentificazione delle firme. Ciò che, in sostanza, equivale a sostenere il carattere immediatamente lesivo degli atti di ammissione.

Il ragionamento in forza del quale l'art. 24 Cost. debba condurre a questa interpretazione dell'art. 129 del c.p.a. presuppone, evidentemente, l'idea della titolarità presso l'attore popolare di situazioni giuridiche soggettive suscettibili di essere incise prima e dopo lo svolgimento delle elezioni.

L'ART. 49 COST. NEL CONTENZIOSO ELETTORALE. TUTELA DEL CONCORSO DI PARTITI E MOVIMENTI POLITICI, NELL'INTERESSE DEGLI ELETTORI

di Dimitri Girotto

Sommario: 1. Un punto di partenza: la difficile ricerca di uno spazio per l'art. 49 Cost. quale parametro di legittimità costituzionale. - 2 Concorso di partiti, "domanda" e "offerta" politica, favor partecipationis. - 3. Concorso di partiti e disciplina della presentazione delle liste di candidati. - 4. Il principio pluralistico nella fase post elettorale.

1. Un punto di partenza: la difficile ricerca di uno spazio per l'art. 49 Cost. quale parametro di legittimità costituzionale

A commento di una pronuncia (di inammissibilità) della Corte costituzionale, avente ad oggetto l'osservanza, da parte dei presentatori delle liste dei candidati alle elezioni politiche, delle disposizioni statutarie interne o legislative riguardanti la presentazione delle candidature e la partecipazione dei partiti politici alle competizioni elettorali, è stato ricordato che l'art. 49 Cost. non è mai stato considerato, ad oggi, quale parametro sufficiente a giustificare una pronuncia di illegittimità costituzionale, rimanendo sotto questo profilo "intatto in tutte le sue potenzialità inespresse"[1].

È innegabile, in effetti, che la norma costituzionale citata abbia avuto ben poco "peso" nelle considerazioni del giudice costituzionale, benché negli ultimi anni si tenda a registrare un utilizzazione crescente di tale norma quale parametro di costituzionalità[2]. Il giudice costituzionale ha sempre rigettato le questioni proposte per asserita violazione della citata norma, quando non le ha dichiarate assorbite o inammissibili (in questa evenienza, quasi sempre in ragione della impossibilità di pronunciare sentenze additive che invadessero la sfera di discrezionalità del legislatore), e le ragioni non sono facilmente compendiabili. In qualche caso, ad esempio, la Corte ha invocato l'inesistenza di una modalità unica di attuazione della garanzia costituzionale, non dichiarando l'illegittimità delle disposizioni scrutinate: come quando,

[1] Così G. Demuro, *Giustiziabilità delle candidature e legge sui partiti*, in *www.forumcostituzionale.it,* 11 marzo 2011. La sentenza commentata è Corte cost., n. 256/2010. Nella nota viene ricordato come l'art. 49 sia stato invocato quale parametro in 35 questioni di legittimità costituzionale giudicate dalla Corte.

[2] Salvo errori, sul totale delle pronunce della Corte nelle quali l'art. 49 Cost. è menzionato tra i parametri invocati (sempre, peraltro, congiuntamente ad altri parametri), ben 12 risalgono agli ultimi otto anni.

ad esempio, è stata rigettata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 156 del TULPS (richiedente l'autorizzazione amministrativa per l'effettuazione di questue o collette), sul presupposto per il quale la lesione dei diritti fondamentali "si verifica solo quando determinati atti o attività siano collegati ai diritti medesimi con un rapporto di strumentalità così stretto che il loro divieto o le restrizioni poste alla loro esplicazione abbiano per effetto la preclusione o un grave pregiudizio alla loro soddisfazione"[3] Oppure quando, in precedenza, è stata esclusa l'illegittimità di una norma che riguarda l'utilizzazione degli spazi per le affissioni in occasione dei comizi elettorali, rilevandosi che "la stessa propaganda può liberamente essere svolta con metodo democratico in numerose altre forme e aspetti altrettanto idonei ai fini della determinazione della politica nazionale"[4].

Riconducibile a tale tipologia, anche se non identica nella *ratio*, è anche la pronuncia che ha rigettato la questione di costituzionalità relativa ad una misura di prevenzione che si concreta nel divieto di partecipazione a pubbliche riunioni o comizi elettorali; misura la quale, rispetto alla libertà di associazione in partiti politici, determina soltanto – a giudizio della Corte - una limitazione di fatto, con ciò dovendosi inevitabilmente dedurre che la libertà in discorso possa estrinsecarsi con ben altri atti e comportamenti[5].

Attribuendo il giusto rilievo all'ordinanza n. 79 del 2006, che non fa derivare dall'art. 49 Cost. la titolarità di attribuzioni costituzionali in capo ai partiti ai fini di una valutazione di ammissibilità di un conflitto di attribuzioni, la più clamorosa svalutazione delle potenzialità applicative dell'art. 49 Cost. si deve, probabilmente, alla nota sentenza n. 429 del 1995, relativa alla disciplina della elezione dei consigli comunali nei comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti: in quella sede, il meccanismo di attribuzione dei seggi, che pone rilievo alle liste collegate ai fini della determinazione delle loro cifre elettorali, è stato ritenuto non contrastante con l'art. 49 cit., e ciò (anche) sulla base del rigetto di una equazione che pretenda di identificare le liste elettorali con i partiti[6]. La pronuncia è di notevole impatto sull'ambito

[3] Corte cost., 27 gennaio 1972, n. 12.

[4] Corte cost., 16 giugno 1965, n. 49.

[5] Corte cost., 21 aprile 1983, n. 126.

[6] A proposito dell'ordinanza n. 79 del 2006, rileva R. Bin, *Rappresentanza e Parlamento. I gruppi parlamentari e i partiti*, in www.forumcostituzionale.it, 6, (poi anche in S. Merlini, *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, Firenze, 2009) che il mancato riconoscimento di attribuzioni costituzionali in favore dei partiti è legato alle scelte del legislatore ordinario (che ha lasciato operare i partiti nella sfera del "lecito") più che a quelle del costituente, che semmai si è limitato ad escludere l'obbligo del riconoscimento di siffatte attribuzioni. V. anche, a commento dell'ordinanza in oggetto, i contributi di S. Curreri, *Non varcate quella soglia! (prime considerazioni sull'ordinanza n. 79 del 2006 della Corte costituzionale circa l'inammissibilità del conflitto di attribuzioni sollevato da un partito politico)*; A. Mannino, *I partiti politici davanti alla Corte costituzionale*; A. Ridolfi, *La Corte costituzionale nega ai partiti politici la possibilità di sollevare conflitti di attribuzione*, tutti in www.giurcost.org

di esplicazione della garanzia costituzionale dei partiti, perché essa tenderebbe a far escludere che le questioni relative alla ripartizione dei seggi tra liste elettorali possano determinare una qualche lesione della posizione, costituzionalmente tutelata, dei partiti. Peraltro, chi intendesse ridimensionare tale conclusione potrebbe far leva non soltanto sulla esclusione di una efficacia vincolante – quale precedente - in capo alla sentenza della Corte, ma soprattutto sulla constatazione che l'argomentazione ivi formulata finisce per provare troppo: non pare necessario, infatti, identificare liste elettorali e partiti per concludere che una disciplina legislativa che concerne le liste possa ledere *anche* le prerogative dei partiti, una volta che si constati, ancor più facilmente, che le liste rappresentano - quantomeno nel sistema delineato dalla legge n. 81 del 1993 e oggi dal d.lgs. n. 267/2000 - *il* mezzo (non *uno* dei mezzi) tramite il quale i partiti possono accedere alla competizione elettorale.

Detto delle preclusioni imposte dalla giurisprudenza costituzionale, merita di essere sottolineata, in contrapposizione a tale tendenza, una implicita apertura contenuta nella già citata sentenza n. 256 del 2010. La Corte, con questa pronuncia, ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli articoli 30 e 33 del d.P.R. n. 570 del 1960 nella parte in cui non consentono il sindacato, da parte dell'Ufficio elettorale centrale, in ordine al rispetto da parte dei presentatori delle liste, delle disposizioni statutarie o di legge relative alla presentazione delle candidature ed alla partecipazione del partito politico ad una competizione elettorale. E' ben chiaro, in questo senso, che le scelte del legislatore in ordine alla tutela degli interessati al rispetto delle disposizioni di legge o di statuto, ed ai criteri per l'assunzione di decisioni che impingono sulla organizzazione interna dei partiti, potrebbero essere le più varie, e come tali vanno rimesse alla discrezionalità del legislatore[7].

Pare, tuttavia, che il giudice costituzionale, nel collegare tali scelte "ad una più ampia valutazione attinente all'attuazione di quanto previsto dall'art. 49 Cost.", implicitamente mostri di ritenere che la problematica in esame necessiti di intervento legislativo; depone in questo senso una precisazione, corredata da un richiamo alla citata sentenza n. 429 del 1995, secondo la quale "tale libertà associativa (*nb la libertà di associazione in partiti politici)* trova, del resto, nel momento elettorale la più genuina e significativa espressione.."[8].

[7] Cfr. punto 8 del *Considerato in diritto*, laddove il giudice costituzionale precisa come non sia ravvisabile, sul punto, "una soluzione costituzionalmente obbligata sia per quanto attiene al tipo di tutela che dovrebbe essere introdotta a favore dei soggetti interessati, sia per quanto concerne i criteri in base ai quali gli uffici elettorali medesimi dovrebbero decidere le relative controversie interne alle organizzazioni di ciascun partito politico – le cui normative, ove esistenti, potrebbero presentare profili del tutto specifici in relazione alle rispettive loro organizzazioni – sia, infine, quanto al relativo procedimento".

[8] Cfr. ancora G. Demuro, *Giustiziabilità delle candidature e legge sui partiti*, cit. Per l'esattezza, nella sentenza n. 429/1995 il momento elettorale, con riferimento alla libertà di associazione in partiti, rappresentava "un efficace strumento di partecipazione al governo della cosa pubblica".

Si tratta di una sottolineatura che quantomeno traduce una particolare sensibilità del giudice costituzionale alla problematica in discorso, e non pare da escludere che tale atteggiamento possa riproporre quella strategia monitoria che lo stesso giudice ha assunto in una pluralità di occasioni, evitando in un primo momento di dichiarare l'illegittimità costituzionale di determinate disposizioni legislative - nella consapevolezza di una loro dubbia compatibilità con la Costituzione, ma nell'auspicio di un sollecito intervento del legislatore - salvo intervenire successivamente con pronunce di accoglimento, proprio in conseguenza dell'inerzia del Parlamento (o della insufficienza delle misure eventualmente approvate).

2. Concorso di partiti, "domanda" e "offerta" politica, favor partecipationis

Le varie declinazioni dell'art. 49 Cost. sono state ampiamente esplorate dalla dottrina, che le ha, di volta in volta, analizzate in chiave problematica, sovente prospettando la necessità di una *interpositio legislatoris*[9]. Qualche traccia di tali riflessioni, o meglio dei problemi che tali riflessioni evocano, si ritrova nelle proposte di legge volte alla attuazione dell'art. 49 Cost., attualmente al vaglio delle Camere, e persino nella legge n. 96 del 2012 recante la nuova disciplina del finanziamento pubblico dei partiti e dei movimenti politici: nella quale si rinviene una disposizione (art. 5) dedicata agli atti costitutivi ed agli statuti, che riguardo a questi ultimi impone una conformazione "a principi democratici nella vita interna, con particolare riguardo alla scelta dei candidati, al rispetto delle minoranze e ai diritti degli iscritti"[10]. La disposizione, a parte ogni considerazione sulla sua problematica, se non inesistente coercibilità, è però sintomatica – nella

[9] Non mancano, in questo senso, ricostruzioni che, rovesciando una impostazione classica, muovono da una ricognizione delle norme primarie vigenti, per qualificare l'art. 49 Cost. come norma di chiusura. Così, ad esempio, E. Bettinelli, *Alla ricerca del diritto dei partiti politici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 1001 ss. Nel quadro di una bibliografia molto vasta, ci si limita a richiamare, per semplicità ed organicità nella trattazione, anzitutto le voci enciclopediche: P. Ridola, *Partiti politici*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, 66 ss,; S. Bartole, *Partiti politici*, in *Dig. Disc. Pubbl.,* X, Torino, 1995, 705 ss.; S. Bartole, *Partiti politici, Dig. Disc. Pubbl., Aggiornamento I,* Torino, 2000, 398 ss.; C. Rossano, *Partiti politici*, in *Enc. Giur.,* XXII, Roma, 1990. Tra i contributi più recenti sui partiti politici v. E. Rossi, *I partiti politici*, Roma-Bari, 2007, con esaustiva guida bibliografica. Tra le opere collettanee, v. certamente *A.A.V.V.*, *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Atti del XIII Convegno annuale dell'associazione italiana dei costituzionalisti (Alessandria, 17-18 ottobre 2008), Napoli, 2009.

[10] Sulla legge n. 96 del 2012 cfr. tra i primi commenti ad essa dedicati (naturalmente con precipuo riferimento al tema del finanziamento dei partiti, che forma oggetto specifico della legge) F. Biondi, *Il finanziamento pubblico dei partiti politici*, Milano, 2012. Più dettagliata, quanto al contenuto che gli statuti di cui i partiti dovrebbero dotarsi al fine di accedere alle forme di contribuzione (volontaria e indiretta), è la previsione dell'art. 3 del ddl presentato dal Governo Letta il 5 giugno 2013 alla Camera dei Deputati (atto Camera n. 1154).

enunciazione delle tematiche, piuttosto ovvie e sovente ribadite dalla dottrina, in relazione alle quali dovrebbero essere tutelati i principi democratici nella vita endo-partitica - di quelle limitate possibilità di applicazione diretta della norma costituzionale che già Crisafulli aveva posto in evidenza[11].

Dove la norma costituzionale sembra dischiudere margini di implementazione immediata è nell'ambito del contenzioso elettorale: qui, in occasione di consultazioni elettorali più o meno recenti, la giurisprudenza amministrativa ha avuto occasione di invocare il principio del pluralismo partitico quale fondamento della necessità di assicurare la più ampia partecipazione delle forze politiche alle elezioni. Si ritrova traccia di questo ragionamento, ad esempio, in una pronuncia del T.A.R. Lombardia, nella quale si riconosce che "l'art. 48 della Costituzione, nella parte in cui garantisce la libertà e l'uguaglianza del voto, dev'essere letto in stretto connubio con l'art. 49 secondo il quale tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale. Infatti in primo luogo l'art. 49 è collocato sotto il titolo I della Costituzionale dedicato ai diritti fondamentali dei cittadini ed attribuisce direttamente ai cittadini il diritto di concorrere, attraverso i partiti, a determinare la politica nazionale, ed in secondo luogo *il voto può effettivamente ritenersi libero solo nel caso in cui il sistema politico garantisca un'effettiva concorrenza di più partiti alle elezioni e nello svolgimento dell'attività politica*. Questo collegamento tra il diritto individuale previsto dall'art. 48 della Costituzione e quello collettivo previsto dall'art. 49 è confermato dal fatto che la presentazione delle candidature costituisce la prima operazione che il corpo elettorale è chiamato a svolgere al fine di rendere possibile lo svolgimento delle elezioni"[12].

Le espressioni che si è scelto di riportare in corsivo – che pure non hanno consentito al giudice amministrativo di accogliere il ricorso, come poi si dirà - non rappresentano, in sé, un *quid novi*, soprattutto se valutate tenendo conto dell'insegnamento della Corte europea dei diritti dell'uomo nella applicazione dell'art. 3, Protocollo 1 della CEDU, relativamente alla necessità che le consultazioni elettorali siano *competitive and pluralistic*[13]. E' meno

[11] Così V. Crisafulli, *I partiti nella Costituzione*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, III, Firenze, 1969, 105 ss. Sulla genericità della formulazione della norma che disciplina i contenuti degli statuti, cfr. F. Biondi, *Il finanziamento pubblico*, cit., 126.

[12] Tar Lombardia, Milano, sez. IV 18/10/2010 n. 6984.

[13] La giurisprudenza di riferimento è richiamata da M. Starita, *Art. 3, Prot. 1*, in, (a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, Cedam, 2012, 839. Per vero, il profilo in esame viene normalmente considerato dalla Corte EDU in riferimento ai sistemi elettorali, specialmente se connotati dalla presenza di soglie di sbarramento, piuttosto che in termini generali di ampliamento dell'offerta politica. Ma a tale riguardo soccorrono, comunque, le linee guida elaborate dalle organizzazioni internazionali, OSCE in particolare: cfr., ad esempio, *Election Observation Handbook*, VI. ed., p. 57 (reperibile al sito www.osce.org), laddove si sottolinea che la registrazione dei candidati e delle liste di partito rappresenta un momento fondamentale del procedimento elettorale, ed "ha un impatto diretto sulla natura pluralistica e competitiva e sulla qualità di tale procedimento".

consueto, però, trovare riferimenti di questo tipo nella nostra giurisprudenza: non solo per l'innegabile circostanza secondo la quale, nel nostro sistema costituzionale, gli standard di democraticità delle elezioni sono più favorevoli rispetto (almeno) a molti tra i paesi che hanno suscitato l'attenzione della Corte EDU; ma anche in ragione della disciplina costituzionale di riferimento, e in particolare della formulazione di una norma che riconosce ai partiti il diritto di concorrere alla determinazione della politica nazionale, ponendo in prima evidenza la garanzia della partecipazione dei partiti (e, nel loro ambito, dei cittadini interessati), piuttosto che il diritto degli elettori di scegliere tra un'offerta politica sufficientemente variegata e rappresentativa. In termini forse più precisi, e guardando alla attenzione che dottrina e giurisprudenza hanno dedicato all'art. 49, il primo profilo (la partecipazione dei partiti) è stato esplorato seguendo la direttrice della eguaglianza di *chances* tra le varie forze politiche: il concorso dei partiti, che ha da svolgersi "con metodo democratico", obbliga il legislatore a predisporre discipline non discriminatorie fra i partiti (a parte ogni considerazione sul divieto di riorganizzazione del partito fascista); i partiti dovrebbero avere accesso ai mezzi pubblici di telecomunicazione in condizioni di sostanziale eguaglianza; i partiti debbono godere di identiche possibilità di finanziamento; e così via[14].

Minore, a sommesso avviso di chi scrive, è stata l'attenzione al collegamento tra art. 49 e art. 48 nella prospettiva del pluralismo partitico quale elemento di garanzia dell'offerta elettorale e del diritto di scelta degli elettori. Pur ricordando che non esiste necessaria corrispondenza tra i candidati o le liste di candidati che partecipano alle consultazioni elettorali ed i partiti politici – sia perché tale corrispondenza non è imposta dalla Costituzione, sia perché essa non trova realizzazione nella prassi – pare possibile attribuire una valenza generale all'art. 49 Cost., per concludere che da tale disposizione, in uno con l'art. 48 Cost., origini quella necessaria corrispondenza "in senso pluralistico" tra domanda e offerta politica che si esprime nel diritto dell'elettore alla scelta fra una pluralità di *competitors*, e nel corrispondente diritto dei partiti partecipare alla competizione[15].

Si potrebbe osservare, a questo punto, che in fin dei conti il diritto di partecipazione dei partiti e il diritto di scelta degli elettori rappresentano due facce della stessa medaglia, e insieme "si tengono" in quanto uniti da un

[14] Profili riassunti, ad esempio, da G. Rizzoni, *Art. 49*, in (a cura di R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 988 ss. Il metodo del "concorso", come osserva E. Rossi, *I partiti politici*, cit., 14, "non postula soltanto il *diritto all'esistenza* dei partiti, ma richiede altresì la garanzia per gli stessi di poter partecipare – in condizioni di eguaglianza (che non esclude ma anzi presuppone un diverso ruolo in funzione del consenso elettorale ricevuto) – alla vita politica del paese ...".

[15] Riferimenti alla concorrenza tra partiti, sotto il profilo dell'importanza della presentazione di alternative elettorali, si leggono in G. Pasquino, *Art. 49*, in (a cura di G. Branca, A. Pizzorusso), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Roma, 1992, 18.

rapporto di reciproca presupposizione, soprattutto qualora si attribuisca il dovuto rilievo alla funzione "strumentale" dei partiti nei confronti dei cittadini[16]. Da tale premessa, tuttavia, non dovrebbe discendere la conclusione per la quale il pluralismo partitico, se guardato da lato della "domanda" degli elettori, poco o nulla aggiunga rispetto ad una impostazione più tradizionale; quasi che, ai fini della applicazione del disposto costituzionale, sia indifferente appurare se una data disposizione legislativa garantisca il diritto di scelta dell'elettore o il diritto di partecipazione dei partiti, o entrambi i diritti.

Anzitutto, che il diritto dell'elettore si configuri quale irrinunciabile presupposto rispetto al diritto di partecipazione alle elezioni non necessita di particolare dimostrazione: in tanto vi è il diritto a concorrere alle cariche pubbliche, in quanto vi sia una preliminare volontà di una comunità organizzata di demandare decisioni fondamentali a propri rappresentanti, scelti mediante elezione[17]. La preminenza logica dell'interesse degli elettori trova espressione anche in quella disciplina sulla sottoscrizione delle liste dei candidati, sulla quale ci si intratterrà in modo più approfondito nelle pagine seguenti[18]. Se è lecito individuare un fondamento di tale disciplina, che indubbiamente determina aggravi ed impedimenti a danno dei potenziali partecipanti alle elezioni (numero minimo e massimo di sottoscrizioni, autenticazione, presentazione...), tale fondamento va rinvenuto nella necessità di non inflazionare l'offerta politica al punto da indurre l'elettore in confusione, pregiudicando la libertà del voto di cui all'art. 48 Cost.; il che accadrebbe qualora non fosse previsto alcun requisito o adempimento volto a dimostrare, indirettamente, che la candidatura presentata appaia *prima facie* rappresentativa di una porzione anche minima del corpo elettorale[19]. Ma se tali requisiti o adempimenti sono da ritenersi leciti – e non è scontato che lo siano sempre, come si vedrà meglio – ciò dimostra che non è ammissibile una protezione assoluta di un diritto alla candidatura senza impedimenti e condizioni, a scapito della libertà dell'elettore, anche nelle ipotesi in cui non ricorra alcuna circostanza ostativa di carattere soggettivo (ineleggibilità o incandidabilità): e da ciò si trae conferma che, in un ipotetico insanabile con-

[16] Sulla funzione di "strumento" attribuita ai partiti, quale "tratto di unione tra il popolo e gli investiti del potere", v. per tutti, C. ESPOSITO, *I partiti nella Costituzione italiana*, in ID. *La costituzione italiana*, Padova, 1954, 226 ss.

[17] A parte l'ovvia constatazione della prioritaria enunciazione, nel testo della nostra Costituzione, del diritto di voto (art. 48 Cost.) rispetto al diritto a concorrere alle cariche elettive (art. 51 Cost.), non a caso l'art. 3, Primo protocollo CEDU, che sancisce il diritto ad elezioni libere, e che pure vale certamente a tutelare anche l'elettorato passivo, impegna le parti contraenti ad assicurare, tramite elezioni, "la libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo".

[18] V. *infra* par. 3.

[19] Come ha avuto occasione di affermare la Corte costituzionale nella sentenza n. 83 del 1992, di cui si tratterà in seguito.

flitto tra diritto dell'elettore e diritto di partecipazione alle elezioni, sarebbe quest'ultimo a dover soccombere.

Anche lasciando in disparte questa considerazione di carattere generale, occorre pur sempre ricordare che, come declinato dal legislatore e soprattutto dalla giurisprudenza, il diritto di partecipazione viene considerato nella prospettiva della eguaglianza di *chances* tra candidati (singoli) o forze politiche (liste); una prospettiva del tutto legittima e necessaria, ma una chiave di lettura che pone in secondo piano la garanzia dell'offerta elettorale, in rapporto alla domanda dell'elettore. Si tratta, inoltre, di una opzione interpretativa non priva di implicazioni; allorquando, in sede di verifica del rispetto di determinate previsioni legislative che impongono restrizioni o adempimenti a candidati e/o partiti, si tende a valutare la controversia nell'ottica della prevalenza dell'eguaglianza tra i partecipanti, che si assume essere meglio garantita da regole chiare, e soprattutto non suscettibili di interpretazione estensiva. Il rispetto delle regole, così ragionando, rischierebbe di essere funzionalizzato alla esclusiva tutela della eguaglianza tra i partecipanti, e dunque – nell'ambito del contenzioso - a tutela di chi ha osservato pedissequamente la regola, precludendo però ogni possibilità di interpretazione *in bonam partem* della disciplina di riferimento. Il rischio, come detto, è di lasciare in ombra il vero interesse protetto, che è il diritto di scelta spettante all'elettore, e che trova la sua corrispondenza nel pluralismo partitico; un diritto sul quale rischia di fare premio l'interesse del singolo candidato o partito a competere con il minor numero di avversari, grazie alla esclusione di alcuni di questi[20].

Pare ipotizzabile, in questo senso, un parallelo con le procedure selettive che la pubblica amministrazione attua per l'accesso ai pubblici uffici, o per la scelta dei contraenti nella procedure ad evidenza pubblica: presupponendo il possesso di determinati requisiti, ciascun concorrente ha diritto di partecipare al concorso o alla gara pubblica, e ha diritto di farlo in condizioni di eguaglianza con gli avversari; nessuno dubita, però, che la disciplina dei concorsi pubblici o delle gare pubbliche sia volta a tutelare l'amministrazione pubblica, prima ancora che i partecipanti[21]. Lo si constata nella interpretazione delle clausole di esclusione dei bandi di concorso o di gara: l'interpretazione è ispirata al *favor partecipationis*, nella consapevolezza che più ampia è la partecipazione, maggiore è la possibilità, per l'ente che ha bandito il concorso o la gara, di acquisire un candidato con maggiore professionalità

[20] Esclusione che, in talune circostanze, dovrebbe fondarsi su irregolarità davvero marginali; irregolarità che la giurisprudenza amministrativa ritiene superabili anche in ragione di un *favor partecipationis* che, come ci si appresta ad osservare, tutela prima di tutto l'interesse degli elettori (per una applicazione del *favor partecipationis* in una vicenda peraltro contraddistinta da un mero errore materiale nella autenticazione di una sottoscrizione, v., ad esempio, Tar Abruzzo, L'Aquila, 11 aprile 2012, n. 243).

[21] Con riguardo ai concorsi pubblici, v. Ad esempio, in questi termini, Tar Campania, Napoli, sez. V, 1 dicembre 2011, n. 5629

o un'offerta migliore[22] Se l'interesse primario tutelato dalla disciplina fosse l'uguaglianza tra i concorrenti, il *favor partecipationis* non sarebbe di per sé giustificato, potendosi interpretare la norma come essa è stata interpretata ed applicata dalla generalità dei concorrenti, senza riguardo per chi si trova in una situazione di controversa ammissibilità alla gara o al concorso; o quantomeno non disponendo l'interprete di un elemento giustificativo in favore dell'una o dell'altra opzione interpretativa.

Trasferendo queste considerazioni, nei limiti del possibile, all'ambito della partecipazione alle elezioni, il *favor partecipationis* che la giurisprudenza ha più volte applicato nel giudizio sulla ammissibilità delle liste elettorali vale a tutelare l'offerta politica, in funzione della "domanda" degli elettori.

Lasciando per un momento il versante della controversia giurisdizionale, e pensando alla fase prodromica della elaborazione delle regole – benché, nel caso specifico, resa necessaria proprio dall'insorgere di una pluralità di contenziosi – il ragionamento che si è proposto consente di considerare con atteggiamento condiscendente la posizione espressa dal Presidente della Repubblica in occasione della emanazione del decreto legge c.d. "salva-liste"; allorquando, in via informale, egli ha precisato che "il problema da risolvere era, da qualche giorno, quello di garantire che si andasse dovunque alle elezioni regionali con la piena partecipazione dei diversi schieramenti politici. Non era sostenibile che potessero non parteciparvi nella più grande regione italiana il candidato presidente e la lista del maggior partito politico di governo, per gli errori nella presentazione della lista contestati dall'ufficio competente costituito presso la corte d'appello di Milano. Erano in gioco due interessi o "beni" entrambi meritevoli di tutela: il rispetto delle norme e delle procedure previste dalla legge e *il diritto dei cittadini di scegliere col voto tra programmi e schieramenti alternativi.* Non si può negare che si tratti di "beni" egualmente preziosi nel nostro Stato di diritto e democratico"[23].

Nella sua sintesi estrema, la precisazione del Capo dello Stato sottende l'intenzione di considerare il contenuto del decreto legge come un bi-

[22] L'assunto è tanto ovvio quanto ricorrente in giurisprudenza. Cfr., solo per citare massime recenti in tema di gare pubbliche, Cons. Stato, sez. V, 13 aprile 2012, n. 2114., TAR Campania, sez. V, 9 febbraio 2012, n. 700, TAR Trentino Alto Adige, sez. I, 16 dicembre 2011, n. 317. Cfr. anche deliberazione AVCP n.138 del 9.5.2007.

[23] Il passaggio è tratto da una lettera, pubblicata sul sito web del Quirinale, con la quale il Presidente della Repubblica ha risposto alle sollecitazioni provenienti da due elettori, appartenenti evidentemente a schieramenti politici contrapposti, i quali rispettivamente ponevano in evidenza i due nodi cruciali della vicenda: rispetto delle regole, da un lato, penalizzazione degli elettori impossibilitati a votare per il partito o movimento escluso, d'altro lato. Sui possibili profili di illegittimità del decreto legge n. 29/2010, si rinvia ai contributi degli autori (Anzon, Calamo Specchia, Carli, Ceccanti, Celotto, Cerri, Chessa, D'Andrea, De Vergottini, Ferrara, Fusaro, Mangiameli, Mattarella, Onida, Pace, Pizzorusso, Prisco, Rescigno, Roccella, Staiano, Vigneri, Villone) intervenuti nel Forum di Astrid; contributi reperibili al sito www.astrid-online.it.

lanciamento (accettabile, ad avviso del Presidente) tra i due interessi sopra richiamati, nella misura in cui le norme del decreto possano favorire non uno stravolgimento della disciplina vigente al momento della presentazione delle liste (il che determinerebbe, per la sua ipotizzata applicazione alla tornata elettorale allora in corso di svolgimento, una violazione piuttosto plateale dell'art. 3 Cost., e cioè una situazione che parte della dottrina ha ritenuto essersi verificata proprio in conseguenza della emanazione del decreto), bensì una sua interpretazione orientata verso il *favor partecipationis*[24].

Come sopra, verrebbe da obiettare a questa ricostruzione che il "rispetto delle norme" non si impone quale valore astratto, ma in quanto presidio dei diritti degli interessati; ma in questo caso, pur essendo evidente l'interesse dei cittadini-candidati a che, nei confronti dei candidati esclusi, prevalesse una interpretazione rigorosa della disciplina di riferimento, tale pretesa è stata ritenuta recessiva rispetto all'interesse all'ampliamento dell'offerta elettorale, a vantaggio dei cittadini-elettori.

Il congiunto operare del principio che tutela la libertà del voto con il principio che favorisce il concorso dei partiti alla determinazione della politica nazionale sembra così dischiudere spazi di protezione costituzionale che, applicati disgiuntamente, i citati principi faticherebbero a configurare. Quanto all'art. 48, esso certamente esige la presenza di più liste e candidati in ogni competizione elettorale, e dunque tenderebbe a corrispondere alla esigenza di *pluralistic elections* imposta dalle norme internazionali; al limite, però, anche un numero estremamente circoscritto di *competitors* soddisferebbe l'esigenza tutelata dalla norma. L'art. 49, in questo senso, si aggiunge al minimo imposto dall'art. 48, imprimendo al sistema una direzione "pro-concorrenziale", e fungendo così da ausilio interpretativo nei casi incerti, ovvero nelle situazioni in riferimento alle quali la disciplina di settore si presterebbe ad una lettura più o meno inclusiva (come nel caso della presentazione delle liste dei candidati).

3. Concorso di partiti e disciplina della presentazione delle liste di candidati

Il tema da ultimo citato è giunto - nei suoi profili sostanziali - almeno una volta all'attenzione della Corte costituzionale (che altre volte si è occupata, invece, dei risvolti penali della disciplina della sottoscrizione delle liste), come tra breve si ricorderà, ma si trova oggi al centro del dibattito sulla legislazione elettorale, non solo per le circostanze relative alle elezioni regionali del 2010, di cui si è fatto cenno, ma anche in relazione ad alcuni interventi

[24] Ricorda l'episodio, nel quale il Capo dello Stato ha effettuato "un bilanciamento fra principi chiaramente orientato alla salvaguardia del pieno funzionamento delle istituzioni elettive", S. BARTOLE, *La Costituzione è di tutti*, Bologna, 2012, 176-177.

del legislatore statale e regionale (in attuazione della potestà riconosciuta ex art. 122 Cost.), che tendono sempre più frequentemente (ormai, anzi, si può sostenere che l'evoluzione normativa sia compiuta) ad introdurre previsioni che esentano determinate forze politiche dall'onere di presentare liste di candidati munite della sottoscrizione di un certo numero di elettori[25].

La finalità della imposizione dell'obbligo di presentare liste munite di sottoscrizioni è stata chiaramente inquadrata dal giudice costituzionale nella sentenza n. 83 del 1992: in quel momento storico, la Corte poteva richiamare l'esistenza, nel nostro ordinamento, di "un principio generalizzato che in ogni tipo di elezione diretta le candidature debbano essere munite di una sorta di dimostrazione di seria consistenza e di un minimo di consenso attestata dalla sottoscrizione di un determinato numero di elettori"[26]. Tale principio non sarebbe stato contraddetto, ma anzi ribadito (secondo la Corte), dalle innovazioni introdotte successivamente dal legislatore, che escludeva l'obbligo della sottoscrizioni per la presentazione di liste o candidature con contrassegni tradizionalmente usati da partiti o gruppi politici che abbiano avuto eletto un proprio rappresentante in Parlamento o siano costituiti in gruppo parlamentare.

Nella prospettazione del giudice costituzionale, l'acquisita rappresentanza parlamentare concreta quel minimo di consistenza che il legislatore richiede al fine di tutelare la libertà del voto; quella libertà che, per inciso, è protetta anche grazie alla previsione di un numero massimo di sottoscrizioni, sì da impedire indebite influenze sul corpo elettorale mediante la presentazione di liste munite di un numero elevato di sottoscrizioni[27].

[25] Talvolta il legislatore, pur senza escludere l'onere di cui si discute, introduce misure agevolative, ad esempio limitando il numero delle sottoscrizioni necessarie; il che è accaduto, ad esempio, con il recentissimo d.l. n. 223 del 2012, in occasione delle elezioni politiche 2013: nel quale (art. 1, comma 1, lett. a) si prevede un dimezzamento delle sottoscrizioni, a favore di tutti partiti o movimenti politici senza differenza di rappresentatività, rispetto alla disciplina generale in vigore, configurando la previsione come "eccezionale" (…"limitatamente alle elezioni politiche del 2013"). Restano applicabili, in quanto non derogate, le disposizioni che dispongono l'esonero per i partiti o gruppi politici costituiti in gruppo parlamentare in entrambe le Camere all'inizio delle legislatura; per i partiti o gruppi collegati in coalizione con almeno due tra i soggetti appena menzionati, ove abbiano ottenuto almeno un seggio alle ultime elezioni del Parlamento europeo; partiti o gruppo politici rappresentativi di minoranze linguistiche, che abbiano ottenuto almeno un seggio alle ultime elezioni politiche.

[26] A commento della sentenza v. M. Lopresti, *Eccesso di sottoscrizioni e garanzia della libertà di voto (affermazioni di principio ed esigenze del caso concreto)*, in *Giur. it.*, 1992, I, 2067 ss..

[27] Proprio la previsione di un numero massimo di sottoscrizioni rappresentava l'oggetto della questione di legittimità costituzionale esaminata dalla Corte nella sentenza citata. V. ancora M. Lopresti, *Eccesso di sottoscrizioni*, cit., 2070, ove giustamente si sottolinea come "la Corte abbia insistito sulla ragionevolezza della norma proprio dal punto di vista della tutela della libertà degli aventi diritto al voto, che costituiscono il «lato della domanda» della propaganda elettorale, piuttosto che da quello dei diritti dei partecipanti attivi, che corrispondono al «lato dell'offerta».

Come rilevato, allo stato attuale le clausole di esonero dalla sottoscrizione delle liste si sono moltiplicate, essendo previste sia nella legge per l'elezione della Camera dei deputati; sia dalla legge per le elezioni del parlamento europeo; sia da alcune leggi elettorali regionali[28]. Non mancano, invero, i tentativi di censurare tali previsioni sotto il profilo della violazione del principio di eguaglianza tra i candidati, e in tali circostanze l'art. 49 Cost. viene invocato a sostegno di tali censure, sotto il profilo della eguaglianza tra i partiti nel concorso alla determinazione della politica nazionale. Correttamente, almeno in linea generale, tali censure vengono respinte, osservando che, se l'obbligo di presentazione delle firme a corredo delle liste di candidati è volto a garantire che la sottoscrizione corrisponda alla volontà di una frazione, sia pure minima, di elettorato, tale esigenza non ha ragion d'essere quando la predetta volontà sia già stata "verificata ed espressa attraverso precedenti manifestazioni da parte della popolazione"[29].

Secondo l'interpretazione degli articoli 48 e 49 Cost. che in precedenza si è proposta, l'assunto ribadito dalla giurisprudenza trova una *ratio* abbastanza solida: non vi è ragione, invero, di appesantire gli adempimenti a carico delle forze politiche partecipanti alle competizioni elettorali, quando le stesse abbiano già dimostrato quel *minimum* di rappresentatività che consente di ritenere che la loro partecipazione non sia preordinata ad ingenerare confusione negli elettori, compromettendo la libertà del voto[30].

[28] Tra le quali si può citare, ad esempio, la legge della Regione Veneto 16 gennaio 2012, n. 5, il cui art. 14, comma 4, esonera dalla raccolta delle sottoscrizioni le liste dei candidati espressione dei gruppi consiliari presenti in Consiglio regionale, nonché, con una previsione analoga a quella inclusa nella legge regionale piemontese di cui a breve si dirà "le liste dei candidati che abbiano ottenuto una dichiarazione di collegamento con gruppi consiliari già presenti in Consiglio regionale al momento della convocazione dei comizi elettorali".

[29] Tar Lazio, sez. II, 22.6.2005, n. 5199. Si può altresì segnalare un caso, parimenti interessante, di disapplicazione di una norma contenuta nello statuto comunale di Torino, dedicata alle elezioni circoscrizionali, e recante la previsione dell'obbligo di corredare le liste dei candidati alle elezioni dei consigli circoscrizionali con almeno cinque sottoscrizioni di elettori della circoscrizione interessata, quando le liste si presentano anche alle elezioni per il Consiglio comunale. Il Tar Piemonte, sez. II, con sentenza n. 438 del 27 aprile 2011 ha ritenuto che la norma statutaria, "nel prescrivere un adempimento del tutto fine a sé stesso, ... pone un irragionevole sbarramento a quelle liste che, per altre vie, siano già state in grado di dimostrare un sufficiente radicamento sul territorio, come nel caso - rilevante nella presente fattispecie - in cui la lista abbia già ottenuto il numero di sottoscrizioni richiesto per la presentazione alle elezioni del Consiglio comunale".

[30] Le misure idonee a facilitare l'accesso delle forze politiche alle competizioni elettorali sono dunque da ritenersi legittime ed auspicabili nei limiti della loro ragionevolezza, e del rispetto dei valori primari oggetto di tutela, vale a dire la libertà di voto e il diritto di scegliere tra una pluralità di *competitors*. Si può così condividere, ad esempio, la pronuncia del Tar Lombardia citata nelle prime pagine di questo contributo, che ha respinto una eccezione di illegittimità costituzionale di una disposizione che estende ai consiglieri comunali la possibilità di autenticare le sottoscrizioni apposte a corredo delle liste di candidati. La censura prospettava una discriminazione tra partiti e movimenti politici, nella misura in cui la possibi-

Ciò detto, l'applicazione dell'art. 49 Cost. in senso pro-concorrenziale potrebbe condurre l'interprete a conclusioni persino più radicali, e opposte a quelle rigettata dalla citata giurisprudenza: in altri termini, non si dovrebbe dubitare, in linea di principio, della legittimità costituzionale delle previsioni legislative che attenuano o eliminano l'obbligo della presentazione di liste di candidati munite di un certo numero di sottoscrizioni, ma piuttosto di quelle discipline che tale previsione non contemplino[31]. Tale, anzitutto, è il caso della legge n. 108 del 1968, applicabile alle regioni che ancora non abbiano provveduto a dotarsi di una legge per le elezioni del Consiglio regionale, e alle regioni che, pur avendo legiferato, ne abbiano fatto esplicito richiamo[32]. Tale, altresì, è il caso della legge n. 120 del 1999, disciplinante la sottoscrizione dei gruppi di candidati e delle liste per le elezioni degli organi degli enti locali.

Si può certamente discutere sulla portata delle clausole di esonero (se siano da connettere alla presenza di rappresentanti in Parlamento, o in assemblee rappresentative territoriali o locali, o se la presenza di rappresentanti in Parlamento possa costituire ragione di esonero anche ai fini della presenta-

lità di autenticazione delle sottoscrizioni da parte dei consiglieri comunali avrebbe favorito i partiti già rappresentati. Il Tar ha rigettato le doglianze proposte, non rinvenendo nella misura introdotta dal legislatore alcun elemento discriminatorio, ed argomentando anche in base al dovere dei consiglieri comunali, che abbiano manifestato la loro disponibilità a procedere alla autenticazione delle liste indipendentemente dal loro specifico interesse alla presentazione delle medesime.

[31] Sulla possibile applicazione dell'art. 49 Cost. quando vengano in rilievo "la partecipazione politica e il concorso dei cittadini nella procedure elettorali" si ritrova qualche spunto in dottrina, ma non nella direzione qui prospettata. Cfr. R. Balduzzi, *Corte, partiti politici*, *art. 49*, in (a cura di) R.Bin-C. Pinelli, *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale,* Torino, 1996, 35-37. L'autore (*sub* nota 57*)*, soffermandosi proprio sulla sentenza della Corte costituzionale n. 83/1992, ipotizza un esito diverso qualora la questione di legittimità fosse stata sollevata in riferimento all'art. 49 Cost., nella parte in cui la norma censurata, imponendo un numero massimo di sottoscrizioni, avrebbe implicato un coinvolgimento più marcato degli elettori nella fase di selezione delle candidature, sì da indurre un'applicazione analogica con la partecipazione dei cittadini associati in partiti. Di guisa che, par di comprendere, la previsione di un numero massimo di sottoscrizioni urterebbe contro la libertà dei cittadini di appoggiare liberamente le candidature, apponendo la loro sottoscrizione alle liste.

[32] Per il momento, sia consentita questa semplificazione in ordine alla applicabilità della legge n. 108 cit., pur essendo consapevoli che proprio tale questione ha formato oggetto di problematica indagine a cura della dottrina che, con varie sfumature, ha preso posizione sulla ammissibilità del c.d. decreto salva-liste, su cui cfr. sub nota 23, e sulla sua applicabilità ad alcune Regioni in particolare. Sul riparto di competenze tra legislatore statale e legislatore regionale ex art. 122 Cost., non senza trascurare la previsione di cui all'art. 123 Cost. sulla disciplina delle forma di governo regionale, v., tra gli altri, M. Carli-C. Fusaro, *Elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e autonomia statutaria delle Regioni,* in (a cura di) G. Branca-A. Pizzorusso, *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2002; G. Tarli Barbieri, *Il complesso mosaico delle fonti in materia di sistema di elezione del Presidente e dei consiglieri regionali*, in P. Caretti (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2005*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 130 ss.; M. Cosulich, *Il sistema elettorale del consiglio regionale tra fonti statali e fonti regionali*, Padova, 2008.

zione delle liste in elezioni regionali o locali), e neppure è da escludere - come proprio tra breve si vedrà - che il legislatore possa eccedere nella redazione di tali clausole, collegandole a presupposti di fatto totalmente irragionevoli, o comunque per nulla rispondenti alla *ratio* della "già comprovata rappresentatività". In aggiunta, è da ricordare che una determinata configurazione di tali clausole produce impatti non trascurabili sulla conformazione del sistema partitico, potendo ad esempio favorire – come è stato opportunamente ricordato - i partiti di largo insediamento nazionale[33].

Con queste cautele, pare ancora possibile affermare che la totale assenza di clausole di esonero si ponga in contrasto con gli articoli 48 e 49 Cost., introducendo un aggravio a carico dei partiti politici già dotati di riconosciuta rappresentatività, senza che tale aggravio sia giustificato dalla tutela della consapevolezza dell'elettore e quindi della libertà del voto. Su queste basi, una lista non ammessa ad una consultazione elettorale in ragione della mancanza o della insufficienza, o dell'eccesso di sottoscrizioni a corredo delle liste, potrebbe contestare la decisione di non ammissione prospettando una questione di illegittimità costituzionale della normativa di riferimento, aprendo alla possibilità di una pronuncia (necessariamente additiva, e necessariamente di principio) con la quale la Corte costituzionale – senza smentire il precedente del 1992, nel quale già si contemplava l'esistenza di previsioni derogatorie - potrebbe censurare l'assenza di disposizioni di esonero, rimettendo al legislatore l'individuazione dei criteri di accertamento dei requisiti per fruire della deroga dall'obbligo di raccolta delle sottoscrizioni[34].

Data ipoteticamente per accettabile la tesi della necessità della presenza di clausole di esonero nelle disposizioni legislative che regolano la presentazione delle candidature per le elezioni, verrebbe da chiedersi quali rimedi si possano delineare nel caso in cui tali clausole, ove presenti, ma tendano a configurare il beneficio dell'esonero prescindendo da un effettivo collegamento con la rappresentatività del soggetto che intende fruirne.

Il caso non è da considerarsi "di scuola". Sono condivisibili, ad esempio, le critiche rivolte nei confronti della disposizione di un decreto legge approvato nel 2008 (e convertito con modifiche, se possibile peggiorative), la quale, derogando rispetto alla disciplina contenuta nelle leggi per la elezione della Camera dei deputati e del Senato, ha disposto l'esonero dalla presentazione di sottoscrizioni "per le liste rappresentative di partiti o gruppi politici presenti nel Parlamento con almeno due componenti, ovvero presenti con due componenti al Parlamento europeo alla data di entrata in vigore del presente

[33] Così S. Bartole, *Partiti politici*, cit., 716.

[34] Quanto sopra non vale ad escludere – per sgombrare il campo da ogni equivoco in riferimento alle nota vicende delle sottoscrizioni di cui è sospettata la falsità, presentate in occasione delle elezioni regionali del 2010 - l'applicabilità delle norme che puniscono illeciti di carattere penale, applicabili in caso di falsità delle sottoscrizioni o della loro autenticazione.

decreto", precisando che "tale rappresentatività è attestata, al momento della presentazione delle liste, dalle dichiarazioni dei presidenti o segretari nazionali dei suddetti partiti o gruppi politici ovvero dei legali rappresentanti dei medesimi"[35]. Anche muovendo da una impostazione che ponga in secondo piano il rischio della frammentazione politica rispetto alle virtù del pluralismo politico, è innegabile che la rappresentatività di tali liste, vista dalla parte degli elettori, sia revocabile in dubbio: la norma è chiaramente preordinata alla salvaguardia di micro-frazioni di partiti o gruppi, - formatisi in corso di legislatura, non a caso svincolati anche dall'obbligo dalla adozione di un contrassegno già noto (perché, evidentemente, si tratta di assolute novità sul piano politico) - e presenta marcati profili di irragionevolezza, non essendovi alcun motivo per una diversa considerazione per queste nuove entità rispetto, solo per fare l'esempio più eclatante, alle liste che fossero state presentate alle precedenti elezioni e che non avessero conseguito alcun seggio[36]. Pensare che due parlamentari, sol perché eletti – nell'ambito, si badi, di una determinata compagine politica, con un determinato programma sottoposto al vaglio degli elettori; in un sistema che, per giunta non ammette le preferenze individuali – possano dare vita ad una realtà politica nuova, pretendendo che la stessa sia considerata a priori come rappresentativa di una data frazione del corpo elettorale, appare, nella più benevola delle considerazioni, piuttosto illusorio.

Il problema si è presentato, ancora una volta, in occasione delle elezioni regionali del 2010, oramai sintomatiche di una rinnovata, o quantomeno accresciuta conflittualità pre e post elettorale tra le forze politiche. Il TAR Piemonte si è trovato a giudicare sulla impugnazione del verbale di proclamazione degli eletti, e sul presupposto della asseritamente illegittima ammissione di alcune liste di candidati[37]. Una tra queste liste era stata presentata senza il corredo di sottoscrizioni a sostegno, utilizzando una disposizione contenuta nella legge regionale n. 21 del 2009, che consente alcune deroghe all'obbligo delle sottoscrizioni, identificando tre diverse situazioni le-

[35] Critiche espresse da C. FUSARO, *Presentazione delle liste ed esenzione dalla raccolta firme. Una buffonata di cui vergognarsi*, in *forumcostituzionale.it*, 18 febbraio 2008; ID., *Post scriptum,* in *forumcostituzionale.it,* 21 febbraio 2008.

[36] L'episodio ha rischiato di ripetersi, anche se con gravità minore, in occasione della conversione in legge del d.l. n. 223/2012 (sul quale v. sub nota 24); il testo originario del decreto prevedeva, infatti, l'esonero dalla raccolta delle firme per le "componenti politiche" all'interno dei gruppi parlamentari costituiti all'inizio della legislatura in corso al momento della convocazione dei comizi. La disposizione è stata tuttavia soppressa dalla Camera dei deputati in sede di conversione del decreto.

[37] Della vicenda, che in realtà ha riguardato una pluralità di impugnazioni, anche per profili diversi e penalmente rilevanti, hanno analiticamente trattato J. LUTHER, *La ricerca della giustizia elettorale: "dramma" piemontese per legislatori, amministratori, giudici, scienziati e coro, in tre atti,* in *Rass. Parl.,* 2011, 645 ss.; e L. TRUCCO, *Le elezioni regionali piemontesi davanti ai giudici*, n *Rass. Parl.,* 2011, 667 ss.

gittimanti. Due di queste richiamano ipotesi già conosciute, relative a liste di partiti o gruppi politici già rappresentati in Parlamento, nel Parlamento europeo, in Consiglio regionale, o liste contraddistinte da contrassegni che siano espressione di partiti o movimenti rappresentati da gruppi consiliari già presenti in Consiglio regionale[38].

Ben più anomala la terza eventualità, riguardante liste "che abbiano ottenuto una dichiarazione di collegamento con gruppi consiliari già presenti in Consiglio regionale"; la dichiarazione di collegamento, tra l'altro, è conferita dal Presidente del gruppo consiliare, e può riguardare una lista con denominazione diversa da quella del gruppo consiliare di collegamento. E' facilmente intuibile come tale previsione si presti ad operazioni di repêchage di compagini politico-elettorali che di per sé non godono di alcuna pregressa rappresentatività; oltretutto, l'attribuzione al Presidente del gruppo della competenza a certificare il collegamento, se da un lato risponde a ragioni di "certezza" della provenienza della certificazione, d'altro lato non garantisce che la decisione di certificare il collegamento sia stata effettivamente assunta dal gruppo, in specie quando – e tale è il caso, nella fattispecie giudicata dal TAR Piemonte – il comportamento nella lista "collegata" ed "esonerata" (dall'obbligo di raccolta delle sottoscrizioni) non sia omogeneo a quello della lista di cui il gruppo politico costituisca espressione (stante il sostegno accordato, in questa evenienza, a due diversi candidati alla carica di Presidente della Giunta regionale), nonché quando il Presidente del gruppo sia stato addirittura espulso dal partito politico del quale il gruppo costituisce espressione[39].

Il TAR Piemonte ha ritenuto di risolvere il caso proponendo una interpretazione estensiva-evolutiva della legge regionale di riferimento, sostenendo che alla base della norma applicata vi sia una presunzione di condivisione di scelte di campo e opzioni di schieramento tra la lista che fruisce del collegamento ed il gruppo consiliare al quale essa si collega. Ci si permette, in

[38] La legge consta di un articolo unico, il quale appunto contempla tre situazioni che danno diritto ad esonero dalla raccolta delle sottoscrizioni per la presentazione delle liste: se la prima è riferibile ad una ipotesi classica (liste di partiti o gruppi politici che hanno presentato candidature con un proprio contrassegno e che hanno conseguito almeno un seggio in occasione delle ultime elezioni nelle circoscrizioni elettorali ricomprese nel territorio nazionale per il Parlamento europeo o per il Parlamento nazionale o per il Consiglio regionale del Piemonte), la seconda è certamente più problematica, riferendosi a liste contraddistinte da contrassegno singolo o composito che sia espressione di partiti o movimenti rappresentati da gruppi consiliari già presenti in Consiglio regionale al momento della convocazione dei comizi elettorali. Invero, non è richiesto che il gruppo consiliare sia stato formato ad inizio legislatura, e dunque il beneficio dell'esonero potrebbe essere fruito da soggetti originati da scissioni all'interno di un gruppo consiliare, e pertanto da forze politiche non preventivamente sottoposte al vaglio degli elettori.

[39] Senza essere peraltro espulso dal gruppo medesimo, come ricorda L. TRUCCO, *Le elezioni regionali piemontesi davanti ai giudici*, cit., 692.

questo senso, di non richiamare nel dettaglio la analitica motivazione del giudice amministrativo piemontese, legittimamente preoccupato della possibilità di interpretare la norma elettorale in modo del tutto strumentale, e persino contro la finalità implicitamente seguita dal legislatore regionale[40]. Era però prevedibile che, al vaglio del giudice di secondo grado, l'interpretazione del TAR Piemonte fosse destinata a mostrare qualche crepa; non a torto, il Consiglio di Stato ha osservato che la norma in questione non esprime la volontà del legislatore di esigere, tra lista collegata e gruppo collegante e certificante, un legame di particolare intensità con il gruppo o un partito di cui il gruppo costituisce espressione[41].

Pare francamente innegabile che il legislatore piemontese non abbia voluto presupporre un assoluto *idem sentire* politico tra la lista collegata ed il gruppo collegante, e del resto è comunque arbitrario ipotizzare che la consonanza di posizioni politiche sia testimoniata solo ed esclusivamente, o comunque indefettibilmente, dal sostegno ad un comune candidato Presidente. Ciò premesso, la correzione di rotta apportata dal giudice di seconde cure non appare del tutto soddisfacente, specialmente nella parte in cui il Consiglio di Stato ritiene che la tesi del TAR Piemonte conduca alla negazione della *ratio* della norma, cioè il *favor partecipationis.* Non pare difficile, invero,

[40] Cfr. Tar Piemonte, sez. I, 28 luglio 2010, n. 3136; il giudice amministrativo muove dalla natura derogatoria della norma, per affermare che il beneficio "…deve coniugarsi al dovere di mantenere il collegamento con una formazione politica che, per via della sua rappresentanza nelle Camere o in Consiglio regionale, ha già dato prova di godere di quel consenso elettorale che manca alle liste di nuova formazione e che costituisce la radice del delineato beneficio di esonero dalla raccolta delle sottoscrizioni. Siffatta marcata deroga al principio di uguaglianza di tutte le compagini che aspirino a prestare nuove liste alle elezioni può consentirsi solo laddove la nuova lista che di quel beneficio pretenda di avvalersi, permanga collegata non solo al capogruppo consiliare, ma alla formazione politica da egli rappresentata, e per tutta la durata del procedimento elettorale". La norma in questione, a giudizio del Tar Piemonte, " .. pur apparendo limitare il collegamento con la lista al gruppo consiliare, presume che a sua volta quest'ultimo e il suo capogruppo condividano le scelte di campo e le opzioni di schieramento relative al candidato alla carica di Presidente effettuate dalla formazione politica, dal partito di cui egli è rappresentante e che costituisce il "substratum" da cui origina la speciale legittimazione a presentare una lista di nuova formazione senza l'assolvimento del previo onere di raccogliere le sottoscrizioni degli elettori, beneficio che affonda le radici nel consenso che la predetta formazione politica ha ricevuto dagli elettori nelle precedenti consultazioni e che viene poi trasferito alla nuova lista, per il tramite della persona del capogruppo che rende la dichiarazione di collegamento".

[41] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2010, n. 6586, secondo il quale: "posto che in via generale il gruppo consiliare non è un'appendice del partito politico di cui è esponenziale ma ha una specifica configurazione istituzionale come articolazione del consiglio regionale, i cui componenti esercitano le loro funzioni senza vincolo di mandato dai partiti e dagli elettori, è decisivo in tal senso osservare che dalla attenta lettura della norma non traspare in alcun modo una simile volontà del legislatore, né del resto sono stati offerti al riguardo dai ricorrenti in primo grado, oggi appellanti incidentali, spunti interpretativi eventualmente fondati sui lavori preparatori o sulla discussione consiliare che ha preceduto l'approvazione della legge".

respingere questa posizione, osservando che il *favor partecipationis* non può tollerare che, di fatto, una lista sia esonerata dalla presentazione delle candidature non per ragioni oggettive predeterminate, ma per volontà di un'altra compagine politica, se non addirittura di una sola persona (il Presidente di un gruppo), a differenza delle liste che di tale collegamento non dispongano[42]. Se le clausole di esonero sono accettabili, o persino costituzionalmente necessarie, la loro applicazione deve essere correlata a presupposti oggettivamente accertabili, e non a dichiarazioni soggettive rimesse alla esclusiva *potestas* di un soggetto dichiarante[43]. Ancora una volta, il giudice amministrativo avrebbe potuto percorrere una strada diversa, sollevando questione di legittimità costituzionale della disposizioni in oggetto, e in tal caso prospettando la violazione degli articoli 3, 48 e 49 Cost., nella misura in cui una disposizione derogatoria irragionevole si traduce sia in una violazione della parità di condizioni tra partiti e movimenti politici concorrenti, sia nella violazione della libertà di voto, favorendo l'ammissione alla competizione elettorale di liste potenzialmente idonee ad indurre confusione negli elettori[44].

4. Il principio pluralistico nella fase post elettorale

La presentazione delle candidature ed il *favor partecipationis* che contraddistingue il prevalente orientamento giurisprudenziale al riguardo rappresentano, dunque, momenti paradigmatici nei quali la "concorrenza" tra partiti si esplica con pienezza. Non è da escludere, peraltro, che una lettura pro-concorrenziale della disciplina di riferimento possa trovare spazio anche in sede di interpretazione delle norme che governano, a più livelli, l'assegnazione dei

[42] Meritano condivisione le perplessità espresse, sul punto da L. Trucco, *Le elezioni regionali piemontesi davanti ai giudici*, cit., 697, allorquando ricorda che l'obiettivo della più ampia partecipazione alle consultazioni elettorali non ha da essere declinato in modo generale ed astratto, ovvero indiscriminato.

[43] In questi termini, sostanzialmente, J. Luther, *La ricerca della giustizia elettorale*, cit., 661, quando afferma che "parificare, per l'esenzione della raccolta di sottoscrizioni, senza una ragione non selettiva alle liste di partiti che hanno dato prova di democrazia, altre liste alle quali basti ottenere una firma da parte di un capogruppo significa ... violare il principio di eguaglianza, equiparando arbitrariamente i diritti dei cittadini che operano nei partiti arrivati dalla società civile alle istituzioni con quelli di *pseudo-partiti* semplicemente creati all'interno delle istituzioni".

[44] V. ancora J. Luther, *La ricerca della giustizia elettorale*, cit., 658, laddove si accenna al possibile contrasto della citata disposizione con gli articoli 51, 49, 42 e 117 Cost. Va anche osservato, per completezza, che già il giudizio avanti il Tar Piemonte si è svolto successivamente alle operazioni elettorali, avverso il verbale di proclamazione degli eletti; poco giustificata, pertanto, sarebbe stata ogni possibile remora – eventualmente dettata da ragioni di economia e speditezza del processo - alla sospensione del giudizio in attesa del pronunciamento della Corte costituzionale. V. inoltre L. Trucco, *Le elezioni regionali piemontesi davanti ai giudici*, cit., 699.

seggi; in questo ambito, tra diverse opzioni interpretative, si può configurare un *favor* per l'esegesi che meglio favorisca la competizione tra le forze politiche. Del resto, tutto il dibattito sulla compatibilità dei sistemi elettorali maggioritari con la Costituzione si concentra principalmente, anche se non interamente, sui principi costituzionali, primo fra tutti l'art. 49 Cost., dai quali deriva il riconoscimento a tutti i partiti della possibilità di accedere alla rappresentanza parlamentare[45]. La ripartizione dei seggi non è dunque un tema neutro "rispetto" alla tutela dell'offerta elettorale in funzione della domanda, perché a poco varrebbe l'attenzione rivolta alla fase prodromica alle elezioni, e dunque alla ammissione delle candidature, se l'esito delle consultazioni fosse fortemente predeterminato dai meccanismi di trasformazione dei voti in seggi, con sacrificio eccessivo della eguaglianza di *chances* tra partecipanti[46].

Il discorso che qui si tenta di proporre può certamente prescindere da una presa di posizione in ordine alla compatibilità di questo o quel sistema elettorale, considerato nelle sue linee essenziali e caratterizzanti, con la Costituzione; è ben noto che la prevalente dottrina e la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale escludono che l'Assemblea costituente avesse inteso costituzionalizzare il sistema proporzionale, e viene oramai accettato che le modalità di trasformazione dei voti in seggi possono essere delineate nel modo più ampio, salvo il rispetto del criterio di ragionevolezza[47]. Ciò non esclude, però, che nell'ambito di un qualsivoglia sistema elettorale, laddove taluni specifici profili non siano disciplinati con sufficiente chiarezza dal legislatore, la lettura pluralistica e concorrenziale postulata dagli articoli 48 e 49 Cost. non possa utilmente soccorrere l'interprete. Un tanto si potrebbe affermare persino nell'ipotesi (e nei limiti, a Costituzione vigente) in cui il sistema elettorale fosse orientato in senso fortemente maggioritario, cioè in modo tale da comprimere, per definizione, la rappresentanza nelle assemblee elettive, incoraggiando i partiti e i movimenti elettorali a presentare candidature congiunte, anziché contrapporsi l'uno contro l'altro davanti agli elettori. È pur vero, infatti, che l'interprete non deve ignorare la finalità perseguita dal legislatore, e l'attenzione da questi posta – nella configurazione del sistema in senso maggioritario - al valore della governabilità. Ciò nondimeno, il

[45] V., per tutti, M. Luciani, *Il voto e la democrazia,* Roma, 1991, in particolare 37 ss.

[46] Eguaglianza messa in discussione, sotto un diverso profilo, anche dalla presenza di partiti o movimenti rappresentativi di minoranze linguistiche, rispetto ai quali si possono rendere necessarie previsioni speciali, ma appunto preordinate a consentire a tali forze politiche una adeguata possibilità di eleggere propri rappresentanti in Parlamento. Non a caso, alcune tra le più significative pronunce della Corte costituzionale in punto di compatibilità con la Costituzione delle leggi elettorali riguardano la posizione dei partiti rappresentanti minoranze linguistiche (Corte cost. 438/1993; 356/1998); sul punto, cfr. E. Rossi, *I partiti politici*, cit., 15-16.

[47] Cfr. ancora M. Luciani, *Il voto e la democrazia,* Roma, 1991, 39, richiamato da G.E. Vigevani, *Art. 49,* in (a cura di) S. Bartole-R. Bin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 507.

pluralismo partitico è principio che promana direttamente dalla Costituzione, e in presenza di clausole ambigue una interpretazione costituzionalmente orientata dovrebbe fare premio su una esegesi che, pur muovendo dalla considerazione della finalità generale seguita dal legislatore, determinasse un sacrificio o una consistente compressione del predetto principio. Ciò detto, è innegabile che l'argomento "pluralistico" dispieghi una efficacia depotenziata ove utilizzato nella fase successiva alle elezioni; ciò dipende, peraltro, dalla constatazione precedente, riferita ai sistemi elettorali nel loro complesso, e relativa alla discrezionalità di cui gode il legislatore nella loro conformazione: discrezionalità che pare molto più limitata nella fase prodromica, laddove essa è correlata all'interesse degli elettori all'ampliamento dell'offerta elettorale.

Scorrendo la casistica giurisprudenziale, parlamentare, si possono rinvenire situazioni nelle quali il pluralismo partitico rende preferibile una determinata interpretazione rispetto a disposizioni il cui significato è ambiguo; si tratta, in questi casi, di fattispecie nelle quali l'interpretazione esclusa non è di per sé contrastante con il principio predetto, ma appare meno orientata, rispetto ad una esegesi alternativa, alla tutela del medesimo principio.

Un esempio, portato anche recentemente all'attenzione della dottrina, riguarda l'art. 73 del TUEL (d.lgs. n. 267/2000), comma 10 - relativo alle elezioni del sindaco nei comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti - che prevede una deroga rispetto alla regola per la quale alla lista o al gruppo di liste collegate al candidato sindaco eletto al primo turno o al ballottaggio, viene assegnato il 60 per cento dei seggi in consiglio; tale regola opera qualora nessuna altra lista o altro gruppo di liste collegate al primo turno abbia già superato nel turno medesimo il 50 per cento dei voti validi[48]. Il dubbio di fondo riguarda l'interpretazione del concetto di "voti validi", relativamente alla disposizione in questione; rispetto al quale concetto, a fronte della possibilità – non preclusa dalla norma – di prendere in considerazione i soli voti attribuiti alle liste, e non i voti attribuiti ai candidati sindaci, la giurisprudenza tende a privilegiare una impostazione diversa, considerando tutti i voti validamente espressi, sia alle liste che ai soli candidati sindaci[49].

[48] Così dispone l'art. 75, decimo comma, d.lgs. n. 267/2000: "*Qualora un candidato alla carica di sindaco sia proclamato eletto al primo turno, alla lista o al gruppo di liste a lui collegate che non abbia già conseguito, ai sensi del comma 8, almeno il 60 per cento dei seggi del consiglio, ma abbia ottenuto almeno il 40 per cento dei voti validi, viene assegnato il 60 per cento dei seggi, semprechè nessuna altra lista o altro gruppo di liste collegate abbia superato il 50 per cento dei voti validi. Qualora un candidato alla carica di sindaco sia proclamato eletto al secondo turno, alla lista o al gruppo di liste ad esso collegate che non abbia già conseguito, ai sensi del comma 8, almeno il 60 per cento dei seggi del consiglio, viene assegnato il 60 per cento dei seggi, semprechè nessuna altra lista o altro gruppo di liste collegate al primo turno abbia già superato nel turno medesimo il 50 per cento dei voti validi. I restanti seggi vengono assegnati alle altre liste o gruppi di liste collegate ai sensi del comma 8*".

[49] In questo ultimo senso Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2010, n. 3022; ancor più recen-

È evidente che la seconda interpretazione rende meno probabile la verificazione dell'ipotesi in cui una lista o gruppo di liste ottenga la maggioranza dei voti validi al primo turno, e conseguentemente viene resa meno probabile una situazione nella quale un sindaco eletto al secondo turno si trovi costretto al confronto con una maggioranza consiliare allo stesso avversa; l'opzione interpretativa ha dunque una ricaduta positiva (in termini probabilistici, si intende) sulla "governabilità" dell'ente, nel quale, di regola, il sindaco eletto troverà il sostegno di una maggioranza consiliare espressa dalle liste che lo hanno appoggiato alle elezioni.

La dottrina ha tuttavia criticato tale interpretazione, proponendo alcuni argomenti (di tipo letterale, sistematico, teleologico) che farebbero ritenere preferibile la prima soluzione[50]. Tra questi, il più significativo, ad avviso di chi scrive, non concerne la prospettata violazione dell'art. 48 Cost. sotto il profilo della eguaglianza tra voti disgiunti e voti "uniformi", ma è quello secondo il quale una interpretazione che identifichi nei voti validi i soli voti dati alle liste appare pienamente in consonanza con la facoltà, concessa dalla legge, di esercitare il cd. voto disgiunto, cioè di attribuire la preferenza ad un candidato sindaco e ad una lista che sostiene altro candidato[51]. Una volta che il legislatore abbia compiuto questa scelta, pur opinabile, appare coerente interpretare la disposizione nella prospettiva della piena consapevolezza, in capo al medesimo legislatore, che la differenza numerica tra i consensi riportati da un candidato sindaco e la somma dei consensi accordati alle liste che lo sostengono può essere sensibile, a favore del primo o delle seconde, e in questa ultima evenienza può produrre un esito che veda le liste superare la soglia del 50%, mentre il candidato sindaco potrebbe rimanere al di sotto di tale soglia, e persino potrebbe essere escluso dal ballottaggio.

Come si inserisce, in questo contesto, il principio della concorrenza tra partiti e movimenti politici, a tutela della domanda degli elettori? Pare eccessivo sostenere che una delle interpretazioni proposte si ponga in contrasto con tale principio, e dunque con gli artt. 48 e 49 Cost. congiuntamente

temente Cons Stato, sez. V, 17 maggio 2012, n. 2823, a conferma di Tar Sardegna, sez. II, 4 novembre 2011, n. 1060; v. anche Tar Calabria Catanzaro, sez. II, 2 luglio 2010, n. 1423.

[50] Si rinvia alle analitiche considerazioni di T.E. Frosini, *Governare è meglio che rappresentare?,* in *www.associazionedeicostituzionalisti.it,* 20 marzo 2012, con postilla di V. Onida.

[51] V. ancora T.E. Frosini, *Governare è meglio che rappresentare?*, cit., 10, il quale ridimensiona (citando anche Corte cost. n. 107/1996) il riferimento al valore della governabilità, che starebbe a presidio dell'interpretazione accolta dalla più recente giurisprudenza. A giudizio dell'Autore, la governabilità è "un fine verso cui deve tendere un sistema di governo, senza però rattrappire la rappresentanza. Anche perché l'una, la rappresentanza, è un principio costituzionale su cui si fonda, e senza il quale non può esserci, il costituzionalismo e le istituzioni democratiche, l'altro, ovvero la governabilità, non è certo ascrivibile quale principio costituzionale, ben potendo esserci fenomeni di ingovernabilità, dovuti a crisi di governo e più in generale a incapacità di gestione dell'indirizzo politico, ma piuttosto è una finalità verso il cui raggiungimento deve tendere l'azione politica dei partiti e delle istituzioni".

operanti: nessuna di esse, infatti, conduce ad un esito tale da concretare un meccanismo di assegnazione dei seggi che precluda il diritto degli elettori a scegliere tra una pluralità di schieramenti contrapposti. Inoltre, il principio in questione non esige in alcun modo che un sistema elettorale debba essere strutturato in modo da consentire all'elettore un voto disgiunto, rappresentando questa soluzione una opportunità aggiuntiva, ma non costituzionalmente imposta. Di più, si potrebbe affermare che il pluralismo venga tutelato già dalla possibilità di scegliere, direttamente, tra più candidati sindaci in competizione; per cui tale possibilità si configura, anche a prescindere dalla possibilità di esprimere un voto disgiunto, come un consistente ampliamento delle opzioni rimesse agli elettori.

Piuttosto, si può ritenere che, inserito nel quadro di un sistema di elezione di tipo maggioritario, il voto disgiunto abbia il vantaggio di stimolare comunque i partiti a chiedere ed ottenere l'approvazione degli elettori anche indipendentemente dalla figura del candidato sindaco, così stimolando la concorrenza tra forze politiche: le quali hanno la consapevolezza di non potersi appiattire sulla figura del candidato sindaco, ma di dover presentare proposte politiche credibili e alternative, così realizzando quel pluralismo elettorale che viene già soddisfatto dalla presenza di candidati alla carica monocratica, ma che potrà ulteriormente tradursi anche a livello di rappresentanza consiliare. Per questi aspetti, l'interpretazione della disposizione nel senso del computo dei soli voti alle liste, al fine della verifica del raggiungimento di quella soglia (50%) che impedisce l'operatività del premio di maggioranza è quella che appare maggiormente pro-concorrenziale, pur comportando un possibile (e pesante) sacrificio alle esigenze della governabilità[52].

Meno controverso, ai nostri fini, pare forse l'esempio rappresentato dalla controversia insorta all'esito delle elezioni politiche del 2006, in riferimento alla applicazione delle soglie di sbarramento nel sistema elettorale per il Senato della Repubblica, e risolto con un pronunciamento della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato[53]. La questione è stata con

[52] È ovvio che una interpretazione di tale genere può condurre a casi-limite, qualora, ad esempio, la maggior parte dei consensi venisse espressa solo in favore di candidati sindaci e non delle liste, con ciò abbassando notevolmente il numero di voti necessario al superamento della soglia del 50% da parte delle liste contrapposte (o anche non contrapposte) al candidato sindaco eletto.

[53] I ricorsi riguardavano le elezioni al Senato nelle Regioni Piemonte, Emilia Romagna, Liguria, Campania, Lazio e Puglia. La Giunta per le elezioni del Senato, dopo aver costituito un comitato inquirente in data 11 ottobre 2006, e dopo aver proceduto, tra l'altro, alla audizione di autorevoli esperti (Vassalli, Ceccanti, Lanchester, Luciani, Agosta, Patrono), ha rigettato, in data 21 gennaio 2008 (a legislatura virtualmente conclusa, posto che le Camere sarebbero state sciolte anticipatamente il 6 febbraio 2008), tutti i ricorsi proposti (cfr. resoconto sommario della Giunta n. 68 del 21 gennaio 2008). Il *plenum* dell'Assemblea ha è stato reso edotto, nella seduta del 27 febbraio 2008, delle conclusioni della Giunta (cfr. resoconto stenografico della seduta n. 282 del 27 febbraio 2008), da considerarsi approvate ex art. 135-*ter*, comma secondo, del Regolamento del Senato.

ogni probabilità originata da una svista del legislatore, in sede di approvazione della legge n. 270 del 2005, che ha novellato il d.lgs. n. 533 del 1993, recante il Testo unico delle leggi recanti norme per l'elezione del Senato della Repubblica.

L'art. 17 d.lgs. cit., nel prevedere le modalità di ripartizione dei seggi su base regionale, impone all'ufficio elettorale regionale di verificare se la coalizione di liste o la singola lista che ha ottenuto il maggior numero di voti validi espressi nell'ambito della circoscrizione abbia conseguito almeno il 55 per cento dei seggi assegnati alla regione; se la verifica sortisce un esito positivo, l'ufficio elettorale regionale individua, nell'ambito di ciascuna coalizione di liste collegate, le liste che abbiano conseguito sul piano circoscrizionale almeno il 3 per cento dei voti validi espressi (si tratta di una soglia c.d. di sbarramento), e procede quindi, per ciascuna coalizione di liste, al riparto, tra le sole liste ammesse, dei seggi. Qualora la verifica relativa al raggiungimento del 55% dei seggi abbia dato esito negativo, è previsto che l'ufficio elettorale regionale assegni alla coalizione di liste o alla singola lista che abbia ottenuto il maggior numero di voti un numero di seggi ulteriore (è il c.d. premio di maggioranza) necessario per raggiungere il 55 per cento dei seggi assegnati alla regione, ripartendo i restanti seggi tra le altre coalizioni di liste o singole liste. Non viene espressamente prevista, in tale seconda evenienza, la previa individuazione delle liste di colazione che abbiano conseguito il 3% dei voti validi espressi.

Di qui il dilemma interpretativo, che non si è rivelato soltanto virtuale, ma ha dato origine ad alcuni ricorsi promossi in riferimento ad talune Regioni, nelle quali l'ufficio elettorale aveva escluso dal riparto dei seggi alcune liste, che non avevano superato la soglia di sbarramento, anche in situazioni nelle quali era scattato il premio di maggioranza[54]. Per semplificare la ricostruzione della vicenda, basterà osservare che, in seno alla Giunta delle elezioni, sono stati contrapposti un argomento letterale, in base al quale *ubi lex voluit dixit,* e un argomento di tipo teleologico-sistematico[55]. I sostenitori dell'argomento letterale hanno rimarcato la chiarezza della disposizione, la quale, magari per errore del legislatore, avrebbe nettamente differenziato le ipotesi sopra descritte, disponendo l'applicazione della soglia di sbarramento

[54] Nella corposa relazione del senatore Manzione, relatore per il ricorso relativo alla Regione Piemonte, si propendeva per una interpretazione di tipo letterale – nel senso della distinzione tra le due ipotesi diversamente disciplinate dalla disposizione in commento - osservando però che, così applicata, la norma avrebbe presentato un profilo di illegittimità costituzionale ex art. 3 Cost. Cfr. resoconto sommario della Giunta n. 68 del 21 gennaio 2008.

[55] Tra gli esperti auditi dalla Giunta, pur con importanti con varietà di sfumature, hanno privilegiato il criterio letterale Vassalli, Lanchester, Patrono (il quale per vero ha sostenuto che le due ipotesi contemplate dall'art. 17 cit. afferiscano a situazioni strutturalmente diverse). Hanno invece sostenuto la necessità di applicare un criterio teleologico Ceccanti, Luciani e Agosta.

solo nei casi in cui non operi il premio di maggioranza (anche se non sono mancate, nella Giunta, opinioni propense ad applicare l'argomento letterale per giungere ad una conclusione diametralmente opposta). Di contro, chi sosteneva l'argomento teleologico faceva leva sulla complessiva intenzione del legislatore, che avrebbe inteso applicare sempre e comunque il premio di maggioranza, ad evitare sperequazioni irragionevoli tra situazioni non meritevoli di differenziazione.

Benché, nella prevalente lettura che la giurisprudenza offre in riferimento all'art. 12 delle Preleggi, la ricerca della *mens legis* non possa trovare spazio qualora l'interpretazione letterale di una norma sia sufficiente ad individuare in modo chiaro ed univoco il relativo significato[56], ai fini della risoluzione della controversia interpretativa in oggetto avrebbe potuto giovare, ad interpretare in senso costituzionalmente orientato (o meglio più in armonia con la Costituzione) la disposizione legislativa, il principio del pluralismo di cui si discute (e non già, come pure è stato osservato da un componente la Giunta, il principio che tutela il libero accesso alle cariche elettive, poco pertinente nel caso di specie). E' bensì vero che l'introduzione di soglie di sbarramento non è di per sé incompatibile con la Costituzione, e dunque neppure con gli art. 48 e 49 Cost. nella lettura che qui si è proposta, ma pare innegabile che, nel dubbio, una interpretazione tendente ad escludere l'operatività delle soglie di sbarramento avrebbe più felicemente tutelato e reso effettiva la libertà di voto in senso oggettivo, ammettendo al riparto dei seggi un maggior numero di liste[57].

Non ha senso, in questa sede, indagare sulle logiche extra giuridiche che possono aver orientato Giunta e Assemblea nel preferire una interpretazione teleologica e sistematica, rigettando i relativi ricorsi; né è questo il momento per riproporre dubbi e perplessità, più o meno fondate, sul funzionamento della verifica dei poteri riservata alle Camere ex art. 66 Cost.[58]. Di certo le

[56] In questo senso, v., ad esempio, Cass. civ., sez. I, 6 aprile 2001, n. 5128.

[57] La posizione espressa dalla Corte nella già citata sentenza n. 356/1998 non è, in effetti, ostile alla introduzione di soglie di sbarramento, sul presupposto per il quale i vari correttivi al sistema proporzionale tali correttivi "non incidono sulla parità di condizioni dei cittadini e sull'eguaglianza del voto, che non si estende al risultato concreto della manifestazione di volontà dell'elettore, rimessa ai meccanismi del sistema elettorale determinati dal legislatore". Tale affermazione, tuttavia, non pare incompatibile con l'adozione di un canone ermeneutico che privilegi una interpretazione in senso proporzionalista delle clausole ambigue, o che consenta di giustificare la previsione, da parte del legislatore, di clausole di significato non controverso sul piano letterale, ma che possano apparire non in linea con la disciplina complessiva di sistema.

[58] Difficile sottrarsi, in questo senso, alla sensazione che pure in questo frangente le ragioni di carattere politico abbiano fatto premio sulle valutazioni di tipo giuridico, e la lunghezza del procedimento di verifica, che ha praticamente interessato l'intera legislatura, è parimenti sintomatica di tale atteggiamento. D'altronde, le strutturali criticità del procedimento di verifica dei poteri sono ben note, in uno con la correlata difficoltà a configurare soluzioni

forze politiche, spesso pronte a contestare gli orpelli – ostativi alla libertà di concorrere alla determinazione della politica nazionale - che contraddistinguerebbero la disciplina della presentazione delle candidature, al punto da introdurre previsioni legislative talvolta di contenuto platealmente elusivo, avrebbero potuto far mostra di una maggiore coerenza in una fattispecie certamente diversa, ma non indifferente ai fini della protezione del valore primario costituzionalmente tutelato, che è il diritto dell'elettore a scegliere tra più partiti o movimenti politici contrapposti, e a vedere tradotte le proprie scelte in termini di rappresentatività, salvi limiti e correttivi che quantomeno – a tacere di ogni valutazione sulla loro proporzionalità e compatibilità con la Costituzione - dovrebbero conoscere una esplicita e non ambigua formulazione.

alternative pienamente convincenti (pur essendo altrettanto evidente una preferenza della dottrina per una soluzione, *de jure condendo*, che si concreti nella attribuzione al giudice costituzionale di tale funzione di verifica). Sulla verifica dei poteri cfr., anzitutto, L. ELIA, *Elezioni politiche (contenzioso)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 747 ss.; V. LIPPOLIS, Art. 66, in (a cura di) G. BRANCA, *Commentario della Costituzione, Bologna-* Roma. 1986, 115 ss. Valutazioni critiche sulla applicazione di tale istituto sono espresse, ad esempio, da L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, 316; e più recentemente da M. CERASE, Art. 66, in (a cura di) R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 1270 ss.

L'AGGIRAMENTO DEL «CODICE DI BUONA CONDOTTA ELETTORALE» NEL SISTEMA DI TUTELE DEL PROCEDIMENTO ELETTORALE ITALIANO

di Giovanni Piccirilli

Sommario: 1. Premessa – 2. La incerta qualificazione giuridica del "Codice" e il suo (recente) utilizzo da parte della Corte EDU – 3. La riserva parlamentare di cui all'art. 66 Cost. a confronto con il "Codice": *something* "*lost in translation*"? – 4. Ulteriori profili problematici anche quando il Parlamento non è "giudice" del procedimento elettorale: il regime delle impugnazioni della disciplina sulla *par condicio* – 5. Conclusioni.

1. Premessa

A margine della riflessione sul sistema di tutele[1] presenti in relazione alle fasi pre-elettorali, potrebbe risultare di qualche interesse tratteggiare alcuni nodi problematici che emergono dal raffronto tra la disciplina del contenzioso elettorale vigente in Italia e il "Codice di buona condotta in materia elettorale" (di seguito: *Codice*), elaborato nella cornice del Consiglio d'Europa dalla Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto (cd. "Commissione di Venezia").

In particolare, almeno due sono i punti che appaiono meritevoli di approfondimento, risultando, ad una prima analisi, nell'un caso, un problematico aggiramento delle linee guida contenute nella parte del codice relativa al contenzioso (descritto come "sistema di ricorso efficace") e, nell'altro, una frontale violazione di queste ultime, in modo, per altro, da condurre ad aporie di qualche rilievo nella disciplina complessiva del procedimento elettorale.

Rispetto al primo dei profili richiamati, è in generale lo stesso sistema di verifica parlamentare di cui all'art. 66 Cost. a evidenziarsi in maniera problematica rispetto alle direttrici tracciate dal Codice; quanto al secondo profilo, invece, è l'interpretazione costantemente fornita dalla giurisprudenza amministrativa circa il difetto assoluto di giurisdizione sugli atti di provenienza parlamentare (anche qualora relativi a profili affatto attinenti l'autonomia "guarentigiata" delle Camere), ad aver condotto a vere e proprie asimmetrie nel sistema del contenzioso, tali da compromettere la coerenza complessiva del sistema.

[1] Adesivamente all'impostazione proposta dalla relazione di M. Cecchetti (in questo *Volume*, p. 5), sembra preferibile non riferirsi al complesso dei rimedi giudiziali e non giudiziali presenti nel procedimento elettorale in termini di "contenzioso", ricorrendo invece alla più comprensiva locuzione di "sistema di tutele".

Entrambi i profili hanno dunque ad oggetto il controverso ruolo giocato dall'autonomia parlamentare (*rectius*, del ruolo che ad essa è stato, nel tempo, attribuito) rispetto alle tutele presenti nel procedimento elettorale, tanto da sottolineare nuovamente la problematicità di una simile interpretazione (invero suffragata da ampia e risalente giurisprudenza costituzionale), mettendo in luce notevoli profili critici, sia ove il Parlamento risulti coinvolto in qualità di eventuale "giudice" dei risultati delle elezioni politiche, sia finanche quando quella stessa interpretazione finisca per riverberarsi su ulteriori (e realmente "giudiziali") metodi di risoluzione delle controversie.

2. La incerta qualificazione giuridica del "Codice" e il suo (recente) utilizzo da parte della Corte EDU

Prima di accennare ai due punti ora introdotti, sembra quanto mai opportuno soffermarsi sulla natura giuridica del menzionato Codice, se non altro, alla luce degli specifici oggetti di ricerca dell'Associazione "Gruppo di Pisa", al fine di valutare la possibilità che esso venga in qualche rilievo nella giurisprudenza costituzionale italiana. Infatti, nonostante possa risultare abbastanza agevole, ad una prima analisi, derubricarne la natura a documento privo di qualunque rilevanza giuridica, un'osservazione attenta del suo procedimento di elaborazione, nonché degli ultimi sviluppi giurisprudenziali a livello sovranazionale, potrebbe forse fornire elementi utili ad un suo più compiuto inquadramento, nonché aprire una ulteriore prospettiva di analisi nel suo raffronto con la disciplina italiana del procedimento elettorale.

Prendendo in considerazione anzitutto il procedimento mediante cui il Codice è venuto in essere, non bisogna dimenticare che esso è stato sì elaborato dalla Commissione di Venezia (e, dunque, da un organo tendenzialmente tecnico con mere funzioni consultive), ma su mandato della Commissione permanente dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, la quale, agendo in nome di quest'ultima, affidò appunto alla Commissione di Venezia il compito (eminentemente ricognitivo) di "rilevare e registrare […] i principi del patrimonio elettorale europeo"[2]. Inoltre, il testo così elaborato è poi stato approvato dalla stessa Assemblea parlamentare il 30 gennaio 2003, nel corso della prima parte della sessione annuale[3]. Per altro, la derivazione del Codice prorio dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa non può far in alcun modo presupporre l'esistenza di un *animus* anti-parlamentaristico nell'elaborazione del documento o, comunque, una impostazione pregiudizialmente orientata alla necessaria giurisdizionalizzazione del procedimento

[2] V. la risoluzione 1264 del 2001, disponibile *on line* alla pagina: www.assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta01/ERES1264.htm .

[3] V. il dibattito reperibile alla pagina: www.assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/Records/2003/E/0301301500E.HTM#4

elettorale in funzione di contrasto o di limitazione al ruolo esercitato dalle assemblee rappresentative in tale ambito. Successivamente, il Codice ha avuto anche un riconoscimento da parte dei governi degli Stati membri del Consiglio d'Europa, per mezzo di una apposita dichiarazione da parte del Comitato dei Ministri, adottata il 13 maggio 2004, nella quale, tra l'altro, esso viene qualificato come "base per il possibile sviluppo futuro del quadro giuridico delle elezioni democratiche nei Paesi europei"[4].

Quanto invece ai contenuti del Codice, la sua natura ricognitiva paradossalmente sembra costituirne un punto di "forza". Infatti, proprio in ragione del suo intento non innovativo, esso si propone come un condensato di principi, regole ed esperienze elaborate a livello internazionale in relazione al corretto esercizio del diritto di voto, la cui valenza giuridica dipende dunque non già dal Codice stesso, quanto piuttosto dalla natura degli atti ai quali da esso si rinvia. In questa prospettiva, sono certamente significativi i richiami operati in apertura (parte I, punto 5) all'art. 25, lett. *b)*, del Patto internazionale sui diritti civili e politici[5], e all'art. 3 del Protocollo addizionale alla CEDU[6], identificati come "nucleo centrale" a partire dal quale sviluppare il contenuto del "patrimonio elettorale europeo". Infine, il dato forse più interessante è costituito dall'affermazione per cui il Codice raccoglie il prodotto dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU, richiamando anche in nota i *leading cases* da cui poter trarre un primo orientamento[7]. Il richiamo alla giurisprudenza della Corte EDU come fonte ispiratrice del Codice acquista una particolare rilevanza per l'uso che la medesima potrebbe farne nelle sue pronunce, utilizzando appunto la sintesi organica proposta nel Codice per sviluppare i singoli profili che eventualmente venissero in rilievo nel caso concreto.

Proprio su questa falsariga, nel periodo più recente si segnala una pronuncia di estremo interesse: nel caso *Ekoglasnost* c. *Bulgaria*[8], deciso nel no-

[4] Disponibile al sito https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=743357. I contenuti del codice sono ampiamente discussi nel volume curato dalla stessa Commissione di Venezia, dal titolo *European standards of electoral law in contemporary constitutionalism*, Strasburgo, 2005, spec. p. 9 s.

[5] "Ogni cittadino ha il diritto, e deve avere la possibilità, senza alcuna delle discriminazioni menzionate all'articolo 2 e senza restrizioni irragionevoli: […] *b)* di votare e di essere eletto, nel corso di elezioni periodiche, veritiere, effettuate a suffragio universale ed eguale, ed a voto segreto, che garantiscano la libera espressione della volontà degli elettori".

[6] "Le Alte Parti Contraenti si impegnano ad organizzare, ad intervalli ragionevoli, libere elezioni a scrutinio segreto, in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo".

[7] Nel dettaglio, si richiamano le decisioni *Mathieu-Mohin e Clerfayt* c. *Belgio* del 2 marzo 1987 (ricorso n. 9267/81) e *Gitonas e.a.* c. *Grecia* del 1° luglio 1997 (ricorsi nn. 18747/91, 19376/92, 19379/92, 28208/95 e 27755/95) a proposito dell'universalità e dell'uguaglianza del voto.

[8] Decisione del 6 novembre 2012, ricorso n. 30386/05. Della pronuncia, originariamente resa in francese, è disponibile una traduzione in italiano curata dal Ministero della giustizia: http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-116137. Un parallelo tra la Sen-

vembre 2012, la Corte EDU ha infatti richiamato il Codice in relazione al suo punto II.2.b., concernente la stabilità del diritto elettorale nel periodo immediatamente a ridosso delle consultazioni. Per altro, il riferimento al Codice è stato nel senso di considerare il suo contenuto quale limite minimo, invalicabile dalla legislazione degli Stati membri. In particolare, rilevato che nel Codice si individuano esplicitamente tre tipi di regole fondamentali del procedimento elettorale per le quali se ne "vieta" la modifica nell'anno che precede le elezioni (nonché se ne raccomanda l'inserimento al livello normativo superiore alla legge ordinaria)[9], la Corte ha dapprima confermato il legame tra la legalità convenzionale e la stabilità delle regole cardine del sistema di voto nell'anno pre-elettorale, in quanto simili modifiche potrebbero indurre alla percezione di un loro legame con interessi contingenti, tale, in casi estremi, da "avvantaggiare le formazioni politiche al potere" e pertanto costituendo una "prassi incompatibile con l'ordine democratico"[10]. Quindi, ha inteso sottolineare che l'elencazione contenuta nel Codice (contenente le modalità di scrutinio, la composizione delle commissioni elettorali e la suddivisione dei seggi elettorali nelle circoscrizioni) fosse da considerarsi come non esaustiva, ritenendo così di aggiungervi ulteriori derivazioni dello stesso principio, relative alle condizioni di partecipazioni alle elezioni imposte alle formazioni politiche[11]. Infine – benché nel merito le nuove condizioni di partecipazione alle elezioni fossero state riconosciute perseguire scopi legittimi[12] – la Corte ha rilevato che la loro introduzione era avvenuta a soli due mesi dalle elezioni e, dunque, ad una distanza temporale inferiore all'anno individuato dal Codice. Di conseguenza, per la sola ragione della loro introduzione "tardiva", le modifiche alla legge elettorale bulgara sono state ritenute violative dell'art. 3 del protocollo addizionale alla CEDU[13].

tenza e il dibattito sulla possibile modifica elettorale in Italia – anche qui, nell'anno precedente le elezioni politiche – è offerto fa P. Faraguna, *La modificabilità della legge elettorale in prossimità del voto e il velo (trasparente) di ignoranza*, in www.forumcostituzionale.it, 6 dicembre 2012.

[9] "Gli elementi fondamentali del diritto elettorale, e in particolare del sistema elettorale propriamente detto, la composizione delle commissioni elettorali e la suddivisione delle circoscrizioni non devono poter essere modificati nell'anno che precede l'elezione, o dovrebbero essere legittimati a livello costituzionale o ad un livello superiore a quello della legge ordinaria".

[10] V. il punto 69 della sentenza.

[11] Nel dettaglio, erano state poste all'attenzione della Corte EDU le modifiche del 2005 al Codice elettorale bulgaro approvate, con successive deliberazioni a poche settimane dalle elezioni dello stesso anno, che introducevano una serie di oneri accessori alla presentazione delle liste (un deposito cauzionale, il deposito di un elenco di almeno 5.000 aderenti al partito, nonché un certificato rilasciato dalla Corte dei conti, attestante la presentazione dei bilanci del movimento negli ultimi tre anni).

[12] Così il punto 64 della sessa sentenza.

[13] V. i punti 71 e 72 della sentenza: "La Corte riconosce che il legislatore bulgaro, introducendo la cauzione elettorale e l'esigenza di presentare 5.000 firme di elettori a sostegno della candidatura del partito, si proponeva di risolvere il serio problema posto dalla partecipazione

Si è ritenuto opportuno menzionare in via preliminare questa recentissima evoluzione giurisprudenziale onde avvertire come l'eventuale violazione del Codice non rimanga senza sanzione all'interno del sistema giuridico del Consiglio d'Europa. Per altro, come risulta dalla pronuncia appena menzionata, il Codice sembra ricorrere come elencazione esemplificativa di standard minimi e dunque suscettibili di ulteriore sviluppo nella giurisprudenza di Strasburgo.

In conclusione, venendo ai possibili riflessi di quanto riportato sull'ordinamento italiano, la circostanza per cui la Corte EDU venga a porsi direttamente o indirettamente a garanzia delle previsioni del Codice costituisce un elemento di sicuro interesse, specie nel solco dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale avviata dalla "svolta" delle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, tesa a riconoscere l'idoneità del diritto convenzionale (e dell'interpretazione di questo fatta propria dalla Corte EDU) di integrare il parametro di costituzionalità. Più specificamente rispetto all'ambito elettorale, la prospettiva del sistema CEDU latamente inteso sembra costituire almeno un elemento da tener presente dal punto di vista argomentativo, di cui si rinviene traccia anche nella giurisprudenza costituzionale dell'ultimo periodo. Ad esempio, nella nota sent. n. 236 del 2010, la Corte costituzionale ha fatto riferimento proprio al sistema CEDU al fine di fondare la distinzione delle fasi preparatorie del procedimento elettorale rispetto agli altri momenti dello stesso, nonché di evidenziare la necessità di strumenti di ricorso al suo interno quanto mai rapidi ed efficaci, onde giungere a una costituzione quanto più possibile "genuina" dell'offerta elettorale, tale da garantire la massima libertà e informazione dell'elettore al momento del voto[14].

In definitiva, nel percorso in atto di progressiva apertura da parte della giurisprudenza costituzionale italiana alle determinazioni della Corte EDU, la circostanza per cui quest'ultima "utilizzi" il Codice nelle sue pronunce

alle elezioni di numerose formazioni senza una vera legittimità politica ed elettorale. […] La Corte è del parere che un progetto di legge che prevedesse queste stesse misure avrebbe potuto essere introdotto, dibattuto, adottato e pubblicato, per esempio, nel corso degli anni 2002 e 2003, addirittura anche nel corso del primo semestre del 2004. Questo avrebbe permesso di mettere in atto, in tempo utile, una soluzione adeguata al problema dei «partiti politici fantasma» pur rispettando il principio della stabilità delle regole fondamentali della legislazione elettorale. La Corte ritiene pertanto che introducendo tardivamente nella legislazione interna la cauzione elettorale e l'esigenza di depositare 5.000 firme a sostegno della presentazione del partito alle elezioni, le autorità bulgare non abbiano mantenuto un giusto equilibrio tra gli interessi legittimi della società nel suo insieme e il diritto del partito ricorrente di partecipare alle elezioni legislative. Vi è stata quindi violazione dell'articolo 3 del Protocollo n. 1".

[14] Cfr., ivi, il punto 3.3. del Considerato in diritto: "gli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali […] riconoscono, tra l'altro, un diritto ad un ricorso effettivo, che verrebbe vanificato laddove l'art. 83-*undecies* del d.P.R. n. 570 del 1960 fosse inteso nel senso di escludere l'impugnabilità immediata degli atti relativi al procedimento preparatorio alle elezioni, come l'esclusione di liste o di candidati, che siano immediatamente lesivi di situazioni giuridiche soggettive".

suggerisce di tenere in debita considerazione le prescrizioni di quest'ultimo, che potrebbero riverberarsi dapprima nella giurisprudenza di Strasburgo e, da questa, nelle pronunce della Corte costituzionale.

3. La riserva parlamentare di cui all'art. 66 Cost. a confronto con il "Codice": something "lost in translation"?

Venendo ora ai profili di confronto tra il quadro delle tutele relative al procedimento elettorale italiano e il Codice, conviene anzitutto sottolineare che quest'ultimo dedica un capitolo al "sistema di ricorso efficace" all'interno della sua seconda parte, significativamente intitolata "Condizioni di effettività dei principi contenuti nella I parte". Dunque, l'esistenza e la percorribilità di azioni avverso la supposta violazione dei principi contemplati dal Codice è considerata condizionante rispetto alla effettività dei principi stessi, in una interessante prospettiva di unitarietà di fondo tra disciplina sostanziale e processuale.

A questo proposito, sembrano emergere non pochi punti di frizione tra l'impostazione del Codice appena richiamata e il sistema di verifica parlamentare delle elezioni politiche vigente in Italia, derivante dall'art. 66 Cost.[15]. Per altro, negli ultimi anni proprio l'art. 66 Cost. è stato al centro di non poche osservazioni critiche da parte di osservatori internazionali. Ad esempio, in occasione delle elezioni politiche del 2006 il rapporto dell'Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR) dell'OSCE - in occasione del primo rapporto da parti di osservati internazionali sulle elezioni politiche italiane - sottolineò l'opportunità dell'inserimento nel procedimento elettorale politico di opzioni imparziali e tempestive per la risoluzione del contenzioso, anche mediante il riconoscimento della possibilità di ricorso ad organismi giurisdizionali, segnalando apertamente una necessità di superamento dell'art. 66 Cost. (o, appunto, di superamento della sua interpretazione più estensiva)[16].

Il confronto tra l'impianto dell'art. 66 Cost. e il Codice restituisce un risultato alquanto sorprendente e di non facile interpretazione: le cinque versioni linguistiche del Codice (tutte ufficiali e non costituenti mere "traduzioni") del punto II.3.3.a. relativo alla riserva parlamentare per il controllo sulle elezioni politiche non coincidono tra loro, o meglio, la versione in italiano risulta difforme da tutte le altre (che invece sono tutte

[15] In questo senso, cfr. N. Lupo, *Considerazioni conclusive. Sistema elettorale e legislazione "di contorno"*, in *Le evoluzioni della legislazione elettorale "di contorno" in Europa. Atti del III Colloquio italo-polacco sulle trasformazioni istituzionali*, a cura di G.C. De Martin, Z. Witkowski, P. Gambale e E. Griglio, Padova, 2011, p. 419 s., spec. p. 426.

[16] OSCE, Office For Democratic Institutions And Human Rights, *Italy. Parliamentary elections 9-10 April 2006. Election Assessment Mission Report*, Warsaw, 9 giugno 2006, p. 21: "Notwithstanding the constitutional basis for the existing complaint procedure, the new parliament should consider measures to provide for impartial and timely resolution of electoral disputes, including the possibility of an appeal to a court".

concordi tra loro). Può forse giovare alla chiarezza espositiva riportare in tabella il passaggio in questione in tutte le cinque versioni linguistiche in cui è stato reso:

Le versioni ufficiali del Codice (punto II.3.3.a., secondo periodo)			
inglese	*italiano*	*francese*	*tedesco*
For elections to Parliament, an appeal to Parliament may be provided for in first instance. ***In any case,*** final appeal to a court must be possible.	Un ricorso davanti al Parlamento può essere previsto in prima istanza per ciò che concerne le elezioni del Parlamento. ***In tutti gli altri casi,*** un ricorso davanti ad un tribunale deve essere possibile in ultima istanza.	Un recours devant le Parlement peut être prévu en première instance en ce qui concerne les élections du Parlement. ***Dans tous les cas,*** un recours devant un tribunal doit être possible en dernière instance.	Eine Beschwerde vor dem Parlament kann in erster Instanz für die Wahlen zum Parlament vorgesehen werden. ***In allen Fällen*** muss eine Beschwerde vor einem Gericht in letzter Instanz möglich sein.

Come si nota, tutte le versioni linguistiche diverse dall'italiano sono concordi nell'affermare che, pur essendo ammissibile in "primo grado" un intervento del Parlamento come luogo di risoluzione delle controversie nate nel procedimento elettorale, deve necessariamente esserci "in any case" (ossia, in *ogni* caso) la possibilità di un appello presso una autorità giurisdizionale (e, dunque, anche per le elezioni politiche)[17]. Al contrario, la versione italiana (anche a costo di qualche contraddizione semantica nella struttura delle diverse proposizioni) prefigura una specialità delle elezioni per le Camere del Parlamento, escludendo la necessarietà dell'appello in sede giurisdizionale che invece viene ritenuto obbligatorio (solo) "in tutti gli *altri* casi". Non si comprende infatti quale possa essere altrimenti il significato del testo riportato sopra. Se è vero che "in tutti gli altri casi un ricorso davanti ad un tribunale deve essere possibile in ultima istanza", non si comprende come mai ci si sia premurati di specificare in precedenza che "un ricorso davanti al Parlamento può essere previsto in prima istanza per ciò che concerne le elezioni del Parlamento". Delle due l'una: o quest'ultimo periodo è privo di senso, in quanto teso a sottolineare una eccezione ad una regola che non esisterebbe; oppure si conferma che vi è stato un errore nella

[17] Per completezza, si segnala che anche la versione (altrettanto ufficiale) in russo risulta concorde con le versioni inglese, francese e tedesca, facendo ricorso alla locuzione "В любом случае" traducibile, appunto, come "in ogni caso".

stesura del testo in italiano (evidentemente influenzato dalla storia e dal diritto costituzionale del nostro Paese, che, appunto, si pongono in senso opposto alle indicazioni che venivano fornite in sede di elaborazione del Codice).

Le conseguenze di questa difformità, che invero non sembra essere stata rilevata in dottrina, non sono di semplice individuazione. Oltre all'applicazione di un elementare criterio di prevalenza, la soluzione che appare più ragionevole sembra quella di ricorrere ai criteri interpretativi codificati all'art. 33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, relativamente alla interpretazione dei trattati autenticati in due o più lingue. In questa sede si prevede che "quando il raffronto dei testi autentici fa apparire una differenza di senso" debba farsi ricorso ai "mezzi complementari di interpretazione", quali i lavori preparatori, le prassi sviluppatesi nel frattempo, etc. Da questo punto di vista, l'osservazione dei lavori preparatori del Codice conferma l'impressione che l'anomalia vada individuata nella versione italiana: le risultanze del lavoro istruttorio della Commissione di Venezia mostrano infatti come, nonostante sia stata valutata anche la possibilità di un ricorso presso gli stessi organi parlamentari (almeno nelle democrazie più mature), si sia concluso per l'indicazione della regola generale secondo cui un ricorso in sede giurisdizionale costituisca la "risposta migliore" e che l'esistenza (almeno) di un appello in sede giurisdizionale possa essere "ugualmente accettabile"[18].

4. Ulteriori profili problematici anche quando il Parlamento non è "giudice" del procedimento elettorale: il regime delle impugnazioni della disciplina sulla par condicio

Il secondo profilo critico che emerge dal raffronto tra il Codice e il sistema italiano di tutele relative al procedimento elettorale, attiene ad un aspetto della cd. legislazione elettorale "di contorno", in particolare relativo alla disciplina delle campagne elettorali sui mezzi di informazione.

La scelta dell'ordinamento italiano sul punto è infatti quella di mantenere separati i canali di regolazione della campagna elettorale sulle televisioni del servizio pubblico (affidata a delibere e regolamenti della Commissione parlamentare per l'indirizzo e la vigilanza sul sistema radiotelevisivo) e sulle emittenti private (affidata all'AGCom). Questo doppio binario, percorso per altro non solo in relazione alle elezioni politiche (per le quali si potrebbe immaginare un diverso ruolo del Parlamento), ma per qualsiasi consultazione elettorale o referendaria a tutti i livelli di governo, risulta anzitutto difficilmente giustificabile in concreto – in considerazione del fatto che i due

[18] I lavori preparatori sono raccolti nel documento CDL (2002) 7, disponibili *on line* in inglese e francese, rispettivamente a siti www.venice.coe.int/WebForms/documents/?pdf=CDL(2002)007-e e www.venice.coe.int/WebForms/documents/?pdf=CDL(2002)007-f. Si v., in particolare, il punto relativo al sistema di ricorso efficace (p. 15-16 della versione inglese e 16-17 della versione francese).

organi finiscono per replicare la medesima disciplina in due atti distinti –, e, in secondo luogo, conduce a paradossi non trascurabili in sede di sindacato giurisdizionale sui due atti.

Infatti, la giurisprudenza amministrativa ritiene del tutto non conoscibili per difetto assoluto di giurisdizione gli eventuali vizi dei regolamenti approvati dalla Commissione parlamentare di vigilanza (al contrario di quanto avviene per gli atti in tutto analoghi adottati dall'AGCom per identica finalità sulle reti private), giungendo all'assurdo di dichiarare costantemente inammissibili i ricorsi sui regolamenti della Commissione ma, allo stesso tempo, di annullare gli atti omologhi approvati dall'AGCom[19].

Simili aporie sembrano costituire una netta violazione dei punti II.3.3.a. e II.3.3.b. del Codice, secondo i quali "l'istanza di ricorso in materia elettorale deve essere presentata sia presso una commissione elettorale sia presso un tribunale. […] La procedura deve essere semplice e priva di formalismo, in particolare per ciò che concerne l'ammissibilità del ricorso".

Quand'anche la Corte europea dei diritti dell'uomo è giunta a riconoscere una qualche "specialità" delle norme e dei meccanismi di controllo interni alle Camere, essa ha contemporaneamente richiesto che questi ultimi rispondessero agli stessi principi di terzietà e indipendenza delle corti ordinarie[20]. Diversamente, nel procedimento elettorale non sembrano esserci dubbi quanto all'impossibilità di ripararsi in una "non decisione" per mezzo di una accezione estensiva dell'inammissibilità dei ricorsi[21].

In ogni caso, la tesi della inammissibilità per carenza assoluta di giurisdizione dei ricorsi avverso le determinazioni della Commissione di vigilanza, motivata unicamente dalla natura "interna" alle Camere degli atti impugnati, non sembra trovare, ad oggi, alcuna *ratio* giustificativa. Del resto, il regolamento in materia di *par condicio* non è parte degli *interna corporis*, anzi, a dire il vero non ha nulla di interno (riguardando la comunicazione politica che si

[19] Si v. in questo senso l'ord. n. 201001176 del Tar Lazio, sez. Terza *ter*, del 12 marzo 2010 e, sull'altro versante, l'ord. n. 201001179 del Tar Lazio, sez. Terza *ter*, dello stesso giorno, quest'ultima poi confermata da Cons. Stato, Sez. Terza, sent. 30 marzo 2011, n. 1943, relative alla vicenda della campagna elettorale per le elezioni regionali del 2010.

[20] Si v. il caso *Savino e altri c. Italia* (sent. 28 aprile 2009, ricorsi nn. 17214/05, 20329/05, 42113/04), su cui C. Fasone, *L'autodichia delle Camere dopo il caso Savino. Una condanna (lieve) da parte della Corte di Strasburgo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, p. 1074 s.; G. Pelella, Si consolida l'autodichia parlamentare dopo il vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Rassegna Parlamentare*, 2009, p. 1077 s.; B. Randazzo, *L'autodichia della Camera e il diritto al giudice: una condanna a metà*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, p. 1051 s.; S.M. Cicconetti, *Corte europea dei diritti dell'uomo e autodichia parlamentare*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, p. 1271 s.

[21] V., ancora, il Codice, al punto II.3.3.a. e II.3.3.b.: "L'istanza di ricorso in materia elettorale deve essere presentata sia presso una commissione elettorale sia presso un tribunale. […] La procedura deve essere semplice e priva di formalismo, in particolare per ciò che concerne l'ammissibilità del ricorso".

svolge sulla Rai, per altro, anche in occasione di campagne elettorali che non riguardano le elezioni politiche, ma anche le elezioni amministrative, regionali, europee e le campagne referendarie); la sua insindacabilità non appare in alcun modo sorretta dal principio di autonomia costituzionale delle Camere *ex* art. 64 Cost. (come per i regolamenti di Assemblea o eventualmente per i regolamenti parlamentari "minori"), né da esigenze costituzionali di garanzia dell'indipendenza dell'organo emanante (che, per altro, potrebbe ben reagire ad una pronuncia avversa, essendo pacifica la sua legittimazione soggettiva tanto a sollevare quanto a resistere in sede di conflitto di attribuzioni dinanzi alla Corte costituzionale[22]). Insomma, quel regolamento non è altro che un "pezzo" della normativa elettorale "di contorno" che, come tale, non può non trovare un giudice idoneo a sindacarla (e la sua incidenza proprio sul procedimento elettorale porterebbe a preferire una soluzione quanto più rapida ed effettiva)[23].

5. Conclusioni

In conclusione, quanto riportato in questa sede sembra poter fornire ulteriori elementi a sostegno di uno dei temi su cui è stata posta l'attenzione nella introduzione del seminario[24], ossia sulla anomala posizione dell'istituzione parlamentare nel sistema di tutele concernente il procedimento elettorale. Come si è visto, tale anomalia viene in rilievo rispetto a profili sia soggettivi (ossia quando il Parlamento è chiamato ad essere l'organo titolare del controllo), che oggettivi (ossia relativamente ai limiti che si ritengono applicabili al sindacato da parte di organi terzi rispetto alle determinazioni parlamentari riguardanti la disciplina elettorale "di contorno").

A ben vedere, tuttavia, tale anomalia non sembra costituire che una parte di un discorso più ampio, attinente ad una generale interpretazione dell'autonomia parlamentare all'interno del sistema costituzionale. Ci si riferisce,

[22] La legittimazione attiva e passiva della Commissione di vigilanza è infatti riconosciuta sin dall'ord. n. 171 del 1997, circostanza confermata dalle successive pronunce nn. 49 del 1998, 137 e 502 del 2000, 61 del 2008, 69 e 222 del 2009.

[23] Per altro, una simile impostazione fa discendere, nell'approccio fatto proprio dalla giurisprudenza amministrativa, la insindacabilità anche degli atti conseguenti al regolamento della Commissione di Vigilanza, come ad esempio la decisione del CdA Rai di sostituire gli spazi ospitanti le trasmissioni di approfondimento politico con le tribune politiche: v. l'ord. 201001404, del Tar Lazio, sez. Terza *ter*, del 26 marzo 2010, con cui è stata respinta l'inibitoria degli effetti della delibera, appunto, del CdA Rai, proposta da due associazioni di consumatori.

[24] Cfr. l'introduzione di P. Costanzo (in questo *Volume*, p. XXI). Una mal concepita autonomia parlamentare risulta davvero poco comprensibile a maggior ragione in questo ambito, alla luce dell'assenza di un generale divieto di non *liquet*, proprio della giurisdizione, e, invece, quanto più possibile lontano dalla logica del complesso delle funzioni parlamentari, cfr. M. Luciani, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana e non solo*, in www.rivistaaic.it, n. 3/2012.

in generale, alle aporie determinate sia da un certo *self-restraint* della Corte costituzionale, sia da autonome decisioni delle assemblee parlamentari, tali da condurre a soluzioni che non appaiono più sostenibili nell'ambito della legalità costituzionale complessiva. Solo a mo' di esempi, si possono citare l'abbandono di un sindacato pur minimale sulle violazioni delle regole sul procedimento legislativo (rispetto a cui la Corte costituzionale sembra aver in parte disatteso le "promesse" contenute nella storica pronuncia n. 9 del 1959), o gli orientamenti restrittivi sul tema delle ineleggibilità sopravvenute (in relazione alle quali, almeno il Senato, ha perfino "resistito" alle decisioni della Corte costituzionale, come nel caso dei doppi mandati[25]), o ancora il ricorso sistematico all'opposizione delle insindacabilità anche nei casi di evidente assenza del nesso funzionale (rispetto al quale, tuttavia, proprio la via del conflitto interorganico costituisce l'unico mezzo per il ripristino del corretto uso del potere parlamentare).

Rispetto al procedimento elettorale, tuttavia, una possibile via di soluzione potrebbe passare anzitutto per una rilettura in senso riduttivo dell'art. 66 Cost., nel senso di una sua riconduzione al dato letterale dei "titoli di ammissione" circa la competenza parlamentare del controllo sul procedimento elettorale, riducendone così gli ambiti di incidenza in maniera estremamente drastica.

[25] Sul punto, si v., *funditus*, la relazione di G. Rivosecchi (in questo *Volume*, p. 195).

I SIMBOLI ALLA SBARRA. IL CONTENZIOSO SUI CONTRASSEGNI TRA GIUDICI DA INDIVIDUARE E REGOLE DA RIVEDERE

di Gabriele Maestri

Sommario: 1. La natura pre-elettorale del contenzioso sui contrassegni (norme permettendo). – 2. Il problema, mai risolto, del contenzioso sul procedimento preparatorio per le elezioni politiche. – 3. Le norme e i criteri da applicare per valutare l'ammissibilità di un contrassegno. – 4. Conclusioni e prospettive *de iure condendo*.

Dovendo focalizzarsi su uno degli aspetti che possono ricomprendersi sotto l'etichetta «giustizia elettorale», credo valga la pena di concentrarsi sul contenzioso legato ai contrassegni dei partiti e dei gruppi politici che partecipano alle elezioni. Il tema degli emblemi che possono finire su una scheda elettorale, infatti, è in grado di riscuotere l'interesse dei *mass media* (anche solo per curiosità), sebbene la dottrina se ne sia occupata in misura minore. Quanto al contenzioso, si tratta di una fase che mostra varie criticità, alcune delle quali sono di una delicatezza tale da non poter essere ignorate o anche solo accantonate per affrontarle in un secondo momento (magari ignorando del tutto quando quel momento possa arrivare); gli studiosi se ne sono occupati in più di un'occasione, ma con riferimento soprattutto alla fase strettamente connessa della presentazione delle candidature. Non è dunque inutile o inopportuno rivolgere l'attenzione a questo argomento, prendendo in considerazione alcuni punti che meritano qualche riflessione.

1. La natura pre-elettorale del contenzioso sui contrassegni (norme permettendo)

Il primo problema, come è prevedibile, riguarda il soggetto cui spetta decidere le controversie "simboliche" che puntualmente sorgono a ogni scadenza elettorale. Giova ricordare come vari interventi normativi avessero individuato una giurisdizione amministrativa tanto per le elezioni regionali, provinciali e comunali (art. 6, legge n. 1034/1971, in combinato disposto con l'art. 83-*undecies*, d.P.R. n. 570/1960 per le elezioni comunali e l'art.19, legge n. 108/1968 per le elezioni regionali), quanto per le elezioni europee (art. 42, legge n. 18/1979, che individua la competenza del TAR Lazio): tale scelta è stata confermata dall'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo – d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 – che all'art. 126 riporta esattamente gli appuntamenti elettorali citati fin qui (naturalmente non va più considerato il riferimento alle elezioni provinciali, dopo il cd. «decreto salva Italia» (d.l. n. 201/2011, convertito dalla legge n. 214/2011).

Gli articoli successivi, all'atto dell'entrata in vigore del Codice, delineavano un giudizio sensibilmente diverso a seconda del tipo di elezione: se infatti l'art. 129 prevedeva un contenzioso pre-elettorale per le consultazioni comunali e regionali, purché i ricorsi riguardassero «provvedimenti […] concernenti l'esclusione di liste o candidati» – in effetti non si citava e non si cita espressamente l'esclusione di un contrassegno, ma dal momento che l'esame degli emblemi di lista è contestuale a quello della restante documentazione richiesta ai presentatori delle liste o delle candidature e che la ricusazione definitiva di un contrassegno comporta la non ammissione dell'intera lista, si poteva includere anche quest'ipotesi nella fattispecie prevista dall'articolo[1] – non esisteva una disposizione simile per le elezioni europee. L'art. 130, infatti, precisava che tutte le ipotesi non previste dal citato art. 129 ammettono la possibilità di ricorrere ai TAR, ma «soltanto alla conclusione del procedimento elettorale»[2]: contro l'esclusione o l'ammissione di un contrassegno nel procedimento preparatorio delle elezioni europee – ma anche, a leggere in modo rigoroso il testo, contro l'ammissione di un emblema alle elezioni comunali e regionali, non trattandosi di stretta «esclusione»[3] – era dunque possibile solo un contenzioso post-elettorale, essendo previsto prima dello svolgimento delle elezioni unicamente il riesame (eventuale) dei segni distintivi ricusati ad opera dell'Ufficio elettorale nazionale per il Parlamento europeo.

[1] Il dubbio, peraltro, non era del tutto fugato: il testo originario della bozza di codice elaborata dalla "commissione De Lise" e trasmessa al Consiglio dei Ministri, prevedeva all'art. 147 – il cui contenuto era stato in gran parte trasfuso nell'attuale art. 129 – che si potesse ricorrere prima dello svolgimento delle elezioni contro «provvedimenti […] concernenti i contrassegni, le liste, i candidati e i collegamenti». Il fatto che il testo entrato in vigore nel 2010 non prevedesse più l'espresso riferimento ai contrassegni poteva significare tanto – come si è detto prima – che la ricusazione definitiva di un contrassegno fosse già ricompresa nell'esclusione di liste, quanto (basandosi su una lettura molto restrittiva del testo normativo) il suo contrario, cosa che avrebbe fatto annoverare i ricorsi contro l'esclusione di un emblema necessariamente tra i rimedi post-elettorali. Tale soluzione, tuttavia, sembrava poco logica: non ci sarebbe stata ragione per ammettere un ricorso preventivo contro l'esclusione di un candidato e imporre un ricorso solo successivo contro la ricusazione di un emblema che impedisce a un intero gruppo politico di partecipare alle elezioni e – potenzialmente – mette in discussione la validità dell'intera consultazione.

[2] Ciò sulla linea di quanto indicato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 10/2005 – per cui non sarebbe possibile l'impugnazione di un atto del procedimento elettorale prima che sia avvenuta la proclamazione degli eletti e disgiuntamente dall'atto della stessa proclamazione – e di quanto previsto già dalla disciplina previgente.

[3] La precisazione riprende l'argomento letterale della nota n. 1 ed è suffragata anche dal parere della I Commissione di Montecitorio, in cui si chiede «di estendere la tutela anticipata a tutti gli atti del procedimento elettorale preparatorio, inclusi i provvedimenti di ammissione di liste, nonché i provvedimenti relativi ai contrassegni e ai collegamenti, garantendo al contempo che il relativo contenzioso sia definito in tempi compatibili con gli adempimenti del procedimento elettorale e con la data di svolgimento delle elezioni» (A.P. Camera dei Deputati, XVI legislatura – Resoconti delle Giunte e Commissioni – I Commissione, seduta del 16 giugno 2010 – res. sommario, p. 38).

Era ovviamente lecito avere dubbi sull'opportunità di differire la tutela giurisdizionale in situazioni tanto delicate, che mettono in discussione l'interesse di più soggetti – quelli accomunati dallo stesso contrassegno, in questo caso – a partecipare alle elezioni e, ancora di più, pongono seriamente a rischio il diritto a veder tutelato quell'interesse in modo efficace e tempestivo. Non a caso, la Corte costituzionale aveva svolto le stesse osservazioni[4], decidendo su una questione di costituzionalità relativa al citato art. 83-*undecies*, d.P.R. n. 570/1960 (introdotto dalla legge n. 1147/1966), nella parte in cui esso «esclude la possibilità di un'autonoma impugnativa degli atti del procedimento preparatorio alle elezioni, ancorché immediatamente lesivi, anteriormente alla proclamazione degli eletti»: la Consulta, in particolare, nella sentenza n. 236/2010 aveva notato che «l'interesse del candidato è quello di partecipare ad una determinata consultazione elettorale, in un definito contesto politico e ambientale», per cui «ogni forma di tutela che intervenga ad elezioni concluse appare inidonea ad evitare che l'esecuzione del provvedimento illegittimo di esclusione abbia, nel frattempo, prodotto un pregiudizio»[5], configurandosi una violazione degli artt. 24 e 113 Cost.

La posizione della Corte era certamente autorevole, ma aveva complicato non poco il quadro normativo. La sentenza, infatti, era stata depositata nello stesso giorno – il 7 luglio 2010 – in cui veniva pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* il Codice del processo amministrativo, che peraltro disponeva l'abrogazione dell'art. 83-*undecies*, d.P.R. n. 570/1960 cui la sentenza si riferisce, ma riproducendone di fatto il contenuto nell'art. 130; il tutto mentre il Consiglio dei Ministri aveva scelto di disattendere il sistema di ricorsi preventivi configurato in prima battuta dal Consiglio di Stato (in linea con i principi menzionati dalla Consulta), preferendo aderire alla soluzione dell'Adunanza plenaria dei giudici di palazzo Spada del 2005, con cui si tentò (non sempre con successo) di uniformare le interpretazioni delle disposizioni sull'impugnazione degli atti pre-elettorali emerse da vari filoni giurisprudenziali[6]. È

[4] Corte costituzionale, 5-7 luglio 2010, n. 236, pres. Amirante, rel. Cassese.

[5] Ciò anche alla luce dell'art. 44 della legge delega (l. n. 69/2009), in base al quale, secondo la Corte, il Governo sarebbe stato delegato «ad adottare norme che consentano l'autonoma impugnabilità degli atti cosiddetti endoprocedimentali immediatamente lesivi di situazioni giuridiche soggettive» (a dire il vero, però, nell'articolo in questione non si legge questo concetto) e degli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (nei quali è previsto il diritto a un ricorso effettivo, non garantito da disposizioni che prevedano soltanto un ricorso successivo).

[6] La stessa pronuncia della Corte costituzionale, peraltro, segnala come, oltre che dal giudice *a quo*, «Anche in sede legislativa […] l'interpretazione della norma censurata fornita dalla decisione n. 10 del 2005 della Adunanza plenaria del Consiglio di Stato è stata intesa quale regola di "diritto vivente", tanto che ne è stata proposta una modifica parziale». Per un'analisi dei filoni giurisprudenziali, v. P. Quinto, *Il nuovo Codice, il giudizio elettorale e la Corte Costituzionale: una singolare coincidenza* (pubblicato il 15 luglio 2010 su *www.giustizia-amministrativa.it*).

stato dunque naturale chiedersi se, tolta di mezzo la norma che finiva per limitare in modo inaccettabile i diritti dei potenziali candidati alle elezioni comunali, l'illegittimità costituzionale si comunicasse anche alle altre disposizioni che non prevedevano l'impugnazione dei singoli atti procedimentali immediatamente lesivi prima della proclamazione degli eletti, oppure se il rispetto di quel "giudicato costituzionale" necessitasse di ulteriori interventi, del legislatore o di nuovo del giudice delle leggi.

Fino a pochi mesi fa, si poteva escludere che il legislatore, parlamentare o delegato, fosse intervenuto a risolvere questo dubbio in maniera esaustiva. Non si era infatti registrato alcun intervento in materia ad opera delle Camere; quanto al Governo, alla fine del 2011 era intervenuto con un decreto emanato a correzione e integrazione delle disposizioni contenute nel Codice del processo amministrativo, così come previsto dalla legge delega, ma nel d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195 non c'era nemmeno un accenno alla questione di cui si tratta qui, come più in generale all'intera materia del contenzioso elettorale. All'attesa che si era generata, dopo la sentenza della Corte costituzionale e i richiami che tanto la dottrina, quanto le stesse Commissioni avevano fatto al Governo perché intervenisse debitamente in materia elettorale, era seguita una motivata delusione, per l'ennesima occasione mancata, se non addirittura persa (anche in questo caso, la Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato aveva indicato norme *ad hoc* che accoglievano le osservazioni della Consulta)[7].

Fortunatamente, in prossimità della scadenza del termine di due anni dall'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, il Governo ha emanato il d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160, accogliendo quanto richiesto dalla Corte costituzionale, arrivando addirittura a recepire le parole esatte della sentenza n. 236/2010, sia pure limitatamente al contenzioso relativo alle elezioni comunali, regionali ed europee. In sostanza, ora è diventato possibile impugnare autonomamente e prima delle elezioni un qualunque atto del procedimento, purché sia immediatamente lesivo delle posizioni del singolo soggetto: in questa categoria rientrerebbero pacificamente le esclusioni indebite di contrassegni (dal momento che comporterebbero l'impossibilità di partecipare alla competizione elettorale), ma anche le ammissioni indebite degli stessi (soprattutto qualora non fosse stata ravvisata la confondibilità con il proprio emblema oppure non fosse stata adeguatamente valutata,

[7] Si vedano N. Saitta, *Una montagna, un parto prematuro, un topolino (a proposito del primo decreto correttivo del Codice del processo amministrativo)*, in *Giustizia amministrativa*, n. 9/2011 (presente su *www.giustamm.it*, spec. pp. 6-7); Ro. Chieppa, *Un primo bilancio sul nuovo processo amministrativo: il contributo della giurisprudenza e della dottrina prevale sulle aspettative (deluse) di un efficace intervento correttivo del legislatore* (pubblicato su *www.giustizia-amministrativa.it*) e Id., *Il processo amministrativo dopo il correttivo al Codice*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 708-709; P. Torretta, *Verifica dei poteri e Stato costituzionale*, Aracne, Roma, 2012, p. 191 ss.

ponendo il partito il cui simbolo è stato "clonato" a serio rischio di uno storno di voti). A queste condizioni, sembra di poter considerare finalmente assicurato, per i tipi di elezioni sopra ricordati, il sindacato pre-elettorale in materia di contrassegni, salvaguardando i diritti e gli interessi di coloro che desiderano partecipare alle elezioni e, nel contempo, garantendo pure il rispetto del giudicato costituzionale: in assenza delle modifiche del 2012, infatti, avrebbe probabilmente avuto gioco facile chi avesse chiesto di sollevare una questione di legittimità costituzionale dopo aver fatto ricorso contro un'indebita ammissione di un contrassegno, ma ancora di più avendo impugnato un provvedimento di ricusazione di emblema alle elezioni europee (potendo far valere un'incostituzionalità *ex* art. 3 Cost., per l'irragionevole disparità di trattamento rispetto agli altri tipi di elezioni prima considerati).

2. Il problema, mai risolto, del contenzioso sul procedimento preparatorio per le elezioni politiche

Se, come si è appena detto, si è arrivati a garantire adeguata tutela – sia pure dopo vari tentativi – in materia di presentazione dei contrassegni alle elezioni comunali, regionali ed europee, non si può proprio dire lo stesso per quanto riguarda le elezioni politiche: si protrae infatti la situazione quasi surreale di "conflitto negativo" tra giudici ordinari e amministrativi da una parte e Camere (*rectius*: le Giunte per le elezioni dei due rami del Parlamento) dall'altra. Nessuno di questi soggetti, in fondo, ritiene di potersi o doversi occupare del contenzioso sugli atti del procedimento pre-elettorale (relativi non soltanto all'ammissione o alla ricusazione dei contrassegni, ma anche all'ammissione delle liste), causando un «buco nero giurisdizionale»[8] che finisce puntualmente per comprimere soprattutto i diritti di chi si sente ingiustamente escluso dalla competizione elettorale.

Tutto, come è noto, prende avvio dall'interpretazione dell'art. 66 Cost., per cui non è chiaro se dire che «Ciascuna Camera giudica dei *titoli di ammissione dei suoi componenti*» e affermare successivamente che ogni Camera «pronunzia giudizio definitivo sulle contestazioni, le proteste e, in generale, su tutti i reclami presentati agli uffici delle singole sezioni elettorali o all'ufficio centrale durante la loro attività o posteriormente», essendo ad essa «riservata la convalida della elezione dei propri componenti» (art. 87, d.lgs. n. 361/1957), riservi alle stesse Camere o alle loro Giunte giurisdizione anche sugli atti del procedimento elettorale preparatorio, compresi quelli legati alla presentazione dei contrassegni.

La posizione assunta in modo consolidato dai giudici ordinari propende decisamente per il *difetto assoluto di giurisdizione*, ritenendo che la verifica

[8] L'espressione si deve a V. Iacovissi, *Verso un nuovo giudice per il procedimento elettorale preparatorio*, in *Rass. parl.*, 2010, n. 3, p. 681 ss.

dei poteri riservata alle Camere – comprendendo anche i reclami ai vari uffici elettorali interessati – riguardi anche gli atti preparatori, compreso l'esame dei contrassegni: la messa in dubbio di un'esclusione di candidatura pone in discussione il quadro degli eletti in una circoscrizione, per cui il controllo su una candidatura si trasformerebbe in una verifica sui titoli di ammissione, compresi quelli legati alle operazioni pre-elettorali, con un controllo che non può non spettare alle Camere, «esclusiv[o] di ogni sindacato alternativo, concorrente o successivo» di altri giudici[9]. Questa posizione non è sostanzialmente cambiata pur essendo mutato il pensiero sulla natura degli uffici elettorali, da organi straordinari delle Camere[10] a «parte della pubblica amministrazione» (per un parallelismo con le altre tipologie elettorali)[11]: per i giudici ordinari la cognizione da parte delle Camere e delle loro Giunte sarebbe sufficiente per assicurare l'interesse dei singoli alla partecipazione alle elezioni e il diritto a un controllo sulla legittimità delle operazioni che precedono le elezioni.

Una posizione «estensivista *tout court*» di questo tipo è stata a lungo presente anche tra i giudici amministrativi, tanto in passato quanto in tempi recenti[12]: magari si è riscontrata poca chiarezza nella formulazione delle disposizioni, ma ciò non ha impedito di riconoscere comunque alle Camere giurisdizione in materia, per assicurare un esame pieno sugli atti che portano all'elezione dei loro componenti e «anche per necessità di completezza del sistema»[13]. Dal 2006 si sono fatti strada altri due orientamenti significativi[14] che, pur negando ugualmente spazio all'intervento dei giudici in materia, muovono da premesse diverse. La posizione "estensivista critica", nel negare la giurisdizione dei tribunali amministrativi, riconosce che gli uffici elettorali svolgono un'attività formalmente amministrativa, «ma nella sostanza giurisdizionale o, quanto meno, paragiurisdizionale» e di fatto suggeriscono l'opportunità di un intervento del legislatore per ridistribuire le competenze in materia, senza che questo tuttavia scoraggi dall'inclusione della verifica sugli atti preparatori nell'ambito della verifica dei poteri[15]. L'orientamento

[9] Cass., sez. un. civ., 31 luglio 1967, n. 2036, in *Foro it.,* 1967, I, pp. 2010 ss; più di recente v. anche Cass., sez. un. civ., 6 aprile 2006, nn. 8118 e 8119.

[10] Cass., sez. un. civ., 31 luglio 1967, n. 2036, in *Foro it.,* 1967, I, pp. 2010 ss.

[11] Cass., sez. un. civ., 22 marzo 1999, n. 172.

[12] V. ad esempio, TAR Sicilia (Catania), sez. I, (ord.) 9 marzo 1994, n. 650; TAR Sicilia (Palermo), sez. I, (ord.) 10 marzo 1994, n. 172; TAR Calabria (Catanzaro), 29 marzo 1994, n. 417; TAR Sicilia (Catania), sez. I, 6 agosto 1994, n. 1727.

[13] Cons. Stato, sez. IV, (ord.) 21 marzo 2006, n. 1386.

[14] La ricostruzione degli orientamenti è chiara in L. Trucco, *Contenzioso elettorale e verifica dei poteri tra vecchie – ma mai superate – e nuove questioni*, in *Rass. parl.*, 2006, fasc. 3, pp. 809-830; Id., *Ammissibilità delle liste elettorali: un chiarimento «una volta per tutte»?*, pubblicato su *www.giurcost.org*.

[15] TAR Lazio (Roma), sez. II *bis*, 20 aprile 2006, nn. 3396, 3397 e 3398.

rappresentato invece da una sentenza del TAR Catania[16] critica duramente l'assenza di norme che devolvano al giudice amministrativo la giurisdizione sugli atti del percorso pre-elettorale politico, marca la necessità «che alle elezioni partecipino schieramenti immodificabili» e precisa che nessun controllo *ex post* su simboli e liste può «salvaguardare il corretto dispiegarsi del principio della sovranità popolare». La sentenza sottolinea pure che dall'esame dei «componenti» delle Camere (come recita l'art. 66 Cost.) resta escluso chi non è componente dell'assemblea e non ha nemmeno partecipato alla competizione elettorale (così come tra le «contestazioni», le «proteste» e i «reclami» *ex* art. 87 t.u. Camera non sarebbero compresi le opposizioni e i ricorsi utilizzati per contestare le decisioni su un contrassegno o su una lista); nonostante ciò, tuttavia, si ritiene che in mancanza di un affidamento esplicito ai giudici amministrativi di questa parte di contenzioso pre-elettorale, non si possa estendere la giurisdizione amministrativa oltre il previsto.

Non sono peraltro passate inosservate le (poche) pronunce che hanno invece riconosciuto la competenza dei giudici amministrativi in materia di contenzioso elettorale politico[17]: pur trattandosi di casi isolati, hanno mostrato che uno spazio per la giurisdizione amministrativa può essere individuato considerando la natura amministrativa degli organi che gestiscono le operazioni elettorali per le elezioni politiche e dei loro atti e la conseguente necessità di individuare, anche alla luce dell'art. 113 Cost., strumenti di tutela nei confronti di atti oggettivamente e soggettivamente amministrativi. Per quanto non abbiano avuto seguito, alla dottrina non è sfuggita l'importanza del primo auto-riconoscimento di titolarità di giurisdizione e competenza in materia di contenzioso pre-elettorale politico e hanno destato scalpore le ordinanze del Consiglio di Stato che, nel 2008, hanno messo a rischio lo svolgimento delle elezioni politiche[18] semplicemente perché hanno riconosciuto (con una motivazione molto stringata) agli atti del procedimento elettorale preparatorio la natura di atti amministrativi e per ciò solo li hanno fatti rientrare nella giurisdizione del giudice amministrativo, pur con tutti i problemi che ciò comporta (manca pur sempre una previsione espressa e i tempi del processo amministrativo si adattano male alle scadenze imposte alla fase preparatoria).

Se questo è l'atteggiamento dei giudici, le giunte parlamentari – dopo una prima fase, essenzialmente fino all'inizio degli anni '90, in cui in qualche modo si erano sentite titolate e competenti a giudicare i ricorsi sul procedimento

[16] TAR Sicilia (Catania), sez. I, 22 aprile 2006, n. 629.

[17] CGA Sicilia, (ord.) 5-6 aprile 2006, n. 218; Cons. Stato, sez. V, (ord.) 1° aprile 2008, nn. 1743 e 1744.

[18] Questo potere "distruttivo" delle ordinanze nn. 1743 e 1744/2008 del Consiglio di Stato è stato "disinnescato", come è noto, da Cass., sez. un. civ., 8 aprile 2008, n. 9151, che ribadisce ancora una volta il difetto assoluto di giurisdizione di giudici ordinari e amministrativi, a vantaggio delle Camere.

pre-elettorale, pur decidendo puntualmente di rigettarli[19] – dal 1996 hanno iniziato un'attività sistematica di "autospoliazione" di competenze in materia di atti preparatori alle elezioni politiche. Prima lo hanno fatto sostenendo che la verifica dei poteri, essendo «finalizzata alla verifica dei titoli di ammissione degli eletti», non comprende il controllo su atti, come l'ammissione o l'esclusione di contrassegni e liste, che non abbiano poi rilevanza sulla successiva fase di votazione[20]; dopo l'adozione di una nuova legge elettorale, con sistema proporzionale pesantemente corretto (l. n. 270/2005) e il riscontrarsi di un aumento notevole del contenzioso, ai motivi inizialmente addotti e tuttora validi si aggiungono quelli legati alla legge elettorale. Il sistema elettorale così congegnato, infatti, non consente di configurare delle elezioni suppletive per le sole circoscrizioni caratterizzate da irregolarità nelle ammissioni o nelle esclusioni e l'eventuale scoperta di vizi negli atti potrebbe portare a dover ripetere per intero le elezioni, provocando una sorta di autoscioglimento che le Giunte camerali proprio non possono produrre[21]. Riflessioni e relazioni all'interno di entrambe le Giunte non sembrano sortire particolari cambiamenti di posizione, pur riconoscendo l'importanza e l'indifferibilità di taluni problemi legati all'assenza di una tutela effettiva (e preventiva) per chi non è messo in condizione di partecipare alle elezioni e di fatto si trova "sguarnito" in questo conflitto negativo.

In tutto questo, la Corte costituzionale non gioca un ruolo propositivo e virtuoso: in più di un caso, anzi, sembra preoccupata soprattutto di togliersi d'imbarazzo, per non dover intervenire nelle questioni legate alla verifica dei poteri. Capita più volte che la Consulta sia chiamata ad analizzare il problema degli atti del procedimento propedeutico alle elezioni politiche, ora sotto la forma del conflitto negativo di attribuzione, più spesso attraverso questioni di legittimità costituzionale; ogni volta, tuttavia, i giudici costituzionali scelgono la formula meno impegnativa per l'organo di cui fanno parte – non di rado con motivazioni molto succinte – cercando di non entrare nel merito di quella che viene di fatto sentita dalla Corte come una *political question*, in cui dovrebbe esprimersi solo la discrezionalità del legislatore sul "merito politico" delle scelte da compiere[22].

[19] V. i resoconti sommari della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato relativi alla I legislatura (seduta del 2 dicembre 1948) e alla II legislatura (sedute del 19 e 26 novembre 1953), nonché alla III legislatura (seduta del 24 luglio 1958) e alla VI legislatura (seduta del 6 marzo 1975), fino alla XI legislatura (seduta del 24 giugno 1992).

[20] V. Giunta delle elezioni della Camera, XIII legislatura (seduta del 9 ottobre 1996) e Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato, XIII legislatura (seduta del 21 settembre 1999).

[21] V. *ex multis*, Giunta delle elezioni della Camera, XV legislatura (sedute del 7 novembre, 5 dicembre, 6 dicembre, 12 dicembre, 13 dicembre 2006) e XVI legislatura (seduta del 9 luglio 2008); Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato, XVI legislatura (seduta del 31 luglio 2008).

[22] In questo senso, v. C. Chiola, *Sindacato sulla legittimità del contrassegno di partiti. Una nuova* political question*?*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 4035 ss.

Anche quando, come nella pronuncia più recente[23], la Consulta dà ragione al giudice *a quo* sulla inconciliabilità delle posizioni attuali tra giustizia civile o amministrativa e Giunte parlamentari, sottolinea che ciò (e l'incertezza delle norme da applicarsi) è dovuto a «una divergenza interpretativa delle disposizioni vigenti, che può e deve essere risolta con gli strumenti giurisdizionali, comuni e costituzionali, esistenti», ossia un regolamento di giurisdizione (che spetta alla Cassazione) o un conflitto di attribuzione (che compete invece alla Corte costituzionale), senza alcuno spazio per un giudizio di legittimità costituzionale. Da un certo punto di vista, è stata la stessa Consulta a indicare come strada possibile quella del conflitto di attribuzione per delimitare con esattezza le sfere di competenza tra Giunte e giudici alla luce dell'art. 66 Cost., magari arrivando a una lettura restrittiva della verifica dei poteri[24] (sebbene per qualcuno la pronuncia possa essere assimilata a una sentenza lievemente monitoria nel riconoscere come corretta l'interpretazione della Cassazione e nell'invitare di fatto il legislatore a chiarire la situazione)[25].

Molte speranze erano riposte nell'emanazione del Codice del processo amministrativo, considerando che la legge delega dava espressamente al Governo mandato di introdurre la «giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie concernenti atti del procedimento elettorale preparatorio per le elezioni per il rinnovo della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, mediante la previsione di un rito abbreviato in camera di consiglio che consenta la risoluzione del contenzioso in tempi compatibili con gli adempimenti organizzativi del procedimento elettorale e con la data di svolgimento delle elezioni». Anche in questo caso, la Commissione speciale del Consiglio di Stato aveva predisposto un testo adeguato da questo punto di vista, ma il Governo ha provveduto a togliere quelle disposizioni, lasciando del tutto non esercitata la delega in tema di contenzioso elettorale politico: in questo caso, infatti, nessuno dei decreti legislativi correttivi e integrativi si è minimamente occupato di questo ambito, nemmeno "in zona Cesarini", lasciando che il termine per la delega legislativa spirasse senza alcun risultato.

Convincono poco le giustificazioni dell'Esecutivo, in base alle quali «[i] tempi serrati di tale fase preparatoria – insuperabili per il vincolo posto dall'art. 61 della Costituzione, che impone di espletare le elezioni politiche nei 70 giorni dal decreto presidenziale di scioglimento delle Camere precedenti – hanno sconsigliato il Governo dall'intraprendere la via della soppres-

[23] Corte costituzionale, 5-19 ottobre 2009, n. 259, pres. Amirante, red. Silvestri.

[24] V, per esempio E. Lehner, *L'apertura condizionata della Corte sulla verifica dei poteri, tra tutela dell'autonomia parlamentare e garanzia dei diritti di elettorato passivo*, nota a Corte cost., sent. n. 259/2009, in *Giur. cost.*, 2009, 5, p. 3620 ss; Iacovissi, *Verso un nuovo giudice*, cit., p. 693 parla espressamente di un suggerimento della Consulta verso «strumenti di natura rimediale che le consentano una analisi più approfondita del problema».

[25] P. Torretta, *Quale giudice per il contenzioso pre-elettorale politico? Riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 259 del 2009*, pubblicato il 26 aprile 2010 su *www.forumcostituzionale.it*.

sione del procedimento amministrativo di competenza dell'Ufficio elettorale centrale nazionale»; sembrano più credibili (anche se non confortano di certo) le parole della parlamentare Pdl Anna Maria Bernini, secondo la quale «ragioni di discrezionalità politica hanno indotto il Governo a non intervenire».

Si è in presenza, qui, di una vera occasione perduta intenzionalmente: il testo preparato dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, pur non essendo il migliore possibile, aveva il pregio di uniformare seriamente le procedure di contenzioso tra elezioni politiche e tutti gli altri tipi di consultazione elettorale e considerava espressamente anche i contrassegni, quasi a riconoscere il valore autonomo del loro deposito ed esame, distinto anche come fase rispetto alla presentazione e alla valutazione delle liste o delle candidature. Purtroppo la scelta di espungere queste disposizioni dal testo del decreto legislativo rischia seriamente di consegnare a un rinnovato e poco apprezzabile *deficit* di tutela le ormai prossime elezioni politiche, proprio ora che il tempo e gli strumenti per intervenire c'erano.

3. Le norme e i criteri da applicare per valutare l'ammissibilità di un contrassegno

Se i primi due punti sono stati considerati in più di un caso dalla dottrina, sia pure con più attenzione per le liste e le candidature che non per i contrassegni, esiste un ulteriore aspetto del contenzioso (*de iure condito*, in questo caso) che non merita di essere tralasciato. Oltre a interrogarsi su chi è competente a giudicare sul contenzioso e sul momento in cui questo si colloca, infatti, è bene analizzare anche le regole che gli organi competenti sono chiamati ad adottare nel momento in cui devono giudicare su ogni singolo caso.

Interrogarsi sulle norme da applicare significa, in fondo, chiedersi quanto agevolmente i canoni seguiti dagli organi chiamati a valutare in prima istanza l'ammissibilità di un emblema prima delle elezioni possano essere applicati all'interno del contenzioso, verificando nel contempo se in sede di operazioni pre-elettorali erano stati utilizzati in modo corretto. Si tratta di un passaggio non facile, né scontato, dal momento che quest'operazione non richiede soltanto l'analisi delle disposizioni scritte, ma anche attenzione per come, nella prassi, vengono applicate, oltre che per eventuali norme non messe per iscritto, ma comunque da tenere in considerazione.

Ora, le varie fonti normative prevedono disposizioni diverse per i vari livelli di elezione, anche se poi fondamentalmente i criteri utilizzati per valutare l'ammissibilità di un contrassegno sono piuttosto simili: in tutte le discipline è previsto il divieto di confondibilità, il divieto di uso di simboli usati tradizionalmente da partiti presenti in Parlamento e (con l'esclusione di alcune realtà regionali) il divieto di uso di immagini e soggetti religiosi; riguarda soltanto le elezioni politiche ed europee, invece, l'inammissibilità di

un contrassegno presentato al solo scopo di precluderne l'uso a chi vi abbia interesse, mentre le leggi regionali presentano alle volte contenuti specifici (ad esempio l'inammissibilità di contrassegni che siano già stati esclusi da altre consultazioni elettorali per effetto di un provvedimento giurisdizionale emesso negli ultimi tre anni, mentre le Regioni a statuto speciale prevedono in alcuni casi ulteriori previsioni che non vale la pena di analizzare qui).

Posto che, ovviamente, i TAR sono chiamati di volta in volta ad applicare la normativa in vigore, a seconda del tipo di elezioni, certamente il punto nevralgico di tutta la materia è rappresentato dalla non confondibilità degli emblemi: si tratta infatti di un parametro in cui l'apprezzamento soggettivo di chi è chiamato a valutare l'ammissibilità di ogni singolo segno ha un ruolo importante. Certamente la potenziale discrezionalità che la valutazione di confondibilità porta inevitabilmente con sé nel tempo si è almeno in parte ridotta, soprattutto grazie allo stratificarsi delle decisioni dei vari organi amministrativi o giudiziari chiamati a esprimersi (cui va aggiunto anche il parere che il Consiglio di Stato ha reso nel 1992 sull'uso dei simboli legati a una tradizione politica)[26] e che dunque di solito vengono tenute in considerazione nei casi successivi, almeno per i criteri che hanno adottato per apprezzare la confondibilità; ciò nonostante, alcune difficoltà restano.

Si pensi ai commi 3 e 4 dell'articolo 14 del d.lgs. n. 361/1957, che ora – soprattutto dopo l'introduzione del colore nella stampa delle schede – richiedono prima delle elezioni politiche ed europee una valutazione della confondibilità molto dettagliata, non avendo più solo riguardo alla «rappresentazione grafica e cromatica generale» o ai simboli riprodotti, ma anche ai «singoli dati grafici» alle «espressioni letterali», alle «parole o le effigi costituenti elementi di qualificazione degli orientamento o finalità politiche», queste ultime «anche se in diversa composizione o rappresentazione grafica»: l'eventuale giudice amministrativo che prima o poi dovesse decidere un ricorso contro la ricusazione di un simbolo dovuta alla confondibilità – la cosa però varrebbe già ora per un ricorso nella fase prodromica alle elezioni europee – dovrà conciliare questi criteri particolarmente attenti ai dettagli con il principio, ormai "codificato" da anni ma di segno opposto rispetto alle regole appena viste, che prevede che la valutazione di confondibilità sia sintetica e non analitica[27]. Allo stesso modo, se si è ormai concluso che l'esame dei contrassegni viene fatto a tutela e nell'interesse dell'elettore, occorre prudenza nell'utilizzare il parametro del cd. «elettore di ordinaria diligenza»[28]

[26] Cons. Stato, sez. I, parere del 19 febbraio 1992, n. 281 (basato su Ministero dell'Interno – Direzione generale dell'amministrazione civile – Direzione centrale per i servizi elettorali, Relazione n. 09200428, 23 gennaio 1992).

[27] V., *ex multis*, TAR Veneto, sez. I, 16 gennaio 2002, n. 75.

[28] Ufficio elettorale nazionale per il Parlamento europeo, decisione su opp. n. 2/2004, 1° maggio 2004, Federazione dei Verdi c. Federazione nazionale Verdi Verdi – Verdi Federalisti;

che può portare a riconoscere un rischio di confondibilità anche quando non è così marcato, se si ha un'idea poco lusinghiera dell'elettore medio italiano (il che, peraltro, mal si concilia con l'osservazione, proposta oltre dieci anni fa dal Consiglio di Stato, in base alla quale il livello di maturità dell'elettorato è certamente maggiore rispetto al passato[29]).

La norma sui simboli religiosi merita almeno un cenno, se non altro per la mancanza di univocità con cui viene applicata, soprattutto avendo riguardo alla sua genesi (cioè si voleva censurare l'uso di un segno religioso limitato alle sole elezioni, mentre non sarebbe stato da censurare un uso comune e quotidiano)[30]: qui non si può non notare una discrezionalità fin troppo marcata nell'esame da parte del Ministero dell'interno, pertanto un giudice dovrebbe compiere un controllo molto attento. Una particolare attenzione dovrebbe essere usata anche per quei criteri che non sono compresi in alcun testo normativo, ma che i funzionari del Viminale hanno ritenuto di dover elaborare e applicare comunque: si pensi, ad esempio, all'uso dei nomi propri o di marchi all'interno degli emblemi, oppure all'uso di immagini o parole che potrebbero far scattare fattispecie di illiceità[31].

Tra queste ipotesi, merita di essere ricordata quella legata all'uso del fascio littorio e al potenziale suo contrasto con la XII disposizione finale della Costituzione: quasi vent'anni fa il Consiglio di Stato ha sottolineato che, per quanto riguarda la partecipazione alle elezioni, «l'emblema del fascio romano, disgiunto dalla parola "fascismo", si può considerare ammissibile»[32], eppure negli anni non sono mancati casi in cui – anche da parte del Ministero dell'interno – è stato oggetto di censure proprio l'uso del fascio. Convivono dunque casi in cui si disattende completamente un parere autorevole come quello considerato e altri in cui la stessa posizione è rispettata: urge dunque arrivare quanto prima a un'applicazione univoca, che tenga possibilmente conto della necessità di interpretare restrittivamente tanto la XII disposizione finale quanto la "legge Scelba", così come la stessa giurisprudenza ha riconosciuto più volte.

Nelle elezioni regionali e comunali, invece, gli organi di giustizia amministrativa investiti dei ricorsi legati ai contrassegni fanno i conti generalmente con regole meno stringenti sulla confondibilità, prive di tutte quelle indicazioni di dettaglio che sono state viste prima. Si riscontra in più una

TAR Veneto, sez. I, 16 gennaio 2002, n. 75; esemplificativa di tutte le decisioni successive era già TAR Emilia Romagna (Bologna), 6 giugno 1975, n. 272.

[29] Cons. Stato, sez. V, 28 marzo 1999, n. 344.

[30] A.P. Camera dei Deputati, II legislatura – discussioni, seduta antimeridiana del 2 marzo 1956, n. 392, p. 23943 ss.

[31] Non sia considerato inelegante rimandare alla trattazione più ampia e dettagliata in G. Maestri, *I simboli della discordia. Normativa e decisioni sui contrassegni dei partiti*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 246-264.

[32] Cons. Stato, sez. I, parere del 23 febbraio 1994, n. 173.

generale minore severità dell'esame rispetto a quello condotto dal Ministero dell'interno per le elezioni politiche ed europee, in modo da favorire il più possibile la partecipazione a elezioni di livello locale (l'atteggiamento, peraltro, è motivato in parte anche dal tempo molto più breve che viene dedicato all'esame dei contrassegni, che deve svolgersi in contemporanea a quello sulle liste e sulla documentazione). Anche questo è un criterio che, pur non essendo codificato per iscritto, deve rientrare nelle valutazioni dei giudici chiamati a intervenire nel contenzioso relativo ai contrassegni: costoro, insomma, dovrebbero per lo meno tenere conto di questo indirizzo, anche se naturalmente è ben difficile tradurre in "regola" una generica tendenza di *mild scrutiny*, che comunque non è mai uguale a se stessa.

4. Conclusioni e prospettive *de iure condendo*

Dovendo trarre alcune conclusioni da quanto si è visto sin qui, si può sostenere che, ad oggi, non si è fatto ancora abbastanza per regolare nel modo migliore il procedimento contenzioso legato ai contrassegni presentati alle elezioni. Va considerato certamente con favore l'intervento operato – sia pure a tempo quasi scaduto – con il d.lgs. n. 260/2012, per cui finalmente viene garantita la tutela pre-elettorale a chi si ritiene leso da provvedimenti relativi agli emblemi in quasi tutti gli appuntamenti elettorali. Restano però escluse da quel tipo di tutela proprio le elezioni politiche, certamente quelle più delicate per il funzionamento della democrazia: il perdurare di questa situazione non è minimamente accettabile, specie se si considera che una soluzione, pur perfettibile, sarebbe stata a portata di mano se solo ci fosse stata la volontà di recepire quanto era già stato proposto dalla Commissione del Consiglio di Stato.

Nella prossima legislatura, sarà assolutamente necessario porre mano seriamente a questa disciplina, se non altro per indicare chiaramente, senza lasciare più alcuno spazio al dubbio, chi debba occuparsi del contenzioso in materia di contrassegni nella fase preparatoria delle elezioni politiche. C'è, è vero, la pronuncia del 2008 della Corte di Cassazione, che assegna nettamente questo compito alle Camere, ma si è visto come le Giunte delle elezioni siano rimaste ferme nella loro posizione (forse comprensibile, ma egualmente grave quanto agli effetti) che di fatto nega a chi si senta leso da un provvedimento del Ministero dell'interno ogni possibilità di ottenere giustizia: anche l'atteggiamento della Corte costituzionale, che di fatto si è limitata a dire «l'incertezza c'è, ma è colpa di chi la interpreta, non della norma», non aiuta in nulla a risolvere il problema.

Un intervento normativo potrebbe limitarsi a tradurre in disposizioni esplicite ciò che quasi tutti i giudici – salvo poche eccezioni citate prima – hanno riconosciuto sin qui, dunque che spetta alle Giunte delle Camere decidere sul contenzioso pre-elettorale (e non solo in materia di contrassegni).

Sarebbe decisamente auspicabile, invece, che il legislatore optasse per una soluzione diversa e affidasse, per esempio, la cognizione delle liti legate agli emblemi elettorali al giudice amministrativo: nel farlo, si potrebbe ricalcare quanto già previsto nel Progetto di Codice del processo amministrativo, con un primo grado di giudizio davanti al TAR Lazio, da introdurre in quarantott'ore e da decidere il giorno successivo, e un eventuale secondo grado davanti al Consiglio di Stato con gli stessi tempi. I temi – bisogna ammetterlo – sarebbero piuttosto ristretti e difficilmente potrebbero consentire un esame approfondito delle questioni[33], con una "compressione" del diritto di difesa non troppo accettabile in una sede che non è istituzionalmente di cognizione sommaria; il compromesso rappresentato da quella soluzione, tuttavia, sarebbe pur sempre un passo avanti notevole rispetto alla situazione attuale, che si protrae da troppo tempo.

Sempre in materia di rito, peraltro, un altro scenario *de iure condendo* da non scartare – anche se obiettivamente meno realizzabile, per vari motivi di opportunità – sarebbe la creazione di una sezione specializzata in materia elettorale, o per lo meno qualcosa di simile, anche all'interno di Tribunali e Corti d'appello presso le quali attualmente viene costituito l'Ufficio centrale circoscrizionale, cui durante le elezioni politiche è affidato, tra l'altro, il compito di esprimersi sulle liste presentate da partiti e gruppi. Non si tratterebbe tanto di destinare determinati giudici esclusivamente alla materia elettorale (sarebbe antieconomico riservare determinate figure a un ambito che conosce lunghi periodi di attività pressoché nulla, a fronte di brevi spazi di tempo in cui oggettivamente il carico di lavoro è notevole), quanto piuttosto di richiedere per legge l'individuazione permanente di un certo numero di magistrati da destinare a quel compito, in aggiunta a quelli che regolarmente svolgono[34], e di garantire sempre per legge la formazione continua di quelle figure: quella delle elezioni è una materia estremamente delicata e complessa, per la quale occorre una preparazione approfondita, non certamente limitata ai periodi che precedono le consultazioni.

Da ultimo, non è fuori luogo la speranza che il Ministero dell'interno provveda quanto prima a dare indicazioni più precise quanto ai criteri di ammissione e ricusazione dei contrassegni. È pur vero che da molto tempo, tra le pubblicazioni elettorali curate dalla Direzione centrale dei servizi elettorali ce n'è una intitolata *Istruzioni per la presentazione e l'ammissione delle candidature*, che dedica diverse pagine al deposito e all'esame degli emblemi; è altrettanto vero che l'attuale versione dell'art. 14, commi 3 e 4 del d.lgs. n. 361/1957, ossia le disposizioni in materia di confondibilità, è maggiormente

[33] Sulla stessa linea L. Platania, *In tema di contenzioso sugli atti del procedimento elettorale preparatorio*, pubblicato in *www.forumcostituzionale.it*.

[34] Non è escluso che questa pratica sia già svolta nei fatti, con alcune figure che vengono nominate con continuità, ma ciò non fa venire meno l'importanza di questa proposta.

dettagliata rispetto al passato e dovrebbe in qualche maniera dare indicazioni più chiare ai lettori (soggetti interessati a presentare un contrassegno, funzionari incaricati dell'esame, giuristi, giudici chiamati a intervenire in sede di contenzioso)[35].

È innegabile, tuttavia, che sarebbe molto d'aiuto se gli esperti del Viminale raccogliessero in una pubblicazione apposita – ovviamente aggiornabile al bisogno – non solo le norme e alcune prassi già note, ma anche alcuni precedenti significativi o, comunque, riferimenti a casi pratici che consentano una valutazione più accorta e meditata circa la validità degli emblemi; si dovrebbe anche indicare chiaramente quali criteri ulteriori, rispetto quanto è già contenuto nel citato art. 14, devono essere rispettati da chi intende depositare un simbolo, così che possa arrivare con meno problemi sulle schede elettorali. Qui non occorre nessun intervento normativo, non è necessario un regolamento vero e proprio: basterebbero, probabilmente, realismo, buona volontà e pazienza in dosi sufficienti a evitare incertezze da parte degli interpreti, lasciando loro naturalmente quel minimo di discrezionalità che è indispensabile per valutare le particolarità di ogni singolo caso.

[35] Secondo alcuni interpreti, la prova di questa maggiore chiarezza sarebbe data dal fatto che, nelle ultime tre consultazioni di livello nazionale, su 25 decisioni dell'Ufficio elettorale centrale nazionale, ben 23 hanno confermato la valutazione espressa in prima istanza dal Viminale.

L'ATTO DI INDIZIONE DELLE ELEZIONI: TRA INCERTEZZE E DIMENTICANZE NORMATIVE, IL GIUDICE AMMINISTRATIVO «INTEGRA» IL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

di Giovanna Perniciaro

Sommario: 1. L'«ingorgo» istituzionale ed elettorale. - 2. A chi spetta indire le elezioni ed «entro» quale termine. - 3. La vicenda della Regione Lazio e la *querelle* sulla dizione «entro tre mesi» (dallo scioglimento del Consiglio): *dies ad quem* per l'indizione o per lo svolgimento delle elezioni?- 3.1. Un cenno ai «precedenti». - 3.2. La disciplina statutaria in materia di scioglimento anticipato e *prorogatio*. - 3.3. Tar e Consiglio di Stato «fanno il punto» sulla natura dell'atto di indizione. - 4. Spunti conclusivi.

1. L'«ingorgo» istituzionale ed elettorale

Il primo semestre del 2013 si presenta, dal punto di vista delle scadenze elettorali, particolarmente sovraffollato.

La fine del mese di aprile coincide con la scadenza naturale delle Camere (la prima riunione della XVI legislatura si era infatti tenuta il 29 aprile 2008). Pochi giorni più avanti termina, poi, il settennato del Presidente della Repubblica, eletto il 10 maggio del 2006.

Quelle appena richiamate sono le scadenze «naturali» ma, invero, le elezioni per il rinnovo di Camera e Senato sono state anticipate al 24 e 25 febbraio 2013, dopo che, a seguito delle dimissioni rassegnate dal governo Monti, le due Assemblee sono state sciolte il 22 dicembre 2012.

Lo scioglimento anticipato ha messo fine al dibattito – che si era già iniziato ad alimentare in dottrina[1] – circa quale fosse la soluzione più opportuna all'«ingorgo» istituzionale che si profilava: ovvero, la nomina del nuovo governo sarebbe spettata all'attuale o al nuovo Capo dello Stato?

Stando alla Carta costituzionale, infatti, il Presidente della Camera convoca il Parlamento in seduta comune per l'elezione del nuovo Presidente della Repubblica trenta giorni prima che scada il settennato (ossia, nel caso di specie, il 15 aprile 2013). Se la legislatura si fosse conclusa alla naturale scadenza dei cinque anni, dunque, è probabile che le elezioni si sarebbero tenute nel mese di aprile e, dunque, delle due una: o, senza soluzione di continui-

[1] Si vedano le riflessioni di S. Ceccanti, *Capire l'ingorgo istituzionale*, su *www.huffingtonpost*, 16 novembre 2012, il quale richiama i due precedenti (che presentano comunque elementi di diversità) del 1992 e del 2006 (su quest'ultimo, M. Raveraira, *Note a margine dell'ingorgo istituzionale dopo le elezioni*, *www.federalismi.it*, 20 aprile 2006).

tà, una volta insediate, le Camere si sarebbero riunite in seduta comune per procedere all'elezione del nuovo Capo dello Stato, al quale sarebbe quindi spettato il compito di nominare il nuovo governo; o, al contrario, si sarebbe dovuta aspettare la nomina del nuovo governo da parte del "vecchio" Presidente, prima di convocare il Parlamento in seduta comune per l'elezione del Presidente della Repubblica[2].

La prima riunione delle Camere, però, è già stata fissata, al 15 marzo 2013, e, pertanto, è oramai pacifico che a nominare il nuovo governo sarà il Presidente Napolitano, al termine del suo settennato[3].

Ma, se l'«ingorgo» istituzionale è stato risolto dal sopravvenire degli eventi, non altrettanto si può dire con riguardo a quello elettorale, se si tiene conto che alle elezioni fin qui menzionate se ne aggiungeranno ulteriori, ad altri livelli di governo.

Anzitutto, in concomitanza con le elezioni di Camera e Senato sono state fissate quelle per il rinnovo di tre Consigli regionali (Lazio, Lombardia e Molise) e l'elezione dei rispettivi Presidenti di giunta. Anche in questo caso, non si tratta di scadenze «naturali»: sia nel Lazio che in Lombardia si era andati al voto nel 2010 e, dunque, la fine della legislatura era prevista nel 2015. Tuttavia, nel primo caso lo scioglimento anticipato è frutto delle dimissioni del Presidente della giunta[4], decisione che – *ex* art. 126, terzo comma, Cost. – comporta

[2] Può risultare utile evidenziare che il presente saggio è stato licenziato alla fine del mese di gennaio e che, nelle more della pubblicazione del *Volume* che lo ospita, si sono verificati alcuni eventi che non era facile (né, soprattutto, auspicabile) ipotizzare. Anzitutto, come è noto, dalle elezioni del 24 e 25 febbraio 2013 non è uscita una solida maggioranza, circostanza che ha comportato la difficoltà di dare vita ad un nuovo esecutivo e la durata in carica del dimissionario governo Monti fino ad oltre due mesi dalla data delle elezioni. Inoltre, le Camere neo elette si sono riunite in seduta comune il 16 aprile 2013 per l'elezione del Presidente della Repubblica, arrivando nella seduta del 20 aprile 2013 ad eleggere, al suo secondo mandato, Giorgio Napolitano. Infine, all'inizio del nuovo settennato, il Presidente della Repubblica ha nominato il nuovo governo, che ha giurato il 28 aprile e ottenuto la fiducia della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica nei due giorni successivi.

[3] Peraltro, a sciogliere il dubbio (ancor prima che fossero indette le elezioni per il rinnovo di Camera e Senato) è stato lo stesso Capo dello Stato che, in occasione dell'intervento alla cerimonia per lo scambio di auguri con le più alte cariche dello Stato (il 17 dicembre 2012), ha pronunciato le seguenti parole: «[…] se – ed è quel che ho fortemente auspicato e, finché possibile, sollecitato – la legislatura si fosse conclusa alla normale scadenza dei cinque anni e le elezioni si fossero svolte nell'aprile del 2013», a quest'ultima «e all'insediamento delle nuove Camere, sarebbe succeduta senza soluzione di continuità la convocazione del Parlamento in seduta comune per l'elezione del nuovo Presidente della Repubblica, e a questi sarebbe toccato avviare il procedimento per la formazione del nuovo governo. Così non è stato, mio malgrado, e mi trovo a dover chiarire che su di me, tuttavia, ricadrà un compito nettamente diverso da quello che mi toccò assolvere nel novembre del 2011».

[4] Accennano alla vicenda, A. Sterpa, D. Carrarelli, *La forma di governo e la legge elettorale,* in *Lineamenti di Diritto costituzionale della Regione Lazio*, a cura di M. Ruotolo, G. Serges, Giappichelli, Torino, 2012, p. 110 s.

anche lo scioglimento del Consiglio e dunque il voto anticipato. Il medesimo effetto si è verificato in Lombardia, dove il voto anticipato è però conseguenza delle dimissioni dei consiglieri regionali (74 su 80). In Molise, invece, le elezioni si erano tenute nell'ottobre 2011[5] e non si tratta di uno scioglimento anticipato, quanto piuttosto di un annullamento delle stesse da parte del Consiglio di Stato, il quale ha riscontrato irregolarità nella presentazione delle sottoscrizioni[6].

Infine, (nei giorni 26 e 27 maggio 2013) sono previste le elezioni dei sindaci e dei rispettivi consigli comunali (in tutto poco più di 650 comuni, di cui 17 comuni capoluogo).

Non vi è dubbio che, dal punto di vista formale, le elezioni amministrative e quelle regionali siano «sganciate» rispetto al circuito Camere-Capo dello Stato-nomina del governo, e tuttavia non si possono sottovalutare alcuni aspetti che certamente legano le une alle altre e che, in qualche misura, sono foriere di creare, appunto, «ingorghi». Basti, ad esempio, pensare alle tempistiche che – a partire dal momento dell'indizione delle elezioni – decorrono per le dimissioni dalle cariche che altrimenti costituirebbero cause di ineleggibilità per la candidatura a parlamentare[7].

2. A chi spetta indire le elezioni ed «entro» quale termine

La scelta della data in cui si svolgono le elezioni non è dunque questione ininfluente; al contrario, implica una serie di scelte di tipo «politico» (nel senso ampio del termine) e costituisce l'atto che dà avvio al procedimento elettorale e a partire dal quale vengono scandite le tempistiche previste dalla legislazione elettorale.

È pur vero, comunque, che non si tratta di una decisione discrezionale, posto che, quale che sia il soggetto cui è demandato tale compito (diverso a seconda dell'organo elettivo in questione), l'ordinamento si preoccupa di prevedere una serie di limiti temporali.

Per quanto riguarda il rinnovo di Camera e Senato è la stessa Costituzione a stabilire che la durata della legislatura è di cinque anni (art. 60 Cost.) e

[5] Si ricorderà, peraltro, che la Regione Molise era andata al voto nel 2011 (e non nel 2010 insieme alla maggior parte delle altre regioni). Si tratta di una "sfasatura" che trova origine nell'annullamento delle elezioni del 2000 (sulle quali G. Tarli Barbieri, *L'annullamento delle elezioni regionali in Molise ed in Abruzzo,* in *Le Regioni*, 2002, p. 169) ad opera del Consiglio di Stato. Sentenza che portò a nuove elezioni nel 2001, successivamente nel 2006 (sulle quali, A. Sterpa, *La Regione Molise al voto,* in *www.federalismi.it*, 8 novembre 2006) e da ultimo appunto nel 2011.

[6] Si veda, Consiglio di Stato, sez. Quinta, sentenza n. 5504 del 2012.

[7] Si pensi, ad esempio, alle cariche di sindaco di comuni con più di 20 mila abitanti e di presidente di provincia. Per le questioni che attengono alla verifica dei titoli degli eletti, anche con particolare attenzione alle cariche di sindaco e di presidente di Provincia, si veda il saggio di G. Rivosecchi, in questo *Volume*.

che le elezioni delle nuove Camere – senza distinzioni a seconda che si tratti del termine «naturale» della legislatura o di un caso di scioglimento anticipato – «hanno luogo entro settanta giorni dalla fine delle precedenti» (art. 61). È sempre la Costituzione, poi, ad affidare al Presidente della Repubblica il compito di indire le elezioni (art. 87 Cost.)[8].

Spetta, invece, – ai sensi della legge 7 giugno 1991, n. 182 – al Ministro dell'interno fissare la data per lo svolgimento delle elezioni dei consigli comunali, provinciali e circoscrizionali, tenuto conto che la disciplina sul procedimento elettorale stabilisce che tali elezioni «si svolgono in un turno annuale ordinario da tenersi in una domenica compresa tra il 15 aprile ed il 15 giugno se il mandato scade nel primo semestre dell'anno ovvero nello stesso periodo dell'anno successivo se il mandato scade nel secondo semestre». La stessa normativa si premura, inoltre, di specificare che qualora il rinnovo dei consigli sia dovuto a motivi diversi dalla scadenza del mandato, allora le elezioni si terranno nello stesso arco di tempo prima richiamato (tra il 15 aprile e il 15 giugno) dell'anno in corso, se le condizioni che rendono necessario il rinnovo si sono verificate entro il 24 febbraio, ovvero l'anno successivo, se le condizioni si sono verificate oltre tale data.

Nel caso delle elezioni regionali la questione è un po' più complessa, anzitutto perché non è possibile fare riferimento ad un'unica normativa. La materia elettorale è infatti disciplinata, per il livello regionale, dal concorso della legge statale (cui, sul modello del terzo comma dell'art. 117 Cost., spetta la definizione dei principi fondamentali) e di quella regionale. Mentre, la durata degli organi elettivi – anche in questo caso, per espressa previsione costituzionale (art. 122 Cost.) – è stabilita con legge statale.

Prima della modifica costituzionale, durata degli organi regionali, sistema e procedimento elettorale erano disciplinati dalla legge n. 108 del 1968, la quale con riguardo alla convocazione dei comizi stabiliva che le elezioni «potranno avere luogo a decorrere dalla quarta domenica» che precede il compimento del quinquennio[9]. Normativa, quest'ultima, che per il vero rimane

[8] Si vedano, inoltre, d.P.R., 30 marzo 1957, n.361, art. 11 (*Del procedimento elettorale preparatorio*), per l'elezione del Senato; e d.lgs. 20 novembre 1993, n. 533, art. 4, per l'elezione della Camera. In entrambi i casi si stabilisce che il d.P.R. sia pubblicato in Gazzetta ufficiale «non oltre il 45° giorno antecedente quello della votazione».

Ai sensi dell'art. 7, della legge 24 gennaio 1979, n. 18, spetta al Presidente della Repubblica, su deliberazione del Consiglio dei Ministri, altresì la convocazione dei comizi elettorali per l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia.

Sull'indizione (del referendum) come atto proprio (e dovuto) del Presidente della Repubblica, *ex multis*, M. Luciani, *Referendum*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, p. 4964.

[9] Un richiamo alla normativa e alla giurisprudenza in materia di *prorogatio* (prima e dopo la modifica costituzionale) dei Consigli regionali, in D. Coduti, *La* prorogatio *dei Consigli regionali: l'armonia con la Costituzione tra uniformità e omogeneità*, in *www.issirfa.cnr.it*, maggio 2011.

ancora in vigore per le Regioni che non hanno (ancora ad oggi) disciplinato con legge regionale il procedimento elettorale[10].

Quanto alla cessazione anticipata, il «vecchio» articolo 126 Cost., quinto comma, stabiliva che con il decreto di scioglimento venisse nominata una Commissione, composta di tre cittadini eleggibili al consiglio regionale, alla quale spettava tra l'altro anche di indire «le elezioni entro tre mesi»[11].

Non è questa l'occasione per fare il punto sullo stato (e sul «livello») di attuazione della disciplina elettorale da parte delle Regioni[12], ai fini dell'oggetto qui trattato è però almeno utile ricordare che (quasi) tutte le Regioni che hanno adottato una legislazione elettorale (anche quelle che si sono limitate a meri rinvii alla disciplina statale) hanno toccato gli aspetti che riguardano la fase dell'indizione delle elezioni. Anzitutto, per affidare il compito di convocare i comizi al Presidente della giunta[13], incarico che la «vecchia» legge statale (la l. n. 198 del 1968) rimetteva al Commissario del Governo[14].

[10] Sebbene su profili diversi rispetto a quelli che verranno qui affrontati, si veda la controversia sorta nella Regione Liguria, a seguito dell'indizione delle elezioni regionali del 2010 ad opera del Prefetto di Genova. Sulla vicenda, L. Trucco, *La forma di governo,* in *Lineamenti di Diritto costituzionale della Regione Liguria,* a cura di P. Costanzo, Giappichelli, Torino, 2012, spec. p. 144.

[11] Sul punto, P. Caretti, G. Tarli Barbieri, *Diritto regionale*, Giappichelli, Torino, II ed., 2009, p. 182; gli AA. (che richiamano le diverse cause di scioglimento disciplinate dall'originario testo costituzionale) ricordano, peraltro, che, nella vigenza dell'originario art. 126 Cost., nessun Consiglio regionale era stato sciolto.

[12] Per un aggiornamento sullo stato di attuazione dell'art. 122 Cost., ci si limita qui a rinviare al saggio di E. Gianfrancesco, *Il sistema elettorale regionale ed i suoi sottosistemi*, in ISSiRFA, Atti delle giornate di studio promosse dall' ISSiRFA (Roma, 20-21-22 ottobre 2011), *Il regionalismo italiano dall'unità alla Costituzione e alla sua riforma*, 2012.

[13] È il caso delle legge regionali di Lazio (art. 5, l.r. n. 2 del 2005); Abruzzo (art. 3, l.r. n. 1 del 2002, in questo caso aggiungendo che il decreto va emanato «sentito il Presidente del Consiglio regionale e d'intesa con il Presidente della Corte d'Appello); Campania (art. 1, l.r. n. 4 del 2009); Marche (art. 7, l.r. n. 27 del 2004); Puglia (art. 5, l.r. n. 2 del 2005); Toscana (art. 4, l.r. 25 del 2004); Umbria (art. 5, l.r. n. 2 del 2010). Scelta, questa di affidare tale compito all'organo di vertice dell'esecutivo, già propria delle regioni a statuto speciale.

Si sofferma sul potere del Presidente della Regione di indire le elezioni, C. Petrillo, *Il Presidente di Regione: poteri e limiti,* in *Diritto e Società*, 2011, spec. p. 610 s., dove l'A. si chiede se tale potere non possa essere influenzato dalla «appartenenza politica del Presidente, in modo tale da sviarne (illegittimamente) l'esercizio». E ipotizza, nel caso in cui il Presidente si rifiutasse di adottare il decreto di indizione delle elezioni (che l'A. ritiene, condivisibilmente, essere un "atto dovuto"), la possibilità di ricorrere al procedimento sanzionatorio *ex* art. 126 Cost., primo comma.

[14] Si ricorderà che la figura del Commissario di governo è stata abolita con la riforma del Titolo V. Per quanto riguarda il compito di indizione delle elezioni, la legge n. 108 del 1968 è stata modificata dall'art. 10, lett. *f)* della l. n. 131 del 2003, la quale affidata tale compito al rappresentante per lo stato nei rapporti con il sistema delle autonomie "fino alla data di entrata in vigore di diversa previsione contenuta negli statuti e nelle leggi elettorali". Tale normativa rimane, dunque, in vigore nelle regioni che non hanno disciplinato con legge la materia elettorale. È ad esempio il caso delle Regioni Molise e Lombardia, nelle quali le elezioni di febbraio

Per il resto, le leggi elettorali regionali si limitano, essenzialmente, a richiamare le tempistiche già previste dalla disciplina statale. Nel caso in cui la legislatura arrivi al termine «naturale», infatti, prevedono che le elezioni del nuovo Consiglio possano essere «effettuate» a decorrere dalla quarta domenica che precede la conclusione del quinquennio[15]. Mentre, nel caso di elezioni «anticipate», la formula utilizzata dalle Regioni è di due tipi: alcune (come ad esempio Campania, Marche, Toscana) stabiliscono che le stesse «hanno luogo» entro tre mesi dallo scioglimento; altre (tra cui Abruzzo, Lazio, Puglia, Umbria), invece, con una dizione più ambigua, prevedono che entro tre mesi dallo scioglimento anticipato si proceda «all'indizione» delle nuove elezioni.

3. La vicenda della Regione Lazio e la querelle sulla dizione «entro tre mesi» (dallo scioglimento del Consiglio): dies ad quem per l'indizione o per lo svolgimento delle elezioni?

3.1. Un cenno ai «precedenti»

La differenza da ultimo richiamata, lungi dall'essere di carattere meramente terminologico, è stata di recente al centro di una vicenda, che ha trovato esito in due decisioni giurisprudenziali (una prima del Tribunale amministrativo regionale del Lazio e, successivamente, una seconda del Consiglio di Stato). Il riferimento va a quanto accaduto nella Regione Lazio, a seguito delle dimissioni rassegnate, il 27 settembre del 2012, dal Presidente della Giunta, e conseguentemente allo scioglimento del Consiglio regionale, e dunque alla evidente necessità di procedere ad elezioni anticipate. In tale circostanza, infatti, il Presidente della Regione ha interpretato la dizione di cui alla legge elettorale regionale – entro tre mesi dallo scioglimento del Consiglio – come foriera del solo obbligo di indire le elezioni, ma non anche di svolgerle.

Invero, la questione dell'arco di tempo entro il quale svolgere le elezioni, in caso di scioglimento anticipato del Consiglio regionale, era già stata toccata, ma non sempre in modo univoco.

La questione emerse, anzitutto, con specifico riguardo alla legge elettorale laziale nell'unico altro «precedente» di scioglimento anticipato per dimis-

2013 sono state indette dai prefetti (si vedano i decreti n. 47449 e n. 56527 del 27 dicembre 2012, rispettivamente del Prefetto di Milano e del Prefetto di Campobasso, con i quali sono stati convocati i comizi elettorali per l'elezione degli organi delle Regioni Lombardia e Molise). Diversamente, nella Regione Lazio la convocazione dei comizi è avvenuta con decreto del Presidente della giunta (si tratta del decreto n. T00420 del 22 dicembre 2012, il quale rinnovava il precedente decreto che inizialmente fissava la data delle elezioni per i giorni 10 e 11 febbraio 2013).

[15] Diverge dalle altre normative regionali (di cui alla nota 11), quella della regione Marche (l.r. n. 27 del 2004), ai sensi della quale le elezioni hanno luogo «nel periodo che intercorre dalla seconda domenica precedente alla sesta domenica successiva alla scadenza del Consiglio».

sioni «volontarie» del Presidente[16], che si verificò, appunto, nella Regione Lazio, nel 2009[17]. In quel caso, a fronte delle dimissioni formalmente presentate il 27 ottobre 2009, le elezioni (indette il 26 gennaio successivo) ebbero luogo il 28 e 29 marzo 2010 (in concomitanza con la tornata elettorale che coinvolgeva altre dodici regioni ordinarie)[18].

Anche allora venne proposto ricorso avverso il decreto di indizione delle elezioni, proprio con la motivazione che il non aver fissato la data delle elezioni entro tre mesi dallo scioglimento del Consiglio rappresentava una violazione della legge della Regione Lazio n. 2 del 2005 (ossia della legge elettorale).

In quella occasione il TAR Lazio arrivò alla conclusione – a parere di chi scrive, discutibile[19] – che, «utilizzando un semplice canone ermeneutico letterale», il termine «indizione» di cui alla legge elettorale regionale andasse inteso in senso «restrittivo», dal momento che non era dato riscontrare elementi per farlo coincidere con lo svolgimento delle votazioni. Aggiungeva poi il TAR Lazio in quella stessa decisione che, del resto, l'indizione delle elezioni è una fase distinta dalle altre, ed anche da «quella delle elezioni (votazioni)», conclusione suffragata – ad opinione del giudice amministrativo – anche dal confronto con alcune delle norme regionali, in tema di indizione di nuove elezioni anticipate, contenute nelle leggi elettorali di varie Regioni a statuto ordinario[20].

[16] Negli altri casi di scioglimento anticipato, che dal 1999 (prendendo come riferimento la riforma costituzionale, n. 1/1999, che ha novellato l'art. 126) ad oggi si sono verificati, non si è infatti trattato di "dimissioni volontarie". I due scioglimenti che hanno interessato il Molise (2000 e 2012) sono conseguiti ad annullamento delle elezioni; mentre quello che ha interessato l'Abruzzo (2008) a "impedimento" del Presidente della Giunta, arrestato il 14 luglio 2008, a seguito di una inchiesta della Procura della Repubblica di Pescara sulla gestione della sanità.

[17] Si tratta delle dimissioni rassegnate dall'allora Presidente della Regione Marrazzo. Sulla vicenda e sulle questioni giuridiche che ne sono conseguite, adesso, A. Sterpa, D. Carrarelli, *La forma di governo e la legge elettorale,* in *Lineamenti di Diritto costituzionale della Regione Lazio*, cit., spec. p. 106 s.

[18] Una analisi della tornata elettorale regionale 2010 in *Le elezioni regionali del 2010. Politica nazionale, territorio e specificità locale*, a cura di B. Baldi, F. Tronconi, Materiali di ricerca dell'Istituto Cattaneo, 2010.

[19] Bisogna, invero, ricordare che nella decisione n. 9280 del 2012 (per la quale si rinvia più ampiamente *infra*, al § 3.3), prima di ricorrere al criterio integrativo d'interpretazione della "*ratio legis*" della norma – attraverso il quale arriva (condivisibilmente) a dire che una interpretazione della previsione normativa volta a ricomprendervi la sola fase dell'indizione delle elezioni, senza in alcun modo ancorare ad un ulteriore limite temporale il loro effettivo svolgimento sarebbe incongrua e irragionevole – il TAR Lazio sembra quasi sentire la necessità di "giustificare" la precedente (riduttiva) interpretazione. E lo fa ricordando che nei casi precedenti, per il solo fatto di aver deciso *ex post* sulla legittimità della ritardata convocazione dei comizi elettorali, non sarebbe stato comunque possibile accogliere quei ricorsi. Considerazione dalla quale il giudice amministrativo fa, peraltro, discendere la considerazione che la tutela giurisdizionale *ex ante* sia l'unica possibile, e che ritenerla inammissibile significherebbe violare l'art. 24 Cost.

[20] Tribunale amministrativo regionale (TAR) per il Lazio, Sezione Seconda bis, sentenza

È di tutta evidenza, però, che l'interpretazione restrittiva della prima giurisprudenza amministrativa finiva per non tutelare l'esigenza di «ripristinare al più presto la legittima rappresentatività degli organi regionali» opportunamente richiamata dalla Corte costituzionale, in occasione del giudizio su una questione di legittimità costituzionale sollevata sulla legge regionale abruzzese, n. 1 del 2002, in materia di "*Disposizioni sulla durata degli organi e sull'indizione delle elezioni regionali*". Laddove, in un passaggio della sentenza (per il vero, marginale rispetto al cuore della decisione) si legge che la locuzione «le elezioni siano indette entro tre mesi», di cui all'art. 3 della legge regionale, è da intendere nel senso che «le elezioni abbiano luogo, e non siano semplicemente indette, entro tale lasso di tempo», posto che – come si diceva appena sopra – bisogna evitare di «prolungare irragionevolmente una situazione patologica e di carenza costituzionale» nella quale rimangono in carica (sebbene per la sola ordinaria amministrazione e per gli affari indifferibili e urgenti) organi colpiti dall'annullamento delle elezioni o dallo scioglimento anticipato[21].

3.2. La disciplina statutaria in materia di scioglimento anticipato e prorogatio

Prima di soffermare l'attenzione sulle ultime decisioni in materia, con le quali la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di chiarire una serie di aspetti che attengono alla fase di indizione delle elezioni, appare opportuno richiamare, seppure brevemente, la disciplina laziale che attiene allo scioglimento anticipato degli organi regionali, nonché alla *prorogatio* degli stessi (materie che la Corte costituzionale – a partire dalla già citata sentenza n. 196 del 2003 – ha chiarito essere di competenza statutaria, in quanto parte della disciplina della forma di governo regionale[22]).

n. 31274 del 24 agosto 2010. Successivamente il TAR ha avuto modo di ribadire tale posizione – anche se incidentalmente – in un ulteriore ricorso con il quale si eccepiva in particolare il vizio di incompetenza del decreto di indizione delle elezioni in quanto firmato dal Vicepresidente della Regione. Si tratta della decisione del Tribunale amministrativo regionale (TAR) per il Lazio, Sezione Seconda bis, sentenza n. 32212 del 10 settembre 2010, nella quale i giudici di prime cure nel precisare che la determinazione assunta dal Vicepresidente era legittima, in quanto assunta nella sua funzione vicaria in sostituzione del Presidente, ebbero anche modo di fare riferimento alla "tempistica" di adozione. Si legge, infatti, che «detto provvedimento di indizione delle elezioni regionali impugnato è stato correttamente adottato entro i tre mesi dallo scioglimento del Consiglio regionale, nel rispetto di quanto prescritto dall'art. 5, comma 1, della L.R. n. 2 del 2005 (nei casi di scioglimento del Consiglio regionale, previsti dall'articolo 19, comma 4, dello Statuto, si procede all'indizione delle nuove elezioni del Consiglio e del Presidente della Regione entro tre mesi. Le elezioni sono indette con decreto del presidente della Regione)».

[21] Corte costituzionale, sentenza n. 196 del 2003.

[22] Nella medesima sentenza la Corte costituzionale ebbe modo di evidenziare altresì che

Salvo il caso dello scioglimento «sanzionatorio», *ex* art. 126 Cost., primo comma, ritenuto di competenza statale, tutti gli altri casi, come si diceva, sono affidati alla disciplina statutaria. In proposito, lo statuto della regione Lazio si occupa anzitutto del Consiglio (art. 28 st.), limitandosi a prevedere che «i consiglieri regionali entrano nell'esercizio delle loro funzioni all'atto della proclamazione e restano in carica fino all'insediamento del nuovo Consiglio regionale».

Lo stesso vale per la Giunta e per il suo presidente, con riguardo ai quali l'art. 45 st. tuttavia non si limita soltanto a stabilire che «durano in carica fino alla proclamazione del Presidente della Regione neoeletto», ma altresì che la Giunta dimissionaria – ai sensi dell'articolo 19, comma 4 (ossia, nel caso di dimissioni contestuali della maggioranza dei consiglieri), dell' articolo 43, comma 2 (il quale disciplina i casi di sfiducia del presidente da parte del consiglio), nonché dell'articolo 44, comma 1 (in merito alle ulteriori cause di cessazione dalla carica di presidente) – «resta in carica, presieduta dal Presidente della Regione ovvero dal Vicepresidente nei casi di rimozione, decadenza, impedimento permanente e morte del Presidente, limitatamente all'ordinaria amministrazione, fino alla proclamazione del Presidente della Regione neoeletto».

Disciplina e procedimento elettorale sono, invece, oggetti di competenza della legge elettorale, la quale (art. 5, l.r. Lazio, n. 2 del 2005), dal canto suo, con riguardo al momento di avvio del procedimento si limita a stabilire che «nei casi di scioglimento del Consiglio regionale, previsti dall'articolo 19, comma 4, dello Statuto, si procede all'indizione delle nuove elezioni del Consiglio e del Presidente della Regione entro tre mesi».

3.3. Tar e Consiglio di Stato «fanno il punto» sulla natura dell'atto di indizione

Alla luce del quadro normativo fin qui descritto, alcune elettori della Regione Lazio (rappresentati dall'associazione «Movimento difesa del citta-

non può dirsi lo stesso per le ipotesi di scioglimento o rimozione "sanzionatori", previste dall'art. 126, primo comma, della Costituzione. Infatti, in questo caso, «trattandosi di un intervento repressivo statale (non più previsto per la semplice impossibilità di funzionamento, come accadeva nel vecchio testo dell'art. 126 Cost., ma solo a seguito di violazioni della Costituzione o delle leggi, o per ragioni di sicurezza nazionale), è logico che le conseguenze, anche in ordine all'esercizio delle funzioni fino all'elezione dei nuovi organi, siano disciplinate dalla legge statale, cui si deve ritenere che l'art. 126, primo comma, della Costituzione implicitamente rinvii (…) non potendosi supporre che resti nella disponibilità della Regione disporre la proroga dei poteri di organi sciolti o dimessi a seguito di gravi illeciti, o la cui permanenza in carica rappresenti un pericolo per la sicurezza nazionale». Sul punto, P. Caretti, G. Tarli Barbieri, *Diritto regionale*, cit., p. 182; e A. D'Atena, *Diritto regionale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 310.

dino») hanno ritenuto illegittimo il comportamento assunto dal Presidente dimissionario, che non ha indetto le elezioni in tempo utile perché le stesse potessero avere luogo entro tre mesi dallo scioglimento del Consiglio, e per questo hanno fatto ricorso al giudice amministrativo, chiedendo che accertasse l'obbligo del Presidente «di provvedere senza indugio».

È bene dire fin da subito che – ribaltando un orientamento giurisprudenziale assunto in precedenza – il TAR Lazio ha accolto la richiesta avanzata dai ricorrenti (TAR Lazio, sez. Seconda Bis, sentenza n. 9280 del 2012). E che tale decisione è stata successivamente ribadita anche dal Consiglio di Stato (CdS, sez. Quinta, sent. 6002 del 2012), al quale si era appellata, contro la sentenza TAR, la Regione Lazio.

Al di là dell'interpretazione fornita rispetto alla disposizione legislativa regionale, i giudici amministrativi sembrano cogliere l'occasione per puntualizzare quale sia la natura dell'atto di indizione delle consultazioni, anche con riguardo al giudice competente e ai soggetti legittimati a ricorrere.

I ricorsi e, conseguentemente, le decisioni ruotano principalmente intorno a due questioni: se l'indizione delle elezioni sia atto politico (piuttosto che atto amministrativo) e, per questo, sottratto al sindacato del giudice amministrativo; e, d'altro canto, se l'elettore (singolo o associato) sia legittimato a ricorrere contro la (mancata) indizione delle elezioni.

La prima questione discende dal fatto che l'art. 7, comma 1, del nuovo Codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) esclude dalla giurisdizione amministrativa «gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico». Ma, ad avviso del giudice amministrativo, tale non è l'atto di indizione delle elezioni che, al contrario, proprio perché vincolato da una serie di precetti legislativi puntuali si caratterizza come un «procedimento amministrativo», e per questo «*naturaliter* sottopost*(o)* al sindacato giurisdizionale amministrativo».

Per il resto, a sostegno di tale tesi il giudice amministrativo rinvia ad una recente sentenza della Corte costituzionale (la n. 81 del 2012), nella quale viene appunto affrontata la questione della natura dell'atto politico e della possibilità di sottrarlo alla giurisdizione.

A differenza del giudice amministrativo – a parere del quale (con una argomentazione che appare condivisibile) l'atto di indizione sia da ritenere un atto di alta amministrazione e quindi non rientrante nell'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 7, – il giudice costituzionale[23], riferendosi

[23] Sul punto, tra i numerosi commenti alla sent. n. 81 del 2012, R. Dickmann, *L'atto politico questo sconosciuto,* in *www.forumcostituzionale.it*, 9 ottobre 2012, dove l'A. ritiene che la «Corte dimostra di non accettare la tesi per la quale nell'ordinamento esistono aree sottratte al sindacato giurisdizionale in quanto espressive di "attività politica"». L'A. dopo aver richiamato ampiamente la giurisprudenza amministrativa sulla natura dell'atto politico, arriva alla conclusione che «non esistono atti politici o di governo ma solo atti costituzionali, atti amministrativi e atti

all'atto di nomina degli assessori, si muove su una diversa linea interpretativa.

Nel caso in questione, si trattava dell'impugnazione dell'atto di nomina degli assessori regionali da parte del Presidente della Giunta campana (nomine ritenute lesive del principio di parità) e per le quali si invocava la natura di atto politico. In questo caso, infatti, la Corte costituzionale non sembra escludere che si tratti di atto politico, ma precisa, anzitutto, che «la circostanza che il Presidente della Giunta sia un organo politico ed eserciti un potere politico […] non comporta che i suoi atti siano *tutti* e *sotto ogni profilo* insindacabili. Né, d'altra parte la presenza di alcuni vincoli altera, di per sé, la natura politica del potere esercitato dal Presidente con l'atto di nomina degli assessori, ma piuttosto ne delimita lo spazio di azione». E, più in generale, aggiunge che «quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto».

Questione complessa e non certo nuova quella della natura dell'atto politico, sulla quale non ci si può qui intrattenere a lungo. E, tuttavia, non ci si può almeno esimere dal rilevare che questa ultima decisione del giudice costituzionale sembra aprire la strada ad un sindacato giurisdizionale più ampio di quello che la dizione utilizzata dall'art. 7 avrebbe lasciato presagire[24].

Ma la problematicità del nuovo Codice del processo amministrativo viene altresì in evidenza con riguardo alla seconda delle questioni. L'art. 129 del d.lgs. n. 104 del 2010, rubricato «Giudizio avverso gli atti di esclusione dal procedimento preparatorio per le elezioni comunali, provinciali e regionali», recita al comma 1 «i provvedimenti immediatamente lesivi del diritto del ricorrente a partecipare al procedimento elettorale preparatorio per le elezioni comunali, provinciali e regionali e per il rinnovo dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia sono impugnabili innanzi al tribunale amministrativo regionale competente […]». E al comma 2 si aggiunge «gli atti diversi da quelli di cui al comma 1 sono impugnati alla conclusione del procedimento unitamente all'atto di proclamazione degli eletti».

giurisdizionali». E conclude chiedendosi se l'ultimo periodo dell'art. 7 comma 1 del d.lgs. n. 104 del 2010 non sia da intendersi come incostituzionale. Dello stesso avviso, V. Cerulli Irelli, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo,* in *Diritto pubblico*, 2011, p. 61.

Si sofferma sugli effetti della decisione F. Bilancia, *Ancora sull'"atto politico" e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?,* in *Rivista AIC*, n. 4 del 2012, a parere del quale si tratta di una decisione che riduce in maniera «drastica i confini della pretesa insindacabilità giurisdizionale, fin quasi a farla sparire del tutto».

[24] Con riguardo alla dizione utilizzata dall'art. 7 del d.lgs. n. 104 del 2010, F. Blando, *«Atto politico» e «Stato di diritto» nella sentenza n. 81 del 2012,* in *www.forumcostituzionale.it*, 31 ottobre 2012, il quale dopo aver richiamato la giurisprudenza amministrativa sulla natura dell'atto politico (in particolare si veda Consiglio di Stato, sez. Quarta, 4 maggio 2012, n. 2588, dove si individuano gli elementi distintivi dell'atto politico) critica la dizione legislativa che continua a ritenere gli atti politici sottratti al sindacato.

Rinviando alle ampie e approfondite considerazioni critiche espresse da Marcello Cecchetti nella sua relazione introduttiva al seminario i cui Atti sono raccolti in questo *Volume*[25], sul punto ci si limiterà qui a poche e sintetiche battute. La lettura dell'articolo 129 del Codice del processo amministrativo porta alla luce uno dei tanti esempi della «sciatteria» del legislatore (nel caso specifico, delegato) italiano. Approvato nel luglio 2010 il testo è stato modificato nel settembre 2012 (con il d.lgs. n. 160 del 2012)[26], soprattutto per dare seguito ai principi affermati dalla Corte costituzionale con la sent. n. 236 del 2010[27].

E, tuttavia, è evidente che non si è trattato – perlomeno per quanto più direttamente riguarda la vicenda qui richiamata – di un esercizio ben riuscito, almeno per due ragioni. Anzitutto per quanto riguarda gli atti sottoposti al sindacato: mentre infatti la Corte costituzionale, nella appena richiamata sent. 236 del 2010, fa riferimento a «gli atti relativi al procedimento preparatorio alle elezioni», indicando a mero titolo esemplificativo «l'esclusione di liste o di candidati», l'art. 129 – al quale è appunto affidata la garanzia «pre-elettorale»[28] – ben lungi dal fare generale riferimento al «procedimento elettorale preparatorio» menziona (più limitatamente) i soli atti «di esclusione» (dal procedimento preparatorio). Ma l'art. 129 sembra indicare una irragionevole compressione anche con riguardo ai soggetti legittimati a ricorrere, individuati in coloro i quali sono «immediatamente» lesi da provvedimenti che impediscono agli stessi la partecipazione al procedimento elettorale preparatorio (escludendo quindi, ad esempio, l'azione popolare).

Posta la (lacunosa) disciplina posta dal Codice e la più recente giurisprudenza costituzionale, il giudice amministrativo si è dunque trovato a dover interpretare la normativa, utilizzando una interpretazione «costituzional-

[25] In particolare, M. Cecchetti, in questo *Volume* e già nella traccia provvisoria della relazione «*Il contenzioso pre-elettorale nell'ordinamento costituzionale italiano*», al seminario del Gruppo di Pisa, pubblicata sul sito *www.gruppodispisa.org*, spec. 14-15.

[26] Una panoramica delle modifiche introdotte (anche con riguardo alla giustizia elettorale), in A. Pajno, *Le nuove disposizioni correttive ed integrative al codice del processo amministrativo,* in *Giornale di Diritto amministrativo*, n. 1/2013, p. 5 s.

[27] Prende le mosse dalla sentenza n. 236 del 2010 M. Cecchetti, cit. A commento della decisione, R. Chieppa, *Riflessi della sentenza n. 236 del 2010 sulla tutela degli atti di procedimento preparatorio alle elezioni (codice del processo amministrativo e procedimento elettorale politico)*, dove l'A. mette in evidenza che «i problemi sulla compatibilità dell'art. 129 e 130 Codice del processo amministrativo sono principalmente nati da una modifica governativa al testo predisposto dal Consiglio di Stato»; e E. Lehner, *Finalmente sancita la immediata impugnabilità degli atti preliminari alle elezioni locali e regionali,* (a parere della quale con la sent. n. 236 del 2010 «la Corte più che rincorrere il legislatore» lo ha «decisamente sorpassato»), entrambi in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, rispettivamente pp. 2905 e 2908.

[28] Secondo la dizione utilizzata da M. Cecchetti, cit., il quale ricomprende nel termine «pre-elettorale» esclusivamente «la fase procedimentale che va dalla indizione delle elezioni e dalla relativa convocazione dei comizi elettorali fino allo svolgimento delle votazioni».

mente orientata sensibile ai principi di pienezza, effettività e tempestività della tutela giurisdizionale», attraverso la quale è arrivato alla conclusione che «l'elettore, legittimato, *ex* art. 130 del codice del processo amministrativo, a dedurre l'illegittimità degli atti del procedimento amministrativo elettorale, sia a *fortiori* facultizzato […] a contrastare le condotte che illegittimamente impediscono o ritardano lo stesso avvio del procedimento»[29]. Tutela – aggiunge – che per essere effettiva deve necessariamente essere «preventiva», perché va da sé che se così non fosse verrebbe «di fatto vanificata la stessa *ratio* della tutela giurisdizionale, connessa alla garanzia dei diritti civili e politici».

4. Spunti conclusivi

Poche ultime battute conclusive siano consentite non tanto sul tema principale qui affrontato – ossia l'atto di indizione delle elezioni, la disciplina e gli obblighi che ne conseguono – quanto più in generale sulla qualità della legislazione (intesa in senso lato) elettorale.

La vicenda qui trattata come si è in parte accennato è, infatti, uno dei tanti esempi della scarsa qualità legislativa delle regole elettorali, del resto confermata dai diversi aspetti regolarmente oggetto di contenzioso (oltre che, naturalmente, – come il seminario del Gruppo di Pisa dimostra – dell'attenzione mostrata da parte degli studiosi).

Se la buona legislazione, la scrittura di regole semplici chiare e univoche che dovrebbe essere regola generale, tanto più questo dovrebbe valere per le regole che attengono al procedimento elettorale, quelle che affidano agli elettori il compito di scegliere l'indirizzo politico. La realtà, però, come dimostra la vicenda qui richiamata e gli atti normativi che in qualche misura ne risultano implicati, è ben diversa.

Il legislatore regionale non ha certo dato buona prova dell'utilizzo della potestà legislativa ad esso attribuita dall'art. 122 Cost.: la perdurante assenza di legislazione in alcune Regioni, l'ampio ricorso a regole frammentate, spesso limitate a richiami e rinvii alla legislazione statale (e talvolta approvate sul finire della legislatura) ne sono esempi emblematici. E lo stesso si può dire per l'«estemporaneità» con le quali le leggi elettorali si approvato, spesso costruite sulla base delle necessità del momento[30].

[29] Consiglio di Stato, sez. Quinta, sentenza 6002 del 2012.

[30] Non a caso di recente le leggi elettorali sono state definite «abiti di sartoria», così M. Ainis, *Tre grandi minoranze impotenti,* in *Corriere della Sera*, 27 febbraio 2013. Sul punto approfonditamente, C. Fusaro, *I limiti della legislazione elettorale vigente,* in *La legislazione elettorale italiana*, a cura di R. D'Alimonte, C. Fusaro, Bologna, il Mulino, 2008, spec. p. 13-14, dove l'A. evidenzia che da una analisi (anche superficiale) della legislazione elettorale, emerge come il più delle volte si tratti di «una normazione di portata marginale, contingente e disorganica», mentre disposizioni importanti sono spesso «state introdotte, in modo del tutto

L'improprietà di tale tecnica legislativa – fin dalle prime leggi elettorali regionali messa in evidenza dalla Corte costituzionale (nella sent. 196 del 2003) – ha in più occasioni mostrato tutti i suoi limiti. La legislazione elettorale della Regione Lazio (che non è certo la sola) ne è esempio lampante. Ma lo stesso, come si è provato in parte qui ad evidenziare, si può dire per la legislazione statale: l'art. 129 del nuovo Codice del processo amministrativo (anche se non è l'unico) basta da solo ad esemplificare la problematica.

Ma quello che è più sconfortante è il timore che dietro a tale improprietà della tecnica legislativa non vi sia mera «sciatteria», quanto piuttosto la precisa volontà del legislatore (di quello stesso legislatore capace di modellare la formula elettorale "alla bisogna") di scrivere regole «elastiche», e per questo passibili di diverse interpretazioni.

I mesi che verranno è plausibile che vedranno il legislatore (quello statale, ma in alcuni casi anche quelli regionali) impegnato in riforme elettorali e c'è almeno da augurarsi che – se non «buone» leggi elettorali – si scrivano almeno regole chiare[31], che non necessitino di immediate «integrazioni» e «interpretazioni»[32].

estemporaneo e senza alcuna previa valutazione degli effetti che erano da attendersi, in leggi di contenuto ben diverso» (quali ad esempio la legge finanziaria).

[31] Si veda in proposito, N. Lupo, *Considerazioni conclusive. Sistema elettorale e legislazione «di contorno»,* in *Le evoluzioni della legislazione elettorale «di contorno» in Europa*, a cura di G.C. De Martin, Z. Witkowski, P. Gambale, E. Griglio, Cedam, 2011, dove l'A., dopo aver messo in luce – anche richiamando i rilievi formulati con riguardo alle elezioni italiane nei rapporti degli osservatori dell'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa-Ufficio per le istituzioni democratiche e i diritti umani (OSCE/ODIHR) – alcuni dei nodi critici della legislazione elettorale italiana, conclude ricordando che «le elezioni sono un elemento fondante della legittimazione di qualsivoglia sistema democratico» e che, dunque, «ogni equivoco che le riguarda rischia di produrre effetti nefasti sul buon funzionamento del sistema democratico».

[32] Sulla scarsa qualità della tecnica legislativa, unita alla sua soccombenza rispetto alla politica, B.G. Mattarella, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, il Mulino, Bologna, 2011, spec. p. 79 e ss.

PARTE II

IL CONTENZIOSO POST-ELETTORALE

RELAZIONI

IL CONTENZIOSO POST-ELETTORALE NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE ITALIANO*

di Guido Rivosecchi

Sommario: 1. La prospettiva privilegiata nella presente relazione: gli effetti dell'art. 66 Cost. sul contenzioso post-elettorale, alla luce delle scelte metodologiche e tematiche del Seminario odierno. - 2. I modelli di risoluzione del contenzioso post-elettorale e le peculiarità del sistema italiano. - 3. Il punto di vista della Commissione europea per la Democrazia attraverso il diritto (c.d. Commissione di Venezia). - 4. Le principali conseguenze della bipartizione del contenzioso post-elettorale determinate dall'art. 66 Cost. - 4.1. *Segue*: sulla stessa composizione della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato e della Giunta delle elezioni della Camera dei deputati, nonché sul controllo dei risultati elettorali in senso stretto. - 4.2. *Segue*: sul rapporto tra Parlamento e altri poteri. - 4.3. *Segue*: sulla verifica dei titoli degli eletti. - 4.3.1. L'equilibrio tra Corte, giudici e Parlamento in regime proporzionale: l'interpretazione "riduttiva" delle cause di ineleggibilità originarie e la loro possibile trasformazione, se sopravvenute, in cause di incompatibilità. - 4.3.2. La rottura dell'equilibrio tra autorità giudiziaria e Camere con particolare riferimento alle divergenze sulle c.d. "ineleggibilità d'affari". - 4.3.3. La definitiva rottura tra organi giurisdizionali e Camere in tema di ineleggibilità sopravvenuta per effetto del cumulo dei mandati (e il successivo ripristino della legalità costituzionale violata). - 4.3.4. *Segue*: …e per effetto del giudicato penale. - 4.4. Ancora sui riflessi dell'art. 66 nel contenzioso post-elettorale: sull'incandidabilità alle cariche elettive. - 5. Qualche spunto di riflessione sul contenzioso elettorale relativo alle elezioni locali, regionali ed europee, alla luce delle novità introdotte dal Codice del processo amministrativo. - 6. Art. 66 Cost., contenzioso elettorale e giustizia costituzionale.

1. La prospettiva privilegiata nella presente relazione: gli effetti dell'art. 66 Cost. sul contenzioso post-elettorale, alla luce delle scelte metodologiche e tematiche del Seminario odierno

Il tentativo di interpretare il contenzioso post-elettorale nella prevalente prospettiva della giurisprudenza costituzionale – privilegiata nei Seminari del "Gruppo di Pisa" – non può prescindere dall'art. 66 Cost., che, nell'ordinamento costituzionale italiano, ha avuto l'effetto di incanalare ogni forma di contenzioso post-elettorale su due binari distinti: da un lato, le Camere, che giudicano in via esclusiva dei risultati delle elezioni politiche, dei titoli di ammissione dei propri membri e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità; dall'altro, le altre assemblee rappresentative e gli altri organi elettivi, per i quali è prevista un'effettiva tutela giurisdizionale[1].

* La presente relazione è stata consegnata alle stampe nel febbraio 2013. Non si è quindi potuto dare conto delle novità successivamente intervenute in materia, specie in punto di applicazione del decreto legislativo n. 235 del 2012 in tema di incandidabilità.

[1] Che l'art. 66 Cost. assuma, da questo punto di vista, "tutte le caratteristiche della norma

Il punto di vista privilegiato nella presente relazione è dunque costituito dagli effetti dell'art. 66 Cost. sul contenzioso post-elettorale, sotto il duplice profilo del giudizio sul momento elettorale, nonché delle sorti del mandato parlamentare e delle altre cariche elettive instauratesi in base ad esso.

Mi pare quindi significativa la scelta del Direttivo del "Gruppo di Pisa" di articolare le relazioni del Seminario odierno non già per livelli di governo o in riferimento alle posizioni giuridiche soggettive lese nei procedimenti elettorali e al conseguente riparto di giurisdizione[2], quanto, piuttosto, in riferimento al momento in cui si determina il contenzioso rispetto all'esercizio del diritto di voto e alle conseguenti soluzioni adottate dal legislatore e dalla giurisprudenza rispetto alla tutela dei valori costituzionali in gioco. Le considerazioni che precedono paiono suffragate da diversi argomenti: anzitutto, perché, in assenza di un sindacato costituzionale sulle elezioni politiche per effetto dell'art. 66 Cost., la giurisprudenza costituzionale ha avuto prevalentemente ad oggetto l'elettorato passivo nelle elezioni regionali e locali, stabilendo però principi fondamentali di portata più generale, valevoli anche per il Parlamento nazionale[3].

In secondo luogo, la scelta tematica, sistematica e metodologica del Seminario odierno mi pare rilevante perché l'art. 66 Cost. non viene tanto a postulare una distinzione nel contenzioso post-elettorale in quanto riserva al "centro", ovvero alle cariche elettive di un determinato livello di governo, un procedimento differenziato di tutela rispetto alle cariche locali, bensì perché è dall'interpretazione fornita della riserva (derogatoria – come vedremo – rispetto ai principi costituzionali sulla tutela giurisdizionale) a ciascuna Camera della valutazione dei titoli degli eletti, che, nella sua portata più o meno estensiva, derivano conseguenze sul duplice binario del contenzioso post-elettorale.

di chiusura del sistema" è ad esempio sottolineato da A. Cariola, *L'ammissione delle liste elettorali alla ricerca di un giudice: l'art. 66 Cost. alla prova del giusto processo. Nota a commento di Tar Catania, 22 aprile 2006, n. 629*, in www.giustizia-amministrativa.it, 18.

[2] Anche per la difficoltà, tra l'altro, di utilizzare – come si tenterà di chiarire *infra*, paragrafo 5 – l'approccio sopra richiamato alla luce delle novità introdotte dal Titolo VI (artt. 126-132) del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), c.d. "Codice del processo amministrativo".

[3] Secondo principi da tempo riconosciuti: cfr., per tutti, M. Midiri, *Art. 65*, in *Commentario della Costituzione, a cura di G. Branca, Le Camere*, tomo II, Bologna – Roma, 1986, 76. Si pensi, ad esempio, alla giurisprudenza costituzionale in tema di ineleggibilità e incompatibilità; o alle affermazioni rese nella sentenza C. cost. 7 luglio 2010, n. 236, in *Giur. cost.*, 2010, II, 2892 ss., che, pur avendo ad oggetto norme sulle elezioni locali, per la loro portata generale – tra l'altro mediante il richiamo agli artt. 6 e 13 della CEDU –, sembrano connotarsi non già per una distinzione tra cariche elettive tra diversi livelli territoriali di governo, quanto piuttosto per una sorta di discrimine posto tra il "procedimento elettorale preparatorio" – che viene sottoposto ad autonomi strumenti di tutela – e la fase successiva dello stesso procedimento elettorale, distinta sotto il profilo del contenzioso.

2. I modelli di risoluzione del contenzioso post-elettorale e le peculiarità del sistema italiano

Prescindendo, per un momento, da quella che è stata l'interpretazione dell'art. 66 Cost. fornita dalla giurisprudenza costituzionale, di legittimità, ordinaria e amministrativa – peraltro, come si vedrà, affatto univoca – i lavori preparatori non solo della norma costituzionale in parola, ma anche dell'art. 87, primo comma, del d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 (Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati)[4] mostrano chiaramente che l'intento del Costituente (e poi del legislatore) fosse quello di sottrarre la verifica dei poteri agli organi giurisdizionali, peraltro in stretta connessione a taluni aspetti peculiari della forma di governo parlamentare[5].

Esemplificativo, sul punto, in occasione della reiezione dell'emendamento Mortati – predisposto in seno alla Seconda Sottocommissione, secondo il quale la verifica dei poteri avrebbe dovuto essere affidata ad un tribunale misto, composto in numero pari da membri delle Camere e alti magistrati e presieduto dal Presidente della Corte di Cassazione –, l'intervento del Presidente Terracini[6], il quale sostiene che "attraverso la Giunta delle elezioni è ancora la massa degli elettori che giudica la propria azione; quindi è proprio il principio della sovranità popolare che si afferma nuovamente nella verifica dei poteri"[7]. Analogamente, in riferimento a modelli "ibridi" riproposti anche dallo stesso Mortati in Assemblea, Emilio Lussu lamenta un grave *vulnus* alla centralità del Parlamento[8].

[4] Cfr. l'art. 87, primo comma, del d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361: "Alla Camera dei deputati è riservata la convalida della elezione dei propri componenti. Essa pronuncia giudizio definitivo sulle contestazioni, le proteste e, in generale, su tutti i reclami presentati agli Uffici delle singole sezioni elettorali o all'Ufficio centrale durante la loro attività o posteriormente".

[5] In questo senso, per il dibattito in sede di Seconda Sottocommissione, cfr. *Atti Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, II Sottocommissione*, 19 settembre 1946, VI, spec. 1035 ss. (con le eccezioni di Ambrosini, Bozzi e Leone, favorevoli a ricondurre ad organi giurisdizionali il procedimento di verifica delle elezioni e di Mortati, incline ad introdurre un modello "misto"); nonché, per il dibattito in Assemblea, cfr. *Atti Assemblea costituente*, 10 ottobre 1947, spec. 3199 ss. (con l'eccezione di Romano, che presenta un emendamento – poi respinto – che attribuiva il giudizio in via esclusiva alla Corte di Cassazione).

[6] V.lo in *Atti Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, II Sottocommissione*, 19 settembre 1946, VI, spec. 1037 s.

[7] Al riguardo, si vedano, di recente, le considerazioni di E. Lehner, *L'apertura condizionata della Corte sulla verifica dei poteri, tra tutela dell'autonomia parlamentare e garanzia dei diritti di elettorato passivo*, in *Giur. cost.*, 2009, 3630 ss. Rispetto alla connotazione prevalentemente politica del procedimento di verifica, sottolineano questo profilo dei lavori preparatori dell'art. 66 Cost. V. Lippolis, *Art. 66*, in *Commentario della Costituzione, a cura di G. Branca, Le Camere*, cit., 116 s.; G.E. Vigevani, *Stato democratico ed eleggibilità*, Milano, 2001, 41 ss.; M. Cerase, *Art. 66*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, vol. II, artt. 55-100, Torino, 2006, 1271.

[8] Cfr. l'intervento di Emilio Lussu in *Atti Assemblea costituente*, 10 ottobre 1947, 3202.

Che poi le giunte parlamentari abbiano affinato le loro tecniche di giudizio in senso "paragiurisdizionale"[9], accentuando il carattere simil-contenzioso dei procedimenti, sia pure con diversi gradi di intensità soprattutto rispetto al contraddittorio[10], e che si trovino ad applicare diritto oggettivo, accentuando il tenore letterale dell'art. 66 Cost.[11], nell'esercizio di un'attività assunta come materialmente giurisdizionale[12], nulla toglie alle connotazioni originarie – schiettamente politiche – dell'istituto della verifica dei poteri[13]. Al riguardo, autorevole dottrina aveva già infatti riconosciuto che "la giurisdizionalità è più nel precetto della Costituzione che nella realtà della verifica"[14]. Quest'ultima, per quanto in controtendenza rispetto agli altri ordinamenti costituzionali europei, fatta eccezione per la quarta Repubblica francese[15], è originariamente finalizzata a conferire autonomia al Parlamento rispetto alla magistratura, che costituiva uno degli elementi di maggiore continuità rispetto al regime fascista[16].

Una delle dirette conseguenze di quest'impostazione si ravvisa nella circostanza che mentre per le cariche rappresentative regionali, locali e per il Parlamento europeo, il contenzioso post-elettorale è devoluto alla cognizione di un giudice – ordinario o amministrativo, e, eventualmente, costituzionale – per il livello nazionale esso è invece demandato alle stesse Camere, in forza

[9] Così, A. Bozzi, *Istituzioni di diritto pubblico*, IV Ed., Milano, 1977, 111. In senso analogo, cfr. A. Manzella, *Il parlamento*, III Ed., Bologna, 2003, 232; T. Martines – G. Silvestri – C. De Caro – V. Lippolis – R. Moretti, *Diritto parlamentare*, Milano, 2005, 53; L. Gianniti – N. Lupo, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, 2008, 81.

[10] Sul punto, le acute considerazioni di A. Mencarelli, *La verifica dei poteri alla Camera dei deputati alla prova della XV legislatura*, in *Il Filangieri – Quaderno 2006*, Napoli, 2007, 166 ss.

[11] In riferimento al lemma "giudica" di cui all'art. 66 Cost.: cfr. L. Elia, voce *Elezioni politiche (contenzioso)*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 786 (sia pure in stretta connessione agli artt. 24, 113 e 134 Cost., finalizzati a "non lasciar scoperto nessun settore della vita del diritto rispetto alla tutela giurisdizionale"); F. Sorrentino, *Parere* pro veritate *sull'ineleggibilità sopravvenuta del deputato Cesare Previti* – stralci dal resoconto della Giunta delle elezioni della Camera dei deputati del 13 marzo 2007.

[12] In questo senso, cfr. P. Virga, *La verifica dei poteri*, Palermo, 1949, 7 e 20 s.; M. Mazziotti, *Osservazioni sulla natura dei rapporti tra la Giunta delle elezioni e la Camera dei deputati*, in *Giur. cost.*, 1958, 428 ss. (limitatamente al ruolo delle giunte); S. Tosi, *Diritto parlamentare*, Milano, 1974, 63 s.; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, IX Ed., Padova, 1975, 483; A. Pajno, *Fase preparatoria delle elezioni politiche e contenzioso elettorale. Verifica dei poteri, regolazione della giurisdizione e transizione italiana*, in *Il Corriere giuridico*, 2008, II, 1697.

[13] Esemplificative, sul punto, le considerazioni di M. Cerase, *Sviluppi e contrasti in materia di verifica dei poteri*, in *Diritto pubblico*, 2004, I, 666 ss.

[14] Così, L. Elia, voce *Elezioni politiche (contenzioso)*, cit., 786.

[15] Al riguardo, cfr. F. Lanchester, *La verifica dei poteri nel diritto comparato: modelli a confronto*, in *Giur. cost.*, 1998, V, 2864, spec. 2866.

[16] In questo senso, cfr., ad esempio, G. Melis (a cura di), *Lo Stato negli anni Trenta. Istituzioni e regimi fascisti in Europa*, Bologna, 2008; G.E. Vigevani, *Stato democratico ed eleggibilità*, cit., 44.

del disposto dell'art. 66 Cost., che ha poi l'effetto di creare una delle "zone d'ombra", se non una vera e propria "zona franca", nel controllo di costituzionalità, rendendo assai problematico l'accesso alla Corte costituzionale[17].

La peculiarità del sistema italiano vede quindi la c.d. "giurisprudenza" parlamentare a chiusura del sistema nel contenzioso elettorale per le cariche di membro del Parlamento, frutto di decisioni di tipo politico, assunte in base al principio di maggioranza, seppure in esito a procedimenti di tipo simil-contenzioso, non privi di garanzie per i soggetti coinvolti. Al riguardo, va infatti ricordato il tentativo di rafforzare le garanzie tipiche dei procedimenti giurisdizionali operanti in sede di giunte elettorali di Camera e Senato, perseguito ormai da circa quindici anni in entrambi i rami del Parlamento, specie attraverso modificazioni dei regolamenti parlamentari e – soprattutto – dei regolamenti delle stesse giunte[18]. Esso, tuttavia, ha finito per essere molto spesso frustrato dalle pronunce, assunte in via definitiva, dell'Assemblea, che rispondono a criteri esclusivamente politici e sono adottate in base all'applicazione della regola di maggioranza, anche a fronte di accertamenti incontrovertibili, in esito al giudizio di convalida, di segno opposto rispetto al risultato elettorale e alla successiva proclamazione.

Pur nel carattere comunque discrezionale del procedimento di accertamento[19], non vi è dubbio che la scelta del Costituente di devolvere il giudizio ad organi politici o giurisdizionali, o ancora di introdurre sistemi "misti" ai fini del sindacato sul contenzioso elettorale appaia, specie con sistemi elettorali maggioritari, non neutra sotto il profilo delle garanzie[20], al di là dei comunque rilevanti problemi di legittimazione dell'organo a cui è attribuita la verifica dei titoli degli eletti[21].

[17] Al riguardo, cfr. M. Manetti, *L'accesso alla Corte costituzionale nei procedimenti elettorali*, in *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, 121 ss.; M. Siclari, *Il procedimento in via incidentale*, in *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, a cura di R. Balduzzi e P. Costanzo, Torino, 2007, 25 ss., il quale definisce la questione della legge elettorale come un "macroscopico esempio di zona d'ombra (se non proprio di zona franca)" della giustizia costituzionale.

[18] Basti pensare alla "manutenzione" del regolamento della Giunta delle elezioni della Camera dei deputati: cfr., da ultimo, la proposta di modifica degli artt. 15-18 del regolamento in Giunta delle elezioni, seduta del 16 maggio 2012, 11 ss.

[19] In questo senso, cfr. M. Luciani, *Brevi note a chiusa*, in *Le leggi elettorali regionali. Problematiche e approfondimenti*, a cura di M. Raveraira, Napoli, 2009, 188.

[20] Così, ad esempio, F. Lanchester, *La verifica dei poteri nel diritto comparato*, cit., 2873. Sul punto, si vedano altresì le considerazioni di P. Costanzo, *La verifica dei poteri. Un privilegio parlamentare sempre meno convincente*, in *Rass. parl.*, 2006, 782; e di N. Lupo, *Incandidabilità, ineleggibilità e incompatibilità: un groviglio inestricabile?*, in *Le leggi elettorali regionali*, cit., 62 ss.

[21] Su cui, cfr., ampiamente, M. Manetti, *L'accesso alla Corte costituzionale nei procedimenti elettorali*, cit., 119 ss., spec. 121 ss.

3. Il punto di vista della Commissione europea per la Democrazia attraverso il diritto (c.d. Commissione di Venezia)

Sotto questo profilo, va a mio parere anzitutto sottolineato che gli organismi internazionali negli ultimi anni hanno costantemente richiamato l'Italia alla necessità di assicurare un'adeguata tutela giurisdizionale, o, quanto meno, ad inserire elementi di giurisdizionalizzazione nelle fasi preparatorie del procedimento elettorale politico. Si pensi, ad esempio, al Rapporto dell'*Office for Democratic Institutions and Human Rights* (ODIHR) dell'Osce sulle elezioni politiche del 2006, che segnala l'opportunità di inserire nel procedimento elettorale politico opzioni imparziali e tempestive per la risoluzione del contenzioso mediante il ricorso ad un'autorità di carattere effettivamente giurisdizionale[22].

Assume termini ancora più palesi il contrasto tra il sistema postulato dall'art. 66 Cost. – almeno nella sua interpretazione estensiva[23] – e le indicazioni fornite nel *Codice di buona condotta in materia elettorale* elaborato dalla Commissione europea per la Democrazia attraverso il diritto (c.d. Commissione di Venezia), operante nell'ambito del Consiglio d'Europa, nel-

[22] Cfr. Osce, Office for Democratic Institutions and Human Rights, *Italy. Parliamentary elections 9-10 April 2006. Election assessment Mission Report*, Varsavia, 9 giugno 2006, reperibile al sito www.osce.org. Al riguardo, si vedano i puntuali rilievi di G. Piccirilli, *Contenzioso elettorale politico e verifica dei poteri: riflessioni sulla effettività delle tutele procedimentali*, in *Rass. parl.*, 2006, 794.

[23] Si allude all'approccio che, nell'ambito della classificazione della giurisprudenza in materia proposta da L. Trucco, *Contenzioso elettorale e verifica dei poteri tra vecchie – ma mai superate – e nuove questioni*, in *Rass. parl.*, 2006, 815 ss., è stato definito "estensivista *tout court*", con riguardo all'interpretazione dell'art. 66 Cost. e dell'art. 87 del d.P.R. n. 361 del 1957 fornita dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenze nn. 8118 e 8119 del 2006, poi ulteriormente confermate: cfr. anche *infra*, paragrafo 4.3), la quale ha ribadito la natura amministrativa degli atti degli Uffici elettorali circoscrizionali e centrali e la conseguente spettanza esclusiva alle Camere del potere di sindacare la regolarità e la validità degli atti "pertinenti all'intera sequenza procedimentale che dalla presentazione delle liste conduce alla proclamazione degli eletti". Tale A. distingue l'approccio richiamato da quello definito "estensivista ma con riserva", seguito da alcune pronunce del TAR Lazio (Tar Lazio, Sez. II-*bis*, sent. 20 aprile 2006, ric. nn. 2319/2006, 2358/2006, 2360/2006), il quale, pur confermando l'interpretazione che riconduce a ciascuna Camera l'accertamento della legittimità di tutte le operazioni elettorali, incluse quelle relative alla fase precedente lo svolgimento della competizione elettorale, tende a riconoscere le caratteristiche di imparzialità e di indipendenza degli uffici elettorali, nonché da un ulteriore terzo approccio che tende invece a ricondurre in via esclusiva agli Uffici elettorali il contenzioso sul "procedimento elettorale preparatorio" (sent. Tar Catania, 22 aprile 2006, n. 629). Su quest'ultimo orientamento giurisprudenziale, cfr. A. Cariola, *L'ammissione delle liste elettorali alla ricerca di un giudice*, cit., 2 ss., il quale rileva che la richiamata sentenza del Tar Catania sembra manifestare la consapevolezza di erodere la portata della deroga posta dall'art. 66 Cost. rispetto all'attribuzione del contenzioso elettorale alla giurisdizione del giudice comune.

la parte in cui queste ultime prevedono "un sistema di ricorso efficace". E' stata al riguardo segnalata l'anomalia tra le versioni delle linee guida di cui si compone il Codice citato, con particolare riferimento al punto II.3.3.a., dedicato al sistema di ricorsi in materia elettorale che, nella versione inglese, recita: "The appeal body in electoral matters should be either an electoral commission or a court. For elections to Parliament, an appeal to Parliament may be provided for in first instance. *In any case*, final appeal to a court must be possible". Nella versione italiana, invece, l'ultimo periodo richiamato è stato tradotto come "*In tutti gli altri casi*, un ricorso davanti ad un tribunale deve essere possibile in ultima istanza", essendo evidente la differenza di significato tra "*any case*" e "*tutti gli altri casi*" e gli effetti che essa determina sull'interpretazione del testo relativo al contenzioso post-elettorale sulle elezioni politiche[24].

4. Le principali conseguenze della bipartizione del contenzioso post-elettorale determinate dall'art. 66 Cost.

Proseguendo logicamente e temporalmente dalla fase del contenzioso pre-elettorale (e seguendo il tenore letterale dell'art. 66 Cost.), le conseguenze più immediate della sopra richiamata bipartizione nel contenzioso post-elettorale possono essere individuate sotto i seguenti profili.

La disposizione costituzionale in parola determina anzitutto incisivi riflessi sulla stessa composizione della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato e della Giunta delle elezioni della Camera dei deputati e, nelle fasi successive alla formazione delle Assemblee, sia sul controllo dei risultati elettorali in senso stretto, sia sulla verifica dei titoli di ammissione dei componenti. Sotto entrambi i profili, gli effetti sopra richiamati discendono dalla ricostruzione dell'art. 66 Cost. in termini derogatori rispetto al diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale[25]. Essi, però, si manifestano sostanzialmente "in bianco" e senza limiti precisi, anche interni all'ordinamento parlamentare[26]. In altre parole: in forza dell'art. 66 Cost. qualsiasi

[24] Anomalia segnalata da G. Piccirilli, *L'epilogo (in Parlamento) del caso Di Girolamo: l'"opzione" tra dimissioni, annullamento dell'elezione e autorizzazione all'arresto di un senatore*, in *Rass. parl.*, 2010, 803 s. Sugli orientamenti della c.d. Commissione di Venezia in materia di giustizia elettorale, si vedano le considerazioni di N. Lupo, *Considerazioni conclusive. Sistema elettorale e legislazione "di contorno"*, in *Le evoluzioni della legislazione elettorale "di contorno" in Europa*, Atti del III Colloquio italo-polacco sulle trasformazioni istituzionali, a cura di G.C. De Martin – Z. Witkowski – P. Gambale – E. Griglio, Padova, 2011, 426 ss.; J. Luther, *La ricerca della giustizia elettorale: "dramma" piemontese per legislatori, amministratori, giudici, scienziati e coro, in tre atti*, in *Rass. parl.*, 2011, 646 s. e 664.

[25] Al riguardo, si veda la sent. C. cost. 4 febbraio 2003, n. 29, in *Giur. cost.*, 2003, I, 169 ss. V. anche *infra*, paragrafo 4.3, spec. note 60 e 61.

[26] Anche per effetto della scarsa valorizzazione di quella particolare "capacità qualificato-

giudizio avente riflesso sugli eletti e sulle sorti del mandato parlamentare è attribuito ad una giurisdizione particolare.

Le peculiarità che connotano il mandato parlamentare rispetto alle altre cariche elettive, determinate da una differenziata copertura costituzionale (artt. 65-69 Cost.), si manifestano, ad esempio, sotto il profilo dei criteri di valutazione adottati in diversi momenti del contenzioso post-elettorale, spesso in difformità da quelli stabiliti dalla legge per le elezioni politiche. Basti pensare ai (talora) divergenti orientamenti assunti, rispettivamente, dagli uffici elettorali e dalle giunte di Camera e Senato in relazione alla valutazione della nullità o meno dei voti e delle schede elettorali[27].

Un secondo ordine di conseguenze imputabili all'art. 66 Cost. si sono prodotte sulla tendenza delle giunte parlamentari e delle stesse Camere ad utilizzare la disposizione costituzionale in parola in maniera niente affatto univoca e secondo criteri divergenti, assunti talora in senso estensivo talora in senso restrittivo. Dal primo punto di vista, basti pensare agli istituti delle ineleggibilità e incompatibilità; o, ancora, alla vicenda dei seggi della Camera non assegnati nella XIV legislatura come effetto distorsivo di una particolare interpretazione da parte degli attori politici della legge elettorale allora vigente[28]. Dal secondo punto di vista, è invece sufficiente richiamare l'esclusione dal sindacato delle giunte stesse sulla fase preparatoria del procedimento elettorale, con un orientamento divergente da quello della Corte di Cassazione[29].

In terzo luogo, l'art. 66 Cost., nella parte in cui riserva in via esclusiva alle Assemblee parlamentari la valutazione dei "titoli di ammissione dei componenti di ciascuna Camera", ha prodotto ulteriori riflessi sugli istituti dell'ineleggibilità e dell'incompatibilità tra le cariche elettive. Rispetto a questi ulti-

ria" del regolamento parlamentare a cui è giunta – sulla scorta di una giurisprudenza risalente – la Corte costituzionale con la sent. 2 novembre 1996, n. 379, in *Giur. cost.*, 1996, III, 3439 ss.

[27] Su cui, v. *infra*, paragrafo 4.1.

[28] A causa del collegamento – si ricorda – dei candidati vincitori nei collegi uninominali a "liste civetta" nella quota proporzionale, al fine di evitare il meccanismo del c.d. scorporo, previsto dalle leggi elettorali 4 agosto 1993, n. 276 e n. 277. Ne conseguì che, in esito alle elezioni politiche del 2001, la lista "Forza Italia" si trovò a disposizione meno candidati dei seggi che le furono assegnati, lasciandone vacanti undici. Per ulteriori indicazioni, cfr. L. Spadacini, *Regole elettorali e integrità numerica delle Camere. La mancata assegnazione di alcuni seggi alla Camera nella XIV legislatura*, Brescia, 2003. Una soluzione ai fini dell'assegnazione dei seggi vacanti è prospettata da M. Ainis, *Principi* versus *regole (Il caso dei seggi mancanti a Forza Italia dopo le politiche del 2001)*, in *Rass. parl.*, 2001, 629 ss. Altri autori hanno ritenuto che l'omessa proclamazione dei subentranti per coprire i seggi vacanti sarebbe giustiziabile davanti al giudice amministrativo, nel presupposto che il riferimento letterale dell'art. 66 Cost. ai "componenti" delle Camere dovrebbe obbligare l'interprete a "tenere sotto stretto controllo ogni possibile estensione logica del potere decisorio attribuito alla Camera": cfr. A. Guantario, *Profili giuridici dei fantasmi in Parlamento e giudice amministrativo*, in *Nuova Rassegna di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza*, n. 1, 2004, 25 ss., spec. 53 ss.

[29] V. *infra*, paragrafo 4.2.

mi si manifesta infatti la progressiva divergenza tra la c.d. "giurisprudenza" parlamentare, da un lato, e la giurisprudenza costituzionale, di legittimità e di merito, dall'altro. Gli orientamenti rispettivamente assunti dagli organi parlamentari e dai giudici possono essere schematicamente ricondotti a tre distinti "filoni" di pronunce: l'equilibrio tra Corte, giudici e Parlamento in regime proporzionale, connotato dall'interpretazione "riduttiva" delle cause di ineleggibilità originarie e la loro possibile trasformazione, se sopravvenute, in cause di incompatibilità; la rottura dell'equilibrio tra autorità giudiziaria e Camere, maturata, in particolare, in ordine alle divergenze sulle c.d. "ineleggibilità d'affari"; la definitiva rottura tra organi giurisdizionali e Camere in tema di ineleggibilità sopravvenuta.

Un quarto ordine di conseguenze determinate dallo stesso art. 66 Cost. si sono infine prodotte sull'istituto dell'incandidabilità, originariamente previsto soltanto per le cariche regionali e locali e recentemente introdotto anche per il Parlamento nazionale dall'art. 1, commi 63-64, della legge 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione), che potrebbe comportare qualche problema di attuazione proprio sotto il profilo del contenzioso post-elettorale[30].

4.1. *Segue:* sulla stessa composizione della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato e della Giunta delle elezioni della Camera dei deputati, nonché sul controllo dei risultati elettorali in senso stretto

Su un piano generale, va anzitutto osservato che la specificità dell'art. 66 Cost. si estende sia al controllo dei risultati elettorali in senso stretto, sia alle verifica dei titoli di ammissione dei componenti.

Tuttavia, le torsioni impresse dalle prassi parlamentari alla giurisdizionalità del precetto normativo[31] si manifestano, ancor prima, nella stessa composizione delle Giunte.

Esemplificativa, al riguardo, la vicenda dell'"Associazione politica La Rosa nel pugno", presentatasi alle elezioni politiche del 2006, esclusa dal riparto dei seggi sulla base di una controversa interpretazione della legge elettorale e quindi promotrice, tra l'altro, di un conflitto di attribuzione sollevato contro le Camere per aver reso, mediante le modificazioni apportate dalla legge 21 dicembre 2005, n. 270 (Modifiche alle norme per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica), più gravoso il procedimento relativo alla presentazione delle candidature[32].

[30] V. *infra*, paragrafo 4.4.

[31] In questo senso, cfr. L. Elia, voce *Elezioni politiche (contenzioso)*, cit., 784 ss.

[32] Al riguardo, cfr. P. Ridola, *La legittimazione dei partiti politici nel conflitto di attri-*

Essa dimostra, anzitutto, come l'art. 66 Cost. precluda l'accesso alla Corte costituzionale in materia elettorale, anche nella forma del conflitto di attribuzione tra poteri[33], acuendo, in tal modo, le "zone d'ombra" della giustizia costituzionale, posta l'impossibilità di assicurare la giustiziabilità della legge elettorale politica[34].

Nella prospettiva di analisi privilegiata nel presente contributo, quella stessa vicenda pone però soprattutto in rilievo gli effetti perversi della riserva alle Camere sul giudizio elettorale, alla luce del "seguito" della richiamata pronuncia della Corte in sede di Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato. Quest'ultima, infatti, ha visto come "giudici" senatori eletti per effetto di quella contestata interpretazione dell'art. 17 del decreto legislativo 20 dicembre 1993, n. 533 (Testo unico delle leggi recanti norme per l'elezione del Senato della Repubblica), come sostituito dall'art. 4, comma 8, della legge n. 270 del 2005, in base alla quale, ai fini dell'individuazione delle liste ammesse al riparto dei seggi, il richiamo alla *ratio* complessiva della legge avrebbe consentito di applicare in via analogica anche al Senato il riferimento alle sole liste che avessero superato la soglia di sbarramento, anche nel caso di conseguimento del premio di maggioranza. Si è giunti così al paradosso che senatori che erano risultati eletti in base all'interpretazione della norma contestata davanti alla Giunta stessa si sono trovati a dover giudicare, in via successiva, della legittimità del criterio interpretativo posto a fondamento dello stesso riparto dei seggi precedentemente assegnati.

Quanto invece al sindacato sui risultati elettorali in senso stretto, va anzitutto osservato che la tendenza a giurisdizionalizzare la verifica, la quale ha caratterizzato l'evoluzione della disciplina dell'attività delle giunte, risente necessariamente del sistema elettorale[35]. Mentre infatti in un sistema proporzionale gli effetti derivanti dalla procedura di verifica delle elezioni e delle cause di ineleggibilità e di incompatibilità potevano essere in qualche misura attenuati dalle dinamiche interne al sistema politico, per definizione compromissorie[36], in regime maggioritario la riserva esclusiva alle Camere di tale giudizio ha finito per generare una cospicua serie di problemi[37].

Infatti, con l'entrata in vigore di sistemi elettorali prevalentemente maggioritari, come quello adottato nel 1993 (leggi 4 agosto 1993, n. 276 e n. 277),

buzione fra poteri dello Stato: organamento dei soggetti del pluralismo o razionalizzazione dei principi costituzionali del processo politico?, in *Giur. cost.*, 2006, I, 668 ss.

[33] Cfr. C. cost. 24 febbraio 2006, n. 79, in *Giur. cost.*, 2006, I, 661 ss.

[34] Al riguardo, cfr. M. Siclari, *Il procedimento in via incidentale*, cit., 25 ss.

[35] In tema, cfr. C. Fusaro, *I limiti della legislazione elettorale vigente*, in *La legislazione elettorale italiana. Come migliorarla e perché*, a cura di R. D'Alimonte – C. Fusaro, Bologna, 2008, 42 s.

[36] Cfr. L. Elia, voce *Elezioni politiche (contenzioso)*, cit., 748 e 791 s. (quanto al "rendimento" del procedimento di verifica in questa fase).

[37] Cfr. P. Costanzo, *La verifica dei poteri*, cit., 782.

si è reso necessario distinguere tra l'annullamento di un'elezione avvenuta, alla Camera, grazie alla quota proporzionale e quello di un'elezione derivante, per la quota maggioritaria, dai voti espressi nei collegi uninominali: quest'ultima comportava, infatti, la conseguente proclamazione di un candidato appartenente allo schieramento avverso[38]. La prospettiva di un ribaltamento del risultato elettorale in esito alla procedura di convalida degli eletti diventa ancor più decisiva, specie alla Camera, per effetto del meccanismo di attribuzione del premio di maggioranza su base nazionale, introdotto dalla legge elettorale del 2005[39]. Ne consegue che, nel giudizio sui risultati elettorali, muta anzitutto il controinteressato rispetto all'eletto: con il sistema proporzionale, appartiene alla stessa lista del candidato di cui si contesta l'elezione; con il collegio uninominale maggioritario, è individuabile nel candidato della coalizione avversa; con il proporzionale con premio di maggioranza, assegnato anche per un solo voto di vantaggio, secondo il sistema attualmente vigente per l'elezione della Camera dei deputati, il controinteressato è individuabile nell'intera coalizione sconfitta, come dimostra l'esperienza della verifica del risultato delle contestate elezioni politiche del 2006[40].

Sono noti e già indagati gli effetti distorsivi che ha prodotto tale sistema. In un paio di occasioni (relativamente all'elezione dei deputati Vendola e Reale, nel 1994), ad esempio, pur avendo la Giunta delle elezioni avanzato, in avvio della XII legislatura, sulla base del conteggio matematico delle schede, una proposta di annullamento di elezioni avvenute in collegi uninominali nei quali aveva avuto la meglio la coalizione di centrosinistra, l'Assemblea, per effetto del mutato quadro politico determinato dalla crisi del primo governo Berlusconi e dalla formazione di una maggioranza frutto dell'alleanza tra le sinistre, il centro e la Lega Nord, si pronunciò in favore della convalida degli eletti[41].

Anche di qui muove, probabilmente, la riforma della procedura di verifica delle elezioni varata dalla Camera dei deputati nel 1998, con l'adozione di un nuovo regolamento interno della Giunta delle elezioni, in attuazione dell'art. 17, comma 3, del regolamento della Camera[42]. Con tale riforma, si è

[38] Sul punto, cfr. G. Lasorella, *La verifica dei poteri alla prova del nuovo sistema elettorale: nuove vicende e antiche perplessità*, in *Quad. cost*., 1996, 281 ss.; M. Cerase, *Sviluppi e contrasti in materia di verifica dei poteri*, cit., 656.

[39] In questo senso, cfr. L. Ciaurro, *I parlamentari giudici di se stessi?*, in *La legislazione elettorale italiana*, cit., 312 s.

[40] Cfr. A. Mencarelli, *La verifica dei poteri alla Camera dei deputati*, cit., 162 ss.

[41] Cfr. M. Cerase, *Sviluppi e contrasti in materia di verifica dei poteri*, cit., 662 ss. e 667; Id., *Art. 66*, cit., 1283, il quale sottolinea opportunamente come il concreto atteggiarsi del potere di verifica delle Camere finisca sostanzialmente per frustrare la stessa riserva di legge della disciplina delle cause di ineleggibilità ed incompatibilità di cui all'art. 65 Cost.

[42] Riforma fortemente auspicata in dottrina: cfr., ad esempio, I. Nicotra Guerrera, *"Verifica dei poteri" e diritto di difesa nel contenzioso elettorale politico*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 115, 1997, 77 ss.

tentato di incanalare il rapporto intercorrente tra Giunta e Assemblea lungo binari che rendano più difficile il ribaltamento, secondo logiche esclusivamente politiche, delle proposte e della "giurisprudenza" della Giunta: anche se vi è qualche dubbio sull'efficacia dei rimedi introdotti, in mancanza di una revisione del procedimento previsto dall'art. 66 Cost.

Che il rimedio sia stato effettivamente inefficace sembra dimostrarlo proprio lo sviluppo del contenzioso post-elettorale nelle legislature seguenti, culminato nei casi "Sardelli-Faggiano" e "Porcu-Meloni". Durante la XIV legislatura, infatti, nella prima occasione la Giunta delle elezioni della Camera, a fronte del ricorso del candidato dell'Ulivo Faggiano – il quale sosteneva che la proclamazione del deputato Sardelli di Forza Italia (collegio 33 della regione Puglia) fosse riconducibile ad un errore materiale nel conteggio delle schede e di susseguenti verifiche che attestavano la fondatezza del ricorso –, è arrivata a deliberare di non promuovere l'istruttoria per la verifica ordinaria delle schede[43]. Nella seconda, a fronte di controlli effettuati sull'elezione del deputato di centrodestra Porcu che avevano palesato una proclamazione dovuta ad un errore materiale a danno del candidato ed ex deputato Meloni, la Giunta non ha esitato a promuovere una revisione delle schede conteggiate per arrivare a proporre la convalida di Porcu, anziché aprire il procedimento di contestazione della sua elezione[44].

Vorrei sottolineare la centralità del fattore tempo nel dipanarsi di queste procedure relative al contenzioso post-elettorale: la riserva alle Camere della verifica dei risultati elettorali non contribuisce affatto ad accelerare la risoluzione del contenzioso in tempi certi. All'opposto, la fase di contestazione e di verifica nei casi menzionati si protrae per quasi tutta la durata della XIV legislatura.

Il profilo richiamato assume riflessi ancora più evidenti nella lunga attività di verifica delle elezioni del 2006 che impegna la Giunta delle elezioni della Camera per tutta la legislatura, poi conclusasi anticipatamente.

Come si vede, a fronte delle garanzie faticosamente costruite nei procedimenti di verifica delle elezioni, giunte e Assemblee sono divenute terreno di scontro politico in cui, anziché essere applicate le regole previste dalla legge o dai regolamenti parlamentari, dominano l'arbitrio e il predominio di questo o quello schieramento, a seconda dei contingenti rapporti di forza.

Il giudizio fin qui espresso circa l'inadeguatezza del sindacato camerale riguardo alla verifica dei poteri va ribadito anche alla luce del sistema elettorale introdotto nel 2005, che ha tra l'altro reso in larga parte obsolete le

[43] Cfr. anche, conformemente, la decisione adottata dall'Assemblea nel resoconto della seduta della Camera dei deputati del 20 giugno 2002, in Atti Camera, XIV legislatura, resoconto stenografico 20 giugno 2002, 22.

[44] Sulla vicenda, v. anche M. Cerase, *Sviluppi e contrasti in materia di verifica dei poteri*, cit., 665.

disposizioni dedicate alla verifica dei risultati elettorali contenute nel regolamento della Giunta delle elezioni della Camera approvato nel 1998, modellate su un sistema elettorale ad impianto maggioritario-uninominale[45].

Su un piano generale, è evidente infatti che, specie in caso di esito elettorale ravvicinato, la circostanza che la valutazione circa l'attribuzione ad uno schieramento o all'altro del premio di maggioranza – previsto, com'è noto, su base nazionale alla Camera e su base regionale al Senato – finisca per essere demandato alla stessa maggioranza uscita vincitrice dalle elezioni rischia di intaccare la terzietà del giudizio sui risultati elettorali[46].

Sempre rimanendo sul piano del controllo dei risultati elettorali in senso stretto, prima di passare ai profili problematici della verifica dei titoli degli eletti, occorre osservare che, sotto la copertura dell'art. 66 Cost., la Giunta ha adottato criteri di valutazione delle schede diversi da quelli previsti dalla legge[47].

Le prassi adottate nelle ultime tre legislature hanno mostrato come l'attività di revisione delle schede elettorali delle Giunte parlamentari necessitino di regole certe, atteso che – per effetto della norma costituzionale in parola – l'attività di valutazione dell'organo politico può assumere criteri parzialmente divergenti rispetto a quelli previsti dalla legge.

È quanto, ad esempio, è accaduto in occasione della verifica della XIV legislatura, allorquando la Giunta della Camera adottò il criterio di considerare comunque validi anche i voti espressi con due segni sulla scheda (in luogo dell'unico segno richiesto dall'art. 58 del d.P.R. n. 361 del 1957), qualora la scheda fosse regolare per ogni altro verso e la volontà dell'elettore fosse espressa in modo univoco[48].

La tendenza si spiega nella misura in cui consente di disporre di regole di valutazione non soltanto tecnicamente conformi alla legge, ma anche idonee a riscuotere quel consenso politico generalizzato che costituisce il miglior antidoto contro un uso partigiano della verifica dei poteri[49]. In tanto, però, risulta ammissibile la possibilità di adottare, da parte delle giunte, criteri parzialmente difformi rispetto a quelli previsti dalla legge, in quanto strettamente funzionali a garantire il rispetto dell'effettiva volontà dell'elettore.

[45] Cfr. A. Mencarelli, *La verifica dei poteri alla Camera dei deputati*, cit., 144 ss.

[46] Al riguardo, si richiamano ancora le perplessità espresse in sede Osce quanto all'esistenza, nelle procedure elettorali italiane, di strumenti idonei ad assicurare una risoluzione imparziale e tempestiva del contenzioso elettorale, anche attraverso la possibilità di appellarsi ad un giudice: cfr. il già menzionato Rapporto Osce, Office for Democratic Institutions and Human Rights, *Italy. Parliamentary elections 9-10 April 2006. Election assessment Mission Report*, cit.

[47] Sul punto, cfr. A. Mencarelli, *La verifica dei poteri alla Camera dei deputati*, cit., 175 ss.

[48] Si veda la seduta della Giunta delle elezioni della Camera del 2 agosto 2001.

[49] Così, A. Mencarelli, *La verifica dei poteri alla Camera dei deputati*, cit., 175.

4.2. *Segue*: sul rapporto tra Parlamento e altri poteri

Un'ulteriore conferma dei discutibili effetti del duplice binario del contenzioso post-elettorale si desume dalla tendenza delle giunte parlamentari e delle stesse Camere ad utilizzare l'art. 66 Cost. in maniera niente affatto univoca e secondo criteri divergenti, assunti talora in senso estensivo talora in senso restrittivo. Sotto il primo profilo, si può richiamare il contenzioso sulle ineleggibilità ed incompatibilità o la vicenda dei seggi della Camera non assegnati nella XIV legislatura come effetto distorsivo di una particolare interpretazione da parte degli attori politici della legge elettorale allora vigente. Dal secondo punto di vista, si può ricordare l'esclusione dal sindacato delle giunte dalla fase preparatoria del procedimento elettorale, con un orientamento divergente da quello della Corte di Cassazione.

In questa prospettiva, l'art. 66 Cost. finisce per determinare un'impermeabilità delle Camere per così dire a senso unico, assicurando in base al disposto costituzionale una copertura speciale ai parlamentari, ma rischiando di ledere le posizioni giuridiche soggettive dei controinteressati e talora di confliggere con le stesse procedure di verifica dei titoli delle altre assemblee elettive[50] e – soprattutto – con le procedure di accertamento delle cause di ineleggibilità o di incompatibilità del titolare di carica elettiva locale (specie quando sopravvenuta rispetto al mandato parlamentare)[51]. È questo il risultato di un discutibile orientamento da tempo assunto dalla Corte di Cassazione che, riconoscendo la natura di organi giurisdizionali alle giunte parlamentari, riconduce in via esclusiva alle Camere il sindacato su ogni forma di contenzioso relativa alla fase preparatoria del procedimento elettorale, anche in relazione ai provvedimenti di esclusione di liste o candidati[52], finendo però, in tal modo, per lasciare, di fatto, privi di tutela i candidati esclusi dalle elezioni politiche. Gli organi parlamentari, infatti, affermano correttamente un'interpretazione stretta dell'art. 87 del d.P.R. n. 361 del 1957, in base alla quale il giudizio definitivo delle Camere sui ricorsi e reclami presentati può

[50] In tema, criticamente, J. Luther, *La ricerca della giustizia elettorale*, cit., 645 ss.

[51] Al riguardo, va peraltro precisato che si registra una certa "reazione" della giurisdizione ordinaria, che, in talune circostanze, ha rivendicato il proprio sindacato su determinate fattispecie di ineleggibilità e incandidabilità sopravvenute rispetto all'assunzione della carica elettiva locale, distinguendo "i versi, per così dire, della prospettata incompatibilità, in relazione alla domanda avanzata": cfr. A. Cariola, *L'ammissione delle liste elettorali alla ricerca di un giudice*, cit., 8, spec. nota 21, il quale rileva che "le fattispecie di incompatibilità non paiono sfuggire appieno alla giurisdizione ordinaria: in altri termini, la competenza parlamentare a giudicarne non sembra essere a tenuta completamente stagna", e, pertanto, conclude che "la competenza camerale sancita dall'art. 66 Cost. non appare più esclusiva".

[52] In questo senso, cfr. Cass., Sez. Un., 8 aprile 2008, nn. 9151, 9152, 9153. Analogamente, v. anche Cass., Sez. Un., 6 aprile 2006, nn. 8118 e 8119.

ben estendersi a quelli relativi al procedimento elettorale preparatorio, ma "esclusivamente ai fini del giudizio sulla corretta composizione dell'organo (potendo, dunque, sindacare la validità dei provvedimenti di ammissione di liste o candidati, ma non quelli di ricusazione)", posti i limiti chiaramente desumibili dal tenore letterale dell'art. 66 Cost., nonché dallo stesso art. 87 del T.U.[53], restando invece "estranea alle finalità istituzionali dell'organo parlamentare la valutazione di mera legalità degli atti privi di rilevanza sulla verifica dei titoli di ammissione dei deputati proclamati"[54]. Tale questione, lasciata impregiudicata anche dalla Corte costituzionale[55], sembra tutt'ora determinare un evidente *vulnus* al diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale[56].

4.3. *Segue*: sulla verifica dei titoli degli eletti

Passando ai problematici profili inerenti alla verifica dei titoli degli eletti, la conseguenza di più immediata evidenza della tesi sostenuta circa gli effetti dell'art. 66 Cost. si riflette sull'accertamento (e la giustiziabilità) delle cause di ineleggibilità e incompatibilità e del relativo contenzioso post-elettorale (vedremo poi la più problematica questione dell'incandidabilità).

È quindi la discriminante segnata dall'art. 66 Cost. in riferimento al mandato parlamentare rispetto ai mandati locali e al mandato europeo[57], a determi-

[53] Al riguardo, cfr., ad esempio, G. Buonomo, *I subentri nelle assemblee parlamentari in corso di legislatura*, in *Quad. cost.*, 2007, 911 s.

[54] Cfr. Camera dei deputati, Giunta delle elezioni, Resoconto della seduta del 13 dicembre 2006, 9 s. In senso analogo, v. anche Senato della Repubblica, Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari, Resoconto della seduta del 26 febbraio 2008.

[55] Il riferimento è a C. cost. 23 marzo 2006, n. 117, in *Giur. cost.*, 2006, I, 1128 s.; e, soprattutto, a C. cost. 19 ottobre 2009, n. 259, in *Giur. cost.*, 2009, IV, 3601 ss., con la quale la Corte ha affermato che l'attuale situazione di incertezza sul giudice competente a conoscere dei ricorsi avverso gli atti degli Uffici elettorali non darebbe luogo ad una questione di costituzionalità, derivando invece da una divergenza interpretativa dell'art. 87 del d.P.R. n. 361 del 1957 e dell'art. 66 Cost. da parte della Corte di Cassazione e delle Camere, cosicché si tratterebbe di "contrasti che possono dar luogo ad un regolamento di giurisdizione o ad un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, dal primo dei quali discende il riparto della giurisdizione in base alla legge ordinaria, dal secondo la delimitazione delle sfere di competenza costituzionalmente sancite, qualora il problema si incentri sull'interpretazione dell'art. 66 Cost.". La Corte costituzionale ha conseguentemente negato che "si debba riconoscere vuoto di tutela dipendente da una carenza normativa incolmabile con gli ordinari strumenti ermeneutici e processuali".

[56] In questo senso, per tutti, le considerazioni critiche di F.G. Scoca, *Elezioni politiche e tutela giurisdizionale*, in *Giur. cost.*, 2009, 3613 ss.; nonché di L. Trucco, *Il contenzioso elettorale politico di nuovo al vaglio dei giudici della Consulta*, in *Rass. parl.*, 2009, 1201 ss. Al riguardo, anche L. Ciaurro, *I parlamentari giudici di se stessi?*, 308, parla di "conflitto negativo di competenza (tutto giuridico) tra la suprema autorità di nomofilachia e gli stessi organi parlamentari" che ha avuto, come conseguenza, "l'insorgere di una 'zona franca di incostituzionalità' (vale a dire l'assoluta carenza di una qualsiasi forma di giustiziabilità di posizioni giuridiche soggettive), che dovrà quanto prima trovare una soluzione legislativa o almeno interpretativa".

[57] Peraltro riconosciuta, sotto diversi aspetti, dalla giurisprudenza costituzionale: C. cost.

nare conseguenze profondamente divergenti sotto il profilo dell'accertamento e della giustiziabilità delle cause ostative all'assunzione e al mantenimento delle cariche elettive.

Di qui, muovono i risultati, a tratti profondamente divergenti, della c.d. "giurisprudenza" parlamentare, da un lato, e della più recente giurisprudenza costituzionale, di legittimità e di merito, dall'altro. Da questo angolo prospettico, tenendo ben presenti, sullo sfondo, le linee evolutive dei rapporti tra politica e giustizia nel sistema italiano[58], sembra plausibile proporre una ricostruzione dei differenti presupposti e del "seguito" degli istituti in commento nei diversi livelli territoriali di governo, distinguendo, a titolo esemplificativo, tre settori – che, in buona parte, corrispondono a distinte fasi temporali segnate dalla discontinuità rappresentata dall'introduzione di sistemi elettorali maggioritari –, nei quali l'orientamento della giurisprudenza appare più o meno divergente rispetto a quello delle Camere.

L'accostamento potrebbe apparire per certi versi azzardato, almeno per alcune ragioni. Anzitutto, ben diversi risultano i presupposti di diritto positivo che caratterizzano la disciplina in materia rispettivamente prevista per le cariche elettive europee, nazionali, regionali e locali. Basti pensare, a titolo di esempio, all'istituto della sospensione dalla carica elettiva in caso di perdita della capacità elettorale o a quello della decadenza *ex lege*, previsti, in taluni casi, per i mandati elettivi locali, ma non per quello di parlamentare[59]. In secondo luogo, il suddetto raffronto pare difficilmente proponibile a causa della tutt'altro che risolta questione della natura dell'attività delle giunte e delle Camere sulla verifica degli eletti. Anche a prescindere dall'orientamento niente affatto univoco della dottrina, anche sopra richiamato, la giurisprudenza costituzionale riteneva l'attività delle Giunte e delle Camere derogatoria rispetto al principio supremo della tutela giurisdizionale[60], salvo poi mutare orientamento e ricondurla nell'alveo di funzioni giurisdizionali[61].

Vi è tuttavia una prima considerazione di immediata evidenza (ma di non poco conto, ai fini dell'effettivo rendimento degli istituti in commento) che

10 luglio 1981, n. 129, in *Giur. cost.*, 1981, I,2, 1281 ss.; C. cost. 23 maggio 1985, n. 154, in *Giur. cost.*, 1985, I,1, 1078 ss.; C. cost. n. 379/1996, 3439 ss.; C. cost. 12 aprile 2002, n. 106, in *Giur. cost.*, 2002, II, 866 ss.; C. cost. 3 luglio 2002, n. 306, in *Giur. cost.*, 2002, IV, 2371 ss.

[58] Su cui, in chiave politologica, nell'ambito di una copiosa letteratura, si vedano F. Cazzola – M. Morisi, *La mutua diffidenza. Il reciproco controllo tra magistrati e politici nella prima Repubblica*, Milano, 1996, *passim*, spec. 19 ss.; nonché, da ultimo, i contributi del volume *Amministrazione della giustizia, crescita e competitività del Paese*, a cura di G. Salvi e R. Finocchi Ghersi, Firenze, 2013.

[59] Su cui v. anche *infra*, paragrafo 4.4, specialmente per le considerazioni svolte in merito all'impossibilità di applicare l'istituto della sospensione dalle cariche elettive regionali e locali al mandato parlamentare.

[60] Cfr. C. cost. 26 marzo 1993, n. 113, in *Giur. cost.*, 1993, I, 968 ss.; C. cost. n. 29/2003, 169 ss.

[61] Cfr. C. cost. n. 117/2006, 1128 ss.; C. cost. n. 259/2009, 3601 ss.

rende praticabile la comparazione tra la disciplina e le prassi adottate ai diversi livelli territoriali di governo, nonché – per anticipare le conclusioni – difficilmente sostenibile il mantenimento di una normativa non adeguatamente coerente nella prospettiva speculare tra un livello e l'altro. Si tratta del rapporto tra eletti ed elettori, che vede, nella realtà, molto spesso accedere alle cariche elettive – ora a livello nazionale, ora regionale, ora locale – gli stessi protagonisti della classe politica. Rispetto a quest'ultima, quindi, quantomeno dal suo punto di vista, è stato osservato che "poco o nulla si giustificano divieti, limiti e soglie radicalmente diversi" tra diversi livelli territoriali di governo nella disciplina in commento[62], con il rischio – si potrebbe aggiungere – di affievolire il grado di legittimazione degli stessi istituti, finalizzati invece a costituire uno dei più rilevanti sistemi di regolazione del rapporto tra eletti ed elettori.

Con queste premesse, pare possibile tracciare un raffronto tra alcuni spunti desumibili dall'orientamento della giurisprudenza e quello assunto dalle Camere – rispetto a categorie e fattispecie assimilabili utilizzate dal legislatore – proprio per tentare, al di là dell'approccio casistico, spesso privilegiato a fini classificatori, di operare un riscontro sul diverso fondamento concettuale degli istituti e sulle conseguenze che da esso si possono trarre in punto di accertamento e di giustiziabilità, in specifico riferimento al contenzioso post-elettorale.

4.3.1. L'equilibrio tra Corte, giudici e Parlamento in regime proporzionale: l'interpretazione "riduttiva" delle cause di ineleggibilità originarie e la loro possibile trasformazione, se sopravvenute, in cause di incompatibilità

Procedendo, quindi, con un eccesso di semplificazione e con tutte le accortezze del caso – anche in merito all'ulteriore difficoltà di proporre una comparazione tra le coordinate interpretative tracciate da organi giurisdizionali e quelle fornite da organi che rimangono comunque politici – in una prima fase, caratterizzata da un sistema elettorale proporzionale, il contenzioso davanti alle giunte parlamentari e alle Assemblee, contenuto dai fattori che si sono richiamati[63], non determinava profonde divergenze rispetto all'orientamento prevalente della giurisprudenza costituzionale, in larga parte a causa

[62] Così, N. Lupo, *Incandidabilità, ineleggibilità e incompatibilità*, cit., 52.

[63] A partire dalle dinamiche conseguenti al sistema elettorale proporzionale e dalla presenza dei partiti costituenti quale fattore di omogeneità con effetti "unificanti": al riguardo, si veda la riflessione di L. Elia, voce *Elezioni politiche*, cit., 748 e 791 s., il quale sottolinea come, in regime proporzionale, le vicende della verifica delle elezioni nel periodo 1948-1965 non abbiano prodotto elementi conflittuali tali da indurre il legislatore a trasferire il giudizio ad organi terzi.

dell'interpretazione "riduttiva" delle cause di ineleggibilità originarie e alla loro trasformazione, se sopravvenute, in cause di incompatibilità.

Da un lato, la Corte costituzionale e il Consiglio di Stato hanno affermato il principio di stretta interpretazione dei limiti al diritto di elettorato passivo, ricostruito come diritto inviolabile[64], ribadendo le esigenze di tipizzazione, specificità e determinatezza delle fattispecie di ineleggibilità e di incompatibilità, e limitando, così, la discrezionalità del legislatore in favore della "grande regola" dell'eleggibilità[65]. Dall'altro, la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto la necessità che il legislatore garantisca la libera espressione di voto del corpo elettorale, l'autenticità della competizione elettorale[66], la parità di condizioni tra i candidati e l'effettiva genuinità del voto[67]. La Corte ha poi salvaguardato, proprio attraverso l'approccio teleologico o funzionale la natura non più unidirezionale, ma sostanzialmente bivalente degli istituti in questione, intesi come strumento di protezione non soltanto del mandato elettivo, ma anche del pubblico ufficio che viene considerato causa di impedimento al corretto esercizio della funzione rappresentativa[68].

Nell'intento di minimizzare l'impatto delle pronunce sul libero dispiegarsi della competizione elettorale e – soprattutto – di fare salva la stessa validità delle elezioni (altrimenti pregiudicata dalla sanzione sull'ineleggibilità),

[64] Tra le tante, C. cost. 3 marzo 1988, n. 235, in *Giur. cost.*, 1988, I,2, 1016 ss.; C. cost. 14 dicembre 1990, n. 539, in *Giur. cost.*, 1990, III, 3100 ss.; C. cost. 6 maggio 1996, n. 141, in *Giur. cost.*, 1996, II, 1395 ss.

[65] In base alla quale "l'eleggibilità è la regola, l'ineleggibilità l'eccezione": cfr., *ex plurimis*, C. cost. 26 marzo 1969, n. 46, in *Giur. cost.*, 1969, I, 547 ss.; C. cost. 26 giugno 1969, n. 108, in *Giur. cost.*, 1969, II, 1625 ss.; C. cost. 28 novembre 1972, n. 166, in *Giur. cost.*, 1972, III, 2065 ss.; C. cost. 28 maggio 1975, n. 129, in *Giur. cost.*, 1975, II, 1311 ss.; C. cost. 20 gennaio 1977, n. 45, in *Giur. cost.*, 1977, p. I, 177 ss.; C. cost. 16 gennaio 1978, n. 5, in *Giur. cost.*, 1978, 33 ss.; C. cost. n. 235/1988, 1016 ss.; C. cost. 2 febbraio 1990, n. 53, in *Giur. cost.*, 1990, I, 215 ss.; C. cost. 28 luglio 1993, n. 344, in *Giur. cost.*, 1993, II, 2681 ss.; C. cost. 3 ottobre 2003, n. 306, in *Giur. cost.*, 2003, V, 2830 ss.; C. cost. 13 febbraio 2008, n. 25, in *Giur. cost.*, 2008, I, 263 ss.; C. cost. 6 febbraio 2009, n. 27, in *Giur. cost.*, 2009, I, 193 ss.; C. cost. 28 luglio 2010, n. 283, in *Giur. cost.*, 2010, II, 3552 ss. Analogamente, *ex plurimis*, cfr. Cons. Stato, Sez. I consultiva, par. n. 427 del 9 maggio 2001; Cons. Stato, Sez. V, 16 dicembre 2004, n. 8096. Sui richiamati orientamenti della giurisprudenza costituzionale, si veda, ad esempio, U. Pototschnig, *Art. 97, 3° comma, sezione II [art. 51]*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, *La pubblica amministrazione*, Bologna – Roma, 1994, 385 ss.

[66] Cfr. C. cost. 4 marzo 1971, n. 38, in *Giur. cost.*, 1971, I, 171 ss.; C. cost. n. 45/1977, 177 ss.; C. cost. n. 5/1978, 33 ss.

[67] Cfr. C. cost. 24 maggio 1985, n. 162, in *Giur. cost.*, 1985, I,1, 1189 ss.; C. cost. n. 235/1988, 1016 ss.; C. cost. 9 novembre 1988, n. 1020, in *Giur. cost.*, 1988, I,4, 4885 ss.; C. cost. 30 novembre 1989, n. 510, in *Giur. cost.*, 1989, I,2, 2367 ss.; C. cost. n. 53/1990, 215 ss.; C. cost. 4 marzo 1992, n. 83, in *Giur. cost.*, 1992, I, 842 ss., spec. 848 s., ove la Corte riconnette la libertà di voto del cittadino *anche* alla genuinità dell'offerta politica, presupponendo così che il cittadino eserciti il diritto di voto in un quadro sufficientemente certo.

[68] Cfr. C. cost. 2 marzo 1991, n. 97, in *Giur. cost.*, 1991, I, 1073 ss.; C. cost. 25 luglio 1997, n. 267, in *Giur. cost.*, 1997, II, 2520 ss.

il Giudice delle leggi ha, tra l'altro, avallato la c.d. "riduzione" delle ineleggibilità ad incompatibilità, che consente così, con sentenze manipolative, di derubricare alcune cause di ineleggibilità in cause di incompatibilità[69].

Analogamente, anche la Corte di Cassazione ha posto a fondamento della propria giurisprudenza sul contenzioso post-elettorale il principio di tassatività e di stretta interpretazione delle cause di ineleggibilità e incompatibilità con i mandati elettivi regionali e locali[70], riconoscendo la distinzione tra i due istituti[71], soprattutto sotto il profilo teleologico[72].

In una prospettiva simmetrica a quella percorsa dalla giurisprudenza costituzionale sopra richiamata, anche la Suprema Corte avverte l'esigenza di minimizzare l'impatto delle pronunce sulle ineleggibilità alle cariche elettive locali, cogliendo le trasformazioni delle cause di ineleggibilità in cause di incompatibilità poste in essere dal legislatore, pur senza riconoscerne la portata retroattiva sui giudizi pendenti, anche di fronte ad espresse clausole di retroattività[73].

Parallelamente, le giunte parlamentari, sino all'avvento di sistemi elettorali maggioritari poco sollecitate sotto il profilo dell'accertamento di cause originarie di ineleggibilità e di incompatibilità, hanno soprattutto dovuto affrontare il fenomeno, invece piuttosto frequente, dei parlamentari che, in corso di mandato, siano interessati da una causa di ineleggibilità. Al riguardo, dopo una prima fase, peraltro assai limitata, di interpretazione rigorosa dell'ineleggibilità sopravvenuta rispetto ai mandati locali – caratterizzata, tra l'altro, nella I legislatura, da una dichiarazione di decadenza nei confronti del deputato Giorgio La Pira, eletto sindaco di Firenze[74] – la "giurisprudenza" parlamentare, in via creativa, ha delineato e consolidato l'istituto della c.d. "conversione" delle cause di ineleggibilità sopravvenute in cause di incompatibilità. Va precisato, però, che tale trasformazione non ha mai riguardato le cause di ineleggibilità "in senso lato", quelle, cioè, riferibili ai requisiti essenziali dell'elettorato passivo (in gran parte coincidenti con i requisiti richiesti ai fini dell'elettorato attivo, nel presupposto dell'identificazione tra eleggibili ed elettori propria del carattere democratico della rappresentanza politica), ma soltanto quelle di ineleggibilità "in senso stretto", riferibili, cioè, alle fat-

[69] Cfr., ad esempio, C. cost. 11 luglio 1961, n. 42, in *Giur. cost.*, 1961, II, 951 ss.; C. cost. n. 46/1969, 547 ss.; C. cost. 20 giugno 1984, n. 171, in *Giur. cost.*, 1984, I,2, 1117 ss.; C. cost. 24 giugno 2003, n. 220, in *Giur. cost.*, 2003, III, 1659 ss.

[70] Cfr., *ex plurimis*, Cass. Civ., Sez. I, 26 febbraio 1988, n. 2046; Cass. Civ., Sez. III, 18 gennaio 2000, n. 489; Cass. Civ., Sez. I, 6 marzo 2000, n. 2490; Cass. Civ., Sez. I, 29 novembre 2000, 15285.

[71] Cfr., *ex plurimis*, Cass. Civ., Sez. I, 28 novembre 1981, n. 6337.

[72] Cfr., *ex plurimis*, Cass. Civ., Sez. I, 23 luglio 2007, n. 16218.

[73] Cfr., ad esempio, Cass. Civ., Sez. I, 21 luglio 1998, n. 7123; Cass. Civ., Sez. I, 11 ottobre 1999, n. 11368.

[74] Cfr. Atti Camera dei deputati, seduta del 22 dicembre 1952.

tispecie tassativamente indicate dal legislatore[75], tra le quali figurano le cariche di sindaco di comune con popolazione superiore ai ventimila abitanti e di presidente di giunta provinciale.

Più specificamente, per prassi costante la Giunta delle elezioni della Camera dei deputati e la Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato avevano avvalorato, sin dalla I legislatura repubblicana, un'interpretazione della normativa secondo la quale la carica che determina l'ineleggibilità, nel caso in cui venisse assunta successivamente all'elezione parlamentare, si convertiva in causa di incompatibilità[76]. Si è dato così vita a quel fenomeno di oggettiva "trasformazione di cause di ineleggibilità in cause di incompatibilità"[77]: in esito all'istruttoria della Giunta delle elezioni, il parlamentare veniva invitato dal Presidente di Assemblea ad optare, entro trenta giorni, per una delle due cariche[78].

Anche in dottrina si è tendenzialmente avallato l'istituto della "conversione": ora per l'impossibilità di far valere cause di ineleggibilità che incidono sulla capacità elettorale del candidato se non dopo l'elezione, cosicché esse potrebbero operare soltanto come motivi di incompatibilità[79], ora per la necessità di preservare una ricostruzione unitaria degli artt. 65 e 66 Cost., valorizzando la riserva alle Camere della verifica dei titoli e la connessa autonomia interpretativa[80].

In definitiva, ben lungi dall'avallare un'impropria commistione tra i due istituti, la c.d. conversione delle cause di ineleggibilità sopravvenute in cause di incompatibilità ha invece consentito, attraverso l'opzione in via successiva imposta al parlamentare eletto alle cariche locali, di preservare il profilo finalistico-sostanziale della normativa sull'ineleggibilità. In effetti, tale prassi, invalsa dalla I alla XIII legislatura repubblicana, si fondava sull'implicita

[75] Per un approfondimento di questa distinzione, cfr. N. Lupo e G. Rivosecchi, *La disciplina delle incandidabilità, ineleggibilità e incompatibilità con il mandato parlamentare*, in *La legislazione elettorale italiana*, cit., 263 ss.

[76] Al riguardo, cfr., per tutti, M. Midiri, *Art. 65*, cit., 91 ss.; nonché, volendo, G. Rivosecchi, *La "giurisprudenza" parlamentare sulla interpretazione delle ineleggibilità e incompatibilità parlamentari*, in Rapporto di Ricerca Luiss Guido Carli – Upi, *I sistemi di ineleggibilità e incompatibilità ai differenti livelli rappresentativi: profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, a cura di G. Meloni, Roma, s.d. (ma 2007), 135 ss.

[77] Così, ad esempio, A. Manzella, *Il parlamento*, cit., 229.

[78] Tale prassi trovava un riferimento normativo – poi interpretato dalle Camere in maniera largamente estensiva – nell'art. 25, comma 2, della legge 6 febbraio 1948, n. 29, laddove era previsto che, per i senatori non elettivi, le fattispecie di ineleggibilità per pubblico ufficio indicate dalla legge elettorale della Camera operassero come cause di incompatibilità: cfr. V. Longi, *Incompatibilità parlamentari*, in *Rass. parl.*, 1960, 1394; V. Lippolis, *Art. 66*, cit., 161, nota 1; A. Pertici, *Il conflitto di interessi*, Torino, 2002, 148 s., nota 30.

[79] In questo senso, V. Longi, *Incompatibilità parlamentari*, cit., 1394.

[80] In questo senso, sostanzialmente, A. Manzella, *Il parlamento*, cit., 229 s.

distinzione tra cause di ineleggibilità "in senso lato" sopravvenute, intese come manifestazioni di sopraggiunta incapacità elettorale, da un lato, e cause di ineleggibilità "in senso stretto" sopravvenute, derivanti dalla titolarità di cariche o funzioni, individuate dalla legge, che comunque non precludono, in assoluto, l'instaurazione del rapporto elettorale, dall'altro[81]. Mentre le prime sarebbero sostanzialmente insanabili – e, rispetto ad esse, la Camera sarebbe tenuta a dichiarare la decadenza dal mandato – per le seconde la Camera di appartenenza avrebbe potuto valutare discrezionalmente se la *ratio* sostanziale della causa di ineleggibilità risultasse egualmente tutelata da altra soluzione, quale, appunto, l'obbligo dell'opzione in via successiva, a pena – per l'interessato – della presentazione di una proposta di decadenza all'Assemblea.

Da questo punto di vista, la richiamata "giurisprudenza" parlamentare, quantomeno rispetto all'intento di garantire il profilo teleologico della disciplina sulle cause di incompatibilità "in senso stretto", pare per certi versi riconducibile alla giurisprudenza costituzionale sulla c.d. "riduzione" delle cause di ineleggibilità[82], che la Corte, con sentenze manipolative, tende a derubricare in cause di incompatibilità[83], potenzialmente rimovibili, perciò, nella fase successiva all'elezione[84]. Una giurisprudenza, quest'ultima, che non ha ovviamente avuto ad oggetto le cause di ineleggibilità sopravvenuta al mandato parlamentare per effetto dell'espressa riserva alle Camere ai sensi dell'art. 66 Cost., ma, riferendosi all'analogo istituto per le cariche elettive regionali e locali, ha introdotto principi di portata generale[85], originariamente colti, in qualche modo, anche dalle giunte parlamentari, soprattutto nell'intento di minimizzare l'impatto delle relative pronunce sull'elettorato passivo e sul libero dispiegarsi del gioco politico e della competizione elettorale.

[81] Richiamano, ad esempio, questa distinzione M. Midiri, *Art. 65*, cit., 67 ss.; V. Lippolis, *Art. 66*, cit., 160 s.; V. Di Ciolo – L. Ciaurro, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, III Ed., Milano, 1994, 140 s.

[82] Cfr., ad esempio, C. cost. n. 42/1961, 951 ss.; C. cost. n. 46/1969, 547 ss.; C. cost. n. 171/1984, 1117 ss., spec. 1123 s.; C. cost. n. 220/2003, 1659 ss., spec. 1679 s.

[83] Cfr. L. Elia, *Incertezza di concetti e di pronunzie in tema di ineleggibilità nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1972, I, 1048 ss.; F. Gabriele, *La Corte costituzionale fra ineleggibilità ed incompatibilità nelle elezioni amministrative*, in *Foro amm.*, 1976, I, 311 ss.; F. Bertolini, *Requisiti di eleggibilità e parametri di controllo della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, I, 576. Al riguardo, v. anche G. Buonomo, *La trasformazione delle cause di ineleggibilità sopravvenute in cause di incompatibilità*, in *Nuova Rassegna di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza*, 2004, 2635 ss.

[84] Cfr. F. Gabriele, *La Corte costituzionale fra ineleggibilità ed incompatibilità*, cit., 312; U. Pototschnig, *Art. 97, 3° comma, sezione II [art. 51]*, cit., 389; R. Scarciglia, *La* ratio *delle cause di ineleggibilità: profili ricostruttivi e rilievi critici*, in *Quad. cost.*, 1997, 346.

[85] In questo senso, ad esempio, M. Midiri, *Art. 65*, cit., 76.

4.3.2. La rottura dell'equilibrio tra autorità giudiziaria e Camere con particolare riferimento alle divergenze sulle c.d. "ineleggibilità d'affari"

Proseguendo nel raffronto proposto, appare poi significativo un secondo "filone" di pronunce, quando già si profila la crisi dei partiti politici costituenti nella transizione a sistemi maggioritari. In questo quadro, si delinea una tendenziale divergenza tra giurisprudenza costituzionale, di legittimità e di merito, da un lato, e "giurisprudenza" parlamentare, dall'altro.

Esemplificativa, sotto questo profilo, la "giurisprudenza" parlamentare sulla c.d. "ineleggibilità d'affari". Dopo un lungo periodo, dalla I alla X legislatura repubblicana, in cui le pronunce delle giunte sembravano orientate a tutelare il *profilo sostanziale* dell'interesse pubblico nella disciplina sulle ineleggibilità al fine di evitare conflitti di interesse[86], nelle legislature successive la "giurisprudenza" parlamentare ha avvalorato un'interpretazione decisamente restrittiva delle cause di ineleggibilità disciplinate dall'art. 10, n. 1, del d.P.R. n. 361 del 1957, con specifico riferimento a "coloro che in proprio o in qualità di rappresentati legali di società o di imprese private risultino vincolati con lo Stato per contratti di opere o di somministrazioni, oppure per concessioni o autorizzazioni amministrative di notevole entità economica, che importino l'obbligo di adempimenti specifici, l'osservanza di norme generali o particolari, protettive del pubblico interesse, alle quali la concessione o l'autorizzazione è sottoposta". Ci si riferisce, in particolare, al "caso D'Angelo" (1989) e al "caso Berlusconi" (1994; 1996; 2002)[87], nei quali è stata respinta la tesi di coloro che propendevano per

[86] Rilevando che "la libertà che viene in considerazione […], in tema di eleggibilità, non è la libertà del cittadino di approfittare dello Stato per i propri egoistici interessi, ma la libertà dello Stato in una con la libertà della intera collettività nazionale, che dal retto governo e dalla indipendenza dello Stato viene tutelata", con la conclusione che "l'eleggibilità deve venire esclusa ogni volta che il rapporto di affari o di sovvenzione si risolva in un profitto del privato": cfr. Giunta delle elezioni della Camera dei deputati nel "caso Monte" (*Atti Cam. Dep.*, II legislatura, Doc. X, n. 2, 4).

[87] Nel "caso D'Angelo", a fronte di ricorsi tesi a far valere l'ineleggibilità per "obiettiva inconciliabilità di uffici" (il deputato D'Angelo era presidente di un consiglio di amministrazione di una società vincolata con lo Stato da contratti di appalto e concessione), l'Assemblea ha convalidato l'elezione rigettando la proposta della Giunta, mediante un'applicazione restrittiva all'art. 10, comma 1, n. 1, T.U. n. 361 del 1957, adducendo motivazioni inerenti alla sostanziale carenza di quei vincoli stringenti tra Stato e società concessionaria presupposti dalla norma: cfr. *Atti Cam. Dep.*, X leg., seduta del 19 luglio 1989, *discussioni*, 35454. Nel "caso Berlusconi", la Giunta delle elezioni della Camera non ha ritenuto di applicare la fattispecie di ineleggibilità prevista dall'art. 10, comma 1, nn. 1 e 3, del T.U. citato, a chi esercita indirettamente le attività di impresa previste dalla norma. La Giunta delle elezioni della Camera, nelle tre occasioni successive alle elezioni politiche del 1994, del 1996 e del 2001, ha infatti dichiarato l'infondatezza dei ricorsi proposti avverso l'elezione di Berlusconi, in virtù dell'impossibilità di fare valere la norma in questione, in quanto la dizione "in proprio" per qualificare la titolarità di una concessione deve intendersi "in nome proprio", anche alla luce

un'interpretazione estensiva della norma, al fine di scongiurare l'insorgere di conflitti di interesse, riconducendo l'inciso "in proprio", di cui all'art. 10, comma 1, nn. 1 e 3, del d.P.R. n. 361 del 1957, agli aspetti "sostanziali" del nesso con l'attività di impresa. Secondo tale tesi – uscita per l'appunto sconfitta nelle sedi parlamentari – una volta che il legislatore abbia sancito l'ineleggibilità di "rappresentanti, amministratori, dirigenti, consulenti legali e amministrativi", che sono in un rapporto di lavoro permanente con l'imprenditore titolare di concessioni, non si vede come non si debba riconoscere *a fortiori* la stessa ineleggibilità a chi, nella sostanza, mediante una partecipazione azionaria assolutamente dominante, controlla l'impresa concessionaria[88].

Al contrario, la giurisprudenza di merito e quella di legittimità hanno adeguatamente assicurato la giustiziabilità delle analoghe fattispecie previste per i mandati regionali e locali. La Corte di Cassazione, in particolare, ha potuto estendere le cause di ineleggibilità alla carica di consigliere regionale agli organi o amministratori di società vincolate con lo Stato o la Regione "per concessioni o autorizzazioni amministrative", senza tuttavia che queste debbano avere necessariamente la loro fonte in atti di tali soggetti pubblici o siano regolate da convenzioni con gli stessi, essendo sufficiente che "importino l'obbligo di adempimenti specifici, l'osservanza di norme generali o particolari protettive del pubblico interesse alle quali la concessione o l'autorizzazione è sottoposta"[89]. Analogamente, la Suprema Corte ha ad esempio affermato che, in riferimento alla fattispecie prevista dalla legge provinciale n. 2 del 2003 (peraltro simmetrica alla normativa statale), costituisce causa di ineleggibilità (e non già di incompatibilità) alla carica di consigliere provinciale della Provincia autonoma di Trento lo svolgimento di funzioni di presidente di consiglio di amministrazione di un consorzio esercente attività di produzione e distribuzione di energia elettrica in regime di concessione, rilasciata dalla Provincia, di derivazione di acque pubbliche[90].

del consolidato principio che non consente un'interpretazione estensiva o analogica delle norme restrittive dell'elettorato passivo, cosicché la fattispecie di ineleggibilità non risulterebbe applicabile a Berlusconi, la cui posizione è riferibile alla società concessionaria non già "in nome proprio", ma soltanto a mezzo di partecipazioni azionarie indirette: cfr. Giunta delle elezioni della Camera dei deputati, sedute del 20 luglio 1994, del 17 ottobre 1996, e del 18 aprile 2002. Le vicende richiamate sono ricostruite anche da M. Midiri, *Art. 51*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, vol. I, cit., 1022.

[88] In questo senso, si vedano A. Pace, *Ineleggibilità, incompatibilità e conflitto di interessi*, in *Democrazia e cariche pubbliche. Ineleggibilità, incompatibilità, conflitto di interessi: un problema di etica pubblica*, a cura di S. Cassese – B.G. Mattarella, Bologna, 1996, 53 ss.; A. Pizzorusso, *Intervento alla tavola rotonda "Una democrazia anomala: conflitto di interessi e ineleggibilità parlamentare"*, in *Il Ponte*, n. 11-12, novembre-dicembre 1999, 50. A. Pertici, *Il conflitto di interessi*, cit., 317, nota 4. In favore dell'estensione delle cause ineleggibilità in relazione a situazioni di potenziale o reale conflitto di interessi, v. anche E. Prato, *Il conflitto di interessi tra esercizio d'impresa, elettorato passivo e assunzione di cariche di Governo*, in *Quad. cost.*, 2004, 65 ss., spec. 76 ss.

[89] Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 19 luglio 2010, n. 16878.

[90] Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 18 marzo 2010, n. 6626; in senso analogamente estensivo, sempre

Sotto altro profilo, tra le tante pronunce che hanno rafforzato le c.d. "ineleggibilità d'affari", si possono richiamare, a titolo di esempio, le decisioni che hanno affermato l'ineleggibilità alla carica di consigliere regionale dei dirigenti delle società per azioni interamente partecipate dalla regione o con capitale maggioritario della regione[91]; o le pronunce che hanno affermato che i componenti di consigli di amministrazione di enti a vario titolo istituiti da leggi regionali – come gli enti per il diritto allo studio universitario (E.DI.S.U.) o gli enti di formazione lavoro (EFAL) – sono ineleggibili alla carica di consigliere regionale, essendo rilevante il rapporto tra l'ente stesso e la Regione[92]. O, ancora, le decisioni che hanno assicurato la tutela della *ratio* sostanziale delle norme sull'ineleggibilità alla carica di consigliere regionale, provinciale, comunale e circoscrizionale in riferimento ai rappresentati legali e dirigenti dell'ente territoriale (*ex* art. 2, n. 10, della legge 23 aprile 1981, n. 154, recante Norme in materia di ineleggibilità ed incompatibilità alle cariche di consigliere regionale, provinciale, comunale e circoscrizionale e in materia di incompatibilità degli addetti al Servizio sanitario nazionale), al fine di prevenire la possibile incidenza sulla libertà di voto da parte di "chi già rivesta un ruolo influente, tale da arrecare un *vulnus* alla *par condicio* con gli altri candidati", senza che rilevi la "forma specifica assunta dalla società di capitali nella cui organizzazione il candidato si trovi inserito, poiché nessuna incidenza ha tale forma sul potere di influenza che l'amministratore della società regionale può esercitare per avvantaggiarsi nella competizione elettorale"[93]. In senso analogo, può essere richiamata la giurisprudenza che ha accertato le cause di ineleggibilità alla carica di consigliere regionale, previste da leggi regionali, dei direttori sanitari di aziende speciali[94].

Analogamente, in riferimento alle fattispecie di cui all'art. 60, comma 1, n. 10, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali; d'ora in poi TUEL), sembrano rilevanti le pronunce della Cassazione in punto di ineleggibilità alle cariche locali dei legali rappresentanti e dirigenti delle S.p.a. con capitale superiore al 50 per cento rispettivamente del comune o della provincia[95].

in riferimento a leggi di enti territoriali dotati di autonomia particolare, v. anche Cass. Civ., Sez. I, 21 gennaio 2010, n. 1090.

[91] Cfr. art. 2, nn. 10 e 11 della legge n. 154 del 1981, sulla disciplina dell'ineleggibilità ed incompatibilità con le cariche elettive regionali e locali, applicabile in caso di mancata adozione di una normativa regionale, ai sensi della legge n. 165 del 2004: cfr., ad esempio, Cass. Civ., Sez. Un., 25 luglio 2006, n. 16898.

[92] Cfr., *ex plurimis*, Cass. Civ., Sez. I, 16 gennaio 2012, n. 438; Cass. Civ., Sez. VI, 20 dicembre 2012, n. 27832; Cass. Civ., Sez. I, 19 luglio 2010, 16877.

[93] Cass. Civ., Sez. I, 24 maggio 2010, n. 12653.

[94] Cfr., *ex plurimis*, Cass. Civ., Sez. I, 24 marzo 2011, n. 6845.

[95] Cfr., *ex plurimis*, Cass. Civ., Sez. I, 20 maggio 2006, n. 11893.

Sempre in tema di c.d. ineleggibilità d'affari, la Suprema Corte ha stigmatizzato le cause di ineleggibilità di cui all'art. 3, n. 1 della legge n. 154 del 1981, a mente del quale non può ricoprire la carica di consigliere regionale, provinciale, comunale o circoscrizionale "l'amministratore o il dipendente con poteri di rappresentanza o di coordinamento di ente, istituto, o azienda soggetti a vigilanza rispettivamente da parte della regione, della provincia o del comune o che dagli stessi riceva, in via continuativa, una sovvenzione in tutto o in parte facoltativa, quando la parte facoltativa superi nell'anno il dieci per cento del totale delle entrate dell'ente"[96]. La Cassazione ha inoltre affermato che il termine "vigilanza" deve essere interpretato, sul piano grammaticale e logico, nella sua accezione più ampia, ben potendo esso discendere non soltanto dalla legge ma anche da un vincolo contrattuale[97].

Analogamente, la Suprema Corte ha fornito un'interpretazione estensiva della nozione di azienda speciale, nonché del nesso funzionale in cui si esprime la sua "dipendenza" dall'ente locale, affermando, in tal modo, la portata precettiva dell'art. 60, comma 1, n. 11, del decreto legislativo n. 267 del 2000, in tema di ineleggibilità alle cariche elettive locali degli amministratori e dipendenti con funzioni di rappresentanza di istituto, consorzio o azienda dipendente rispettivamente dal comune o dalla provincia[98].

La Corte di Cassazione ha inoltre riconosciuto che il presidente di un'azienda municipalizzata comunale versa in una condizione di ineleggibilità alla carica di consigliere comunale, ai sensi dell'art. 2, n. 11, della legge n. 154 del 1981, piuttosto che di incompatibilità, in considerazione delle attribuzioni del comune nella scelta delle persone preposte all'organizzazione di tali società, della sua costante ingerenza nella loro gestione, dell'incidenza dei risultati economici di tali aziende sul bilancio comunale, della stessa riferibilità dei rapporti alla complessiva organizzazione comunale[99]. In analoga prospettiva, la Suprema Corte ha potuto distinguere la nozione di "ente dipendente" della Regione di cui all'art. 2, n. 11, della legge n. 154 del 1981, a mente del quale i relativi amministratori e dipendenti incorrono in cause di ineleggibilità alla carica elettiva regionale, da quella di "ente vigilato" dalla Regione stessa, i cui amministratori o dipendenti con potere di vigilanza incorrono invece in una causa di incompatibilità[100].

Ancora: la Corte di Cassazione ha fornito un'interpretazione estensiva della fattispecie di "dirigente" di società per azioni con capitale maggioritario dell'ente locale che costituisce causa di ineleggibilità ai sensi dell'art. 3, n. 10

[96] Cass. Civ., Sez. I, 28 dicembre 2000, n. 16203.
[97] Cass. Civ., Sez. I, 11 aprile 1995, n. 4168.
[98] Cass. Civ., Sez. I, 16 luglio 2005, n. 15105.
[99] Cass. Civ., Sez. I, 29 ottobre 1984, n. 805524.
[100] Cass. Civ., Sez. I, 24 luglio 2006, n. 16889, in riferimento alla causa di incompatibilità in cui incorre il presidente del consorzio di sviluppo industriale.

della legge n. 154 del 1981, facendovi ad esempio rientrare anche la semplice condizione di membro del consiglio di amministrazione, atteso che la sopra menzionata causa di ineleggibilità è estensibile a "quanti concorrono all'elaborazione delle scelte gestorie e di politica economica della società"[101].

In definitiva, la giurisprudenza richiamata sembra assumere un orientamento difficilmente comparabile a quello dalle Camere, in quanto più compiutamente finalizzato ad un'interpretazione puntuale della normativa sulla c.d. ineleggibilità d'affari prevista per le cariche elettive regionali e locali, che non può non fornire elementi di una qualche rilevanza rispetto all'intento di prevenire situazioni anche soltanto di *potenziale* conflitto di interessi.

4.3.3. La definitiva rottura tra organi giurisdizionali e Camere in tema di ineleggibilità sopravvenuta per effetto del cumulo dei mandati (e il successivo ripristino della legalità costituzionale violata)

Le più evidenti asimmetrie nel contenzioso post-elettorale si manifestano nell'accertamento e nella relativa giustiziabilità delle cause di ineleggibilità sopravvenuta, con una netta divergenza tra l'orientamento degli organi giurisdizionali e quello degli organi politici (la c.d. "giurisprudenza" parlamentare).

In riferimento alle cariche elettive regionali e locali, il Consiglio di Stato ha, ad esempio, costantemente riconosciuto effetti invalidanti prodotti dalla indebita partecipazione alla competizione elettorale regionale o locale di soggetti privi della capacità elettorale passiva, affermando che l'organo politico che abbia deliberato la convalida dell'eletto è tenuto a revocarla[102].

In senso analogamente restrittivo può essere richiamata la giurisprudenza della Corte di Cassazione sulla durata delle cariche elettive locali e sulla stessa limitazione dei mandati. La Suprema Corte è infatti intervenuta precisando la portata del divieto di rielezione del sindaco al terzo mandato consecutivo nel medesimo comune (art. 51, comma 2, decreto legislativo n. 267 del 2000)[103], nonché il rimedio esperibile in caso di mancata rilevazione della causa di ineleggibilità dal consiglio comunale in sede di convalida *ex* art. 41 dello stesso TUEL. Al riguardo, la Cassazione ha infatti affermato che il ri-

[101] Cass. Civ., Sez. I, 24 marzo 1993, 3508.

[102] Cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 2 maggio 2002, n. 2333.

[103] Sul punto, si vedano le osservazioni critiche di C. Fusaro, *I limiti della legislazione elettorale vigente*, cit., 36, il quale lamenta la deprecabile tendenza in atto rispetto a "quei sindaci che si fanno eleggere al terzo mandato, pur in presenza di un limpido disposto legislativo che lo vieta (art. 51 d.lgs. n. 267/2000) e pur nella piena consapevolezza di vedersi far decadere dai tribunali amministrativi, contando sulla relativa lentezza del procedimento (con grave nocumento per la funzionalità dell'ente e – ovviamente – con discredito ulteriore del sistema politico-istituzionale agli occhi dei cittadini)".

chiamato art. 51, comma 2, del decreto legislativo n. 267 del 2000 ha lo scopo di favorire il ricambio al vertice delle amministrazioni locali, individuando "una causa tipizzata di ineleggibilità originaria alla carica di sindaco, preclusiva non già della candidabilità, bensì della eleggibilità del soggetto che versi in essa, siccome reputata ostativa all'espletamento del terzo mandato consecutivo", la quale non può essere pertanto sanata dalla mancata rilevazione del consiglio comunale in sede di convalida[104].

La riserva alle Camere della valutazione sulle cause sopraggiunge di ineleggibilità (e di incompatibilità) ha invece prodotto effetti travolgenti sotto diversi punti di vista. Anzitutto, sul sistema policentrico delineato dal Titolo V Cost., consentendo, di fatto, il cumulo del mandato parlamentare con i mandati locali.

Ribaltando i "precedenti" consolidatisi in tredici legislature repubblicane[105] e rigettando il principio della c.d. "conversione", la "giurisprudenza" parlamentare è infatti pervenuta, nel corso della XIV legislatura, alla paradossale conclusione di consentire che un parlamentare in carica, candidato ed eletto alla carica di presidente di provincia o di sindaco di comune con popolazione maggiore di ventimila abitanti, potesse continuare a ricoprire entrambi i mandati (c.d. "giurisprudenza Cammarata")[106].

[104] Cass. Civ., Sez. I, 20 maggio 2006, n. 11895.

[105] Anche nella XIII legislatura la prassi della trasformazione delle cause di ineleggibilità in cause di incompatibilità era stata infatti confermata, tant'è che, in caso di mancata opzione, le Camere hanno dichiarato la decadenza dal mandato parlamentare degli eletti alle cariche locali (cfr. i "casi" Poli Bortone e Corsini, eletti rispettivamente sindaci dei comuni di Lecce e di Brescia, nonché Nardone, eletto presidente della giunta provinciale di Benevento, che vennero dichiarati decaduti dalla carica di deputati con deliberazione dell'Assemblea del 14 aprile 1999, su conforme proposta della Giunta delle elezioni).

[106] Questo indirizzo della "giurisprudenza" parlamentare è stato inaugurato dalla sopra richiamata deliberazione del 2 ottobre 2002 della Giunta delle elezioni della Camera dei deputati, che si è pronunciata, a maggioranza, dichiarando la compatibilità con il mandato parlamentare delle cariche di sindaco di comune con popolazione superiore ai ventimila abitanti e di presidente di giunta provinciale, in riferimento ai "casi" Cammarata, Zaccheo e Di Giandomenico, deputati in carica eletti rispettivamente sindaci dei comuni di Palermo nelle elezioni del 25 novembre 2001, di Latina nelle elezioni del 26/27 maggio 2002 e di Termoli nelle elezioni del 26/27 maggio 2002. Nello stesso senso si è successivamente pronunciata la Giunta delle elezioni della Camera dei deputati con deliberazione del 23 settembre 2004 con la quale sono state dichiarate compatibili con il mandato parlamentare le cariche di sindaco di comune con popolazione superiore ai ventimila abitanti ricoperta dal deputato Cesaro, e di presidente della provincia, ricoperte dei deputati Boiardi, Costa, Alberta De Simone e Oliverio. Il superamento della regola della trasformazione delle cause di ineleggibilità sopravvenute in cause di incompatibilità è stata confermata anche dall'altro ramo del Parlamento: cfr. deliberazione della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato, seduta del 28 settembre 2004 (reperibile al sito www.senato.it, come tutti i resoconti delle sedute dell'organo di seguito citate), che ha dichiarato compatibili con il mandato parlamentare le cariche di presidente della provincia di Chieti e di Sondrio, rispettivamente ricoperte dal sen. Coletti e dal sen. Provera.

Le motivazioni addotte a sostegno di tale *revirement* poggiano fondamentalmente sulla difficoltà di estendere in via analogica determinate fattispecie di ineleggibilità (nonché di convertirle in cause di incompatibilità, posta la *ratio* differente dei due istituti) rispetto al principio di stretta interpretazione dei limiti all'elettorato passivo, per effetto della mancanza di norme sulle ineleggibilità speculari a quelle previste dall'art. 7, primo comma, lett. *b)* e *c)*, del d.P.R. n. 361 del 1957, che stabilisce l'ineleggibilità del sindaco di comune superiore ai ventimila abitanti e del presidente di giunta provinciale alla carica di parlamentare.

In secondo luogo, le giunte parlamentari hanno asserito che, nel caso in cui la carica di sindaco venga assunta successivamente a quella di parlamentare, non si determinerebbero i rischi di *captatio benevolentiae* da cui l'istituto dell'ineleggibilità intende preservare, non manifestandosi, nella fattispecie, ipotesi di cattura indebita del consenso elettorale. E' stato così consentito il cumulo dei mandati, pur in presenza, tra l'altro, di leggi elettorali politiche differenti[107].

Il rigetto del principio della conversione desta non poche perplessità, in quanto, dal 2002 ad oggi, la "giurisprudenza" parlamentare ha continuato a riscontrare le carenze dell'ordinamento, riaffermando l'interpretazione dell'art. 66 Cost. e della normativa sull'ineleggibilità nel senso che la decadenza dal mandato parlamentare derivasse soltanto dalla sopraggiunta incapacità elettorale e non anche dalle sopravvenute cause di ineleggibilità "in senso stretto", ma, invece di elaborare un criterio idoneo all'integrazione della lacuna (come aveva fatto in precedenza), si è limitata a riscontrare il vuoto normativo[108].

[107] Se infatti, in un primo tempo, vigente la legge elettorale politica prevalentemente maggioritaria e uninominale (nn. 276 e 277 del 1993), la tendenza ad avallare la compatibilità delle cariche locali con il mandato parlamentare veniva in parte ricondotta anche alle dimensioni ridotte dei collegi elettorali, che favorivano lo stretto legame dell'eletto con il territorio, e, conseguentemente – in una prospettiva, per così dire, "alla francese" – la "coerente" (ancorché elusiva del disposto legislativo) assunzione da parte del parlamentare delle cariche locali (cfr. le sedute della Giunta delle elezioni della Camera del 10 febbraio 1999 e dell'Assemblea del 2 ottobre 2002), dalla XV legislatura la "giurisprudenza" parlamentare sembra piuttosto richiamare gli elementi di incoerenza rispetto al nuovo sistema elettorale. In particolare, nelle motivazioni delle pronunce degli organi parlamentari, vengono posti in rilievo gli effetti della legge elettorale vigente, di tipo proporzionale a liste bloccate e senza voto di preferenza (n. 270 del 2005), attraverso la quale, posta l'incidenza delle scelte di ciascun partito nella formazione delle liste dei candidati (e degli eletti) e alla luce delle consistenti dimensioni dei collegi elettorali, si finirebbe per attenuare il legame del parlamentare con il territorio, rendendo così meno razionale la previsione dell'ineleggibilità dei titolari di cariche locali, fondata sulla *ratio* di evitare la *captatio benevolentiae* degli elettori (cfr. la seduta della Giunta delle elezioni della Camera dei deputati del 27 gennaio 2010).

[108] In questo senso, le osservazioni di E. Lehner, *La verifica dei poteri nelle ultime legislature del Parlamento italiano*, in *Rass. parl.*, 2009, 442, la quale desume da tali pronunce l'allontanamento delle Giunte parlamentari dal modello giurisdizionale proprio a causa della mancata integrazione – in senso speculare – delle fattispecie di ineleggibilità parlamentare previste per i titolari di rilevanti cariche elettive locali.

Nell'inerzia del legislatore rispetto alla ridefinizione organica della materia[109], tale orientamento degli organi parlamentari è stato costantemente confermato sino alla XVI legislatura[110]. E' tuttavia assai dubbio che esso costituisca "diritto vivente" – locuzione utilizzata dalla Corte costituzionale nella sentenza 21 ottobre 2011, n. 277, sia pure soltanto per riprendere le argomentazioni dell'ordinanza di rimessione, in merito a queste pronunce delle Giunte ("Fatto", n. 1; "Diritto", n. 3.1) – non ricorrendo, a tal fine, anzitutto i presupposti soggettivi e oggettivi, vista la portata prevalente sulla formazione effettiva del diritto vivente dell'interpretazione giurisprudenziale. Né, in secondo luogo, nel caso di specie si riscontrano gli effetti peculiari di tale dottrina circa la natura vincolante del significato normativo applicato (in questo caso dalle giunte) come limite al sindacato di costituzionalità[111]. Quest'ultimo sembra semmai orientato, sul lato opposto, proprio a integrare la lacuna normativa riscontrata dagli stessi organi parlamentari, ma non colmata in via di interpretazione sulla base del riconoscimento del valore bidirezionale dell'ineleggibilità, come sarebbe stato invece fisiologico in sede di pronuncia giudiziale. L'orientamento costantemente ribadito nel corso degli anni dalle apposite giunte e ancor più dalle Assemblee si configura piuttosto come frutto di decisioni schiettamente politiche, assunte dallo schieramento vincente in base al principio di maggioranza[112], come anche il "seguito" – parziale ed insoddisfacente – della richiamata sentenza sembra dimostrare[113].

[109] Nonostante le numerose proposte di legge pendenti, anche nella XVI legislatura, in Parlamento (A.S. 1630, A.C. 1915, A.C. 2557, A.C. 2560, A.C. 2686, A.C. 3518), che, introducendo l'esplicita incompatibilità con il mandato parlamentare delle cariche di presidente di giunta provinciale e di sindaco di comune con popolazione superiore ai ventimila abitanti, quando tali cariche siano assunte successivamente all'elezione parlamentare, verrebbero opportunamente a colmare il lamentato vuoto normativo mediante l'introduzione di una forma di incompatibilità speculare rispetto alla norma sull'ineleggibilità a parlamentare già prevista per i titolari di rilevanti cariche locali.

[110] Alla Camera, nella XVI legislatura, sono ben 15 i deputati che hanno assunto in via sopravvenuta la carica di sindaco di comune superiore ai ventimila abitanti o di presidente di provincia, in riferimento ai quali la Giunta delle elezioni ha deliberato, a maggioranza, la compatibilità con il mandato parlamentare (sedute della Giunta del 27 gennaio 2010, 3 giugno 2010 e 20 luglio 2011). Si vedano anche, al Senato, i "casi" dei senatori Azzolini, Leopoldo Di Girolamo, Nespoli e Sibilia, rispettivamente eletti sindaci dei comuni di Molfetta, Terni e Afragola e presidente della provincia di Avellino, in data successiva alle elezioni politiche del 2008, cariche dichiarate compatibili nelle sedute dell'apposita Giunta del 31 marzo, 16 giugno e 22 settembre 2009. Le dimissioni rassegnate dal sen. Di Girolamo (che ha optato per la carica elettiva locale) sono state successivamente accolte in data 4 novembre 2009 dall'Assemblea di Palazzo Madama. Su questi dati, v. anche *infra*, note 136, 137 e 139.

[111] Elemento, questo, che connota "il tratto peculiare della dottrina del diritto vivente": sul punto, v. ampiamente A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesi, uso implicazioni*, Milano, 1994, 355 ss.

[112] In questo senso, cfr. M. Cerase, *Sviluppi e contrasti in materia di verifica dei poteri*, cit., 662 ss.; Id., *Art. 66*, cit., 1283; nonché, volendo, G. Rivosecchi, *Regolamenti parlamentari e forma di governo nella XIII legislatura*, Milano, 2002, 105 ss.

[113] V. *infra*, nel testo, stesso paragrafo.

Anche a prescindere dagli ulteriori effetti di tale "giurisprudenza", che richiederebbero un intervento integrativo da parte del legislatore, ciò che desta maggiori perplessità è la sostanziale elusione del disposto legislativo rispetto alla configurazione di una inedita fattispecie di ineleggibilità sopravvenuta con la carica di parlamentare, nella quale ricadono i deputati e i senatori una volta eletti sindaci o presidenti di giunte provinciali. Tutto ciò rischia, tra l'altro, di determinare pericolosi precedenti, che potrebbero, in futuro, favorire la formazione di "zone franche" nel controllo di legalità in riferimento ad ulteriori fattispecie di ineleggibilità sopravvenuta non adeguatamente sanzionate, specie alla luce della difficoltà di assicurare l'accesso all'organo di giustizia costituzionale nei procedimenti elettorali[114].

L'orientamento degli organi parlamentari appare criticabile sotto diversi punti di vista. Quanto alla necessità di preservare il principio di stretta interpretazione dei limiti al diritto elettorale passivo, è stata la stessa giurisprudenza costituzionale a ribadire che, pur affermando a più riprese la "grande regola" dell'eleggibilità, vanno comunque di volta in volta individuati – e riconosciuti come meritevoli di tutela – i diversi profili finalistici correlati all'ineleggibilità[115]. Si giustificano così le fattispecie di ineleggibilità o di incompatibilità volte a scongiurare i conflitti di interessi, in ragione della mancata garanzia di imparzialità derivante dal contemporaneo esercizio di altre funzioni o attività svolte dai parlamentari; e i conflitti tra funzioni, in ragione della difficoltà materiale derivante dal contemporaneo esercizio di molteplici funzioni o attività[116].

Quanto all'asserita insussistenza di *captatio benevolentiae* in caso di assunzione del mandato locale in un momento successivo all'elezione parlamentare, si dovrebbe invece considerare anche la variabile rappresentata dai sistemi elettorali. Da questo punto di vista, sia detto qui per inciso, la "verticizzazione" del sistema politico in atto da circa un ventennio – proprio a partire dalla legge 26 agosto 1992, n. 7, sull'elezione diretta dei sindaci siciliani (parzialmente impugnata nel giudizio *a quo*, da cui trae origine la sentenza della Corte costituzionale n. 277 del 2011), poi estesa all'intero territorio nazionale dalla legge 25 marzo 1993, n. 81 (Elezione diretta del sindaco, del presidente della provincia, del consiglio comunale e del consiglio provinciale) – e le successive riforme di stampo maggioritario hanno contribuito non poco ad acuire i profili sempre più personalizzanti e competitivi del confronto elettorale[117]. In tale contesto, non possono non rilevarsi da un lato i rischi – non

[114] Su cui, cfr., ad esempio, M. Manetti, *L'accesso alla Corte costituzionale nei procedimenti elettorali*, cit., 119 ss.; M. Siclari, *Il procedimento in via incidentale*, cit., 25 ss.

[115] Sul punto, con specifico riferimento alla tutela del buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione, cfr., per tutti, D. Sorace, *A proposito della giurisprudenza costituzionale sulle "ineleggibilità"*, in *Giur. cost.*, 1975, II, 2705 ss.

[116] Cfr. C. cost. n. 97/1991, 1073 ss., spec. 1081 s.; nonché, già, spunti anche in C. cost. n. 45/1977, 177 ss., spec. 183; C. cost. 14 luglio 1977, n. 129, in *Giur. cost.*, 1977, I,2, 1115 ss.; C. cost. n. 162/1985, 1189 ss., spec. 1197.

[117] Cfr., nell'ambito di una copiosa letteratura politologica, S. Bartolini e R. D'Alimon-

soltanto in termini di disparità di trattamento – connessi alla prassi che consente al parlamentare in carica di condurre la campagna elettorale per le cariche locali in una posizione "privilegiata"; e, dall'altro, quelli relativi all'utilizzo della funzione parlamentare in contrasto con il principio costituzionale del libero mandato, in quanto orientata alla raccolta del consenso nella competizione locale, sottoponendosi il candidato sindaco – parlamentare in carica – all'elezione diretta da parte dello stesso elettorato[118].

Al di là delle peculiarità dell'istituto del cumulo delle cariche elettive che connota, nel panorama comparatistico, l'esperienza francese anche come strumento raccordo tra centro e periferia, che, peraltro, sembra mostrare qualche limite[119], quello che invece, nel caso italiano, desta non poche perplessità è la sostanziale elusione del disposto legislativo rispetto alla configurazione di una inedita fattispecie di ineleggibilità sopravvenuta con il mandato parlamentare nella quale ricadono i deputati e i senatori una volta eletti sindaci o presidenti di giunte provinciali. Quest'ultima è stata infatti avallata dalla "giurisprudenza" parlamentare, con la creazione, tra l'altro, di pericolosi precedenti, che potrebbero in futuro favorire la formazione di "zone franche" in riferimento ad ulteriori fattispecie di ineleggibilità sopravvenuta non adeguatamente sanzionate.

Va tuttavia ricordato che anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione, muovendo dalla diversità dell'oggetto di disciplina delle leggi che prevedono forme di ineleggibilità tra cariche elettive, ha sostanzialmente attenuato – ad esempio in riferimento alle leggi elettorali siciliane – la portata di talune cause di ineleggibilità, in ragione della mancanza di una norma speculare a quella che prevede la causa di ineleggibilità tra cariche elettive di differenti livelli territoriali di governo[120].

Il primo vero segnale sulla necessità di ricomporre le sopra ricostruite asimmetrie proviene dal Tribunale di Asti, che, con la sentenza 10 settembre

TE, *La competizione maggioritaria: le origini elettorali del Parlamento diviso*, in *Maggioritario ma non troppo*, a cura di S. Bartolini e R. D'Alimonte, Bologna, 1995, 352 ss.; M. COTTA, *Dopo tre elezioni: il sistema politico italiano a dieci anni dalla crisi*, in *Maggioritario finalmente? La transizione elettorale 1994-2001*, a cura di R. D'Alimonte – S. Bartolini, Bologna, 2002, 39 s.; nonché, anche in riferimento alla legge elettorale politica vigente, G. LEGNANTE, *Novità e continuità di una breve campagna elettorale*, in *Proporzionale se vi pare. Le elezioni politiche del 2008*, a cura di R. D'Alimonte – A. Chiaramonte, Bologna, 2010, 9 ss.; M. CALISE, *Il partito personale. I due corpi del leader*, Roma-Bari, 2010. Per un'analisi critica delle torsioni maggioritarie impresse al sistema, cfr. invece M. LUCIANI, *Riforme elettorali e disegno costituzionale*, in *Riforme elettorali*, a cura di M. Luciani e M. Volpi, Roma-Bari, 1995, 104 ss.

[118] In questo senso, v. anche G. PERNICIARO, *La censura della Corte sul cumulo dei mandati: un monito anche per il "giudice" parlamentare?*, in *Le Regioni*, 2011, 165.

[119] Per un approfondimento, sia consentito un rinvio a G. RIVOSECCHI, *Incandidabilità, ineleggibilità, incompatibilità con la carica di membro del Parlamento in Italia*, in *Le evoluzioni della legislazione elettorale "di contorno" in Europa*, 177 ss.

[120] Cfr., *ex plurimis*, Cass. Civ., Sez. I, 14 maggio 1998, n. 6955; Cass. Civ., Sez. I, 19 luglio 2006, n. 16550.

2008, n. 678, resa in esito al giudizio instaurato dall'azione popolare volta a far decadere per incompatibilità, ai sensi degli artt. 62 e 63 del TUEL, la deputata Armosino dalla carica di Presidente della provincia, ricoperta in quanto eletta successivamente all'assunzione del mandato parlamentare[121]. Nonostante l'azione fosse stata respinta, non essendo stato riconosciuto il difetto di giurisdizione ed essendo il giudice comunque entrato nel merito, la Giunta delle elezioni della Camera si riunisce il 24 settembre 2008 per valutare eventuali profili di interferenza della citata pronuncia con le prerogative costituzionali della Camera in materia di accertamento delle cause di incompatibilità dei propri componenti[122]. La Giunta propone all'Ufficio di Presidenza della Camera di promuovere un conflitto di attribuzione tra poteri nei confronti del Tribunale, che – ad avviso dell'organo parlamentare – avrebbe dovuto pronunciare in rito il difetto di giurisdizione, invece di procedere all'esame nel merito del ricorso (poi respinto)[123].

La vicenda è emblematica della sopra richiamata interpretazione "estensivista" dell'art. 66 Cost. circa il potere della Camera di accertare in via esclusiva e definitiva la compatibilità con il mandato parlamentare delle cariche elettive ricoperte da deputati per le quali non siano previste specifiche incompatibilità da vigenti norme costituzionali o legislative. L'esame parlamentare della questione posta dalla menzionata sentenza prosegue senza che il conflitto di attribuzione sia elevato, ma con la conferma dell'interpretazione "estensivista" dell'art. 66 Cost., anche a fronte di sentenza dell'autorità giudiziaria favorevole al deputato. Infatti, nella seduta del 27 gennaio 2010, la Giunta delle elezioni della Camera, di fronte alla deputata Armosino che, muovendo dalla pronuncia del Tribunale, rivendicava il riconoscimento della compatibilità delle cariche, afferma che "la sentenza del Tribunale di Asti non dispiega alcuna efficacia vincolante nei confronti della Giunta delle elezioni, che resta libera di esercitare una propria competenza, esaminando la questione della compatibilità delle cariche in questione e di pervenire anche a conclusioni opposte a quelle a cui è giunto il Tribunale" (comunque favorevoli al cumulo delle cariche), "ferma restando, in tale eventualità, la possibilità per l'autorità giudiziaria di sollevare un conflitto di attribuzione nei confronti della Camera impugnando una delibera parlamentare che fosse ritenuta lesiva del richiamato principio di intangibilità del giudicato".

[121] Cfr. sentenza del Tribunale di Asti 10 settembre 2008, n. 678, in *Il Foro padano*, n. 66, 2010, Parte Prima, Giurisprudenza, Tribunale, 284 ss., con nota di A. Mauro – P. Cianfrocca, *Riparto di giurisdizione in materia di contenzioso elettorale. Riflessioni a margine sulla insussistenza del divieto di cumulo tra mandato elettorale locale e nazionale*, ivi, 286 ss.

[122] Si veda la ricostruzione di G. Buonomo, *La reviviscenza della conversione delle cause di ineleggibilità sopravvenute in cause di incompatibilità*, in *Nuova Rassegna di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza*, n. 9, 2012, 919 ss.

[123] Così, la ricostruzione di G. Buonomo, *La reviviscenza della conversione delle cause di ineleggibilità sopravvenuta in cause di incompatibilità*, cit., 920.

La tesi della Giunta poggia indiscutibilmente sull'interpretazione "estensivista" dell'art. 66 Cost., sino al punto di considerare esclusiva la verifica delle situazioni di incompatibilità in cui versano parlamentari che ricoprano contemporaneamente anche altre cariche elettive. Ciò desta non poche perplessità, soprattutto sotto il profilo delle limitazioni che conseguono ai poteri di accertamento dell'autorità giudiziaria ordinaria, nei limiti in cui essa sia chiamata a pronunciarsi esclusivamente sulla legittimità o meno del mandato elettivo locale[124]. Tuttavia, nel caso richiamato, è proprio la riserva alle Camere di cui all'art. 66 Cost. a postulare che, in assenza di specifica norma legislativa che determini l'ineleggibilità o l'incompatibilità con la carica locale successivamente assunta, l'ineleggibilità sopravvenuta valga soltanto nella prospettiva della carica di parlamentare (assunta in via originaria) e non già di quella locale, cosicché il paradosso a mio parere non sarebbe tanto ravvisabile – come è stato osservato[125] – nella limitazione dei poteri di accertamento dell'autorità giudiziaria quanto proprio nella fondatezza della tesi sostenuta dalla Giunta.

In ogni caso, sulla base di questi segnali, la più recente giurisprudenza costituzionale ha avvertito la necessità di ricomporre queste asimmetrie, sostanzialmente elusive – per il livello nazionale – del disposto dell'art. 7 del d.P.R. n. 361 del 1957[126], anche mediante il ricorso a pronunce additive, valorizzando l'estensione del vincolo di configurazione delle ineleggibilità sopravvenute come cause di incompatibilità proprio al fine di colmare le omissioni del legislatore, dapprima regionale e, successivamente, statale.

La Sicilia diventa il primo banco di prova di questa giurisprudenza della Corte, in quanto, per effetto delle modificazioni apportate dalla legge 5 dicembre 2007, n. 22 (Norme in materia di ineleggibilità e di incompatibilità dei deputati regionali) alla previgente legge n. 29 del 1951, manca una norma speculare a quella che stabilisce l'ineleggibilità del sindaco e del presidente di giunta provinciale alla carica di deputato regionale[127].

In questa prospettiva, si colloca anzitutto la sentenza 23 aprile 2010, n. 143, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità della richiamata legge della Regione Sicilia n. 22 del 2007, nella parte in cui non prevede l'incompatibilità tra l'ufficio di deputato regionale e la sopravvenuta carica di sindaco (o di assessore) di un comune,

[124] In questo senso, cfr. G. Buonomo, *La reviviscenza della conversione delle cause di ineleggibilità sopravvenuta in cause di incompatibilità*, cit., 920 s.

[125] Da G. Buonomo, *La reviviscenza della conversione delle cause di ineleggibilità sopravvenuta in cause di incompatibilità*, cit., 920.

[126] In questo senso, ad esempio, A. Manzella, *Il parlamento*, cit., 230; G.E. Vigevani, *Il tramonto del parlamentare-sindaco, tra intervento a effetto differito del legislatore e pronuncia additiva della Corte*, in *Quad. cost.*, 2011, 947.

[127] In questo senso, cfr. G. Perniciaro, *La censura della Corte sul cumulo dei mandati*, cit., 151 ss.; nonché, ora, G. Buonomo, *La reviviscenza della conversione delle cause di ineleggibilità sopravvenuta in cause di incompatibilità*, cit., 920 s.

compreso nel territorio regionale, con popolazione superiore a ventimila abitanti. Infatti, in quell'occasione, il Giudice delle leggi ha censurato il cumulo dei mandati connesso alle ineleggibilità sopravvenute, fornendo un'interpretazione della normativa regionale in senso diametralmente opposto a quella – sopra ricostruita – propugnata dagli organi parlamentari in riferimento alle simmetriche fattispecie previste dalla normativa statale. Se, infatti, scopo evidente della normativa regionale allora impugnata era – per usare le parole della stessa Corte – "uniformare la disciplina regionale di ineleggibilità e incompatibilità dei deputati regionali a quella dettata per i componenti del Parlamento", il Giudice delle leggi rigetta questa impostazione, ritenendo invece una "linea di tendenza ben radicata nell'ordinamento" l'opposta configurazione dell'incompatibilità "nelle medesime ipotesi e negli stessi limiti" in cui si "prevede una causa di ineleggibilità" (sent. n. 143/2010, "Diritto", n. 4.2. e n. 4.4.). Di qui, il possibile aspetto monitorio rivolto alle Camere di una pronuncia additiva volta a colmare le lacune della normativa regionale, ma rispetto a questioni che si pongono simmetricamente anche per la disciplina statale nel rapporto tra mandato parlamentare e mandati elettivi locali.

È proprio muovendo dal riconoscimento di tale parallelismo prospettato dal giudice rimettente – come limite, per intrinseche esigenze di razionalità delle norme sull'ineleggibilità, alla discrezionalità del legislatore rispetto al mantenimento di forme di cumulo tra mandato parlamentare e mandato locale – che la Corte, con la sentenza n. 277 del 2011, è chiamata nuovamente ad intervenire – nell'inerzia del Parlamento – al fine di rendere maggiormente coerente ed omogenea, soprattutto sotto il profilo della specularità della disciplina relativa alle cariche elettive dei diversi livelli territoriali di governo, la disciplina delle incompatibilità, questa volta direttamente in riferimento alla normativa statale. Il Giudice delle leggi si pronuncia nel senso dell'illegittimità costituzionale degli articoli 1, 2, 3 e 4 della legge 15 febbraio 1953, n. 60 (Incompatibilità parlamentari), nella parte in cui non prevedono l'incompatibilità tra la carica di parlamentare e quella di sindaco di comune con popolazione superiore ai ventimila abitanti, in presenza delle condizioni previste dall'art. 7, primo comma, lett. *c)*, del d.P.R. n. 361 del 1957, che sancisce l'ineleggibilità alla carica di parlamentare per i sindaci di tali comuni nell'intero territorio nazionale.

A questo risultato, la Corte perviene attraverso la valorizzazione di uno scrutinio di costituzionalità della normativa impugnata sotto il profilo teleologico, accogliendo la questione prospettata dal giudice *a quo* in merito alle sopra ricostruite asimmetrie, che si riverberano, "in assenza di una causa normativa idonea ad attribuirne ragionevole giustificazione", nell'incostituzionalità della disciplina che consenta il cumulo degli uffici elettivi, compromettendo, in tal modo, il libero ed efficiente espletamento delle cariche ai sensi degli artt. 3 e 51 Cost.

Muovendo da questi presupposti, al fine di affermare il necessario parallelismo fra cause di ineleggibilità sopravvenuta e cause di incompatibilità – come strumento in grado di assicurare la *ratio* sostanziale delle prime – viene accolta la questione prospettata dal giudice rimettente. Colpisce, tuttavia, che oggetto dell'impugnativa in riferimento alla quale viene richiesto l'intervento

additivo non sia l'art. 7, primo comma, lett. *c)*, del d.P.R. n. 361 del 1957 – come sarebbe stato ovvio nell'intento di ricomporre le sopra rilevate asimmetrie nel senso del c.d. principio di parallelismo[128] – bensì alcune norme della n. 60 del 1953 sulle incompatibilità parlamentari, che, tra l'altro, non disciplinano il rapporto tra le cariche elettive dei diversi livelli territoriali di governo, ma, in realtà, nell'ambito di una più vasta e articolata disciplina sulle ineleggibilità e incompatibilità, le c.d. "incompatibilità d'affari", relative alle cariche ricoperte da membri del Parlamento in enti pubblici o privati, per nomina o designazione del Governo (art. 1), o in associazioni od enti che gestiscano servizi di qualunque genere per conto dello Stato o della pubblica amministrazione, o ai quali lo Stato contribuisca in via ordinaria (art. 2); o, ancora, alle cariche relative a società per azioni o imprese di carattere finanziario che siano in rapporti di affari con lo Stato (artt. 3 e 4).

In secondo luogo, desta qualche perplessità anche la scelta della Corte di non estendere il dispositivo della sentenza ad una declaratoria di illegittimità consequenziale della legge n. 60 del 1953, nella parte in cui non prevede l'incompatibilità anche tra la carica di parlamentare e quella di presidente di giunta provinciale[129]. Da tempo sono stati messi in rilievo i nodi fortemente problematici rispetto ad un'interpretazione estensiva del disposto dell'art. 27, seconda parte, della legge n. 87 del 1953[130] – che consente alla Corte, in deroga al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, di dichiarare l'illegittimità di norme ulteriori rispetto a quelle impugnate nel caso in cui essa consegua alla decisione di accoglimento della questione proposta – soprattutto sotto il profilo di un eventuale aggiramento dell'onere di motivazione dell'ordinanza di rimessione della questione di legittimità costituzionale o del requisito della rilevanza[131]. Sembra tuttavia che l'effetto dell'accoglimento della questione prospettata dal giudice *a quo* avrebbe potuto essere esteso alla mancata previsione del parallelo divieto di cumulo, costituendo, quest'ultimo, proprio uno di quei casi in cui la Corte possa fare riferimento alla *ratio decidendi* contenuta nella decisione per ricomprendere nella pronuncia una fattispecie simmetrica e conseguentemente affetta dallo stesso vizio omissivo di incostituzionalità[132]. Del resto, su questo fronte,

[128] Sul punto, cfr. G.E. Vigevani, *Il tramonto del parlamentare-sindaco*, cit., 948.

[129] In questo senso, G.E. Vigevani, *Il tramonto del parlamentare-sindaco*, cit., 947; F. Fabrizzi, *La Corte costituzionale e il cumulo dei mandati. Prime osservazioni su di una pronuncia (apparentemente?) risolutiva, ma (volutamente?) "zoppa"*, in www.federalismi.it, n. 21/2011, 7 s.

[130] Cfr., ad esempio, A. Cerri, *Inapplicabilità ed invalidità conseguenziale*, in *Giur. cost.*, 1967, 218 ss., spec. 222; R. Romboli, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1996-1998)*, a cura di R. Romboli, Torino, 1999, 179 ss., spec. 183, il quale conclude che "in molti casi l'impiego fatto dalla Corte della dichiarazione di illegittimità costituzionale conseguenziale" risulta "senza dubbio *contra legem*, quest'ultima intesa sia in una accezione letterale che in una collocazione sistematica nel sistema di instaurazione del giudizio costituzionale incidentale".

[131] Cfr. A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, V Ed., Milano, 2008, 287.

[132] In questo senso, ad esempio, in materia di enti locali, C. cost. 27 dicembre 1965, n. 93, in *Giur. cost.*, 1965, 1289 ss., con nota di U. Pototsching, *Il giudice interessato non è indi-*

ha probabilmente influito il timore di estendere la portata di una sentenza additiva, già particolarmente incisiva sul piano del diritto elettorale passivo, anche ad una fattispecie analoga. In tal modo, la Corte sarebbe infatti pervenuta ad un doppio intervento manipolativo sulla disciplina statale oggetto del giudizio, già di per sé non del tutto idonea – quanto alla materia disciplinata della legge n. 60 del 1953 – a giustificare l'intervento additivo, se non in presenza delle condizioni di cui all'art. 7, primo comma, lett. *c)*, del d.P.R. n. 361 del 1957.

Occorre però soprattutto interrogarsi sul passaggio della "gestione" della conversione dalle Camere alla Corte. Da un lato, sarebbe infatti opportuno che il legislatore colmasse le lacune dell'ordinamento, addivenendo ad una codificazione in positivo della regola della conversione[133]; dall'altro, però, nella perdurante inerzia del legislatore, è presumibile che, in futuro, il ricorso a pronunce additive trovi ulteriore conferma in relazione a diverse fattispecie di ineleggibilità sopravvenuta, rispetto alle quali si manifesta una perdurante tolleranza da parte delle Giunte. Pensiamo soltanto, a titolo di esempio, a come è mutato nel tempo l'orientamento degli organi parlamentari sulle c.d. "ineleggibilità d'affari", soprattutto nel raffronto – come si è visto – con la giurisprudenza di merito e di legittimità in riferimento ad analoghi istituti previsti per le cariche elettive locali.

Le considerazioni da ultimo svolte suggeriscono un ulteriore ordine di riflessioni sulla difficoltà di arginare la tendenza delle Camere ad avallare il cumulo tra mandato parlamentare e mandati elettivi locali, anche in esplicito riferimento al "seguito" politico della sentenza in commento nei due rami del Parlamento.

Da questo punto di vista, si è infatti registrato un orientamento sostanzialmente divergente tra le Camere[134]. La Giunta delle elezioni della Camera dei deputati, chiamata a pronunciarsi sulla sentenza n. 277 del 2011 della Corte costituzionale, ha anzitutto riconosciuto che la circostanza che nella XVI legislatura siano già state esaminate, dichiarandole compatibili con lo svolgimento del mandato parlamentare, le più rilevanti cariche elettive locali non costituisce motivo ostativo al riesame delle stesse, adducendo motiva-

pendente, ivi, 1291 ss., che, per effetto della dichiarazione di incostituzionalità della normativa che attribuiva funzioni giurisdizionali ai consigli comunali, ha esteso gli effetti della pronuncia alla medesima disposizione, nella parte in cui attribuiva tali funzioni anche ai consigli provinciali; nonché, più di recente, C. cost. 29 dicembre 2008, n. 442, in *Giur. cost.*, 2008, III, 5023 ss., sull'estensione della dichiarazione di incostituzionalità di una disposizione regionale che poneva a carico delle province l'onere relativo alla Tarsu anche alla parte in cui la medesima disposizione stabiliva tale onere nei confronti dei comuni.

[133] Cfr. G. Buonomo, *La reviviscenza della conversione delle cause di ineleggibilità sopravvenuta in cause di incompatibilità*, cit., 923.

[134] Al riguardo, cfr. F. Bailo, *Il cumulo dei mandati nella più recente giurisprudenza parlamentare e costituzionale: dallo scontro a una possibile svolta riformatrice?*, in *Rass. parl.*, 2012, 182 ss.

zioni sia sostanziali che formali. Dal primo punto di vista, "è sopravvenuta, con la sentenza della Corte, una rilevante modifica della disciplina legislativa delle incompatibilità che, per i principi dello *ius superveniens* e del *tempus regit actum*, rende necessaria la riapertura dell'esame, essendo venuti meno i presupposti di diritto che erano alla base delle precedenti delibere di accertamento della compatibilità". Dal secondo punto di vista, "nessuna disposizione del regolamento della Giunta preclude un riesame delle deliberazioni di accertamento della compatibilità, essendo previsto, all'articolo 17, comma 2, primo periodo, solo il divieto di richiesta di riesame per le delibere di incompatibilità"[135].

In questa prospettiva, la Giunta della Camera ha così potuto procedere, nella seduta del 14 dicembre 2011, all'accertamento dell'incompatibilità fra la carica di parlamentare e quella di sindaco di comune con popolazione superiore ai ventimila abitanti[136]. Essa, tuttavia, anche in ragione della mancata estensione, in via consequenziale, del dispositivo della sentenza n. 277 del 2011 al divieto di cumulo dell'ufficio di parlamentare con la carica sopravvenuta di presidente di giunta provinciale, ha istruito un procedimento di accertamento distinto e parallelo per i deputati che ricoprono contestualmente la carica di presidente di provincia che, almeno per il momento, sembra fare salva la fattispecie simmetrica a quella colpita dalla pronuncia del Giudice delle leggi[137].

Decisamente più elusivo rispetto alla richiamata giurisprudenza della Corte appare l'orientamento assunto dall'altro ramo del Parlamento[138]. Infatti,

[135] Cfr. il resoconto della seduta della Giunta delle elezioni della Camera del 26 ottobre 2011. L'organo è giunto a queste conclusioni anche a prescindere da ogni altra considerazione in merito alla disciplina sulla verifica dei risultati elettorali e dei titoli degli eletti dettata dal regolamento interno del 1998, modellata su un sistema elettorale ad impianto maggioritario-uninominale e quindi resa in larga parte obsoleta dalla legge elettorale vigente: sul punto, cfr. A. Mencarelli, *La verifica dei poteri alla Camera dei deputati*, cit., 143 ss., spec. 148 ss.; Id., *La verifica dei poteri nella dialettica politica tra maggioranza e opposizione*, in *Funzioni parlamentari non legislative e forma di governo. L'esperienza dell'Italia*, a cura di R. Dickmann e S. Staiano, Milano, 2008, 163 ss.

[136] In riferimento ai "casi" dei deputati Cristaldi, Dussin, Marini, Paroli, Traversa e Zacchera, rispettivamente eletti sindaci dei comuni di Mazara del Vallo, Castelfranco Veneto, Viterbo, Brescia, Catanzaro e Verbania.

[137] In riferimento ai "casi" dei deputati Armosino, Cesaro, Cirielli, Iannarilli, Molgora, Pepe, Simonetti, Zinzi, rispettivamente eletti presidenti della provincia di Asti, Napoli, Salerno, Frosinone, Brescia, Foggia, Biella e Caserta. Nella seduta del 14 dicembre 2011, la Giunta delle elezioni ha comunque preso atto delle dimissioni dal mandato parlamentare rassegnate in data 6 dicembre 2011 dal deputato Pirovano, contestualmente presidente della provincia di Bergamo (che ha, in tal modo, optato per la carica locale), lasciando però impregiudicata ogni futura determinazione dell'organo per quanto concerne gli altri "casi" sopra menzionati.

[138] Sul punto, cfr. R. Dickmann, *La Corte costituzionale afferma il principio del parallelismo tra cause di incompatibilità e cause di ineleggibilità*, in *Rass. parl.*, 2012, 201 ss., secondo il quale i Presidenti delle Camere avrebbero dovuto farsi garanti di un "seguito" in Parlamento maggiormente conforme al dispositivo della sentenza n. 277 del 2011.

nella seduta del 21 dicembre 2011, la Giunta delle elezioni e delle immunità del Senato ha approvato, a maggioranza, la proposta di "non estendere alle fattispecie su cui la Giunta si è pronunciata gli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 277 del 2011 in materia di incompatibilità", affermando che – sulla base di asseriti "effetti di natura giurisdizionale delle proprie pronunce" – "una sentenza additiva della Corte costituzionale non possa intervenire sui rapporti in essere – modificando una decisione della Giunta passata in giudicato – ma soltanto su vicende successive o comunque non ancora valutate dalla Giunta stessa", con la conclusione di avallare, almeno per la XVI legislatura, la compatibilità unidirezionale tra la titolarità della carica di senatore e quella ricoperta, in via sopravvenuta, negli organi monocratici degli enti locali di maggiori dimensioni[139]. Colpisce, in questo orientamento della Giunta, che si manifesta nella proposta di compatibilità tra le due cariche, l'inedito uso del lemma "giudicato" ai fini della qualificazione delle pregresse decisioni della Giunta stessa. Anche a prescindere dalla natura dell'attività dell'organo, tutt'altro che pacifica in dottrina e nella giurisprudenza, esso esprime l'intento di affermare una capacità di resistenza assoluta della "giurisprudenza" parlamentare, anche di fronte ad una sentenza additiva della Corte costituzionale. In prospettiva in qualche modo reciprocamente simmetrica, sembrava porsi il tentativo di richiamare una sostanziale impermeabilità delle decisioni di convalida degli eletti, adottati dalle giunte, anche di fronte al giudicato penale, nonostante la giurisprudenza costituzionale ne abbia più volte riconosciuto – e sotto diversi profili – l'intangibilità, affermando, tra l'altro, che esso non può essere vulnerato neanche attraverso il conflitto di attribuzione tra poteri elevato da una Camera[140].

La portata delle menzionate pronunce non andrebbe sottovalutata sia per ragioni di merito, che, più in generale, per una certa tendenza degli organi parlamentari a disattendere, nella sostanza, il disposto degli artt. 108 reg. Cam. e 139 reg. Sen. relativo alle decisioni consequenziali delle Camere

[139] Si tratta dei già menzionati "casi" dei senatori Azzolini e Nespoli, senatori in carica e contestualmente sindaci dei comuni di Molfetta e di Afragola, essendo state invece accolte dall'Assemblea in data 2 novembre 2011 le dimissioni rassegnate dal senatore-sindaco di Catania Stancanelli – convenuto nel giudizio *a quo* da cui trae origine la sentenza n. 277 del 2011 – che ha optato per la carica elettiva locale dopo la pronuncia della Corte.

[140] Cfr. C. cost. 28 luglio 2004, n. 284, in *Giur. cost.*, 2004, III, 2865 ss., spec. 2881 s., con nota di F. Biondi, *Il caso "Cito": l'interesse astratto della Camera sussiste ancora, ma il passaggio in giudicato della sentenza diventa un limite all'intervento della Corte*, ivi, 2882 ss. Per un approfondimento, con particolare riferimento ai casi di ineleggibilità sopravvenuta conseguenti all'irrogazione ai deputati Previti, Dell'Utri, Frigerio e Drago della pena accessoria all'interdizione dai pubblici uffici, sia consentito rinviare a G. Rivosecchi, *L'ineleggibilità sopravvenuta alla carica di membro del Parlamento*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, in www.rivistaaic.it, fascicolo n. 00 del 2 luglio 2010, 11 ss.; nonché Id., *Incandidabilità, ineleggibilità, incompatibilità con la carica di membro del Parlamento in Italia*, in *Le evoluzioni della legislazione elettorale "di contorno" in Europa*, cit., 183 ss.

rispetto alle sentenze della Corte costituzionale[141]. Tuttavia, gli orientamenti delle giunte da ultimo richiamati si spiegano piuttosto alla luce delle profonde asimmetrie intercorrenti tra i diversi livelli territoriali di governo in punto di accertamento delle cause di ineleggibilità e di incompatibilità determinate dall'art. 66 Cost. e dalla relativa riserva assoluta alle Camere sulla verifica delle sopraggiunte cause di ineleggibilità, che sembra ormai mostrare tutti i suoi limiti, come indica la stessa prospettiva di analisi comparatistica[142].

La sentenza n. 277 del 2011 suggerisce infine un ultimo ordine di considerazioni, relative al piano più strettamente attinente alle tecniche decisorie adottate dal Giudice delle leggi. Rispetto a queste ultime, si segnala infatti un uso particolare della pronuncia additiva direttamente incidente sul diritto fondamentale all'elettorato passivo, che sembrerebbe segnare – sulla scorta di alcuni precedenti *obiter dicta* – un certo contemperamento dei limiti a suo tempo individuati dalla stessa Corte sull'intervento additivo non costituzionalmente obbligato rispetto alla necessità di tutelare i profili sostanziali preservati dalle cause di ineleggibilità e di incompatibilità.

In una copiosa giurisprudenza costituzionale, la Corte si è infatti costantemente richiamata alla discrezionalità del legislatore nell'intento di circoscrivere il proprio sindacato in materia di elettorato passivo[143], sottolineando, a più riprese, come spetti al Parlamento il compito di "operare un bilanciamento degli interessi meritevoli di tutela", essendo al Giudice costituzionale "preclusa l'adozione di una pronuncia tendente a integrare o a sostituire la normativa vigente"[144].

Nel contempo, però, anche quando ha adottato le decisioni più coerenti con questa prospettiva – come la sentenza n. 344 del 1993, che ha riconosciuto l'illegittimità costituzionale delle norme sull'ineleggibilità dei consiglieri regionali alla carica di parlamentare – la stessa Corte ha avuto comunque modo di stigmatizzare gli aspetti della legislazione vigente in materia, "ricca di incongruenze logiche e divenuta ormai anacronistica di fronte ai profondi

[141] Al riguardo, sotto diversi profili, cfr. almeno A. Ruggeri, *Le attività "conseguenziali" nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore (Premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica)*, Milano, 1988; nonché, più di recente, R. Bin – C. Bergonzini, *La Corte costituzionale in Parlamento*, in *"Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi, Napoli, 2006, 215 ss.; e l'ampia ricostruzione di N. Lupo, *Il Parlamento e la Corte costituzionale*, in Associazione per gli Studi e le Ricerche parlamentari, *Quaderno n. 21. Seminario 2010*, Torino, 2012, 109 ss.

[142] Cfr., per tutti, F. Lanchester, *La verifica dei poteri nel diritto comparato*, cit., 2859 ss., spec. 2866 ss.; M. Cerase, *Art. 66*, cit., 1283 ss.; nonché i contributi del volume *Chi controlla le elezioni? Verifica parlamentare dei poteri, tribunali, commissioni indipendenti*, a cura di L. Pegoraro, G. Pavani, S. Pennicino, Bologna, 2011.

[143] *Ex plurimis*, C. cost. n. 38/1971, 171 ss.; C. cost. n. 45/1977, 177 ss., spec. 183; C. cost., n. 5/1978, 33 ss., spec. 39 ss. Su questi orientamenti della giurisprudenza costituzionale, si veda, ad esempio, U. Pototschnig, *Art. 97, 3° comma, sezione II [art. 51]*, cit., 385 ss.

[144] Così, ad esempio, C. cost. 4 giugno 1997, n. 160, in *Giur. cost.*, 1997, II, 1660.

mutamenti che lo sviluppo tecnologico e sociale ha prodotto nella comunicazione politica", formulando altresì l'auspicio che essa venisse riformata dal legislatore "al fine di realizzare nel modo più pieno e significativo il valore costituzionale della libertà e genuinità della competizione elettorale e del diritto inviolabile di ciascun cittadino di concorrere all'elezione dei propri rappresentanti politici e di partecipare in condizioni di eguaglianza all'accesso alle cariche pubbliche elettive"[145].

Più di recente, il Giudice delle leggi, pur riaffermando la "grande regola" dell'eleggibilità alle cariche rappresentative come diritto fondamentale, sembra incidentalmente avvertire i rischiosi effetti dell'inerzia del legislatore, riconoscendo che l'apprezzamento di esigenze costituzionalmente rilevanti, tali da giustificare una compressione dell'elettorato passivo, potrebbe non sempre richiedere l'*interpositio legislatoris*[146].

Sulla scorta di questi spunti, riaffermando implicitamente le caratteristiche dell'intervento additivo in termini costituzionalmente obbligati[147], la Corte interviene con la sentenza n. 277 del 2011 proprio nei limiti di un'interpretazione costituzionalmente orientata dagli artt. 3 e 51 Cost., al fine di garantire i profili finalistici espressamente tutelati dalle cause di ineleggibilità e di incompatibilità, in quanto "strumenti di protezione non soltanto del mandato elettivo, ma anche del pubblico ufficio che viene ritenuto causa di impedimento del corretto esercizio della funzione rappresentativa" ("Diritto", n. 3.4).

Sull'opzione in favore di un intervento additivo ha probabilmente influito anche la difficoltà di minimizzare l'impatto della pronuncia della Corte – intento generalmente privilegiato mediante i tradizionali strumenti delle sentenze interpretative di rigetto e dell'interpretazione conforme a Costituzione – rispetto all'ormai consolidato orientamento degli organi parlamentari, nella consapevolezza che gli alternativi strumenti decisionali sopra richiamati avrebbero in realtà finito per acuire i conflitti con le Camere stesse, senza riuscire peraltro ad incidere sulla "giurisprudenza" parlamentare invalsa sin dal 2002[148].

D'altra parte, i nodi critici in merito all'uso di una pronuncia additiva in assenza di rime obbligate, quantomeno nella legge oggetto di giudizio, per giunta su materia coperta da riserva di legge in tema di diritti fondamentali, sembrano in qualche modo compensati da uno scrutinio di costituzionalità – assunto sotto un profilo strettamente teleologico – circoscritto alla rimozione dell'istituto della compatibilità "a senso unico" tra le cariche elettive, in

[145] Così, C. cost. n. 344/1993, 2694. Per uno sviluppo della riflessione sul punto, cfr. M. Volpi, *L'ineleggibilità al Parlamento dei consiglieri regionali tra declaratoria di incostituzionalità e necessità di una nuova disciplina legislativa*, in *Giur. cost.*, 1993, II, 2700 s.

[146] In questo senso, C. cost. n. 220/2003, 1680.

[147] Cfr., di recente, C. cost. 12 giugno 2007, n. 185, in *Giur. cost.*, 2007, II, 1789 ss., spec. 1792; C. cost. 27 luglio 2007, n. 333, ivi, 3211 ss.; e, soprattutto, C. cost. 2 luglio 2008, n. 240, in *Giur. cost.*, 2008, II, 2845 ss., spec. 2849 s.

[148] In questo senso, anche G.E. Vigevani, *Il tramonto del parlamentare-sindaco*, cit., 948.

quanto irragionevole rispetto ad intrinseche esigenze di coerenza – posta la naturale corrispondenza biunivoca delle cause di ineleggibilità che vengono ad incidere necessariamente su entrambe le cariche coinvolte nella relativa previsione di legge – tanto più valevoli nel quadro di un sistema policentrico come quello delineato dal Titolo V della parte seconda della Costituzione.

In definitiva, la giurisprudenza costituzionale inaugurata dalla sentenza n. 277 del 2011 si limita a colpire le lacune della normativa oggetto del giudizio, lasciando comunque impregiudicata la questione relativa alla possibile previsione del cumulo dei mandati elettivi, di per sé non espunta in via assoluta, bensì sostanzialmente rimessa alla scelte discrezionali del legislatore nell'ambito della prossima (e auspicabile) razionalizzazione normativa della materia. Quello che invece viene definitivamente rimosso dalla pronuncia è l'irragionevole prassi della compatibilità "a senso unico" tra mandato parlamentare e mandati locali, originata da un orientamento delle Camere formalmente attento alla tutela dell'elettorato passivo, ma sostanzialmente elusivo della *ratio* sostanziale della normativa sull'ineleggibilità parlamentare.

4.3.4. *Segue*: … e per effetto del giudicato penale

Un ulteriore "filone" della "giurisprudenza" parlamentare sulla c.d. ineleggibilità sopravvenuta ha avuto ad oggetto il rapporto tra le vicende del mandato parlamentare e il giudicato penale che determina la perdita della capacità elettorale[149].

Poco rilevanti sotto il profilo quantitativo, anche queste pronunce delle giunte risultano comunque espressione di un orientamento sostanzialmente mutato nel corso degli anni, che ha condotto progressivamente ad accentuare le divergenze rispetto alle parallele decisioni assunte – qui, per così dire, "a monte" – dall'autorità giudiziaria in riferimento a fattispecie analoghe riferibili alle cariche elettive locali. Si allude, da quest'ultimo punto di vista, a quella giurisprudenza che ha costantemente escluso che i titolari di cariche elettive locali a cui sia irrogata la pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici con sentenza di condanna passata in giudicato, potessero mantenere la titolarità del mandato[150], in linea con quanto previsto dal legislatore e dalla giurisprudenza costituzionale[151].

Diverso l'orientamento assunto dalle Camere rispetto ai propri membri nei confronti dei quali sia stata irrogata la pena accessoria all'interdizione dai

[149] In particolare, si debbono richiamare i casi di ineleggibilità sopravvenuta conseguenti all'irrogazione a parlamentari della pena accessoria all'interdizione dai pubblici uffici, sia essa di natura perpetua (caso del deputato Previti, FI), sia essa di natura temporanea (casi dei deputati Dell'Utri, FI; Frigerio, FI e Drago, UDC).

[150] Cfr., ad esempio, sent. Corte di Cassazione 6 ottobre 2003, n. 1253.

[151] V. anche *infra*, paragrafo 4.4.

pubblici uffici. Soltanto in un primo caso, infatti, maturato nel corso della IV legislatura repubblicana, alla sentenza del Tribunale di Napoli dichiarativa di fallimento – che, in base alla normativa allora vigente, comportava l'automatica cancellazione dalle liste elettorali – irrogata nei confronti del deputato Ottieri (monarchico), faceva rapidamente seguito la dichiarazione di decadenza dal mandato parlamentare, per effetto della sopraggiunta causa di ineleggibilità, proposta dalla Giunta delle elezioni della Camera e accolta dall'Assemblea[152].

Successivamente, invece, la Giunta delle elezioni assume un orientamento più cauto, pur in presenza di una palese carenza della capacità elettorale passiva, determinata dalla pena accessoria all'interdizione dai pubblici uffici ai sensi dell'art. 28 del Codice penale, che – si ricorda – se di natura perpetua priva "il condannato del diritto di elettorato o di eleggibilità *in qualsiasi comizio elettorale*, e di ogni altro diritto politico".

Nella XIII legislatura, affrontando il caso del deputato Dell'Utri (FI), nei cui confronti era stata irrogata la pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici, la Giunta delle elezioni della Camera, nella seduta del 2 dicembre 1999, conviene sulla non automaticità della decadenza dal mandato parlamentare, a seguito di sopravvenuta incapacità elettorale (il caso viene poi risolto prima della pronuncia dell'Assemblea per cessata materia del contendere, a seguito del promuovimento da parte dello stesso Dell'Utri di un incidente di esecuzione accolto dalla Corte di Cassazione, con conseguente annullamento della pena accessoria).

Nella XIV legislatura, a fronte di un caso analogo, che vedeva il deputato Frigerio (FI) temporaneamente interdetto dai pubblici uffici per effetto di pene accessorie irrogate in diverse sentenze definitive di condanna per reati sul finanziamento pubblico dei partiti politici, la Giunta delle elezioni avviava un carteggio con il deputato stesso al fine di ottenere gli elementi documentali necessari al riscontro sulla sussistenza di cause sopraggiunte di ineleggibilità, ma, nelle more del procedimento di accertamento, il deputato comunicava la conclusione del periodo di affidamento in prova ai servizi sociali e la Giunta, nella seduta del 23 settembre 2004, prendeva atto dell'estinzione della pena e di ogni altro effetto penale, ritenendo comprese negli effetti penali le pene accessorie e, dunque, l'interdizione temporanea dai pubblici uffici. Orientamento, quest'ultimo, parzialmente disatteso nel successivo caso del deputato Previti (FI), allorquando, nella XV legislatura, la Giunta non riteneva invece estinta la pena accessoria dell'interdizione per effetto dell'affidamento in prova ai servizi sociali. In quell'occasione, la perdita della capacità elettorale del deputato conduce la Giunta all'accertamento della causa di ineleggibilità sopravvenuta, con conseguente proposta

[152] Cfr. A. Mencarelli, *La verifica dei poteri nella dialettica politica tra maggioranza e opposizione*, cit., 175 ss.

di annullamento dell'elezione, non sottoposta alla votazione dell'Assemblea per effetto delle dimissioni rassegnate in via preventiva dallo stesso Previti, accettate dall'Aula con conseguente proclamazione del subentrante[153].

Analogamente, nella XVI legislatura, nel caso del deputato Drago (UDC), la Giunta delle elezioni, dopo una lunga ed approfondita istruttoria, nella seduta del 6 ottobre 2010, perviene all'accertamento di una causa di ineleggibilità sopravvenuta per effetto della pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici, irrogata nei confronti del deputato condannato in via definitiva per peculato, deliberando conseguentemente di proporre all'Assemblea la decadenza dal mandato parlamentare[154]. Proposta, quest'ultima, comunque non presa in esame per cessata materia del contendere in seguito alle dimissioni dal mandato parlamentare rassegnate in via preventiva dallo stesso deputato Drago[155].

Nei casi sinteticamente richiamati, le giunte si sono dunque trovate nella condizione di dover procedere all'accertamento di una fattispecie di ineleggibilità sopravvenuta determinata dall'irrogazione della pena accessoria all'interdizione dai pubblici uffici. Tuttavia, mentre nel caso della sentenza dichiarativa di fallimento e dell'interdizione di natura perpetua, per univoco orientamento della stessa Giunta, si è pervenuti all'accertamento della perdita della capacità elettorale e della sopraggiunta causa di ineleggibilità, con conseguente proposta di decadenza dal mandato (Ottieri e Previti), nel caso dell'interdizione di natura temporanea (Drago), le soluzioni astrattamente ipotizzabili – anche alla luce della "giurisprudenza" parlamentare e dei dibattiti in sede di Giunta – paiono tre: accertamento dell'inapplicabilità della sanzione penale, in quanto produttiva della decadenza dal mandato, di una situazione giuridica, cioè, definitiva ed irreversibile a fronte dell'interdizione di natura provvisoria; accertamento, per effetto dell'interdizione temporanea, dell'impossibilità di esercitare i poteri connessi alla funzione e conseguente attivazione, fermo restando il *munus* parlamentare, dei rimedi interni all'ordinamento parlamentare (sospensione dall'esercizio delle funzioni e della relativa indennità per il periodo di vigenza dell'interdizione, ove previsto); accertamento della sopraggiunta causa di ineleggibilità e formulazione della conseguente proposta di decadenza dal mandato parlamentare (analogamente al caso dell'interdizione di natura perpetua, senza quindi tener conto del carattere transitorio della sanzione e facendo prevalere l'automatismo del dispositivo).

[153] Per una critica alla prassi delle dimissioni rassegnate in via preventiva in caso di concorso tra distinti procedimenti di decisione parlamentare, cfr. G. Piccirilli, *L'epilogo (in Parlamento) del caso Di Girolamo*, cit., 775 ss.

[154] Si veda il resoconto stenografico della seduta della Giunta delle elezioni della Camera dei deputati del 6 ottobre 2010, reperibile al sito www.camera.it, spec. 10 s.

[155] Cfr. il resoconto della seduta della Camera del deputati del 17 novembre 2010, in www.camera.it, spec. 4 s. Per un cenno ricostruttivo della vicenda, cfr. anche G. Piccirilli, *L'epilogo (in Parlamento) del caso Di Girolamo*, cit., 791.

Come si è tentato di sostenere in altra sede[156], la soluzione dovrebbe essere ricercata nella suesposta distinzione, prevalente in dottrina, tra ineleggibilità "in senso lato" e ineleggibilità "in senso stretto", riferendosi quest'ultima alle cause di ineleggibilità tassativamente previste dagli artt. 7-10 del d.P.R. n. 361 del 1957, e ricorrendo, la prima, in caso di perdita della capacità elettorale. È proprio muovendo da questa prospettiva che, all'interno dell'ordinamento parlamentare, la decadenza finisce per operare sul piano della sanzione, rispetto all'insorgere di una causa di ineleggibilità "in senso lato" sopravvenuta (perdita della capacità elettorale), almeno al momento non rimovibile mediante manifestazione di volontà dell'interessato[157]. Per le cause di ineleggibilità "in senso stretto" sopravvenute la Camera potrà invece valutare discrezionalmente se la *ratio* fondativa della normativa risulta egualmente tutelata da altra soluzione, come faceva, ad esempio, quando adottava – come si è visto – il principio della c.d. conversione delle cause di ineleggibilità sopravvenute in cause di incompatibilità.

Anche in assenza di una immediata previsione legislativa relativa alle fattispecie di ineleggibilità sopravvenuta, la distinzione tra ineleggibilità "in senso lato" e ineleggibilità "in senso stretto" consentirebbe comunque di ravvisare nella capacità elettorale quel requisito indefettibile richiesto dalla legge – anche in attuazione della riserva posta dall'art. 51, primo comma, Cost. – ai fini della formazione e della prosecuzione di qualsiasi valido rapporto elettorale. Al riguardo, possono valere, anche per l'interdizione temporanea, le conclusioni a cui è precedentemente pervenuta la stessa "giurisprudenza" parlamentare in riferimento all'interdizione di natura perpetua nel caso del deputato Previti. Infatti, in quell'occasione, è stata correttamente distinta la nozione di ineleggibilità sopravvenuta da quella di decadenza, riconoscendo che la prima agisce sul piano sostanziale della violazione e la seconda su quello procedurale della sanzione che l'ordinamento parlamentare riconnette all'accertamento della causa di ineleggibilità sopravvenuta[158].

Potrebbe tuttavia obiettarsi che, a fronte della natura temporanea della pena accessoria, destinata ad esaurire i suoi effetti nel corso del tempo, la decadenza dal mandato determini invece una situazione giuridica irreversibile, finendo così per accentuare il carattere afflittivo della pena accessoria, già messo in rilievo criticamente, sia pure sotto diverso profilo, dalla prevalente dottrina penalistica[159]. Quantomeno in via prudenziale, vanno quindi preliminarmente esperite le soluzioni alternative possibili sopra prospettate.

[156] Per un approfondimento, sia consentito un rinvio a G. Rivosecchi, *L'ineleggibilità sopravvenuta alla carica di membro del Parlamento*, cit., 5 e 13 s.

[157] Cfr., ad esempio, G.M. Salerno, *Art. 66*, in *Commentario breve della Costituzione*, a cura di V. Crisafulli e L. Paladin, Padova, 1990, 404.

[158] Cfr. Giunta delle elezioni della Camera dei deputati, seduta del 9 luglio 2007.

[159] Cfr., ad esempio, S. Larizza, voce *Pene accessorie*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, 428 ss.

Anzitutto, sembra difficilmente sostenibile un esito dell'accertamento nel senso dell'inapplicabilità della sanzione, a meno di non voler eludere il giudicato penale, esponendo la Camera, tra l'altro, al rischio di un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sollevato dall'autorità giudiziaria. Risulterebbe apparentemente più coerente rispetto alla temporaneità della sanzione penale l'adozione di un provvedimento di sospensione dall'esercizio delle funzioni, pur mantenendo il parlamentare la titolarità del mandato e le connesse garanzie, attesa la loro perdurante applicabilità per espresso vincolo costituzionale (artt. 68-69 Cost.). Con analoghi risultati, in mancanza di una base di diritto positivo, sembrerebbe ipotizzabile l'estensione in via analogica all'ordinamento parlamentare dell'istituto della sospensione dal mandato elettivo previsto per le cariche elettive regionali e locali. Al riguardo, potrebbe richiamarsi la circostanza che la durata della pena accessoria sia destinata ad esaurirsi in corso di legislatura, in ragione del riacquisto certo della capacità elettorale piena del parlamentare (e, quindi, non subordinato al verificarsi di non meglio definite condizioni future, come si configurerebbe, ad esempio, l'esito favorevole dell'affidamento in prova ai servizi sociali ai sensi dell'art. 47, comma 12, della legge sull'ordinamento penitenziario, che aveva correttamente indotto la Giunta delle elezioni della Camera a rigettare la soluzione della sospensione nel caso del deputato Previti). Da questo punto di vista, potrebbe effettivamente ipotizzarsi, in caso di dichiarazione di decadenza, il mancato conseguimento di quel necessario bilanciamento tra interessi costituzionalmente rilevanti – la garanzia costituzionale del mandato parlamentare, da un lato, e l'esercizio della funzione giurisdizionale e la certezza e l'esecutorietà del giudicato, dall'altro – in cui, come è stato acutamente osservato, sembrerebbe tradursi il giudizio delle Camere sull'ineleggibilità sopravvenuta[160].

Tuttavia, una volta accolta la conclusione che la condanna con sentenza passata in giudicato di un membro del Parlamento, a cui consegua l'irrogazione della pena accessoria all'interdizione dai pubblici uffici, configuri una causa di ineleggibilità sopravvenuta, determinata dalla sopraggiunta incapacità elettorale passiva, l'organo parlamentare mi sembra vincolato nel senso della decadenza dal mandato[161]. Sarebbe questo un esito sostanzialmente indifferente alle successive vicende della rappresentanza politica nel suo complesso (che non verrebbe menomata per effetto della surrogazione del seggio vacante da parte di un candidato dello stesso partito, vieppiù alla luce degli "automatismi" del vigente sistema elettorale, contraddistinto da candidature a liste bloccate), e a quelle della legislatura in corso (non potrebbe escludersi, tra l'altro, uno scioglimento anticipato delle Camere, che, per lo meno in par-

[160] Prospetta, sia pure problematicamente, questa soluzione A. MENCARELLI, *La verifica dei poteri nella dialettica politica tra maggioranza e opposizione*, cit., 177.

[161] Cfr. Giunta delle elezioni della Camera dei deputati, seduta del 9 luglio 2007.

te, annullerebbe l'asimmetria rispetto ad uno degli elementi su cui potrebbe poggiare il presunto giudizio di bilanciamento)[162].

D'altro canto, anche l'attuale formulazione dell'art. 68, secondo comma, Cost., che, a differenza della precedente, non richiede l'autorizzazione all'arresto in esecuzione di sentenza irrevocabile, indica la prevalenza del giudicato, di fronte al quale recede non soltanto l'inviolabilità del parlamentare, ma lo stesso valore della libertà personale, senza che si ravvisi la necessità di bilanciare alcunché. Sul punto, è opportuno ricordare che la Corte costituzionale ha riconosciuto – sotto diversi profili – l'intangibilità del giudicato penale, affermando, tra l'altro, che esso non può essere vulnerato neanche attraverso il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato elevato dalla Camera[163].

Per altro verso, il già citato precedente costituito dal caso del deputato Ottieri consente di affermare che, anche in caso di perdita temporanea della capacità elettorale, sopraggiunta successivamente all'elezione del deputato per effetto di una sentenza dichiarativa di fallimento che all'epoca comportava la cancellazione dalle liste elettorali, la Giunta e l'Assemblea sovrana hanno ravvisato gli estremi della "inevitabile conseguenza della decadenza dal mandato parlamentare"[164].

Quello che più rileva è l'inesistenza di sanzioni interne all'ordinamento parlamentare espressamente qualificate dal regolamento agli effetti della so-

[162] Da questo punto di vista, sembrerebbe ipotizzabile un rovesciamento della tesi che considera il mandato parlamentare "sensibile alle sole vicende che interessino la rappresentanza politica nel suo complesso" (sostenuta da N. Zanon, *Parere* pro veritate *sull'ineleggibilità sopravvenuta del deputato Cesare Previti* – stralci dal resoconto della Giunta delle elezioni della Camera dei deputati del 13 marzo 2007 e dalla stampa quotidiana), a fatti, cioè, verificatisi in via successiva a carico di un singolo parlamentare, non soltanto per l'espressa previsione dell'art. 66 Cost., da cui discende la sussistenza di cause *sopraggiunte* di ineleggibilità riferite al singolo parlamentare (così, F. Sorrentino, *Parere* pro veritate *sull'ineleggibilità sopravvenuta del deputato Cesare Previti* – stralci dal resoconto della Giunta delle elezioni della Camera dei deputati del 13 marzo 2007), ma anche per le garanzie sostanziali, sia pure strumentali all'esercizio della funzione, di cui gode il parlamentare stesso per espresse previsioni costituzionali (artt. 68 e 69 Cost.), che non parrebbero giustificabili se il mandato parlamentare fosse riferibile soltanto alle vicende del *plenum* dell'organo camerale e della rappresentanza politica nel suo complesso. In proposito, si ricordano, tra l'altro, le "aperture" in alcuni *obiter dicta* della giurisprudenza costituzionale sulla legittimazione del singolo parlamentare a sollevare conflitto di attribuzione (C. cost. 20 maggio 1998, n. 177, in *Giur. cost.*, 1998, II, 1478 ss.): al riguardo, cfr. R. Bin, *Un esperimento mentale*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Il "caso Previti". Funzione parlamentare e giurisdizione in conflitto davanti alla Corte*, Torino, 2000, 37 ss.; nonché la ricostruzione in G. Rivosecchi, *Il Parlamento nei conflitti di attribuzione*, Padova, 2003, 90 ss., spec. 97 ss. e nota 137 (e le indicazioni ulteriori ivi contenute in merito alla dottrina favorevole alla legittimazione del singolo parlamentare).

[163] Cfr. C. cost. n. 284/2004, 2865 ss.

[164] Cfr. Camera dei deputati, *Relazione della Giunta delle elezioni*, IV legislatura, Doc. IX, n. 6, 2; Atti parlamentari – Camera dei deputati, *Discussioni*, seduta del 13 aprile 1967, 33362.

spensione dal mandato parlamentare, che, da un lato, contribuisce ad escludere il ricorso a misure diverse dalla decadenza anche in caso di interdizione di natura temporanea, e, dall'altro, costituisce ulteriore motivo di asimmetria rispetto alla disciplina prevista per i mandati elettivi regionali e locali. Infatti, mentre l'art. 16 della legge 18 gennaio 1992, n. 16 (Norme in materia di elezione e nomine presso le regioni e gli enti locali), di modificazione dell'art. 15 della legge 19 marzo 1990, n. 55 (Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale)[165], prevede, tra l'altro, la sospensione dalle cariche elettive in caso di ineleggibilità sopravvenuta, l'art. 66 Cost. riserva invece in via esclusiva alle Camere l'accertamento dei presupposti di diritto in riferimento a tali fattispecie. Né alcuna altra norma di diritto positivo – legislativa o regolamentare – fa riferimento alla sospensione dal mandato parlamentare proprio per la natura peculiare di quest'ultimo, insuscettibile di frazionamento[166], o, tanto meno, di sospensione temporanea, a meno di non voler arrecare un *vulnus* all'integrità della rappresentanza politica e alla funzionalità del Parlamento.

In conclusione, tra le tre soluzioni astrattamentre ipotizzabili in caso di interdizione di natura temporanea, se la prima appare elusiva del giudicato penale, anche la seconda risulta di dubbia praticabilità, in ragione, da un lato, della non sussistenza di sanzioni interne all'ordinamento parlamentare espressamente qualificate dal regolamento agli effetti della suddetta sospensione, e, dall'altro, della riconduzione certa delle fattispecie in esame a cause di ineleggibilità sopravvenuta per incapacità elettorale passiva ai sensi dell'art. 48, quarto comma, Cost., alla quale l'art. 66 Cost. e (sia pure in modo meno univoco) le norme regolamentari impongono alla Camera di appartenenza la dichiarazione di decadenza dal mandato[167]. In questi casi, l'attività delle giunte si configura nei termini di accertamento della sussistenza dei presupposti di diritto esterni al merito delle determinazioni dell'autorità giudiziaria, le quali, se definitive, non consentono alcun margine di apprezzamento discrezionale in capo all'organo parlamentare[168].

Anche sotto il profilo – da ultimo preso in esame – della ineleggibilità sopravvenuta causata da perdita della capacità elettorale per effetto del giudicato

[165] Che ha introdotto nell'ordinamento l'istituto dell'incandidabilità per le cariche elettive regionali e locali in caso di condanna definitiva per reati di particolare gravità.

[166] In questo senso, ad esempio, N. Zanon, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione*, Milano, 1991, 233 ss.; D. Nocilla, *Sintetiche divagazioni sulla rappresentanza politica*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, II, Padova, 1995, 255 ss., spec. 260; G. Brunelli, *Sull'impossibilità di "frammentare" la funzione parlamentare*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Il "caso Previti"*, cit., 45 ss., spec. 48.

[167] Per un approfondimento, sia consentito rinviare ancora a G. Rivosecchi, *L'ineleggibilità sopravvenuta alla carica di membro del Parlamento*, cit., 16 s.

[168] In questo senso, F. Sorrentino, *Parere* pro veritate *sull'ineleggibilità sopravvenuta del deputato Cesare Previti*, cit.

penale, si riscontrano quindi orientamenti profondamente divergenti riconducibili, in radice, all'art. 66 Cost., con tutte le problematiche che ne conseguono.

4.4. Ancora sui riflessi dell'art. 66 nel contenzioso post-elettorale: sull'incandidabilità alle cariche elettive

Ulteriori e rilevanti conseguenze che risultano il diretto riflesso della sopra richiamata bipartizione nel contenzioso post-elettorale determinata dall'art. 66 Cost. si sono prodotte sull'istituto dell'incandidabilità, originariamente prevista soltanto per le cariche elettive regionali e locali[169], e recentemente estesa anche ai membri del Parlamento nazionale dal già richiamato art. 1, commi 63-64, della legge n. 190 del 2012, nonché dal decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235 (Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi a norma dell'art. 1, comma 63, della legge 6 novembre 2012, n. 190)[170]. Anche sotto questo profilo, si è infatti prodotta una netta divergenza tra la giurisprudenza di legittimità e di merito e gli orientamenti assunti dalle giunte, anche in palese carenza di capacità elettorale.

Quanto alle cariche locali, la Corte di Cassazione, chiamata ad esempio a pronunciarsi sulla *ratio* delle cause ostative all'assunzione della candidatura di cui agli artt. 58 e 59 del decreto legislativo n. 267 del 2000, anche in relazione al diritto costituzionale di elettorato passivo, ha riconosciuto che le fattispecie di incandidabilità concernenti i delitti commessi con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione, sono determinate dal "venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso alle cariche elettive"[171]. Sul punto, la Suprema Corte ha, anche recentemente, accolto l'impianto della disciplina originariamente introdotta dall'art. 15 della richia-

[169] L'istituto era stato infatti introdotto, sia pure limitatamente alle cariche elettive locali, dall'art. 15 della legge 19 marzo 1990, n. 55 (Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale), come modificato dall'art. 1 della 18 gennaio 1992, n. 16 (Norme in materia di elezioni e nomine presso le regioni e gli enti locali) e dall'art. 1 della legge 13 dicembre 1999, n. 475 (Modifiche all'articolo 15 della legge 19 marzo 1990, n. 55, e successive modificazioni), poi trasfuso nella disciplina dettata dagli artt. 58 e 59 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali; d'ora in poi: TUEL) – ora sostituiti dagli artt. 10 e 11 del decreto legislativo n. 235 del 2012.

[170] In favore dell'estensione delle cause di incandidabilità, cfr. C. Fusaro, *I limiti della legislazione elettorale vigente*, cit., 35 s.; nonché, in specifico riferimento alla carica di parlamentare, F. Pinto, *Il procedimento elettorale e le cause ostative: incandidabilità, ineleggibilità e incompatibilità*, in *La riforma elettorale*, Firenze, 2007, 88 ss.; N. Lupo e G. Rivosecchi, *La disciplina delle incandidabilità, ineleggibilità e incompatibilità con il mandato parlamentare*, cit., 287 ss.

[171] Cass. Civ., Sez. I, 8 marzo 2004, n. 7593.

mata legge n. 55 del 1990, che già prevedeva la sospensione dalla carica elettiva limitatamente agli amministratori sottoposti a procedimento penale, per il delitto di associazione di tipo mafioso, successivamente modificata dall'art. 16 della sopra menzionata legge n. 16 del 1992, il quale aveva stabilito che, ai fini dell'incandidabilità, si equiparavano i delitti consumati a quelli tentati, con la conseguenza di determinare l'immediata sospensione dalla carica, *ex* art. 15, comma 4-*bis*, poi ulteriormente modificata dall'art. 1 della legge 13 dicembre 1999, n. 475 (Modifiche all'articolo 15 della L. 19 marzo 1990, n. 55, e successive modificazioni), che ha subordinato l'ineleggibilità ad una condanna definitiva. In particolare, la Cassazione si è pronunciata sulla disciplina trasfusa negli artt. 58 e 59 del decreto legislativo n. 267 del 2000, in relazione alle cariche elettive locali e implicitamente fatta salva dall'art. 2, comma 1, della legge n. 165 del 2004 per le cariche regionali, affermando che essa risulta riconducibile al binomio "provvedimento giurisdizionale non definitivo – sospensione", eventualmente prodromico al binomio "provvedimento giurisdizionale definitivo – decadenza", secondo gli indirizzi formulati dalla giurisprudenza costituzionale[172]. La sospensione prevista per le cariche locali trova quindi il suo presupposto in provvedimenti giurisdizionali di natura non definitiva, mentre alla sentenza passata in giudicato consegue la decadenza di diritto dalla carica elettiva[173].

Quanto all'art. 58, lett. c), del TUEL, che annovera tra le cause ostative alla posizione della candidatura per le elezioni provinciali, comunali e circoscrizionali, la condanna "con sentenza definitiva alla pena della reclusione complessivamente superiore ai sei mesi per uno o più delitti commessi con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione o ad un pubblico servizio", la Cassazione ha da tempo affermato che la norma richiamata mira a tutelare la correttezza, l'imparzialità ed il buon andamento della pubblica amministrazione, impedendo a coloro che abbiano riportato condanne per reati commessi nell'esercizio delle funzioni di rivestire, ancorché elettivamente, un pubblico ufficio[174], escludendo l'elettorato passivo per tutti coloro che, pur non svolgendo pubbliche funzioni, con la propria condotta hanno comunque contribuito alla consumazione di un delitto posto in essere con abuso di poteri o violazione di doveri inerenti all'ufficio pubblico[175].

La Corte costituzionale ha costantemente fatta salva la sopra richiamata impostazione adottata dal legislatore, sottolineando, anzitutto, che le norme in questione perseguono finalità di salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica, di tutela della libera determinazione degli organi elettivi, di buon

[172] Cfr. C. cost. 6 maggio 1996, n. 141, in *Giur. cost.*, 1996, II, 1395 ss.
[173] Cass. Civ., Sez. I, 30 luglio 2012, n. 13563.
[174] Cass. Civ., Sez. I, 27 luglio 2002, n. 11140.
[175] Cass. Civ., Sez. I, 17 novembre 2011, n. 24185.

andamento e trasparenza delle amministrazioni pubbliche[176]. In secondo luogo, la Corte ha affermato che soltanto la condanna penale definitiva, al di là degli effetti penali ad essa propri, costituisce presupposto oggettivo dell'operatività dell'effetto ulteriore, relativo all'avvenuto accertamento definitivo della commissione di un delitto che non consente, a giudizio del legislatore, ed in vista di esigenze attinenti alle cariche elettive e all'esercizio delle relative funzioni, l'accesso alle medesime cariche[177].

Alla luce di quanto sommariamente richiamato circa la disciplina dell'incandidabilità già prevista per le cariche elettive regionali e locali e il relativo contenzioso post-elettorale, occorre ora soffermarsi sulle novità introdotte dall'art. 1, commi 63-64, della richiamata legge n. 190 del 2012. Il legislatore muove lungo quattro direttrici fondamentali.

Viene anzitutto previsto che siano temporaneamente incandidabili alla carica di deputato e senatore coloro che abbiano riportato condanne definitive a pene superiori a due anni di reclusione per i delitti previsti dagli artt. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater* del Codice di procedura penale e per i delitti previsti nel libro secondo, titolo II, capo I, del codice stesso[178], coordinando, nel contempo, "le disposizioni relative all'incandidabilità con le norme vigenti in materia di interdizione dai pubblici uffici e di riabilitazione, nonché con le restrizioni all'esercizio del diritto di elettorato passivo", ed estendendo contestualmente le condizioni di incandidabilità previste per il mandato parlamentare anche alle cariche di governo (comma 64, lett. *a)*, *b)*, *e)*, *f)*).

In secondo luogo, la delega include una completa ricognizione della disciplina in materia di incandidabilità alle elezioni provinciali, comunali e circoscrizionali – già prevista dal TUEL – e di divieto di ricoprire cariche elettive e di governo locali (comma 64, lett. *g)*).

In terzo luogo, al legislatore delegato è attribuito anche il compito di disciplinare le ipotesi di incandidabilità alle elezioni regionali e di divieto di ricoprire cariche negli organi politici di vertice delle Regioni, conseguenti a sentenze definitive di condanna, fatta salva la competenza legislativa regionale sul sistema di elezione e i casi di ineleggibilità e di incompatibilità del presidente e degli altri componenti della giunta regionale, nonché dei consiglieri regionali (comma 64, lett. *i)*).

[176] *Ex plurimis*, C. cost. n. 141/1996, 1395 ss.; C. cost. 15 maggio 2001, n. 132, in *Giur. cost.*, 2001, III, 1019 ss.

[177] C. cost. n. 132/2001, 1019 ss.

[178] Viene, in particolare, introdotta l'incandidabilità alla carica di parlamentare in riferimento a delitti particolarmente gravi: associazione di tipo mafioso; associazione a delinquere finalizzata al traffico illecito di stupefacenti; associazione a delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi; ogni delitto, consumato o tentato, con finalità di terrorismo; delitti di pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, quali peculato, malversazione a danno dello Stato, concussione, corruzione per un atto d'ufficio, corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio, corruzione in atti giudiziari, corruzione di una persona incaricata di un pubblico servizio.

Viene infine previsto che siano disciplinate ipotesi di sospensione e decadenza di diritto dalle cariche elettive in caso di sentenza definitiva di condanna per delitti non colposi successiva alla candidatura o all'affidamento della carica (comma 64, lett. *m)*).

In estrema sintesi, questi paiono i principi e criteri dettati dal legislatore delegante, che si preoccupa inoltre di fare salva la disciplina in materia di interdizione perpetua dai pubblici uffici (comma 64, lett. *a)*), nonché di demandare al legislatore delegato la determinazione della durata dell'incandidabilità alla carica di parlamentare nazionale in caso di condanne definitive a pene superiori ai due anni (comma 64, lett. *c)*) e di prevedere l'abrogazione espressa della normativa incompatibile con le disposizioni del decreto legislativo emanato in attuazione della delega (comma 64, lett. *l)*).

Rispetto a questo orientamento del legislatore – ulteriormente concretizzatosi nel richiamato decreto legislativo n. 235 del 2012 – non sembrano fondati i dubbi di costituzionalità prospettati in dottrina specie in riferimento all'art. 65 Cost., principalmente motivati sulla base dell'assunto che la richiamata norma costituzionale non consentirebbe ulteriori limitazioni dell'elettorato passivo oltre alle ineleggibilità e incandidabilità tassativamente previste dal legislatore[179]. In altre parole, secondo la tesi richiamata, in virtù della specifica copertura costituzionale di cui gode il mandato parlamentare rispetto alle altre cariche elettive (artt. 65-69 Cost.), le compressioni dell'elettorato passivo dovrebbero necessariamente soddisfare la "peculiare" riserva di legge posta dall'art. 65 Cost., riferibile esclusivamente agli istituti dell'ineleggibilità e dell'incompatibilità. In tal senso, deporrebbe anzitutto la mancanza di un concetto "naturalistico" di ineleggibilità presupposto dalla Costituzione[180], nonché gli elementi che non consentono di assimilare ineleggibilità e incandidabilità[181], ponendo conseguentemente la questione della conformità di quest'ultima all'art. 65 Cost., in quanto non espressamente contemplata dalla norma costituzionale in parola.

La tesi, per quanto finemente argomentata, lascia decisamente perplessi, in quanto muove dall'assai discutibile presupposto che l'art. 65 Cost. costituisca una sorta di norma "speciale" rispetto all'art. 48 Cost, all'art. 51 Cost.

[179] In questo senso, N. Zanon, *Sull'estensione alle cariche parlamentari dell'istituto dell'incandidabilità*, cit., 3 ss.

[180] Così, N. Zanon, *Sull'estensione alle cariche parlamentari dell'istituto dell'incandidabilità*, cit., 5.

[181] Per una critica alla tendenziale assimilazione tra cause di ineleggibilità e cause di incandidabilità, in favore del riconoscimento di un'effettiva distinzione ontologica, anche e soprattutto sotto l'aspetto del relativo contenzioso, atteso che le prime si riferiscono a fattispecie tassativamente previste dalla legge che finiscono per inficiare l'instaurazione del rapporto elettorale, le seconde implicano invece la preclusione assoluta alla posizione della candidatura, sia consentito rinviare a G. Rivosecchi, *L'incandidabilità agli organi rappresentativi e il divieto di ricoprire cariche elettive e di governo (art. 1, commi 63-65),* in *La nuova legge anticorruzione*, a cura di B.G. Mattarella e M. Pelissero, Torino, 2013, 305 ss.

e alle altre norme costituzionali. In sostanza, al fine di considerare preclusa l'estensione dell'istituto dell'incandidabilità alla carica di membro del Parlamento, è necessario presupporre che per le cariche elettive diverse da quella di parlamentare vi sarebbe una discrezionalità più ampia del legislatore rispetto alle fattispecie limitative nell'accesso alla carica che possono essere per il parlamentare tipizzate *ex* art. 65 Cost. e sanzionate *ex* art. 66 Cost.

Sul punto, valgano alcune rapide obiezioni.

Anzitutto, dalla tesi richiamata conseguirebbe un tanto incisivo quanto irragionevole restringimento del margine di discrezionalità del legislatore nella disciplina delle modalità di accesso (e di mantenimento) della carica di parlamentare. Ne potrebbero conseguire dubbi, ad esempio, sulla stessa legittimità costituzionale di un intervento del legislatore volto a modificare i requisiti richiesti ai fini del conseguimento dell'elettorato attivo e passivo (ad esempio, l'età). Potrebbe essere messa in discussione la stessa idoneità dell'art. 28 del Codice penale – nella parte in cui priva l'interdetto dai pubblici uffici del diritto di elettorato o di eleggibilità in qualsiasi comizio elettorale – a soddisfare la riserva di legge di cui all'art. 65 Cost., in quanto la pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici non sarebbe espressamente riferita alla carica di parlamentare. Il che parrebbe ovviamente palesemente irragionevole rispetto a titoli di competenza univocamente riconosciuti al legislatore stesso – ovviamente idonei a soddisfare la riserva di legge di cui all'art. 65 Cost., atteso che la normativa in parola appare, tra l'altro, assolutamente conforme alla giurisprudenza costituzionale sotto il profilo del principio di stretta interpretazione dei limiti all'elettorato passivo[182] – e alla natura del parlamentare quale pubblico ufficiale[183].

In secondo luogo, l'incandidabilità, comportando l'inidoneità assoluta a porre la candidatura, risulta piuttosto assimilabile alla carenza di capacità elettorale o alle cause di ineleggibilità "in senso stretto", e dispiega pertanto i suoi effetti già in fase preliminare non solo all'instaurazione del rapporto elettorale, ma allo stesso svolgimento della competizione elettorale.

In effetti, per le cariche elettive di tutti i livelli territoriali di governo le cause di ineleggibilità vengono accertate al momento della convalida da parte dell'assemblea elettiva, mentre quelle di incandidabilità in via preventiva dagli uffici elettorali. Ciò è chiaramente desumibile dalla normativa relativa all'istituto in commento per tutti i livelli di territoriali di governo – che devolve agli uffici elettorali l'accertamento in via preventiva delle cause di incompatibilità stesse – nonché dalle forme di tutela esperibili avverso gli eventuali provvedimenti di ricusazione degli incandidabili. A queste fattispecie, è stata infatti espressamente estesa la tutela anticipata avverso gli atti

[182] Cfr., *ex plurimis*, C. cost. n. 46/1969, 547 ss.; C. cost. n. 344/1993, 2681 ss.

[183] Per un approfondimento, sia consentito un rinvio a G. Rivosecchi, *L'ineleggibilità sopravvenuta alla carica di membro del Parlamento*, cit., 11 s.

di esclusione dai procedimenti elettorali preparatori disciplinata dall'art. 129 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo; d'ora in poi: Codice del processo amministrativo), a cui ora rinviano gli artt. 5, comma 3, 9, comma 3, e 12, comma 3 del decreto legislativo n. 235 del 2012, rispettivamente per la carica di parlamentare europeo, per le cariche elettive regionali e per quelle locali. Al rito sommario di cognizione del giudice ordinario sono viceversa riservate le controversie in materia di eleggibilità, decadenza ed incompatibilità nelle elezioni comunali, provinciali, regionali, da un lato, e per il Parlamento europeo, dall'altro, ai sensi di quanto previsto rispettivamente dagli artt. 22 e 23 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150 (Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69). Il riparto di giurisdizione – recentemente confermato dalle norme richiamate – sembra quindi costituire indice ulteriore della diversa natura degli istituti dell'incandidabilità e dell'ineleggibilità. Anche la Corte costituzionale, nella sentenza n. 84 del 2006, ancorché al fine di riconoscere l'incongruità della disciplina, ha comunque affermato che le cause di incandidabilità possono emergere in sede di presentazione delle liste agli uffici elettorali, mentre quelle di ineleggibilità vengono in rilievo solamente dopo lo svolgimento delle elezioni, in quanto sanzionabili soltanto in fase successiva alla convalida degli eletti[184].

Da tutto ciò consegue che l'estensione dell'incandidabilità alla carica di parlamentare non inciderebbe minimamente sugli istituti previsti dagli artt. 65 e 66 Cost., fatta eccezione per le cause di incandidabilità sopravvenuta che si dovranno necessariamente trasformare in cause di ineleggibilità e saranno quindi eventualmente sanzionabili soltanto secondo le garanzie previste dall'art. 66 Cost.

In altre parole, lo stesso tenore letterale degli artt. 65 e 66 Cost. non sembrerebbe ostare ad una lettura di stretta interpretazione delle norme costituzionali in parola, consentendo, in tal modo, l'introduzione di cause di

[184] Cfr. C. cost. 3 marzo 2006, n. 84, in *Giur. cost.*, 2006, I, 907, ove la Corte, in riferimento ai consiglieri regionali, afferma che "la vigente normativa consente di rilevare l'esistenza di cause di ineleggibilità – nonostante che queste siano intese a garantire la pari opportunità fra i concorrenti – 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".

incandidabilità alla carica di parlamentare, che saranno accertate dagli uffici elettorali nell'esercizio di un'attività certatoria e di carattere assolutamente preliminare rispetto al giudizio sui titoli di ammissione degli eletti riservato in via esclusiva dall'art. 66 Cost. alla Camera di appartenenza.

Va infine rilevato che – anche a prescindere dalla pur risolvibile questione inerente alla compatibilità dell'istituto con gli artt. 65 e 66 Cost. – la copertura costituzionale all'incandidabilità per i parlamentari risulta già pienamente garantita non solo dallo stesso art. 51 Cost., ma anche dall'art. 48 Cost., a meno di non voler affermare, con specifico riferimento al mandato parlamentare, che la perdita dell'elettorato attivo nei casi previsti dalla legge non trascini con sé la perdita di quello passivo. In altre parole, per il soggetto che ricade in una delle fattispecie che possono regolare l'accesso alle cariche elettive (sia pure nei limiti stabiliti dalla giurisprudenza costituzionale, che ha privilegiato la "grande regola" dell'eleggibilità) ai sensi dell'art. 51, primo comma, Cost., o nei cui confronti sono irrogati provvedimenti limitativi del diritto di voto *ex* art. 48, quarto comma, Cost., si determina una situazione di carenza di un requisito essenziale ai fini della capacità elettorale del tutto assimilabile alle cause di incandidabilità previste dalla normativa in commento. Dal momento che le richiamate norme costituzionali in tema di esercizio del diritto di voto e di accesso alle cariche elettive sono senz'altro riferibili *anche* all'ufficio di parlamentare, ne consegue che l'istituto dell'incandidabilità, che risulta radicato nelle stesse norme costituzionali, appare estensibile *anche* alla carica elettiva di deputato e a quella di senatore. Diversamente opinando, si determinerebbe infatti un contrasto insanabile non soltanto con quanto affermato dalla stessa giurisprudenza costituzionale[185], ma, ancora prima, con uno degli stessi presupposti fondamentali inerenti al carattere democratico della rappresentanza politica: l'identità dei requisiti soggettivi richiesti ai fini della capacità elettorale tra eletti ed elettori.

È infine appena il caso di ricordare che, già nella fase antecedente all'entrata in vigore della legge n. 190 del 2012 e del decreto legislativo n. 235 del 2012 sull'estensione dell'istituto dell'incandidabilità al mandato parlamentare, si ravvisano fattispecie di ineleggibilità in qualche modo assimilabili all'incandidabilità, anche se ovviamente operanti – come si è visto – in modo diverso. Si pensi ai casi di mancanza o perdita della capacità elettorale, ma anche alle cause insanabili di ineleggibilità "in senso stretto", come quelle previste dall'art. 8 del d.P.R. n. 361 del 1957 in riferimento ai magistrati nelle circoscrizioni nelle quali hanno esercitato le loro funzioni[186]. Queste ulti-

[185] *Ex plurimis*, C. cost. n. 132/2001, 1019 ss.

[186] In questo senso, cfr. G.E. Vigevani, *La legge 3 febbraio 1997, n. 13: si restringono gli spazi per i magistrati in politica*, in *Diritto pubblico*, 1998, 235. In senso difforme, cfr. P. Damiani, *La nuova disciplina della ineleggibilità dei magistrati in caso di fine anticipata della legislatura (una occasione persa)*, in *Rass. parl.*, 1998, 879 ss., spec. 888, il quale, dalla prospet-

me, infatti, per quanto non rilevabili dagli uffici elettorali, ma devolute alla cognizione delle Giunte di Camera e Senato, precludono comunque, in via assoluta, l'assunzione della carica elettiva.

In conclusione, l'art. 1, comma 64, lett. *a)*, *b)*, *c)*, della legge n. 190 del 2012, non sembra porre particolari problemi di compatibilità con il quadro costituzionale: le cause incandidabilità saranno rilevabili dagli uffici elettorali competenti, che potranno ricusare gli incandidabili *ab origine*. Al riguardo, è intervenuto l'art. 2 del decreto legislativo n. 235 del 2012, il quale, anzitutto, prevede che "l'accertamento della condizione di incandidabilità alle elezioni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica comporta la cancellazione dalla lista dei candidati" (comma 1). In secondo luogo, la norma in parola dispone che "l'accertamento dell'incandidabilità è svolto, in occasione della presentazione delle liste dei candidati ed entro il termine per la loro ammissione, dall'ufficio centrale circoscrizionale, per la Camera, dall'ufficio elettorale regionale, per il Senato, e dall'ufficio centrale per la circoscrizione estero, sulla base delle dichiarazioni sostitutive attestanti l'insussistenza della condizione di incandidabilità" rese da ciascun candidato, assicurando, infine, che "gli stessi uffici accertano d'ufficio la condizione di incandidabilità anche sulla base di atti o documenti di cui vengano comunque in possesso comprovanti la condizione di limitazione del diritto di elettorato passivo" (comma 2).

Qualche ulteriore interrogativo è invece suscitato dei mezzi di tutela esperibili avverso i provvedimenti di esclusione di liste o candidati adottati dagli uffici elettorali circoscrizionali e regionali, appellabili, in secondo grado, di fronte all'Ufficio centrale nazionale secondo quanto previsto dall'art. 23 del d.P.R. n. 361 del 1957, a cui espressamente rinvia l'art. 2, comma 3, del decreto legislativo n. 235 del 2012.

Infatti, contrariamente alle altre cariche elettive (parlamentare europeo, cariche elettive regionali e locali), alle quali è stata espressamente estesa la tutela anticipata avverso gli atti di esclusione dai procedimenti elettorali preparatori disciplinata dall'art. 129 del decreto legislativo n. 104 del 2010, a cui rinviano gli artt. 5, comma 3, 9, comma 3, e 12, comma 3 del decreto legislativo n. 235 del 2012, per la carica di parlamentare si registra, ancora una volta, una carenza assoluta di tutela avverso gli eventuali provvedimenti di ricusazione degli incandidabili adottati in via definitiva dall'Ufficio centrale nazionale, già nota all'ordinamento in relazione a tutte le ordinarie cause di ricusazione.

È questo il risultato del discutibile orientamento – anche sopra richiamato – da tempo assunto dalla Corte di Cassazione che, riconoscendo la natura di organi giurisdizionali alle Giunte di Camera e Senato, riconduce in via

tiva opposta, preoccupato dall'arginare la prassi delle "candidature in casa" dei magistrati, critica la legge n. 13 del 1997, in quanto inidonea a "risolvere il vero problema della presenza in Parlamento di soggetti che dopo la elezione continuano a far parte dell'ordine giudiziario".

esclusiva alle Camere il sindacato su ogni forma di contenzioso relativa alla fase preparatoria del procedimento elettorale, anche in relazione ai provvedimenti di esclusione di liste o candidati[187], finendo però, in tal modo, per lasciare di fatto privi di tutela i candidati esclusi dalle elezioni politiche[188].

Inattuata la delega di cui all'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile) – che, sotto questo profilo, mirava ad assicurare la tutela anticipata anche avverso i provvedimenti di esclusione dalle elezioni politiche, estendendo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo – anche la legge n. 190 del 2012 sembra costituire l'ennesima occasione mancata per superare quella situazione di stallo determinatasi tra la richiamata giurisprudenza della Suprema Corte e l'orientamento delle giunte parlamentari.

Il legislatore, infatti, avrebbe forse potuto trovare la soluzione introducendo, al riguardo, forme di tutela avverso i provvedimenti definitivi di ricusazione, riconducibili – a parere di chi scrive – alla competenza del giudice ordinario. In altre parole, dovrebbe essere consentito all'incandidabile alla carica di parlamentare che lamenti la propria illegittima esclusione dalla competizione elettorale – ipotesi comunque difficile, atteso che tale condizione si determina per effetto del giudicato penale – di contestare la propria ricusazione davanti al giudice ordinario, in quanto trattasi di diritti elettorali e quindi di diritti soggettivi perfetti (ed anzi di diritti fondamentali). Il provvedimento limitativo del diritto soggettivo dell'ufficio elettorale non vale infatti a trasformarlo in interesse legittimo[189], e si tratterebbe comunque di contenzioso al di fuori della materia disciplinata Codice del processo amministrativo, espressamente riservato alle cariche elettive regionali e locali e al mandato di parlamentare europeo.

Desta quindi non poche perplessità la scelta del legislatore delegante di non aver esteso l'oggetto della delega anche alla disciplina dei profili processuali, nell'intento di disciplinare le sedi giurisdizionali e il rito da seguire per queste forme di contenzioso pre-elettorale che potrebbero determinarsi per effetto delle impugnazioni dei provvedimenti di ricusazione degli incandidabili alla carica di parlamentare adottati degli uffici elettorali. Si sarebbe al limite potuto ipotizzare l'utilizzo di sezioni specializzate dei tribunali per tali contestazioni inerenti al procedimento elettorale preparatorio, presupponendolo – come sembra corretto – al di fuori dell'ambito riservato dalla

[187] In questo senso, cfr. sentt. Cassazione, Sez. Un., 8 aprile 2008, nn. 9151, 9152, 9153. Analogamente, v. anche sentt. Cassazione, Sez. Un., 6 aprile 2006, nn. 8118 e 8119.

[188] Sul punto, v. *supra*, paragrafo 4.2; nonché la relazione di M. Cecchetti, *Il contenzioso pre-elettorale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in questo volume.

[189] In questo senso, cfr. ord. Tar Lazio 20 marzo 2006, n. 1654; Tar Lombardia, Sez. IV, 17 marzo 2006, n. 650, in *Il Foro amministrativo. Tar*, 2006, I, 898 s. (sia pure in riferimento all'esclusione di una lista).

"giurisdizione" delle Camere *ex* art. 66 Cost., anche alla luce di talune aperture, per quanto relative alle cariche elettive locali, fornite dalla giurisprudenza costituzionale[190].

In definitiva, quella appena introdotta dall'art. 1, commi 63-64, della legge n. 190 del 2012 (e dal relativo decreto legislativo n. 235 del 2012) sembrerebbe una disciplina compatibile con il quadro costituzionale, ma con due precisazioni esplicitamente riferibili al contenzioso post-elettorale sull'istituto dell'incandidabilità alla carica di parlamentare.

Anzitutto, l'unica forma di contenzioso di cui potrebbero essere investite le giunte parlamentari sembra ravvisabile nel caso del parlamentare che incorra in cause di incandidabilità sopravvenuta. In questa ipotesi, la causa di incandidabilità non potrebbe che trasformarsi in causa di ineleggibilità, accertabile dalla Giunta soltanto in via successiva secondo le garanzie del contenzioso post-elettorale previste dall'art. 66 Cost. Ne potrebbe conseguire una disparità di trattamento tra l'incandidabile alla carica di parlamentare in via originaria, che non potrebbe ovviamente fruire della "copertura" dell'art. 66 Cost., e l'incandidabile in via sopravvenuta, che si gioverebbe invece di tali garanzie. Estremizzando questa interpretazione, si potrebbe ipotizzare una disparità di trattamento rispetto all'art. 51 Cost., che dovrebbe tutelare – anche in base alla giurisprudenza costituzionale – non soltanto il profilo dell'accesso, ma anche quello del mantenimento della carica elettiva in condizioni di parità, in ipotesi lesa dai differenti mezzi di tutela. In effetti, nel caso dell'incandidabilità in via sopravvenuta, la prerogativa di cui all'art. 66 Cost. non renderebbe affatto scontato l'esito della decadenza, così come non si è dimostrato tale nei casi di ineleggibilità sopravvenuta per effetto di giudicato penale, a causa del carattere fortemente discrezionale del "giudizio" rimesso alla Giunta dall'art. 66 Cost., per quanto quest'ultima dovrebbe essere considerata vincolata dagli effetti del giudicato penale[191].

Da questo punto di vista, le norme in commento finiscono per confermare quella bipartizione nelle forme del contenzioso post-elettorale tra man-

[190] In questo senso, può leggersi la sentenza 5 luglio 2010, n. 236, nella parte in cui afferma, ai fini dell'impugnabilità degli atti di esclusione di liste o candidati nella fase precedente allo svolgimento delle elezioni, la necessità di "distinguere tra procedimento preparatorio alle elezioni, nel quale è inclusa la fase dell'ammissione di liste o di candidati, e procedimento elettorale, comprendente le operazioni elettorali e la successiva proclamazione degli eletti", ammettendo conseguentemente che "gli atti relativi al procedimento preparatorio alle elezioni, come l'esclusione di liste o di candidati" siano impugnati immediatamente, "al fine di assicurare la piena tutela giurisdizionale, ivi inclusa quella cautelare, garantita dagli artt. 24 e 113 Cost.". La portata generale di tali affermazioni, per quanto rese in riferimento alle cariche elettive locali, potrebbe essere riferibile anche alle elezioni politiche: in questo senso, R. Chieppa, *Riflessi della sent. n. 236 del 2010 sulla tutela degli atti di procedimento preparatorio alle elezioni (codice del processo amministrativo e procedimento elettorale politico)*, in *Giur. cost.*, 2010, II, 2905 ss.; G. Piccirilli, *L'epilogo (in Parlamento) del caso Di Girolamo*, cit., 801 s.

[191] Per un approfondimento, sia consentito ancora un rinvio a G. Rivosecchi, *L'ineleggibilità sopravvenuta alla carica di membro del Parlamento*, cit., 12 ss.

dato parlamentare, da un lato, e altre cariche elettive, dall'altro, come diretta conseguenza dell'art. 66 Cost. Mentre infatti, viene assicurata un'effettiva tutela giurisdizionale per gli incandidabili nel contenzioso pre-elettorale per tutte le cariche elettive in condizioni di parità; sul versante opposto, per la carica di parlamentare, vengono differenziate le forme di tutela dell'incandidabile in via originaria da quello in via sopravvenuta nel contenzioso post-elettorale.

Un secondo aspetto critico della normativa in commento è ravvisabile nell'art. 1, comma 64, lett. *m)*, della legge n. 190 del 2012, che attribuisce al legislatore delegato il compito di disciplinare le ipotesi di sospensione e decadenza di diritto da tutte le cariche elettive, includendovi, quindi, implicitamente anche quella di parlamentare. Sul punto, si possono muovere alcune osservazioni.

Anzitutto, la sospensione della carica non può essere considerato un principio generale riferibile anche al mandato parlamentare, quantomeno stando alla "giurisprudenza" delle giunte di Camera e Senato in relazione ai casi di ineleggibilità sopravvenuta per effetto di giudicato penale. In effetti, è assai dubbio che l'istituto della sospensione – previsto per le altre cariche elettive – possa essere esteso con legge ordinaria anche al parlamentare (anche in caso di interdizione temporanea dai pubblici uffici). A questa soluzione osterebbero anzitutto l'art. 60 Cost. sulla durata della legislatura e i principi costituzionali sull'integrità dei collegi (artt. 56, secondo comma, e 57, secondo comma, Cost.), nonché la natura giuridica delle garanzie costituzionali del singolo parlamentare (artt. 67-69 Cost.), ritenute irrinunciabili in quanto funzionalmente connesse ai principi fondamentali della rappresentanza politica.

Né potrebbe invocarsi l'estensione in via analogica all'ordinamento parlamentare dell'istituto della sospensione dal mandato elettivo previsto per i consiglieri regionali e comunali in caso di condanne non definitive per reati di una certa gravità. Ciò per due ordini di considerazioni, attinenti, le une, al divieto di interpretazione analogica *in malam partem* in materia penale; le altre alla stessa configurazione dell'istituto della sospensione previsto – come si è visto – per le cariche elettive locali.

Dal primo punto di vista, pare lecito dubitare dell'estensione in via analogica di tale istituto in ragione del principio di determinatezza e tassatività del precetto penale – che assiste, come noto, sia l'illecito che la pena – e del conseguente divieto di interpretazione analogica (art. 14 Preleggi al Codice civile, art. 25 Cost. e artt. 1 e 19 Codice penale) che osta all'applicazione ai parlamentari di una sanzione – la sospensione dal mandato – configurata, per le cariche elettive regionali e locali, come conseguenza *ex lege* della condanna penale[192].

[192] C. cost. n. 141/1996, 1395 ss.

In secondo luogo, la configurazione dell'istituto della sospensione previsto per le cariche elettive locali, da un lato, e la peculiare copertura costituzionale di cui gode il mandato parlamentare, dall'altro, renderebbero quantomeno problematica la suddetta estensione in via analogica.

D'altro canto, come si è già visto in riferimento all'ineleggibilità sopravvenuta per effetto di giudicato penale, non vi sarebbe alcuna base di diritto positivo (né, tanto meno, indicazioni desumibili dalla prassi parlamentare) per qualificare lo *status* del parlamentare "sospeso", con il rischio, oltretutto, di arrecare un *vulnus* all'integrità della rappresentanza politica e alla funzionalità del Parlamento. Al riguardo, si consideri, soltanto a titolo di esempio, che l'art. 11, comma 3, del decreto legislativo n. 235 del 2012, ribadendo sul punto quanto già previsto dall'art. 59, comma 2, del TUEL, esclude espressamente che, nel periodo di sospensione, i titolari di cariche locali possano essere computati ai fini della verifica del numero legale, né per la determinazione di qualsivoglia *quorum* o maggioranza qualificata. Né, da questo punto di vista, pare assimilabile all'ipotesi presa in esame il già richiamato "precedente" costituito dai seggi della Camera non assegnati nella XIV legislatura, in cui si manifestò, in via originaria e non sopravvenuta e come effetto distorsivo di una particolare interpretazione da parte degli attori politici della legge elettorale allora vigente, la menomazione del *plenum* dell'organo rappresentativo[193].

Inoltre, resterebbe comunque la problematica questione di come assicurare le modalità di sostituzione temporanea del parlamentare che incorre in una causa di incandidabilità sopravvenuta, atteso che, con un sistema proporzionale, si dovrebbe provvedere alla surroga con il primo dei non eletti e, con un sistema maggioritario, si dovrebbe procedere ad un'elezione suppletiva in esito alla quale l'eletto fruirebbe di un mandato limitato nel tempo. Il che pare in contrasto con le già richiamate norme costituzionali sullo *status* del parlamentare.

Il secondo aspetto critico dello stesso art. 1, comma 64, lett. *m)*, della legge n. 190 del 2012 è quello relativo alla previsione della decadenza di diritto dalla carica elettiva. E' assai dubbio che la decadenza di diritto possa essere estesa ai parlamentari se non nella misura in cui è previamente accertata dalla Giunta per effetto dell'art. 66 Cost., anche se, in presenza di diritto obiettivo quale il giudicato penale, è evidente che si riduce il margine di discrezionalità della Giunta stessa.

Non è un caso, infatti, che il legislatore delegato abbia risolto i dubbi sopra prospettati riaffermando espressamente la competenza esclusiva delle giunte di Camera e Senato *ex* art. 66 Cost. nell'accertamento delle cause di incandidabilità sopravvenuta in corso di mandato (art. 3 del decreto legisla-

[193] V. anche *supra*, nota 28.

tivo n. 235 del 2012) e disciplinando la sospensione e la decadenza di diritto soltanto per le cariche elettive regionali e locali (artt. 8 e 11 del decreto legislativo n. 235 del 2012), presupponendo evidentemente che l'art. 1, comma 64, lett. *m)*, della legge n. 190 del 2012 non sia estensibile alla carica di parlamentare nazionale[194].

5. Qualche spunto di riflessione sul contenzioso elettorale relativo alle elezioni locali, regionali ed europee, alla luce delle novità introdotte dal Codice del processo amministrativo

Allargando, sia pur sinteticamente, la prospettiva di analisi alle elezioni locali e regionali, anche limitatamente alla fase preparatoria, la questione della giustiziabilità del procedimento elettorale politico è rimasta irrisolta. Nella sentenza n. 236 del 2010, la Corte costituzionale sembra confidare nell'intervento del legislatore, richiamando l'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile), di delega al Governo per l'introduzione della "giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie concernenti atti del procedimento elettorale preparatorio per le elezioni per il rinnovo della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, mediante la previsione di un rito abbreviato in camera di consiglio che consenta la risoluzione del contenzioso in tempi compatibili con gli adempimenti organizzativi del procedimento elettorale e con la data delle elezioni".

Come noto, nonostante l'ampia delega e le proposte avanzate in sede di elaborazione dello schema di decreto legislativo, la previsione non ha avuto alcun seguito, costituendo, da questo punto di vista, l'ennesima occasione mancata rispetto alla possibilità di colmare una zona d'ombra nell'accesso alla giustizia costituzionale[195].

Resta però da approfondire qualche aspetto inerente agli ulteriori effetti sul contenzioso post-elettorale determinati dall'entrata in vigore del decreto legislativo n. 104 del 2010, privilegiando, anche da questo punto di vista, non tanto la peculiare dimensione del contenzioso relativo alle cariche elettive regionali e locali (tanto più che la portata applicativa della disciplina richiamata è stata estesa anche alle elezioni europee), bensì il rapporto tra la disciplina del contenzioso nella fase preparatoria e quella relativa alla fase successiva

[194] Per quanto riguarda invece la carica di parlamentare europeo, l'art. 5, comma 5, del decreto legislativo n. 235 del 2012, intesta l'accertamento delle cause di incandidabilità sopravvenuta all'Ufficio elettorale nazionale, che sembrerebbe poi tenuto ad adottare la relativa deliberazione di decadenza e a darne tempestiva comunicazione alla Segreteria del Parlamento europeo, non potendo, il legislatore delegato, disporre l'effettiva decadenza di diritto dalla carica a fronte dell'autonomia dell'Assemblea.

[195] Sul punto, cfr. R. Chieppa, *Riflessi della sent. n. 236 del 2010 sulla tutela degli atti di procedimento preparatorio alle elezioni*, cit., 2905 s.

allo svolgimento delle elezioni. Ciò consente di allargare lo sguardo, sia pure sinteticamente nell'economia del presente contributo, anche ad alcune vicende come quelle relative al contenzioso sviluppatosi tra la fase preparatoria e la fase successiva alle elezioni regionali piemontesi del 2010[196].

In base alla normativa risalente al d.P.R. 16 maggio 1960, n. 570 (Testo unico delle leggi per la composizione e la elezione degli organi delle amministrazioni comunali), come successivamente modificato dalla legge 23 dicembre 1966, n. 1147 (Modificazioni alle norme sul contenzioso elettorale amministrativo), poi esteso alle cariche elettive regionali dalla legge 17 febbraio 1968, n. 108 (Norme per la elezione dei Consigli regionali delle Regioni a statuto normale), sono attribuite alla cognizione del giudice ordinario le deliberazioni in materia di eleggibilità (inclusa la decadenza e le cause di incompatibilità) *ex* art. 82 d.P.R. n. 570 del 1960 (come confermato dall'art. 22 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150, Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69), mentre spettano al giudice amministrativo le controversie in materia di operazioni elettorali.

Sussiste pertanto un ben delineato riparto tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa, ampiamente confermato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, sin dalle "storiche" sentenze delle Sezioni Unite che affermarono, alla fine degli anni Sessanta, la giurisdizione del giudice amministrativo sulle operazioni elettorali[197]. La Suprema Corte, anche di recente, ha a più riprese ribadito che, in materia di contenzioso post-elettorale, sono devolute al giudice amministrativo le controversie in tema di operazioni elettorali, mentre spetta al giudice ordinario la cognizione delle controversie concernenti l'ineleggibilità, le decadenze e le incompatibilità[198].

Tale riparto di giurisdizione sembra confermato dal Codice del processo amministrativo. L'art. 129 del decreto legislativo n. 104 del 2010 ha comunque introdotto l'innovazione della tutela anticipata, superando il precedente orientamento del legislatore e della giurisprudenza di merito e di legittimità che riconoscevano l'interesse ad agire solo nella fase successiva all'esito della proclamazione degli eletti[199]. Ciò determinava un palese contrasto tra l'im-

[196] Al riguardo, cfr. J. Luther, *La ricerca della giustizia elettorale*, cit., 645 ss.; L. Trucco, *La legislazione e il contenzioso delle elezioni regionali piemontesi del 2010. II: Le elezioni regionali piemontesi davanti ai giudici*, in *Rass. parl.*, 2011, 667 ss.; M. Croce, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela nel contenzioso elettorale*, in *Quad. cost.*, 2011, 402 ss.

[197] Cfr. Cass., Sez. Un., 30 settembre 1968, n. 3043; 14 aprile 1969, n. 1179; 26 maggio 1969, n. 1863.

[198] *Ex plurimis*, Cass. Civ., Sez. Un., 25 luglio 2006, n. 16898; Cass. Sez. Un. 4 maggio 2004, n. 8469; Cass. Sez. Un. 22 gennaio 2002, n. 717; Cass. Sez. Un. 27 gennaio 1999, n. 1.

[199] Sul punto, si rinvia alla relazione di M. Cecchetti, *Il contenzioso pre-elettorale nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit.

mediata lesività di taluni provvedimenti relativi alla fase preparatoria delle elezioni, da un lato, e il regime dell'impugnazione riservata esclusivamente alla fase successiva alla proclamazione degli eletti, dall'altro.

Gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa nella fase antecedente alla riforma del 2010 possono essere sintetizzati in tre "filoni". Secondo un primo orientamento – minoritario – i provvedimenti di esclusione e di inclusione delle candidature e delle liste assumerebbero comunque carattere immediatamente lesivo e imporrebbero pertanto un'impugnazione tempestiva nei termini di trenta giorni dalla loro conoscenza, senza attendere la proclamazione degli eletti (e quindi già nella fase preparatoria)[200].

In senso difforme, però, lo stesso Consiglio di Stato ha circoscritto la tutela anticipata soltanto ai provvedimenti di esclusione delle liste, in quanto essi soli ritenuti immediatamente lesivi del diritto elettorale passivo[201].

Infine, con un orientamento prevalente e fortemente adesivo al disposto normativo previgente alla riforma del 2010, l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 24 novembre 2005, n. 10, ha affermato che anche i provvedimenti di esclusione si configurano come atti endoprocedimentali e sono pertanto impugnabili soltanto dopo la proclamazione degli eletti.

Rispetto a questo orientamento – come si accennava – è intervenuto il decreto legislativo n. 104 del 2010, che, al Capo II, ha introdotto la tutela anticipata avverso gli atti di esclusione dai procedimenti elettorali preparatori per le elezioni comunali, provinciali e regionali, nonché – novità rilevante – per il rinnovo dei membri del Parlamento europeo. Tuttavia, pur fornendo una prima risposta significativa sotto il profilo della tutela nella fase preparatoria del procedimento elettorale, il Codice del processo amministrativo si pone in una prospettiva di forte continuità rispetto alla disciplina previgente, confermando l'orientamento più restrittivo del Consiglio di Stato. Da un lato, l'art. 130 del decreto legislativo n. 104 del 2010 sostanzialmente ribadisce il regime del T.U. del 1960, relativo al contenzioso sulle operazioni elettorali. Dall'altro, la portata dell'art. 129 – quantomeno nella sua versione originaria – veniva circoscritta ad un "regime facoltativo di tutela immediata avverso i provvedimenti di esclusione delle liste elettorali"[202], confermando il regime restrittivo degli atti impugnabili (limitati a quelli di esclusione dal procedimento preparatorio) e dell'interesse a ricorrere[203], pur nei caratteri fortemente semplificati del rito e della sentenza[204].

[200] Cfr., ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, 18 marzo 2002, n. 1565; Cons. Stato, Sez. V, 3 novembre 2001, n. 5695.

[201] Cfr., ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2003, n. 3244; Cons. Stato, Sez. V, 18 giugno 2001, n. 3212.

[202] Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2012, n. 1058.

[203] In questo senso, Cons. Stato, Sez. IV, 31 marzo 2012, n. 1889.

[204] In questo senso, Cons. Stato, Sez. V, 1° marzo 2011, n. 1272.

Sul punto, desta perplessità la scelta del legislatore delegato di confermare il principio in base al quale, salvo quanto previsto dal Capo II, anche gli atti preparatori delle operazioni elettorali, come quelli relativi alla stessa ammissione delle liste, ai contrassegni o ai collegamenti, sono impugnabili soltanto all'esito del procedimento elettorale, unitamente alla proclamazione degli eletti. L'aver confinato entro ristretti limiti oggettivi e soggettivi le forme di tutela anticipata nel procedimento preparatorio per le elezioni costituisce indubbiamente uno degli aspetti maggiormente critici della disciplina introdotta. Alla luce dei principi costituzionali, sarebbe infatti necessario garantire una tutela tempestiva, con tendenziale riduzione dei termini processuali, nonché una legittimazione ad agire allargata, tale da ricomprendere non soltanto i soggetti direttamente lesi dai provvedimenti contestati, ma il corpo elettorale nel suo complesso, in maniera da assicurare che la legittima composizione degli organi elettivi non sia rimessa esclusivamente all'azione dei soli soggetti direttamente coinvolti[205].

Al riguardo, la già richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 236 del 2010, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 83-*undecies* del d.P.R. n. 570 del 1960, come successivamente modificato, "nella parte in cui esclude la possibilità di un'autonoma impugnativa degli atti del procedimento preparatorio alle elezioni, ancorché immediatamente lesivi, anteriormente alla proclamazione degli eletti", viene a postulare la necessità di estendere alla fase preparatoria del procedimento elettorale più incisive forme di tutela sia sotto il profilo del riconoscimento dell'interesse a ricorrere sia sotto quello degli atti impugnabili (che non dovrebbero essere limitati ai provvedimenti di esclusione).

Rinviando per ulteriori approfondimenti alla relazione sul contenzioso pre-elettorale, la disciplina richiamata, per gli effetti che comunque produce sul contenzioso post-elettorale, suggerisce, in estrema sintesi, almeno due osservazioni critiche, anche alla luce dei primi orientamenti della giurisprudenza amministrativa e – soprattutto – della richiamata sentenza n. 236 del 2010 della Corte costituzionale.

È anzitutto discutibile che le esigenze di tutela efficace e tempestiva ravvisate dal legislatore delegato (nella versione originaria dell'art. 129 del Codice del processo amministrativo) in espresso riferimento agli atti di esclusione di liste o candidati non siano ragionevolmente estensibili – stante l'analogo interesse a ricorrere – alle concorrenti ipotesi di ammissione di liste o candidati in violazione di legge, proprio alla luce del richiamato orientamento della Corte costituzionale (sent. n. 236 del 2010), attesa l'analoga violazione degli artt. 24 e 113 Cost.[206].

[205] In questo senso, ad esempio, G. Meloni, *Il contenzioso in materia di elezioni locali in Italia*, in *Le evoluzioni della legislazione elettorale "di contorno" in Europa*, cit., 326 ss.

[206] In questo senso, v. anche P. Quinto, *Il nuovo Codice, il giudizio elettorale e la Corte Costituzionale: una singolare coincidenza* (15 luglio 2010) in www.giustizia-amministrativa.it, 6 s.

Un secondo aspetto critico mi sembra ravvisabile nel regime di impugnazione che, limitatamente a quanto previsto dall'art. 129 per la tutela anticipata nella fase preparatoria del procedimento elettorale, almeno nel testo originario non sembrava assumere carattere obbligatorio ("possono essere impugnati"), ma soltanto facoltativo, non essendo preclusa dall'art. 130 l'impugnazione degli stessi atti a conclusione del procedimento elettorale. L'interesse alla correttezza dei procedimenti elettorali e la tutela delle posizioni giuridiche soggettive lese dovrebbe invece assicurarne la giustiziabilità in via esclusiva e obbligatoria nella fase preparatoria del procedimento elettorale, salvo quanto espressamente rimesso al regime delle impugnazioni in via successiva.

I nodi critici segnalati nel rapporto tra regime del contenzioso nella fase precedente e in quella successiva al momento elettorale, sembrano essere per lo meno parzialmente affrontati dalle modificazioni da ultimo apportate all'art. 129 del decreto legislativo n. 104 del 2010 dal decreto legislativo "correttivo" del 14 settembre 2012, n. 160 (Ulteriori disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, recante codice del processo amministrativo, a norma dell'articolo 44, comma 4, della legge 18 giugno 2009, n. 69).

Infatti l'art. 129, pur rimanendo titolato "Tutela anticipata avverso gli atti di esclusione dai procedimenti elettorali preparatori per le elezioni comunali, provinciali e regionali", sotto il primo profilo critico sopra rilevato, sembra potenzialmente allargare il novero dei provvedimenti impugnabili in quanto "immediatamente lesivi del diritto del ricorrente a partecipare al procedimento elettorale preparatorio per le elezioni comunali, provinciali e regionali e per il rinnovo dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia [...] nel termine di tre giorni dalla pubblicazione".

In secondo luogo, potrebbe aprirsi qualche spiraglio per superare il carattere facoltativo del ricorso alla tutela anticipata, stando al tenore letterale della norma, la quale ora prevede che "sono impugnabili innanzi al tribunale amministrativo [...] i provvedimenti immediatamente lesivi del diritto del ricorrente", mentre la versione originaria accentuava il carattere facoltativo, disponendo – come si è detto – che "possono essere impugnati" gli atti di esclusione del procedimento preparatorio.

Da questo punto di vista, sembrerebbe che il legislatore delegato si spinga, per certi versi e limitatamente alla tutela anticipata, sino ai limiti della configurazione di una sorta giurisdizione esclusiva[207], pur nel "micro sistema del contenzioso elettorale riferibile ai soli enti territoriali", per riprendere le

[207] In questo senso, R. De Nictolis, *Il secondo correttivo del codice del processo amministrativo*, in in www.giustizia-amministrativa.it, 8, la quale, alla luce dell'intervento "correttivo" del legislatore delegato, rileva che "il menzionare, ora, il diritto a partecipare al procedimento elettorale preparatorio, impone di chiedersi se non si sia inteso creare un nuovo caso di giurisdizione esclusiva".

parole del Consiglio di Stato[208]. Tuttavia, il Codice del processo amministrativo menziona il contenzioso elettorale tra i casi di giurisdizione di merito *ex* art. 134 e non già tra quelli di giurisdizione esclusiva *ex* art. 133 (in quanto, tra l'altro, avrebbe potuto essere altrimenti considerato viziato per eccesso di delega). Al riguardo, va anche ricordato che l'art. 22 del citato decreto legislativo n. 150 del 2011 conferma la cognizione piena del giudice ordinario sulle controversie in materia di eleggibilità, decadenza ed incompatibilità nelle elezioni comunali, provinciali e regionali. Purtuttavia, l'art. 129 del Codice del processo amministrativo, nella nuova versione, facendo riferimento al diritto del ricorrente, sembrerebbe consentire l'impugnazione avverso ogni atto lesivo della partecipazione al procedimento elettorale preparatorio, sino a ricomprendervi, in ipotesi, provvedimenti di ammissione di candidati ineleggibili (il che sembrerebbe aprire un contrasto normativo rispetto a quanto previsto dall'art. 22 del decreto legislativo n. 150 del 2011).

Sotto questo profilo, delle due l'una: o si deve ritenere che, più o meno consapevolmente (per quanto in maniera contraddittoria) il legislatore delegato abbia previsto, mediante le richiamate norme del Codice del processo amministrativo, di fatto, un consistente ampliamento della giurisdizione del giudice amministrativo; o si deve ritenere che la formale esclusione del contenzioso elettorale dalle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *ex* art. 133 del Codice del processo amministrativo sottenda il recupero della tesi a suo tempo espressa dal Consiglio di Stato[209] e il superamento dello storico orientamento delle Sezioni Unite sul riparto di giurisdizione sopra richiamato (risalente alla fine degli anni Sessanta), nel presupposto che, al pari di quello sul diritto di elettorato attivo, anche il contenzioso sulle operazioni elettorali concernerebbe, in realtà, diritti pubblici soggettivi e non sarebbe pertanto attribuibile al giudice amministrativo. Il che mi sembrerebbe una forzatura interpretativa delle peraltro limitate modificazioni apportate dal legislatore delegato in via "correttiva" – che la giurisprudenza costituzionale ha, per giunta, sempre considerato legittime nei limiti di coerenza con la legge di delega e come integrazione del decreto legislativo "originario"[210] – rispetto al consolidato orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione, in qualche modo disatteso soltanto dalla V Sezione del Consiglio di Stato, peraltro in una fase circoscritta e limitata (pronunce del 1969).

In ogni caso, dal punto di vista dell'effettività e della celerità della tutela, sembrerebbe forse preferibile la prima interpretazione. Si tratterebbe infatti

[208] Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2012, n. 1058.

[209] Cons. Stato, Sez. V, 22 aprile 1969, n. 334.

[210] In questo senso, cfr. M. Cartabia, *L'effettività come presupposto e vittima dei decreti legislativi "integrativi e correttivi"*, in *L'effettività tra sistema delle fonti e controlli. Alcuni casi emblematici*, a cura di F. Pizzetti e A. Bardusco, Milano, 1998, 116 s.; N. Lupo, *Quale sindacato sui decreti legislativi correttivi?*, in *Giur. cost.*, 2000, V, 3211 ss.

di rafforzare la portata della giurisdizione amministrativa, specie in ragione della particolare incidenza del fattore tempo nel contenzioso in materia elettorale. Un rito speciale, con tempi fortemente accelerati, potrebbe meglio consentire di limitare gli effetti dirompenti del decorrere del tempo nella materia elettorale, che determinano specifici vizi non sanabili nel contenzioso post-elettorale. Si pensi, ad esempio, alla violazione della norma che limita il numero massimo delle firme di sottoscrizione per la presentazione di una lista, che finisce per condizionare – specie negli enti territoriali di piccole dimensioni – le possibilità degli altri elettori, "precostituendo", per così dire, la campagna elettorale. In questo come in altri casi, l'omessa rilevazione del vizio e il diniego della possibilità di un'impugnativa immediata da parte del cittadino elettore del provvedimento di ammissione della lista, "comporterebbe una lesione immediata e difficilmente recuperabile attraverso la posticipazione dei ricorsi elettorali"[211]. O si pensi ancora alla necessità di fornire adeguata tutela sui simboli elettorali, su cui si è sviluppato un consistente contenzioso pre-elettorale[212].

È pur vero che i diritti politici, in quanto diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione e, in ambito regionale garantiti da statuti e leggi regionali, non richiedono necessariamente un giudice speciale. Anzi, in taluni casi, proprio l'andamento del contenzioso elettorale regionale e locale – si pensi al caso delle contestate elezioni regionali piemontesi del 2010 – sembra dimostrare che in molti casi la diversificazione delle giurisdizioni è spesso causa di lentezze[213]. Nel caso piemontese, il T.A.R. ha infatti finito per segmentare il contenzioso elettorale, affidando l'accertamento della falsità delle firme dei candidati di una lista alla magistratura ordinaria, e la verifica delle conseguenze dell'annullamento dell'ammissione di altre liste al riconteggio delle schede. Nel giudizio amministrativo di primo grado, l'impugnativa era rivolta contro l'atto di proclamazione degli eletti e contro i provvedimenti di ammissione della lista "Pensionati per Cota" – poi risultata determinante ai fini della vittoria elettorale del centro-destra – deducendo la "falsità delle dichiarazioni di accettazione delle candidature alla carica di consigliere regionale e delle relative sottoscrizioni della lista". Di fronte alla pronuncia di diniego del T.A.R. Piemonte (Sez. I, sent. n. 2196/2010) circa l'accertamento di fatti penalmente rilevanti ai fini della dichiarazione di illegittimità dell'ammissione della lista, i ricorrenti impugnavano la decisione di fronte al Consiglio di Stato, insistendo nella richiesta di accertamento da parte del giudice amministrativo. Il Consiglio di Stato ha accolto il ricorso contro la prima sentenza, bloccato il riconteggio e sollevato, sulla querela di falso, una questione di costituziona-

[211] Così, P. Quinto, *Il nuovo Codice, il giudizio elettorale e la Corte Costituzionale*, cit., 9.
[212] Al riguardo, si veda G. Maestri, *I simboli della discordia. Normativa e decisioni sui contrassegni dei partiti*, Milano, 2012, *passim*, spec. 265 ss.
[213] Così, J. Luther, *La ricerca della giustizia elettorale*, cit., 665.

lità (ord. 25 gennaio 2011, n. 1000), in relazione alle disposizioni processuali che non consentono al giudice amministrativo di accertare la falsità degli atti pubblici endoprocedimentali nel contenzioso elettorale[214], poi risolta dalla Corte costituzionale con una pronuncia di infondatezza[215].

Anche questa vicenda potrebbe essere letta nel senso dell'opportunità di concentrare ulteriormente nella fase preparatoria delle elezioni la risoluzione del contenzioso relativo a simboli, liste e candidature, in riferimento ai quali, nella specie, si manifestavano profili di dubbia legittimità costituzionale dell'art. 1, lett. *c)*, della legge regionale piemontese 29 luglio 2009, n. 21, sotto il profilo dell'accesso in condizioni di eguaglianza alle cariche elettive *ex* art. 51 Cost. (per irragionevole discriminazione a danno dei candidati in liste che non ottengono una dichiarazione di collegamento da un consigliere eletto capogruppo), nonché per violazione del principio fondamentale di cui all'art. 4, comma 1, lett. *a)*, della legge n. 165 del 2004 (in merito alla garanzia della legge regionale di agevolare "la formazione di stabili maggioranze nel Consiglio regionale")[216]. Tutti aspetti della questione che sembrano lasciati impregiudicati dalla decisione del Consiglio di Stato e anche, sotto diverso profilo, dalla sent. n. 304 del 2011 della Corte costituzionale, ineccepibile circa il dispositivo di infondatezza della questione in relazione alle norme sulla riserva di giurisdizione del giudice ordinario, ma che forse, in motivazione, avrebbe potuto meglio sottolineare il valore dell'effettività della tutela nell'ambito del contenzioso amministrativo in materia elettorale (anche alla luce della portata delle affermazioni rese nella sent. n. 236/2010). E' infatti indubbio che la soluzione dell'incidente di falso postula delle esigenze di certezza che non possono essere irragionevolmente pretermesse a vantaggio della speditezza del procedimento. E' tuttavia altrettanto ragionevole ritenere che la specificità della materia elettorale – sotto questo profilo riconosciuta anche dal nuovo Codice del processo amministrativo – postuli delle esigenze differenziate di tutela rispetto alla peculiare incidenza del trascorrere del tempo che, anche nel caso delle elezioni piemontesi, finisce per comprimere la "tutela giurisdizionale efficace e tempestiva delle situazioni soggettive immediatamente lese" (sent. n. 236/2010), nonché l'interesse generale alla legittima costituzione degli organi rappresentativi.

Un ultimo aspetto mi sembra degno di nota, attinente sia al contenzioso pre-elettorale che a quello post-elettorale: il possibile impatto della riforma del Codice del processo amministrativo sul contenzioso relativo alle elezioni europee, che potrà forse dispiegare effetti non secondari, soprattutto in ra-

[214] Sul punto, cfr. M. Croce, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela nel contenzioso elettorale*, cit., 403.

[215] Cfr. C. cost. 11 novembre 2011, n. 304.

[216] In questo senso, tra gli altri profili di dubbia legittimità costituzionale invocati, cfr. J. Luther, *La ricerca della giustizia elettorale*, cit., 658 ss.

gione della disciplina vigente in materia sulle ineleggibilità e incompatibilità nell'intreccio speculare con le altre cariche elettive, sempre nel presupposto che si acceda alla tesi estensiva circa la giurisdizione del giudice amministrativo, sia pure limitatamente alla tutela anticipata. È appena il caso di ricordare, ad esempio, che le cause di ineleggibilità relative al Parlamento europeo, contrariamente alle altre cariche elettive, sono già fatte valere entro termini tassativi, prima della costituzione dell'organo[217].

Inoltre, la decisione 2002/772/CE, Euratom del Consiglio, del 25 giugno 2002 e del 23 settembre 2002 ha individuato alcuni principi elettorali comuni, indicando come sistema elettorale quello proporzionale (con possibilità di apporre una soglia di sbarramento non più elevata del 5 per cento) e ha consentito la scelta tra scrutinio di lista o voto unico trasferibile, con possibilità per gli Stati membri di prevedere il voto di preferenza e di definire la dimensione delle circoscrizioni elettorali, purché non sia pregiudicato il carattere proporzionale del voto[218].

Con la stessa decisione, il legislatore comunitario ha aggiornato e integrato l'elenco delle cariche dell'Unione europea incompatibili con quella di parlamentare europeo: giudice, avvocato generale o cancelliere del Tribunale di primo grado; membro del comitato esecutivo della Banca centrale europea; mediatore delle Comunità europee; funzionario o agente, in attività di servizio, della Banca centrale europea.

Nell'ordinamento italiano, apposite leggi hanno dato seguito a quanto previsto a livello europeo[219], privilegiando – coerentemente con i principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale – l'incompatibilità rispetto all'ineleggibilità[220]. È stata infatti introdotta l'incompatibilità della carica di par-

[217] Al riguardo, cfr. N. Lupo – G. Rivosecchi, *La disciplina di ineleggibilità e incompatibilità a livello europeo, nazionale e locale*, in Rapporto di Ricerca Luiss Guido Carli – Upi, *I sistemi di ineleggibilità e incompatibilità ai differenti livelli rappresentativi*, cit., 18 ss.

[218] Sulla natura giuridica di tale decisione sono sorti non pochi problemi: è essa stessa, infatti, a stabilire che le modifiche in essa contenute "decorrono dal primo giorno del mese successivo all'adozione della presente decisione da parte degli Stati membri, secondo le rispettive norme costituzionali". Tale decisione è tra l'altro intervenuta sulla specifica questione del c.d. "doppio mandato", disponendo in via generale che, "a partire dall'elezione del Parlamento europeo del 2004, la carica di membro del Parlamento europeo è incompatibile con quella di membro del parlamento nazionale", salvo deroghe – limitate dal punto di vista temporale alla sola legislatura 2004-2009 – per Irlanda e Regno Unito: al riguardo, cfr. L. Mannelli, *L'incompatibilità tra il mandato parlamentare nazionale e quello europeo*, in Aa.Vv., *Il rispetto delle regole. Scritti degli allievi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, 2005, 185 ss.

[219] Cfr. legge 27 marzo 2004, n. 78 (Disposizioni concernenti i membri del Parlamento europeo eletti in Italia, in attuazione della decisione 2002/772/CE, del Consiglio) e legge 8 aprile 2004, n. 90 (Norme in materia di elezioni dei membri del Parlamento europeo e altre disposizioni inerenti ad elezioni da svolgersi nell'anno 2004).

[220] Cfr. N. Lupo – G. Rivosecchi, *La disciplina di ineleggibilità e incompatibilità a livello europeo*, cit., 24 s.

lamentare europeo con quella di presidente di giunta regionale, di assessore regionale, di consigliere regionale, di presidente di provincia, di sindaco di comune con popolazione superiore ai quindicimila abitanti. E' stato inoltre previsto che, quando l'eletto alla carica europea incorra in una delle suddette cause di incompatibilità, in caso di mancata opzione entro trenta giorni dalla proclamazione, l'ufficio elettorale nazionale debba dichiararlo decaduto e sostituirlo con il candidato che segue immediatamente l'ultimo eletto. Avverso tale provvedimento è esperibile ricorso davanti ad un giudice (Corte di appello di Roma) in un unico grado (salva impugnabilità in Cassazione), a pena di decadenza, entro venti giorni dalla comunicazione della decisione (art. 6 legge n. 18 del 1979). L'art. 23 del decreto legislativo n. 150 del 2011 ha poi confermato la giurisdizione del giudice ordinario in materia di eleggibilità e incompatibilità.

Alla luce del quadro normativo sinteticamente richiamato, si potrebbero formulare due osservazioni. Potrebbe anzitutto dubitarsi che l'art. 66 Cost. possa trovare applicazione nel caso di un parlamentare nazionale che assuma una carica elettiva incompatibile tra quelle previste dalla normativa del diritto dell'Unione europea e della normativa interna di attuazione (che sarebbe causa di apposita e distinta procedura di verifica), mentre la riserva alle Camere continuerebbe ad operare nel caso in cui fosse un parlamentare europeo in carica ad assumere, in elusione delle norme sull'incompatibilità, la carica di parlamentare nazionale.

In secondo luogo, ci si dovrebbe interrogare sulla rinnovata portata del sindacato del giudice amministrativo (alla luce del richiamato decreto legislativo "correttivo" n. 160 del 2012) sulle controversie relative alle elezioni europee. L'aver infatti attribuito alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie sui "provvedimenti immediatamente lesivi del diritto del ricorrente a partecipare al procedimento elettorale preparatorio per il rinnovo dei membri del parlamento europeo" potrebbe forse determinare conseguenze ulteriori in punto di condizioni di eleggibilità contestate in via preventiva, con un conseguente possibile contrasto tra norme rispetto a quanto previsto dall'art. 23 del richiamato decreto legislativo n. 150 del 2011 sulla giurisdizione del giudice ordinario.

Concludendo sulle significative novità introdotte sulla disciplina del contenzioso elettorale regionale e locale, i recenti interventi del legislatore delegato continuano a non garantire idonei margini di tutela degli interessi dei candidati, dei controinteressati e dello stesso corpo elettorale, al fine di preservare in via preventiva la certezza e la legalità del quadro dell'offerta politica rivolta al cittadino elettore e, in via successiva, la legittima composizione degli organi rappresentativi.

Da questo punto di vista, dovrebbe essere garantito un sistema di tutela che acceleri la risoluzione del contenzioso pre-elettorale entro termini certi in esito alla fase preparatoria delle elezioni, in maniera tale dal fornire un

quadro definito al cittadino elettore all'atto dell'esercizio del diritto fondamentale di voto[221], riservando alla tutela post-elettorale soltanto le controversie non direttamente preclusive della partecipazione alla competizione elettorale in condizioni di parità tra i candidati e le liste, senza cioè riaprire controversie che dovrebbero necessariamente trovare una ricomposizione entro i termini della fase preparatoria del procedimento elettorale.

Sarebbe quindi auspicabile che la questione circa l'interpretazione delle novità introdotte dagli interventi correttivi del legislatore delegato al Codice del processo amministrativo venga rimessa alla Corte costituzionale, al fine di chiarire se la portata delle affermazioni della sent. n. 236 del 2010, tanto più dopo le modificazioni apportate alla disciplina dal legislatore delegato nel settembre scorso, possa estendersi anche ai provvedimenti di ammissione di liste e di singoli candidati. Pur con tutti profili problematici circa il prevedibile incremento del contenzioso, specie per effetto delle impugnative contro i provvedimenti di ammissione[222], ciò costituirebbe comunque un considerevole progresso verso l'allargamento delle forme di tutela.

6. Art. 66 Cost., contenzioso elettorale e giustizia costituzionale

L'analisi condotta sul contenzioso post-elettorale consente di svolgere qualche sintetica riflessione, muovendo dall'ormai più che assodata conclusione che la materia elettorale costituisca una delle "zone grigie" o delle "situazioni ibride"[223] o delle "zone d'ombra"[224] se non una vera e propria "zona franca" della giustizia costituzionale e dell'accesso alla stessa.

In specifico riferimento al contenzioso post-elettorale, è infatti storia nota la chiusura nell'accesso alla Corte in via incidentale sia per difetto dell'interesse ad agire, sia per difetto di legittimazione a sollevare questioni degli organi che intervengono nel procedimento elettorale: dalle commissioni elettorali mandamentali[225], agli uffici elettorali circoscrizionali[226], al collegio centrale di garanzia elettorale presso la Corte di Cassazione[227]. Analogamente, non è stata accolta la tesi sulla legittimazione delle giunte delle elezioni, secondo un modello che aveva visto una qualche originaria apertura della Corte muovendo dalle norme sulle deliberazioni dei consigli comunali in materia di conten-

[221] Cfr. C. cost. n. 83/1992, 848 s.

[222] Solleva, ad esempio, problematicamente questo profilo, R. De Nictolis, *Il secondo correttivo del codice del processo amministrativo*, cit., 9.

[223] Per riprendere le espressioni di G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, II ed., Bologna, 1988, 177.

[224] Così, M. Siclari, *Il procedimento in via incidentale*, 25.

[225] Cfr. C. cost. 11 maggio 1971, n. 102, in *Giur. cost.*, 1971, II, 1112 ss.

[226] Cfr. C. cost. 30 dicembre 1972, n. 216, in *Giur. cost.*, 1972, III, 2311 ss.

[227] Cfr. C. cost. 5 novembre 1996, n. 387, in *Giur. cost.*, 1996, III, 3600 ss.

zioso elettorale[228], poi, però, dichiarate incostituzionali (sent. n. 93/1965), ma che non è mai stato percorso con troppa convinzione, salvo qualche tentativo della Giunta del Senato, dagli stessi organi parlamentari[229].

In estrema sintesi, pur ammettendo la sussistenza di un contenzioso post-elettorale in materia di elezioni politiche non si ravvisa in alcuna fonte dell'ordinamento un giudizio da svolgersi dinanzi ad una vera e propria autorità giurisdizionale.

Analogamente, si è fatto riferimento alla più recente "chiusura" del Consiglio di Stato sul versante del sindacato sul sistema elettorale in senso stretto[230].

Né è toccata miglior sorte alla via di accesso alla Corte tramite il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nel contenzioso pre-elettorale, per carenza sia dei requisiti soggettivi[231] sia oggettivi[232], o per carenza di entrambi i profili, uniti ad una mancata lesione di attribuzioni di livello costituzionale[233].

In definitiva, l'art. 66 Cost. non determina soltanto la conseguenza di instradare in termini derogatori il contenzioso post-elettorale rispetto ai principi costituzionali del giusto processo e della tutela giurisdizionale davanti al giudice ordinario e al giudice amministrativo[234], ma anche quella di configurare un'eccezione del giudizio elettorale politico rispetto alla stessa legalità costituzionale, creando una vera *zona franca* nel controllo di costituzionalità. Si potrebbe però obiettare che questo è esattamente il risultato di una scelta consapevole e meditata del Costituente, finalizzata ad introdurre un sistema derogatorio al diritto alla tutela giurisdizionale in presenza tanto di diritti soggettivi quanto di interessi legittimi[235].

Tuttavia, nella più recente giurisprudenza costituzionale si registra qualche spunto significativo sia sul sindacato sui risultati elettorali *tout court*, sia sul sindacato sui titoli degli eletti in Parlamento, tenendo sempre presenti – nella prospettiva di analisi privilegiata nel presente contributo – i due aspetti dell'art. 66 Cost.

Partendo da quest'ultimo profilo, con la sopra richiamata sent. n. 277 del 2011, la Corte finisce per sostituirsi alle Camere nella "gestione" della conversione delle cause di ineleggibilità sopravvenuta in cause di incompati-

[228] Cfr. C. cost. 11 luglio 1961, n. 42, in *Giur. cost.*, 1961, II, 951 ss.

[229] Sul punto, cfr. L. Elia, voce *Elezioni politiche (contenzioso)*, cit., 781 s. e 789 s.; M. Manetti, *L'accesso alla Corte costituzionale nei procedimenti elettorali*, cit., 143 s.

[230] Cfr. sent. 13 marzo 2008, n. 1855: cfr. L. Trucco, *La giustizia elettorale politica tra riforme mancate ed occasioni perdute*, in questo volume.

[231] Cfr. C. cost. n. 79/2006, 661 ss.

[232] Cfr. C. cost. 25 febbraio 2008, n. 38, in *Giur. cost.*, 2008, I, 386 ss.

[233] Cfr. C. cost. 16 luglio 2008, n. 284, in *Giur. cost.*, 2008, II, 3159 ss.

[234] Cfr. M. Cecchetti, voce *Giusto processo. a) dir. cost.*, in *Enc. Dir.*, *Aggiornamento*, V, Milano, 2001, 595 ss.

[235] Sul punto, di recente, E. Lehner, *L'apertura condizionata della Corte sulla verifica dei poteri*, cit., 3633 s.

bilità. Vengono così aperti significativi spiragli rispetto ad ulteriori pronunce additive, sia pure soltanto nell'intreccio con le ineleggibilità alle cariche elettive locali, a fronte di ulteriori lacune dell'ordinamento – si pensi soltanto al tema delle c.d. ineleggibilità d'affari – rispetto alle quali si manifesta una perdurante tolleranza da parte delle Camere.

Dal secondo punto di vista, le affermazioni rese dalla Corte nella sent. n. 236 del 2010 rivestono una portata generale, suscettibile di eventuale estensione a tutti gli atti preparatori delle operazioni elettorali e – pur nei limiti dell'art. 66 Cost. – di assumere per certi versi anche un aspetto monitorio rispetto al contenzioso pre-elettorale relativo alle elezioni politiche. La Corte, al fine di affermare "la piena tutela giurisdizionale, ivi inclusa quella cautelare, garantita dagli artt. 24 e 113 Cost.", si richiama infatti agli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che riconoscono il "diritto ad un ricorso effettivo", affermando che tale diritto verrebbe vanificato laddove non fosse riconosciuta l'impugnazione immediata degli atti preparatori immediatamente lesivi di situazioni giuridiche soggettive.

In effetti, gli aspetti critici della disciplina vigente sul contenzioso elettorale – che si desumono, ad esempio, dal raffronto con le indicazioni fornite nel *Codice di buona condotta in materia elettorale* elaborato dalla Commissione per la Democrazia attraverso il diritto – sembrerebbero porre in ulteriore rilievo non soltanto le peculiarità dell'interpretazione "estensivista" dell'art. 66 Cost. fatta propria dalla Cassazione, ma gli stessi limiti della riforma del Codice del processo amministrativo.

I limiti nell'accesso alla giurisdizione si riflettono sulla creazione di zone franche nel controllo di costituzionalità, sia pure con una diversa intensità che è particolarmente incisiva per il procedimento elettorale politico, posta l'assenza di un giudice *a quo* e l'indisponibilità dell'oggetto del giudizio. In questo contesto, non può sottacersi che il modello di verifica dei poteri prefigurato dall'art. 66 Cost. presenta diversi profili di assonanza con gli istituti previsti dalla Costituzione sullo *status* dei membri del Parlamento. Al riguardo, basti richiamare l'art. 68, primo comma, Cost., che risponde inequivocabilmente alla stessa *ratio* derogatoria e, in larga parte, affonda le sue radici negli stessi presupposti giustificativi. Di conseguenza, alla luce del percorso compiuto dalla giurisprudenza comunitaria e delle relative condanne inflitte all'Italia, non appare inverosimile il tentativo di percorrere una via analoga anche per l'art. 66 Cost.[236].

È pur vero che gli orientamenti assunti in sede europea non risultano in materia di contenzioso elettorale particolarmente confortanti. A partire dal caso *Ricci c. Italia*, fu infatti, a suo tempo, affermata un'interpretazio-

[236] In questo senso, cfr. M.P. Larné, *Le elezioni del Parlamento europeo come "zona franca" della giustizia costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it , 38 ss.

ne restrittiva dell'art. 6 della CEDU, tale da non ricomprendere nella definizione di "diritto civile" o "accusa penale" anche l'esercizio del diritto politico[237]. Anche i più recenti orientamenti della Corte di Strasburgo non sembrerebbero lasciare aperti molti spiragli, essendo stata la materia elettorale costantemente ricostruita come strettamente connessa all'organizzazione dell'ordinamento statuale. La più recente decisione *Saccomanno e altri c. Italia*[238] porta ad ulteriore maturazione questa impostazione, affermando espressamente che "i procedimenti riguardanti il contenzioso elettorale esulano dal campo di applicazione dell'art. 6" e, conseguentemente, dell'art. 13 della Convenzione[239].

Si è visto, in ogni caso, come l'interpretazione "estensivista" dell'art. 66 Cost. esprima una linea di tendenza difficilmente conciliabile con gli orientamenti assunti dagli organismi internazionali rispetto alla necessità di garantire un'effettiva tutela, mediante "procedure perspicue e rapide, con chiarezza di poteri del giudice, incluso quello di annullare le elezioni, e senza conflitti di giurisdizione"[240].

Una seconda conclusione che si desume dal sopra ricostruito orientamento progressivamente divergente degli organi parlamentari, da un lato, e della giurisprudenza di legittimità, ordinaria e amministrativa, dall'altro, concerne la difficoltà di assicurare la giustiziabilità del procedimento elettorale politico davanti alla Corte.

Purtuttavia la più recente giurisprudenza costituzionale sopra presa in esame sembrerebbe aprire qualche breccia nell'interpretazione "estensivista" dell'art. 66 Cost. In questo senso, potrebbero anzitutto essere lette le richiamate affermazioni di portata generale rispetto alla necessità di garantire forme di tutela immediata ed effettiva nella fase preparatoria del procedimento elettorale (sent. n. 236/2010).

Ancor più significativi sembrano i varchi aperti nell'accesso alla Corte su alcuni profili fondamentali della c.d. legislazione elettorale di contorno, specie in punto di ineleggibilità, incompatibilità e "doppi mandati", nell'intreccio con le cariche elettive regionali e locali (sent. n. 277/2011). Di pari tenore sembrerebbe la portata delle affermazioni della Corte in punto di intangibilità del giudicato penale, che non può essere vulnerato neanche attraverso il

[237] Cfr. A. Pertici, *Spunti per una migliore regolamentazione ed una più completa trasparenza delle cause di ineleggibilità e delle situazioni di conflitto d'interessi*, in *Foro It.*, 1998, V.III-IV, 309 ss.; nonché M.P. Larné, *Le elezioni del Parlamento europeo come "zona franca" della giustizia costituzionale*, 41 s.

[238] Req. n. 11583/08 del 13 marzo 2012, su cui si vedano le considerazioni di L. Trucco, *Sistema di elezione e di giustizia elettorale (italiani): anche per Strasburgo, tutte le strade portano al legislatore (italiano)*, in www.forumcostituzionale.it.

[239] Così, L. Trucco, *Sistema di elezione e di giustizia elettorale (italiani): anche per Strasburgo, tutte le strade portano al legislatore (italiano)*, cit.

[240] Così, J. Luther, *La ricerca della giustizia elettorale*, cit., 646.

conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato elevato da una Camera (sent. n. 284 del 2004), sotto il profilo – per quanto rileva in questa prospettiva – delle conseguenze che si sono prodotte circa gli effetti delle pene accessorie sulla "giurisprudenza" della Giunta delle elezioni della Camera dei deputati (in punto di decadenza di taluni parlamentari che incorrono in cause di ineleggibilità sopravvenuta per effetto di giudicato penale).

A fronte di una perdurante chiusura della giurisprudenza costituzionale sul sindacato sui risultati elettorali in senso stretto e sulla legge elettorale politica che non può non discendere dal quadro costituzionale vigente, le richiamate pronunce della Corte rappresentano comunque potenziali aperture, volte ad assicurare l'effettività della tutela nella fase preparatoria delle elezioni e in taluni rilevanti settori della legislazione elettorale di contorno, che assume carattere centrale nella stessa forma di governo[241].

Per quanto limitati, sembrerebbero quindi riscontrarsi taluni profili del procedimento elettorale politico – assunto in questa accezione ampia – che possono arrivare al giudizio della Corte costituzionale. L'accesso è però soltanto indiretto, quando cioè l'esercizio del mandato parlamentare entra in concorrenza con quello delle cariche elettive locali (ineleggibilità e incompatibilità; doppi mandati) o quando entra in conflitto con altri poteri (si pensi al tema dell'ineleggibilità sopravvenuta per effetto di giudicato penale).

Cogliendo questa prospettiva, la ricostruzione dell'art. 66 Cost. in termini derogatori rispetto al fondamentale diritto alla tutela giurisdizionale potrebbe prestare il fianco all'obiezione basata sulla circostanza che comunque qualche profilo del giudizio elettorale politico finisce per arrivare alla Corte e questo può creare – se non altro perché rimesso ad organi giurisdizionali diversi – delle incongruenze o delle aporie rispetto agli ambiti che rimangono sottratti al controllo di costituzionalità.

L'intento della riserva alle Camere posta dall'art. 66 Cost. era quello di sottrarre agli organi giurisdizionali – e, di riflesso, anche alla giustizia costituzionale – la verifica dei risultati elettorali e dei titoli degli eletti. Come tutti gli altri principi costituzionali, anche questo va però bilanciato con gli altri valori, a partire dal diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale. Il risultato di cinquantasei anni di bilanciamento forse consente di riconoscere che la Corte costituzionale si esprime oggi legittimamente su alcune questioni inerenti al procedimento elettorale politico o alla legislazione elettorale di contorno. Ciò perché la giustizia costituzionale finisce comunque, nonostante l'art. 66 Cost., per riverberarsi sul mandato parlamentare, per quanto in modo indiretto. Ma se si arriva alla Corte per altra via, ad esempio per preservare la legalità costituzionale dell'assunzione e del mantenimento delle

[241] Al riguardo, cfr., per tutti, C. Fusaro, *I limiti della legislazione elettorale vigente*, cit., 29 ss.; N. Lupo, *Considerazioni conclusive. Sistema elettorale e legislazione "di contorno"*, cit., 419 ss.

cariche elettive locali, ciò significa che l'art. 66 Cost. già oggi ha assunto una portata per così dire relativa (quanto meno rispetto al consolidato orientamento della Cassazione e alla tesi "estensivista")[242].

Muovendo da questa prospettiva, può forse ipotizzarsi (e non solo auspicarsi) che le linee evolutive della giurisprudenza costituzionale possano realmente condurre a compimento quella stessa operazione di bilanciamento in riferimento agli altri valori costituzionali, anche quando l'esercizio delle prerogative delle Camere sull'art. 66 Cost. è pieno, in riferimento, cioè, all'accesso alla Corte in relazione alla fase preparatoria del procedimento elettorale politico e allo stesso controllo di legalità sui meccanismi di trasformazione dei voti in seggi.

In conclusione, la tendenza alla relativizzazione della natura derogatoria dell'art. 66 Cost. rispetto al pieno accesso alla giustizia costituzionale, perseguita dalla Corte a partire dalle decisioni concernenti la legislazione elettorale di contorno, potrebbe essere suscettibile di ulteriori sviluppi, quantomeno in relazione alla fase preparatoria del procedimento elettorale politico. Le aperture manifestate dal Giudice delle leggi sembrano andare in questo senso, riconducendo l'interpretazione dell'art. 66 Cost., nel contenzioso tra fase precedente e fase successiva al momento elettorale, ad un sistema coerente, nonché favorendo un processo di avvicinamento tra l'interpretazione della norma costituzionale in parola fornita dalla giurisprudenza costituzionale e quella prospettata dagli organismi internazionali.

[242] In questo senso, ad esempio, cfr. A. Cariola, *L'ammissione delle liste elettorali alla ricerca di un giudice*, cit., 8.

LA JUSTICE ÉLECTORALE EN FRANCE: SITUATION LÉGISLATIVE ET JURISPRUDENTIELLE

di Bernard Maligner

Sommario: Article 1. Les figures classiques de la justice électorale française. - 1. La justice électorale politique et politico-administrative, une justice essetiellement "post-électorale". - A. Le juge de l'élection, un juge facilement accessible. - B. Le juge de l'élection, un juge qui statue rapidement. - C. Le juge de l'élection, un juge investi de larges pouvoirs. - II. La justice électorale politique et politico-administrative, une justice accessoirement pré-électorale. - A. L'intervention du juge judiciaire non répressif avant l'élection. - B. L'intervention du juge administratif avant l'élection. - Article 2. Les figures nouvelles de la justice électorale française. - 1. L'émergence de nouveaux contentieux pré-électoraux. - A. Le contrôle plus poussé du découpage des circonscriptions électorales. - B. L'utilisation de la nouvelle procédure d'urgence en matière administrative . - C. Le renouveau des "recours en contestation de la légalité". - II. Le développement des contentieux post-électoraux. - A. L'accroissement des pouvoirs du juge de l'élection en matière de lutte contre la fraude électorale. - B. Le renforcement continu des pouvoirs des juges dans le contentieux électoral financier.

En France, la justice électorale est partagée entre trois ordres de juridiction: la juridiction judiciaire, la juridiction administrative et le juge constitutionnel, c'est-à-dire le Conseil constitutionnel.

La juridiction judiciaire, à la tête de laquelle prend place la Cour de cassation, est appelée à intervenir en matière contentieuse électorale à des titres différents. Il y a d'ailleurs matière à distinguer au sein même de la juridiction judiciaire selon qu'il s'agit du juge civil dit non répressif et du juge répressif.

Le juge judiciaire civil intervient tout d'abord dans le contentieux de la régularité des élections professionnelles c'est-à-dire les élections des représentants du personnel dans les entreprises privées [1]. Ceci constitue la principale de ces missions. Mais il intervient aussi, comme nous le verrons, dans le domaine qui retiendra plus spécialement notre attention ici : le contentieux des élections politiques ou "politico-administratives".

Le juge judiciaire intervient aussi en matière répressive. A ce titre, il est chargé de sanctionner les contrevenants aux dispositions pénales du Code électoral qui figurent aux articles L. 86 à L. 117 et R. 94 à R. 96 du Code électoral. De la justice répressive en matière électorale je ne dirai que peu de choses. D'abord, il faut remarquer qu'elle ne donne pas lieu à un contentieux quantitativement abondant. On peut s'en réjouir car cela veut dire que les candidats et leurs par-

[1] Sur ces élections, il est utile de se rapporter à l'excellent ouvrage "Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise. La loi du 20 août 2008" de Marie-Laure Morin, Laurence Pécaut-Rivolier et Yves Truillou, Dalloz, 2e éd. 2012.

tisans se comportent globalement d'une manière irréprochable, ne tombent pas sous le coup des incriminations et que le processus électoral se déroule en France aussi normalement que possible. Cette vision un peu idyllique doit être tempérée par le fait que la justice répressive est *lente* et *déroutante* pour les citoyens.

Lente, parce qu'il faut bien remarquer que lorsque des faits de fraudes électorales sont portées à la connaissance du juge répressif, celui-ci statue dans des délais très longs qui, finalement, dissuadent certainement les plaignants éventuels d'engager un procès. Deux affaires qui ont connu et connaissent un grand retentissement médiatique le prouvent. La première est celle qu'il est convenu d'appeler l'affaire des "faux électeurs" du Ve arrondissement de Paris. Dans cette affaire, l'ancien maire de Paris notamment est poursuivi pour avoir organisé un système de fraude consistant dans l'inscription ou le maintien sur les listes électorales de personnes qui n'avaient plus leur domicile dans l'arrondissement ou qui étaient inscrits à de fausses adresses. Cette affaire, dont les faits, remontent à 1997 – soit il y a quinze ans – ont certes été jugés en première instance par la 16e chambre du tribunal correctionnel de Paris le 27 mai 2009 et a donné lieu à des sanctions très lourdes contre l'ancien maire de Paris : 10 mois de prison, 10 000 euros d'amende et 3 ans d'inéligibilité. Mais, M. Tiberi a fait appel de ce jugement. Et la Cour d'appel de Paris est appelée dans les semaines qui viennent à se prononcer. La seconde affaire est celle dite "Attentat de Karachi" qui a causé la mort d'agents de la Direction générale de l'armement en mission à Karachi et qui met notamment en cause l'ancien Premier ministre, M. Edouard Balladur, soupçonné d'avoir bénéficié, pour sa campagne en vue de l'élection présidentielle de 1995 – soit il y a 17 ans – de fonds issus de rétro-commissions à la suite de la vente d'armement par la France à des Etats étrangers. Cette affaire n'en est qu'au stade de l'instruction et a donné lieu à un arrêt de la Cour d'appel de Paris le 17 septembre 2012 qui a déclaré irrecevables les demandes de suspension de l'instruction judiciaire et de prescription des faits présentés par des personnes mises en examen. Cette décision a pour effet de permettre la poursuite de l'instruction. On ne s'avisera pas de commenter des décisions… qui 'ont pas encore été rendues.

Par ailleurs, la justice pénale en matière électorale est *déroutante* pour les citoyens. Ceux-ci ne parviennent pas à comprendre pourquoi des personnes condamnées pénalement pour avoir violé lors d'une élection des règles pénalement sanctionnées par le juge répressif ne voient pas leur élection annulée. Il en est pourtant ainsi parce que la loi prévoit expressément l'indépendance des contentieux répressif et administratif ou constitutionnel en matière d'élections. L'article L. 105 du Code électoral dispose en effet que "*La condamnation, s'il en est prononcé, ne pourra, en aucun cas, avoir pour effet d'annuler l'élection déclarée valide par les pouvoirs compétents, ou dûment définitive par l'absence de toute protestation régulière formée dans les délais prévus par les dispositions spéciales aux différentes catégories d'élections*". C'est pourquoi, le Conseil d'Etat a pu juger que "*La portée du jugement d'une juridiction répressive est limitée à la détermination de la responsabilité pénale des personnes qui ont contribué à la réalisation des fraudes*

électorales; ce jugement ne limite pas le pouvoir du juge de l'élection d'apprécier, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire, la validité des opérations électorales" [2]. Autrement dit, au juge répressif de sanctionner les contrevenants aux dispositions pénales du Code électoral; aux juges de l'élection – Conseil constitutionnel et juges administratifs – d'apprécier la régularité de l'élection.

Or, c'est précisément sur l'office du juge constitutionnel – le Conseil constitutionnel – et du juge administratif, les deux autres ordres de juridiction appelés à connaître du contentieux électoral, que je consacrerai la part la plus importante de mon rapport, car l'un et l'autre remplissent la mission majeure de contrôler la régularité et la sincérité des *élections politiques* nationales, l'élection du Président de la République et des parlementaires, députés et sénateurs, pour ce qui concerne le Conseil constitutionnel, et des élections que j'appelle *"politico-administratives"* - elles sont "politiques" parce que le Conseil constitutionnel a qualifié ainsi les élections municipales [3]; elles sont "administratives" en ce qu'elles visent à désigner des personnes chargées de gérer des "affaires administratives et que leur contentieux ressortit à la compétence de la juridiction administrative – c'est le cas des élections locales : élections au conseil régional, élections au conseil général, élections municipales, et élections des exécutifs locaux président du conseil régional, président du conseil général, maires et adjoints des communes; et c'est aussi le cas des élections des représentants de la France au Parlement européen [4].

C'est au juge administratif qu'il appartient séculairement, depuis le milieu du XIXe siècle en vérité, de se prononcer sur la validité des élections que l'on qualifie généralement "d'administratives", c'est-à-dire, concrètement des élections locales. Et c'est au Conseil constitutionnel de se prononcer, depuis 1958 c'est-à-dire depuis l'instauration de la Ve République, sur la régularité des élections parlementaires, en lieu et place des chambres qui détenaient cette compétence sous la IIIème et la IVème Républiques. A cet égard, l'article 59 de la Constitution française du 4 octobre 1958 porte : *"Le Conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs".* Et c'est aussi au Conseil constitutionnel que revient la mission de contrôler la régularité de l'élection présidentielle. L'article 58 de la Constitution dispose en effet : *"Le Conseil constitutionnel veille à la régularité de l'élection du Président de la République alinéa 1er). Il examine les réclamations et proclame les résultats du scrutin".*

[2] CE 26 oct. 1973, *Él. mun. de Villeneuve-sur-Lot,* Rec. 596.

[3] Cons. const. décision n° 82-146 DC, 18 novembre 1982, *Quota des sexes,* Rec. Cons. const. 66.

[4] Le contentieux des élections au Parlement européen – élections politiques par excellence – appartient au Conseil d'Etat en premier et dernier ressort, tout simplement parce que le législateur de 1977 a voulu marquer que la souveraineté nationale est exercée par les parlementaires nationaux, députés et sénateurs, dont le contentieux de l'élection appartient au Conseil constitutionnel, alors que les représentants de la France au Parlement européen représentent une souveraineté autre que nationale. D'où le refus de placer sur le même plan les parlementaires français et les parlementaires européens; d'où l'attribution de compétence au Conseil d'Etat article 25 de la loi n° 77-729 du 7 juillet 1977) en lieu et place du Conseil constitutionnel.

Ce sont ces trois ordres de juridiction - judiciaire, administratif et constitutionnel - qui, au fil des ans, depuis des décennies, ont dessiné par leur jurisprudence, ce que j'appellerai les "figures classiques" et toujours d'actualité de la justice électorale en France. La première partie de mon rapport leur sera consacrée Article Ier).

Mais, depuis environ une trentaine d'années, en raison d'évolutions jurisprudentielles opérées principalement par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat, d'une part, et du vote de lois importantes touchant à la moralisation de la vie politique et au financement des campagnes électorales, d'autre part, la justice électorale française a connu de profonds changements, à tel point qu'elle s'est enrichie de ce que j'appellerai de "nouvelles figures". Ce sont à ces "nouvelles figures" de la justice électorale française que la seconde partie de ce rapport sera dédiée Article 2).

ARTICLE 1

LES FIGURES CLASSIQUES DE LA JUSTICE ÉLECTORALE FRANÇAISE

La justice électorale politique et politico-administrative est principalement une justice post-électorale, un contentieux post-électoral, intervenant donc après le scrutin, dévolu aux juges constitutionnel et administratif de l'élection I) et aussi, mais dans une moindre mesure, un contentieux "pré-électoral", constitué de diverses procédures susceptibles d'être mises en œuvre avant le scrutin II).

1. La justice électorale politique et politico-administrative, une justice essetiellement "post-électorale",

Depuis le milieu du XIXe siècle, la justice électorale ou, si l'on préfère, le contentieux électoral politique et politico-administratif, est, un contentieux post-électoral dans la mesure où le juge est appelé à se prononcer sur des réclamations ou des recours formés à l'issue de ces élections contre les opérations électorales une fois achevées, les résultats de l'élection ayant été proclamés[5]. En bref, le juge dit "juge de l'élection", est saisi postérieurement au scrutin et traite donc les réclamations après le scrutin. Son office consiste à contrôler la régularité, la moralité et la sincérité de l'élection.

Ce contentieux présente trois particularités. Le juge de l'élection est un juge facilement accessible A). C'est, ensuite, un juge qui statue rapidement B). C'est enfin et peut-être surtout – c'est ce qui le singularise particulièrement – un juge qui est doté de larges et importants pouvoirs C).

[5] Le seul exemple contraire – et de taille ! – est celui de l'élection présidentielle: le juge statue sur les réclamations *avant* de proclamer les résultats.

A. Le juge de l'élection, un juge facilement accessible

Le juge de l'élection est un juge facilement accessible tout d'abord parce que son prétoire est ouvert au plus grand nombre d'intéressés. En effet, une personne peut le saisir dès lors qu'elle justifie, soit de la qualité d'électeur [6] inscrit sur une liste électorale [7] au jour de l'introduction du recours [8], alors même qu'elle a signé sans aucune réserve le procès-verbal des opérations électorales [9], soit de la qualité de *candidat* à une élection municipale ou cantonale [10] à une élection législative [11] ainsi qu'à l'élection présidentielle [12]. Bien plus, tout *élu* est en droit de contester sa propre élection [13]. Il n'est pas jusqu'à

[6] Il en est spécialement ainsi pour l'*élection présidentielle* où un électeur peut contester l'élection en inscrivant sa réclamation au procès-verbal des opérations ce vote art. 50, al. 1er du décret du 21 février 2001). Il s'ensuit qu'il n'est pas recevable à contester les opérations électorales en saisissant directement le Conseil constitutionnel Cons. const. 24 avril 2002, *Résultats du premier tour de l'élection présidentielle, Rec. Cons. const.* 102). La seule qualité d'électeur suffit aussi pour contester la validité de *l'élection d'un député* Cons. const. 26 mai 1993, *A.N. Manche, 5e circ., J.O.* 30 mai 1993, 7971.

[7] En vertu des articles L. 222, L. 248 et L. 361 du code électoral, applicables respectivement au contentieux des élections cantonales, municipales et régionales, ont qualité pour contester ces élections, tout électeur peut contester l'élection.

[8] CE 21 juin 1962, *Élections municipales de Tournedos-sur-Seine,* Rec. 409.

[9] CE 29 juin 1963, *Élections municipales d'Aubigny-en-Artois*, Rec.; CE 27 nov. 1966, *Élections municipales de Barizey,* Rec. 288, à propos du président d'un bureau; CE 15 juill. 1960, *Élections municipales de Lou-Balagnas*, Rec. T 1010, à propos d'assesseurs.

[10] *Tout candidat* à une élection municipale, à une élection cantonale CE 19 nov. 1886, *Élections d'Oued Zenati,* Rec. 814) a également qualité pour contester les opérations électorales. Abandonnant sa jurisprudence *Élections cantonales de Tarascon* CE 11 juin 1975, Rec. T. 1062), le Conseil d'État a admis, ce qui est plus conforme à la lettre des dispositions de l'article L. 222 du Code électoral, qu'en raison du lien établi entre les opérations électorales du premier et du second tour, tout candidat à une élection au conseil général, même s'il a été éliminé ou s'est retiré et n'a donc pas participé au second tour de scrutin, est recevable à demander l'annulation de l'élection acquise au second tour CE, Sect., 8 oct. 1993, req. no 142122, *Élections cantonales de Saint-Brice-en-Coglès, M. Brault*, Rec. 264, Quot. jur. 16 juin 1994, 2, obs. B. Maligner).

[11] Il peut contester l'élection acquise au second tout, alors même qu'il n'a pas été en mesure d'y participer Cons. const. 20 octobre 1993, *A.N. Alpes-Maritimes, 5e circ., J.O.* 31 octobre 1993, 15124.

[12] V. décret du 22 février 2002, art. 30, al. 2. Un candidat à l'élection présidentielle peut saisir le Conseil constitutionnel dans les 48 heures qui suive le tour de scrutin contesté Cons. const. 22 décembre 1965, *Mitterrand,* Rec. Cons. const. 47).

[13] CE 14 mai 1969, *Élections municipales partielles de Larivière,* Rec. 252. Cela peut paraître pour le moins curieux. En fait, cela s'explique par le fait qu'un candidat élu à une élection locale peut avoir un grand intérêt à contester sa propre élection, s'il estime qu'il aurait dû obtenir un nombre de voix supérieur à celui qui lui a été attribué à l'issue du scrutin et donc qu'il a pu obtenir un nombre de voix en vérité supérieur à un autre ou à d'autres candidats et se trouver, de ce fait, mieux placé dans l'ordre du tableau c'est-à-dire le classement des élus par ordre de voix).

l'autorité administrative, le préfet pour les élections locales notamment, de pouvoir critiquer une élection [14]…

En deuxième lieu, le juge de l'élection est aisément accessible parce que les conditions de recevabilité des protestations sont soumises à un *minimum de formalisme*. Le formalisme est restreint au maximum lorsque, pour les élections locales et les élections présidentielles, un électeur peut se borner à quelques mentions critiques à l'encontre des opérations électorales qu'il suffit de porter au procès-verbal des opérations électorales dans le bureau de vote où l'électeur est inscrit. Il est soumis à un minimum de règles à respecter lorsque, comme c'est le cas le plus fréquent, le requérant décide de saisir le juge de l'élection d'une réclamation ou d'une requête. Dans ce cas, il convient que la réclamation ou la requête comporte un exposé même sommaire des faits, qu'il signe sa protestation, et conteste, pour les élections législatives, explicitement la validité de l'élection du candidat proclamé élu ou présente des conclusions tendant à la proclamation d'un autre candidat; à défaut elle est invariablement déclarée irrecevable [15]. Le juge administratif de l'élection se montre, quant

[14] Le *préfet* a qualité pour déférer au juge administratif l'élection des conseillers régionaux C. élect., art. L. 361,), de l'assemblée de Corse C. élect., art. L. 381, al. 2), des *conseillers généraux* C. élect., art. L. 222) ou, en vertu de l'article L. 248 du code électoral, municipaux CE 18 avr. 1984, *Élections municipales d'Anaa*, LPA 21 juin 1985, 5), *Élections municipales de Clouange Moselle),* Rec. T. 748), Cependant, *ce droit n'est pas aussi étendu que celui reconnu aux électeurs, aux candidats, aux éligibles et aux* élus. Le déféré préfectoral, qui n'a pas à mentionner obligatoirement les noms des personnes dont l'élection est contestée ou de celles qui devraient être proclamées élues CE 5 juin 1996, req. nº 173869, *Élections municipales de Jouy-le-Potier [Loiret],* Rec. T. 908 et T. 910, décision mentionnée à d'autres titres), peut en effet *être fondé que sur l'inobservation des "conditions" et "formes légalement prescrites".* Par ces termes, il faut comprendre, par exemple, *des modifications irrégulières de la liste* ayant servi aux émargements CE 21 juin 1905, *Élections d'Ambarès*, Rec. 558), au *décompte des suffrages* s'étant portés sur un candidat CE 23 déc. 1881, *Élections de Saint-Laurent-lès-Tours*, Rec 1036), la contestation du *calcul des voix recueillies* par les listes en présence CE 19 juill. 1889, *Élections de Puyreaux,* Rec. 263), le *décompte des bulletins nuls* CE 14 juin 1996, req. nº 171995, *Élections municipales de Gonfaron [Var],* inédit), la *proclamation d'un candidat inéligible* CE 17 avr. 1896, *Élections de Meyssac*, Rec. 334) ou se trouvant dans une situation d'*incompatibilité* CE 2 févr. 1990, req. nº 109410, *Élections de l'adjoint au maire de Saint-Josse-sur-Mer [Pas-de-Calais]*, inédit) ou d'un élu au bénéfice de l'âge CE 11 avr. 1930, *Élections municipales d'Aydie*, Rec. 453).

En revanche, le préfet n'est pas habilité, de très longue date, à critiquer ce que l'on peut appeler, pour faire bref, des faits de campagne affectant *la moralité de l'élection*; par exemple, des faits de corruption, de pression et d'intimidation CE 5 juill. 1889, *Élections d'Estivareilles,* Rec. 832).

[15] Ainsi, pour citer quelques décisions très récentes, le Conseil constitutionnel rejette les requêtes contestant exclusivement la liste des candidats au premier tour, sans contester l'élection du député acquise au second tour Cons. const. décis. n° 2012-4544 AN, 13 juillet 2012, *A.N. Bas-Rhin, 9e circ., M. Benoît MEYER, J.O. 17 juillet 2012, 11734*), se bornant à prétendre que le candidat élu se serait indûment prévalu sur ses bulletins de vote du soutien d'un parti politique et dénonçant les irrégularités commises pendant la campagne Cons. const. décis. n°

à lui, plus libéral. En effet, si, comme le Conseil constitutionnel, il exige le plus souvent que des conclusions à fins d'annulation des opérations électorales soient présentées, il lui arrive de déclarer recevables des protestations qui contiennent des griefs précis portant, par exemple, sur l'éligibilité des élus [16], une situation d'incompatibilité [17] ou contestent le décompte des voix [18]. Il arrive même, et c'est très remarquable, qu'il se contente de demandes diverses suffisamment précises. Ainsi, même en l'absence de conclusions ou de griefs très précis ou "ciblés", valent protestations des demandes tendant à ce qu'une "élection soit sous toutes ses formes vérifiée" [19], ou qui sont interprétées libéralement par le juge comme exprimant, le cas échéant, assez maladroitement, l'intention de leurs auteurs de lui soumettre une question de droit [20], voire à demander purement et simplement l'application d'une règle de droit [21]. En réalité", la seule véritable contrainte se rapporte aux délais dans lesquels le

2012-4553 AN, 13 juillet 2012, *A.N. Marne, 2e circ., M. Patrick WEBER, J.O. 17 juillet 2012, 11737*) ou à contester seulement les modalités de l'affichage électoral de la candidate élue Cons. const. décis. n° 2012-4573 AN, 13 juillet 2012, *A.N. Seine-Maritime, 10e circ., M. Olivier BERLAND, J.O. 17 juillet 2012, 11740*) ou dénonçant seulement l'irrégularité des bulletins de vote et les affiches de certains candidats et les pratiques d'affichage Cons. const. décis. n° 2012-4555 AN, 13 juillet 2012, *A.N. Seine-Saint-Denis, 1ère circ., Mme Elise MBOCK, J.O. 17 juillet 2012, 11737*), ou alléguant diverses irrégularités touchant à la campagne électorale sans demander l'annulation des opérations électorales Cons. const. décis. n° 2012-4572 AN, 13 juillet 2012, *AN Haut-Rhin, 3e circ., Mme Alexandra DELAUNAY-HARTEMANN, M. Alain KOEGLER, et M. Antoine WAECHTER, J.O. 17 juillet 2012, 11740*). Il en va de même d'une requête tendant exclusivement à la contestation de la présence d'un candidat premier tour mais qui ne tend pas la contestation de l'élection du candidat proclamé élu Cons. const. décis. n° 2012-4562 AN, 20 juillet 2012, *A.N. Nord, 13e circ., Mme Maryse BACOT, J.O. 22 juillet 2012, 12096*).

[16] CE 13 mai 1996, *Élections municipales de Saint-Christophe-sur-Guiers,* Dr. adm. 1996. Comm. 428, obs. C. Maugüé, LPA 31 juill. 1996, n° 92, concl. C. Maugüé : protestation mettant expressément en doute l'inéligibilité comme conseiller municipal d'un candidat élu, eu égard à sa qualité de *président d'une société d'économie mixte et d'actionnaire* de ladite société, à laquelle sont joints des documents relatifs tant à l'activité de cette société qu'au problème de la compatibilité d'un mandat électif avec la fonction d'administrateur d'une société d'économie mixte locale.

[17] CE 18 nov. 1927, *Élections municipales de Saint-Martin-de-Riberac*, Rec. T. 1066, à propos de deux candidats élus qui étaient beaux-frères.

[18] À cet égard, le juge est valablement saisi de la validité des opérations électorales par une mention au procès-verbal indiquant qu'"il a été trouvé dans l'urne quatre bulletins qui ont été annulés pour faute de désignation et neuf portant un signe extérieur. Ces bulletins n'ont pas été comptés et restent soumis à l'appréciation du conseil de préfecture" CE 14 déc. 1888, *Élections de Tossiat*, Rec. 969)

[19] CE 13 juill. 1966, *Élections municipales de Saint-Laurent-d'Olt,* Rec. T. 982.

[20] CE 26 oct. 1983, *Élections municipales de Blond [Haute-Vienne],* req. n° 51064 : observation insérée au procès-verbal indiquant que le maire et le premier adjoint auraient violé les dispositions du code électoral en exerçant les fonctions de scrutateurs.

[21] CE 9 mars 1984, *Élections municipales de La Chaudière [Drôme]*, req. n° 51716: en l'espèce, art. L. 228 c. élect..

juge de l'élection doit être saisi. Ceux-ci sont très courts et varient suivant les élections entre 48 heures pour les candidats à l'élection présidentielle [22], à 10 jours pour les élections législatives [23] en passant par 5 jours pour les élections cantonales ou municipales [24], faute de quoi, dans tous les cas, les réclamations sont invariablement et systématiquement déclarées irrecevables [25].

Enfin, le juge est facilement accessible parce que les recours en matière d'élection sont *pratiquement gratuits*. D'abord, il doit être noté que, pendant longtemps, les recours électoraux ont été dispensés de tout droit de timbre, d'enregistrement et du droit de frais de justice édicté par l'article 698 du Code général des impôts. Actuellement, en vertu de la loi n° 2011-800 du 29 juillet 2011 art. 54-1, introduit dans le Code général des impôts à l'article 1635 bis Q), une contribution pour l'aide juridique de 35 euros est perçue; faute d'être acquittée la requête est rejetée, mais cette irrecevabilité est, fort heureusement, susceptible d'être couverte après l'expiration du délai de recours [26]. Cette contribution, destinée tout à la fois à limiter les ardeurs processuelles de certains requérants dans tous les domaines de la justice française et à participer, modestement, au rétablissement des finances publiques, pour regrettable qu'elle soit dans le contentieux hautement démocratique qu'est le contentieux électoral, ne constitue pas cependant un obstacle majeur et dissuasif pour les requérants de saisir les juges électoraux. Ensuite, il est très remarquable que les recours en matière d'élections soient dispensés du ministère d'avocat; même en appel devant le Conseil d'Etat, le recours à un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation n'est nullement obligatoire. Par ailleurs, il n'y a jamais lieu, pour la partie perdante, à une condamnation aux dépens [27].

Un deuxième trait caractérise le juge de l'élection : c'est un juge qui statue rapidement.

[22] Cons. const. 22 décembre 1965, *Mitterrand,* Rec. Cons. const. 47.

[23] Art. LO. 180 du Code électoral.

[24] Art. R. 119 du Code électoral

[25] Une réclamation présentée hors délai, c'est-à-dire enregistrée au greffe du tribunal administratif après l'expiration du délai prescrit CE 26 févr. 1992, *M. Prévot: req. n° 126420*), par exemple sept minutes après CE 29 oct. 2008, *Él. mun. d'Asnières-sur-Seine,* req. n° 319251: *AJDA 2009. 1309, chron. Liéber et Botteghi*) est tardive et par suite irrecevable, quoique fondée sur un moyen tiré de l'inéligibilité de l'un des candidats proclamés élus CE 25 juill. 1980, *Él. mun. de Fécamp: Dr. adm. 1980, n° 336).* Et ce quand bien même seraient invoquées des difficultés dans la vie personnelle CE 28 nov. 2008, *M. Landais, M. Lamm,* req. n° 317091: *AJDA 2009. 1309, chron. Liéber et Botteghi*), le retard d'un train CE 29 oct. 2008, *Él. mun. d'Asnières-sur-Seine,* req. n° 319251: *préc.*), les conseils erronés de la préfecture CE 21 janv. 2009, *Mme Pontivy et a.,* req. n° 317947: *AJDA 2009. 1309, chron. Liéber et Botteghi*), ou alors même qu'il serait allégué que les opérations électorales auraient été entachées de fraude CE 7 juill. 2008, *Él. mun* CE 7 juill. 2008, *Él. mun. de La Vaupalière: req. n° 315135*).

[26] Art. R. 411-2 du Code de justice administrative.

[27] Art. R. 773-3 du Code de justice administrative.

B. Le juge de l'élection, un juge qui statue rapidement

Une fois saisi, le juge de l'élection statue dans des délais qui n'ont rien à voir avec ceux que l'on a coutume de constater dans les contentieux autres que les contentieux électoraux qui sont généralement très longs. En matière électorale, les délais de jugement sont assurément très brefs, parce que le législateur a fréquemment voulu qu'il ne plane pas trop longtemps un doute sur les résultats du scrutin tels qu'ils ont été proclamés. Ils le sont, en premier lieu, parce que des textes fixent le délai dans lequel les juges doivent statuer. Ainsi par exemple pour les élections cantonales et municipales, les jugements doivent être rendus dans les trois mois qui suivent l'enregistrement au greffe du tribunal de la contestation en cas de renouvellement d'une série sortante des conseils généraux et le renouvellement intégral des conseils municipaux et dans un délai de deux mois à compter de l'enregistrement au greffe de la protestation électorale s'il s'agit d'un renouvellement partiel ou d'une élection partielle [28].

En second lieu, les délais de jugement sont également très brefs, même lorsqu'aucun texte ne détermine le délai dans lequel les requêtes électorales doivent être traitées, parce que la pratique des juges de l'élection est fixée en ce sens que, pour les raisons précédemment évoquées, les décisions doivent aussi rapidement que possible être traitées. Elles sont donc jugées comme des "affaires urgentes". Trois exemples très concrets le démontrent. Ainsi, premièrement, les délais dans lesquels sont jugées les requêtes formées contre l'élection des représentants de la France au Parlement européen, qui sont organisées en juin tous les cinq ans, sont généralement jugées avant la fin de l'année au cours de laquelle ces élections sont organisées. Ainsi, deuxièmement, le délai dans lequel sont jugées les réclamations dirigées contre l'élection du Président de la République excède très rarement cinq jours à compter de la date du scrutin. En 2012, pour l'élection du Président de la République, le Conseil constitutionnel a statué sur les réclamations formées contre le premier tour de scrutin trois jours après le premier tour [29] et en quatre jours sur celles dirigées contre le second tour [30]. Ainsi enfin, plus de la moitié des requêtes dirigées contre l'élection des députés élus en juin 2012 ont été jugées en juillet 2012 et le Conseil constitutionnel a fait savoir, dans un communiqué de presse du 18 octobre 2012, que le reste des requêtes à ju-

[28] V. article R. 114 du Code électoral pour les élections cantonales; article R. 120 du Code électoral pour les élections municipales.

[29] Cons. const. 25 avril 2012, *Décision n° 2012-152 PDR, Déclaration du 25 avril 2012 relative aux résultats du premier tour de l'élection du Président de la République*, *J.O.* 26 avril 2012, 7428.

[30] Cons. const. 10 mai 2012, *Décision n° 2012-154 PDR, portant réclamation des résultats de l'élection du Président de la République*, *J.O.* 11 mai 2012, 8997.

ger qui sont celles qui présentent à juger les questions les plus délicates et qui comprennent des griefs portant sur le financement de la campagne électorale) le seront en novembre 2012. Le reliquat le sera avant la fin de la présente année. Autrement dit, le contentieux des élections législatives de juin 2012 aura été traité dans le délai record de 5 mois ou 6 mois au maximum.

Mais c'est le troisième trait qui caractérise le plus le juge de l'élection : le juge de l'élection est investi de larges pouvoirs.

C. Le juge de l'élection, un juge investi de larges pouvoirs

Il est normal que le juge de l'élection contrôle à la demande des requérants la légalité des opérations électorales, c'est-à-dire la conformité des agissements critiqués au regard de la législation et de la règlementation électorale, l'on pourrait dire, en bref, au regard des dispositions législatives et réglementaires qui constituent le Code électoral. Mais, le juge de l'élection va bien au-delà. En effet, il contrôle la "moralité de l'élection" 1°). De plus, il peut rectifier les résultats du scrutin 2°) et dispose d'un pouvoir d'annuler une élection en partie ou dans son ensemble 3°).

1°) Le juge de l'élection contrôle la moralité de l'élection

Dès les premiers développements du contentieux électoral dans la première moitié du XIXe siècle, le Conseil d'État – dont le Conseil constitutionnel s'inspirera plus tard – a reconnu au juge de l'élection le pouvoir de contrôler la "moralité" des élections. Ce contrôle de moralité correspond au souci du juge de vérifier que des faits ou des actions, qui ne sont pas nécessairement interdits, ni expressément autorisés, ni forcément constitutifs d'infractions à la législation électorale pénalement sanctionnées, n'ont pas vicié la libre volonté des électeurs, rompu l'égalité, voire l'équité, entre les candidats ou porté atteinte à la loyauté ou à la dignité de la compétition électorale du processus électoral.

a) Le juge de l'élection garantit la liberté de l'électeur

Le libre choix et la libre volonté des électeurs sont protégés par le souci constant du juge de déjouer les *manœuvres*, c'est-à-dire les multiples procédés par lesquels la volonté du corps électoral peut être faussée ou dénaturée par des actions destinées à induire en erreur les électeurs. Ainsi par exemple constitue une manœuvre l'annonce dans la presse d'un faux désistement le jour du second tour [31], ou le fait qu'un candidat se soit prévalu faussement du soutien des écologistes, circonstance ayant pu induire des électeurs en erreur [32]. Il y a encore manœuvre lorsque un journal régional diffuse l'information, le jour du

[31] CE 26 mai 1978, *Elections municipales d'Aix-en-Provence*, Rec. T. 1121.
[32] CE 21 mai 1986, *Elections cantonales La Ciotat*, Rec. 541.

scrutin, selon laquelle le candidat d'une liste aurait été blessé dans un accident de la circulation imputable à un candidat d'une autre liste [33]. Ensuite, le juge de l'élection vérifie que des *fraudes*, qui, pour reprendre la forte formule du Conseil constitutionnel, portent *"atteinte au principe même de la démocratie"* [34] et que l'on peut définir comme la violation délibérée d'une disposition du code électoral en vue de fausser la sincérité du scrutin, voire de travestir ses résultats [35], n'ont pas été commises. En outre, le juge s'assure que l'électeur n'a pas été soumis, que ce soit par l'intermédiaire des candidats, de leurs partisans voire d'autorités religieuse, administratives ou économiques, à des *actes de pression, d'intimidation ou de corruption*. Pour se borner à quelques exemples, sont constitutifs de tels actes la distribution de denrées aux électeurs entre les deux tours de scrutin [36], le fait que des vieillards et des malades ont été conduits au scrutin dans la voiture de l'ordonnateur de l'hôpital, candidat à l'élection [37] ou encore un mandement de l'évêque lu en chaire le matin même du scrutin, où il prend parti dans la compétition électorale pour l'une des deux listes compétition, dissuadant catégoriquement de voter pour l'une d'entre elles [38], le fait que les partisans du candidat élu aient fait des dons en argent accompagnés de la consigne de voter ce candidat [39].

b) Le juge garantit l'égalité entre les candidats

L'égalité entre les candidats est une des conditions de la régularité et de la moralité de l'élection. Celle-ci est compromise lorsque, par exemple, des candidats utilisent à titre exclusif directement ou indirectement, des moyens que l'exercice d'une mission de service public met à leur disposition dans l'exercice de leurs fonctions électives ou de leurs responsabilités administratives, ou bénéficient de soutiens de la part d'organismes soumis à une obligation d'impartialité ou de neutralité. C'est le cas lorsque sont envoyées entre les deux tours de scrutin des lettres officielles affranchies aux frais de la commune [40], lorsqu'une radio locale, installée dans des locaux loués par la municipalité et financée sur des fonds communaux apporte systématiquement

[33] CE 10 janvier 1990, *Elections municipales de Martres-Tolosane*, req. n° 108 314.

[34] Cons. const. 3 février 999, *AN, Bouches-du-Rhône, 9e circ.,* AJDA, 245, note Jean-Denis Combrexelle.

[35] CE 2 septembre 1983, *Elections municipales de Sarcelles*, AJDA 1982, 682, conclusions Bruno Genevois : bureau centralisateur présidé par le maire sortant ayant méconnu délibérément des dispositions du code électoral, en l'espèce l'article R 69, en retirant des suffrages à une liste et en les ajoutant à la liste de ses amis politiques.

[36] CE 25 mars 1946, *El. de Cormilly*, Rec. 96.

[37] de CE 25 février 1955, *El. mun. de Corte, Rec.* 112.

[38] CE 13 juillet 1962, *El. mun. de Saint-Brieuc, Rec.* 499. Mais un simple rappel de la doctrine religieuse n'est pas une pression : CE 21 décembre 1962, *El. mun. de Saint-Denis de La Réunion, Rec.* 706.

[39] CE 1er décembre 1978, *El. cant. de Saint-Pierre, Rec.* 481.

[40] CE 13 janvier 1984, *Él. mun. de La Seyne-sur-Mer, Rec.* T, 630, RD1984. 1673, note J. de Soto.

son soutien à une liste comprenant la plupart des membres du conseil municipal sortant [41], ou encore lorsqu'un maire envoie des lettres personnalisées aux locataires d'HLM du canton, grâce aux fichiers de locataires fournis par l'OPHLM à la mairie [42], ou enfin lorsque deux grandes chaînes de télévision, TF 1 et France 2, méconnaissent l'obligation d'impartialité dans la diffusion de reportages à une heure de grande écoute la veille du scrutin [43].

c) Le juge de l'élection garantit la loyauté et la dignité de l'élection

Le juge attend des candidats et plus largement de tous les participants au processus électoral qu'ils se comportent loyalement, c'est-à-dire correctement, on oserait dire avec un minimum de *fair-play*, si le franglais était admis… En dépit de la passion qui caractérise la période électorale, il est des limites que la polémique électorale ne doit pas dépasser. Aussi bien sont réprouvés les excès de langage non seulement lorsqu'ils ont donné lieu à une condamnation pénale [44], mais encore les propos injurieux, diffamatoires et même les allégations mettant en cause la moralité et l'honnêteté des candidats [45].

Cette exigence traditionnelle et ancienne de "loyauté" de la compétition électorale que doivent respecter les candidats a été complétée par une autre règle créée par le Conseil constitutionnel à l'occasion de l'élection présidentielle de 2002 et qui s'applique plus généralement à tous ceux qui, à un titre ou à un autre, concourent à l'organisation et au déroulement du scrutin. Le Haut Conseil a jugé que pour être régulière, une élection devait se dérouler dans des conditions correctes, devait être entourée d'un minimum de *"dignité"*. Ce n'est pas le cas, par exemple, lorsque les autorités chargées d'organiser

[41] CE 25 janvier 1984, É*l. mun. de Cosne-sur-Loire, Rec.* CE. 19, AJDA 1984. 346, RDP 1984. 1673.

[42] CE 20 février 1987, *Él. cant. d'Arras-Ouest, Rec.* 67

[43] CE 16 décembre 1996, *Él. mun. de Vitrolles, Dr. adm*. 1997, n° 54, obs. L. Touvet.

[44] CE 13 déc. 1989, *Él. mun. d'Aulnat*, Rec. T, 700; 29 déc. 1993, *Peschard, Él. cant. de Bourguébus,* req. n° 142224, Rec. 383, Dr. adm. 1994, n°s 80 et 202, obs. C. Vigouroux, JCP 1994. IV. 577, obs. M.-C. Rouault, Quot. jur. 5 mai 1994, n° 36, 8, obs. B. Maligner.

[45] CE 7 juill. 1967, *Él. mun. d'Alès,* Rec. 303; 26 mai 1978, *Él. mun. de Briançon*, Rec. CE. T, 820 : imputations personnelles visant un candidat; 1er févr. 1984, Él. mun. de Viviez, req. n° 51448 et 51477 : tract qualifiant d'"irresponsables" les candidats d'une liste; sect., 22 déc. 1989, *Él. mun. de Cannes*, Rec. 269, concl. N. Chaid-Nouraï : polémique anormalement violente, avec tracts contenant des propos excessifs, injurieux et diffamatoires; CE 21 févr. 1990, *Él. mun. d'Ottrot [Bas-Rhin*], req. n° 109396 : tract qualifiant un candidat de chef des jeunesses hitlériennes, de volontaire pour la Kriegs-Marine et le Service du travail obligatoire; sect., 18 mai 1990, *Él. mun. de Saint-Vincent-de-Paul* et 13 juin 1990, *Él. mun. de Malintrat, Rec*. T. 791 : diffusion, respectivement par une radio locale et par des tracts, de rumeurs diffamatoires mettant en cause l'intégrité ou l'honorabilité d'un candidat; 26 mai 1993, *Mme Murcia, Él. du conseiller général du 14e canton de Nice, Quot. jur*. 7 déc. 1993, n° 97, 3, obs. B. Maligner : diffusion prolongée et massive, quelques jours avant le second tour, d'un tract contenant des accusations personnelles relatives aux origines et à l'honorabilité d'une candidate

dans une commune le scrutin présidentiel mettent en place, à proximité des bureaux de vote, un dispositif symbolique de "décontamination" - autrement dénommé "pédiluve" - invitant les électeurs à désigner un candidat ne figurant pas au second tour en l'espèce M. Jospin), parce que les deux candidats en lice au second tour MM. Chirac et Le Pen) ne sont pas recommandables ou fréquentables… Le Conseil juge que ce dispositif est de nature à porter atteinte au secret du vote ainsi qu'à la liberté des électeurs et décide qu'il y a lieu d'annuler les opérations électorales dans les bureaux de vote considérés [46].

A ce pouvoir séculaire de contrôler la "moralité" de l'élection s'ajoute le pouvoir plus singulier de réformer ou des rectifier les résultats de l'élection.

2°) Le juge de l'élection a le pouvoir de rectifier les résultats du scrutin

Ce pouvoir, qui semble de prime abord donner au juge de l'élection, la faculté de se substituer à la volonté du corps électoral ne s'exerce pas dans des conditions arbitraires. En effet, le juge réforme ou rectifie les résultats du scrutin lorsqu'il est certain que des irrégularités ou des faits, assimilables, le cas échéant, à des irrégularités ou traités comme telles [47] ont eu une incidence sur les résultats de l'élection et qu'il est en mesure d'en apprécier précisément les incidences sur les éléments chiffrés de la proclamation [48]. Ainsi peut-il, le cas échéant, attribuer les suffrages correspondants à des bulletins qui ont été écartés à tort à chacun des candidats qu'ils mentionnent et reconstituer le résultat de l'élection [49]. Dans le cas contraire en effet, il est amené tout au plus à annuler les opérations électorales dans leur ensemble [50].

Ce pouvoir s'exerce dans des conditions différentes selon que les victimes ou les bénéficiaires des faits litigieux, des irrégularités, des manœuvres ou des fraudes sont identifiés ou inconnus. Mais, dans le premier comme dans le second cas, la technique de rectification employée par le juge de l'élection est la même : après avoir imputé des suffrages aux candidats, le juge tire les conséquences de ces rectifications sur le résultat de l'élection

[46] Coins. Const. 8 mai 2002, *Décision portant proclamation des résultats de l'élection du Président de la République, J.O.* 10 mai 2002, 9084, *Rec. Cons. const.* 114, *LPA* 24 juin 2002, n° 125, 11, note J.-Camby.

[47] CE 23 févr. 1990, *Él. mun. de Bastia, Rec*. 47 : procurations n'ayant pu être acheminées en raison d'une grève des services postaux; 7 mars 1990*, Él. mun. de Cahors,* req. n° 109011, Rec. T, 803; 11 mai 1998, Él. mun. de Semur-en-Auxois [Côte-d'Or], req. n° 187258, D. 1998. 485, note B. Poujade : à propos de l'acheminement tardif d'une procuration ayant privé un électeur de voter par procuration; adjonction hypothétique d'un suffrage au nombre de voix recueillies par les candidats; égalité de suffrages entre les deux listes à la suite de cette opération; moyenne d'âge de la liste battue plus élevée que celle de la liste majoritaire; annulation des opérations électorales.

[48] B. Maligner, *Des conditions d'exercice du pouvoir de réformation du juge de l'élection*, Mélanges René Chapus, 1992, Montchrestien, 397.

[49] CE 20 février 2002, *Él. mun. de Saint-Elie, M. Wellington et autres*, Rec. T. 755.

[50] CE 10 mai 1972, *Él. mun. de Sarcelles*, Rec. 357.

a) L'imputation des rectifications

L'attribution des rectifications ne soulève aucune difficulté particulière lorsque les bénéficiaires ou/et les victimes des irrégularités sont connus. Il procède alors à une *rectification réelle ou effective*. En revanche, lorsque les bénéficiaires et/ou les victimes des irrégularités sont inconnus, il procède à une *rectification hypothétique*.

D'une part, lorsqu'un suffrage a été à tort attribué à un candidat, il procède à une déduction réelle ou effective du nombre de suffrages recueillis par l'intéressé [51].

Plus subtil, d'autre part, est le mode d'imputation au cas où les bénéficiaires ou les victimes des irrégularités ou faits assimilés ne peuvent pas être identifiés avec certitude. Le juge procède alors à une imputation hypothétique, c'est-à-dire finalement à une simulation, destinée à vérifier que les candidats élus ne doivent pas leur élection à ces irrégularités ou faits litigieux. À cet effet, les candidats élus, ainsi, le cas échéant, que ceux qui demandent à l'être, sont placés dans la situation la plus défavorable. À cet égard, deux situations doivent être distinguées.

En premier lieu, lorsqu'un nombre déterminé de suffrages ont été comptabilisés à tort, le juge suppose qu'ils ont tous été émis en faveur des élus ou de la liste arrivée en tête). Aussi bien, pour le premier tour de scrutin, les suffrages en question sont déduits tant du nombre des suffrages exprimés il est donc supposé que ces suffrages sont tous "exprimés") que du nombre de voix recueillies par les candidats élus; il faut en effet s'assurer que ces intéressés conservent la majorité absolue [52]. Pour le second tour, les suffrages sont déduits du nombre de voix obtenues par les candidats élus ou la liste arrivée en tête [53] pour vérifier qu'ils conservent la majorité relative par rapport aux candidats non élus ou la/les liste[s] minoritaire[s]).

Pour s'en tenir à quelques exemples, il y a donc lieu de déduire autant d'unités qu'il y a, par exemple, de bulletins dans l'urne supérieurs au nombre des émargements [54]; d'électeurs irrégulièrement inscrits sur la liste électorale qui ont néanmoins participé irrégulièrement au vote [55]; de votes d'électeurs radiés pour perte de la nationalité française [56]; de votes émis par des électeurs dont la radiation a été ordonnée par une décision de justice notifiée aux parties et au

[51] CE 6 janvier 1984, *Él. mun. de Trehorenteuc*, req. nº 52567 et 52711 : à propos de suffrages désignant de manière correcte et suffisante un candidat.

[52] CE 8 mars 1996, *Él. mun. de Ruvigny [Aube],* req. nº 173823 : à propos d'un nombre déterminé de bulletins trouvés dans l'urne en sus du nombre des émargements.

[53] CE 7 mars 1990, *Él. mun. de Cahors*, req. nº 109011.

[54] CE 21 oct. 1996, *Él. mun. de Port-Saint-Louis [Bouches-du-Rhône],* req. nº 173828 : un bulletin en plus.

[55] CE 6 mai 1996, *Él. mun. de Pugieu,* req. nº 171799 : à propos du vote d'une personne placée par décision judiciaire sous tutelle et qui, même si elle a été maintenue sur la liste électorale, est privée de sa capacité électorale.

[56] CE 21 oct. 1996, *Él. mun. de Port-Saint-Louis*, préc.

maire [57]; de votes irrégulièrement émis par procuration [58]; d'électeurs ayant voté sans passer par l'isoloir [59]; de votes d'électeurs constatés par l'apposition d'une simple croix sur la liste d'émargement ainsi que ceux émis par des électeurs dont les signatures figurant sur ladite liste soit ne sont pas de leur main, soit ne sont pas accompagnées de la mention requise par l'article L. 62-1 du code électoral dans le cas où l'électeur est dans l'impossibilité de signer lui-même [60]; votes obtenus sous la pression [61]; de votes émis en violation du secret du vote [62]. Il en est de même lorsque des votes ont été émis sans qu'ait été effectué le moindre contrôle de l'identité des électeurs. Lorsque semblable et coupable négligence se produit dans un bureau de vote, la déduction hypothétique correspond à l'annulation de tous les suffrages recueillis par les listes en présence [63].

En second lieu, lorsqu'un nombre déterminé de votes n'ont pas été pris en compte, alors qu'ils auraient dû l'être, le juge présume qu'ils auraient tous été émis en faveur des candidats non élus. Ils sont donc ajoutés fictivement, pour le premier tour, au nombre des suffrages exprimés afin de savoir si les élus conservent la majorité absolue [64]; pour le second tour, les suffrages sont hypothétiquement ajoutés au nombre de voix obtenues par les candidats non proclamés afin de savoir si les élus conservent sur ces derniers la majorité relative [65]. Il y a donc lieu de procéder à des adjonctions hypothétiques toutes les fois notamment qu'un nombre déterminé d'électeurs ont été indûment empêchés de participer au vote alors qu'ils figuraient sur la liste électorale [66], ou qu'est parvenue tardivement une procuration qui n'a donc pu être prise en compte dans le résultat du scrutin[67].

[57] CE 20 nov. 1996, *Él. mun. de Bizous [Hautes-Pyrénées],* req. nº 171332

[58] CE 4 nov. 1996, *Él. mun. de Noyant-de-Touraine [Indre-et-Loire],* req. nº 173612 : à propos de deux procurations établies en France, au lieu d'une seule; 11 déc. 1996, *Él. mun. de Morsang-sur-Orge*, Rec. T, 886 et 904 : procurations établies par des gendarmes qui n'avaient pas reçu délégation pour les dresser; 22 janv. 1996, *Él. mun. de Cayenne [Guyane]*, req. nº 176147 et 11 déc. 1996, *Él. mun. de Muret,* req. nº 176984 et 177280 [décisions annoncées à tort comme devant être mentionnées dans les tables du Recueil] : procurations établies sans que les mandants les aient signées.

[59] CE 23 avr. 1997, *Él. mun. de Divion*, req. nº 173860.

[60] CE 11 déc. 1996, *Él. mun. de Morsang-sur-Orge*, préc.

[61] CE 16 déc. 1996, *Él. mun. de Cervione [Haute-Corse],* req. nº 174028 : à propos de deux électeurs ayant reçu des libéralités.

[62] CE 18 déc. 1996, *Él. mun. de Saint-Bénin [Nord],* req. nº 178383 : à propos de deux votes émis par des électeurs ayant exprimé de façon ostensible leur choix pour une liste et qui ont ainsi enfreint la règle édictée par l'art. L. 62 C. élect.

[63] CE 21 oct. 1996, *Él. mun. de Port-Saint-Louis, préc.*

[64] CE 25 juin 1990, *Él. mun. de Saül,* req. nº 109010/266.

[65] CE 8 janv. 1990, *Él. mun. de San-Gavino-di-Carbini,* req. nº 109984.

[66] CE 19 juin 1996, *Él. mun. de Vahitahi [Polynésie française],* req. nº 173750.

[67] CE 11 mai 1998, *Él. mun. de Semur-en-Auxois [Côte-d'Or],* préc; 21 janv. 2002, *Él. mun. de Jujols, M. Rosselot* Rec. 12 : procuration n'ayant pu être acheminée à temps, alors que les quatre candidats en présence ont obtenu le même nombre de suffrages pour l'attribution des deux derniers sièges.

b) Les conséquences des rectifications.

Les conséquences des rectifications auxquelles le juge procède dans les conditions ci-dessus exposées sont très diverses. Elles peuvent aboutir à ne rien changer au résultat de l'élection, n'avoir qu'une conséquence numérique sur ce résultat sans modification de l'ordre des élus [68], nécessiter l'annulation d'un ou de plusieurs candidats proclamés élus à l'issue du scrutin qui perdent, à la suite des calculs opérés par le juge, la majorité requise, voire, en cas d'égalité de voix à proclamer élu le plus âgé des candidats [69] ou, ce qui revient au même, à entraîner l'annulation de l'élection du plus jeune, même au premier tour [70]. Elles peuvent aussi aboutir à l'annulation des opérations électorales ou d'un tour de scrutin, comme dans l'espèce *Élections municipales de Jujols* citée en note de bas de page, sans que puisse être maintenue l'élection de l'un quelconque des candidats au bénéfice de l'âge, compte tenu du caractère hypothétique de l'adjonction du suffrage.

Deux situations assez singulières appellent quelques observations particulières.

D'une part, dans le cas où les irrégularités affectent la validité des opérations électorales dans un ou plusieurs bureaux de vote d'une commune d'une circonscription cantonale, le juge tire les conséquences de ce que l'on peut appeler une "annulation ponctuelle ou partielle" sur le résultat de l'élection du conseiller général. S'il s'avère que le candidat proclamé élu perd la majorité requise après déduction du nombre de voix qu'il a obtenues dans les bureaux où le scrutin est entaché d'irrégularité, son élection est annulée. Ainsi, l'annulation partielle ou ponctuelle des opérations électorales commande d'abord de rectifier les résultats puis, le cas échéant, l'annulation de l'élection du conseiller général [71].

D'autre part, dans le cas où le juge peut déterminer avec la plus grande précision qui soit, tout à la fois, le nombre de suffrages irrégulièrement ou frauduleusement décomptés et les victimes de ce décompte irrégulier retracé dans la proclamation faite à l'issue du scrutin, il lui est aisé de rétablir les résultats exacts de la consultation. De telle sorte que, si le juge est en mesure d'attribuer aux candidats d'une liste déclarée minoritaire à l'issue du scrutin concernant une commune de plus de 3 500 habitants la majorité des sièges d'un conseil municipal, les élections ne sont pas annulées : elles sont, tout au contraire, validées, la proclamation initiale est, quant à elle, annulée et les résultats sont inversés par une proclamation juridictionnelle qui se substitue

[68] CE 18 déc. 1996, *Él. mun. de Saint-Pierre-de-Mont [Landes],* Rec. T. 905.

[69] CE 17 janv. 1990, *Él. mun. de Wannehaim [Nord],* req. n° 108877.

[70] CE 19 janv. 1990, *Él. mun. de La Couture [Pas-de-Calais],* req. n° 109044/484.

[71] CE 28 janv. 1987, *Él. cant. d'Ivry-sur-Seine-Ouest,* Rec. T. 748, LPA 1987, n° 33, 12, note B. Maligner.

à la proclamation primitive [72]. C'est ce qui s'est produit en 1983 et c'est ce qui a été très logiquement jugé par les tribunaux administratifs, contrairement à ce qu'ont pu déclarer de hauts responsables du Parti communiste français qui prétendaient que les tribunaux étaient "aux ordres de la droite" et portaient une atteinte inadmissible à la volonté du peuple…

Enfin, le juge de l'élection dispose d'un pouvoir d'annulation.

3°) Le juge de l'élection dispose d'un pouvoir d'annulation

Ce pouvoir d'annulation revêt, dans la pratique, deux formes différentes.

a) Le juge de l'élection dispose du pouvoir d'annuler l'élection d'un ou plusieurs candidats

C'est le cas lorsqu'un candidat élu s'avère être inéligible, c'est-à-dire lorsqu'il qui tombe sous le coup d'une incapacité électorale – toujours déterminée par la loi, et toujours interprétée personnellement et strictement – qui le place dans l'incapacité juridique d'être élu, et cela alors même que son élection aurait été acquise à une très forte majorité. Deux exemples très récents – et qui ont été retenus par les médias – illustrent cette hypothèse. En effet, par ses décisions n° 2012-4565/4567/4568/4574/4575 et 4577 AN, du 18 octobre 2012, *A.N. Val-de-Marne, 1ère circ., M. Jean-François Elloco et autre* [73], le Conseil constitutionnel a jugé, dans chacun de ces cas, que le candidat élu député était inéligible pour avoir choisi, comme suppléant, une personne qui était elle-même déjà suppléante d'un sénateur, et qu'il en était de même du suppléant qu'il avait désigné, situation qui est totalement contraire aux dispositions de l'article L.O. 134 du code électoral. La haute juridiction a annulé l'élection du député et de son suppléant car, en vertu de l'article L.O. 189 du même code, lorsqu'il statue sur l'élection du candidat titulaire, il statue en même temps sur l'élection du suppléant, de sorte qu'il a prononcé l'annulation des opérations électorales dans leur ensemble. De nouvelles élections législatives partielles seront donc organisées dans les tout prochains mois dans ces deux circonscriptions.

Plus remarquable est le pouvoir que détient le juge de l'élection d'annuler les élections dans leur ensemble.

b) Le juge de l'élection dispose du pouvoir d'annuler les opérations électorales dans leur ensemble

Le juge de l'élection, qu'il s'agisse du Conseil constitutionnel, du juge administratif et même, notons-le au passage du juge judiciaire dans le contentieux des élections professionnelles, dispose du pouvoir d'annuler les opé-

[72] CE 14 septembre 1983, *Él. mun. de La Queue-en-Brie*, Rec. 367; 21 décembre 1983, *Él. mun. de Limeil-Brévannes,* Rec. 526; 6 janv. 1984, *Él. mun. de Villepinte,* Rec. T. 639.

[73] J.O. 19 octobre 2012, 16299, et n° 2012-4563/4600 *AN, Hauts-de-Seine, 3e circ., M. Julien Lanfried et autres,* J.O. 19 octobre 2012, 16298.

rations électorales quand il a la conviction que la sincérité de l'élection a été altérée, que ses résultats ont été faussés et que le sens global de l'élection a, finalement, été vicié [74]. Cela veut dire que, même lorsqu'une irrégularité ou plusieurs irrégularités, voire des manœuvres ou des fraudes ont été commises, il n'y a pas, en règle générale, lieu à annulation opérations électorale. La simple méconnaissance d'une prescription du Code électoral ne suffit donc pas, en principe, à entraîner l'annulation des opérations électorales dans leur ensemble. Toute la question est alors de savoir comment le juge de l'élection apprécie une atteinte à la sincérité de l'élection qui justifiera, par suite, l'annulation de celle-ci.

A cet effet, le juge prend en compte divers critères. Parmi ceux-ci, un présente un caractère primordial, voire cardinal : c'est celui de ***l'écart de voix entre les candidats***. Si cet écart est important, le juge refuse le plus souvent d'annuler le scrutin contesté; c'est ce que confirment d'assez nombreuses décisions du Conseil constitutionnel rendues en juillet 2012 [75]. En revanche,

[74] Pour des cas où, suivant la même méthode que les juges constitutionnel et administratif, le juge judiciaire – en l'espèce la Cour de cassation – décide que les résultats n'ont pas été faussés, V. Cass. Soc. 4 juillet 1983, *Bull. Civ.. V. n° 382* et, très récemment, Cass. Soc. 26 septembre 2012, FS – + B, n° 11-22.598, Act. Dalloz, 22 octobre 2012, note L. Perrin : à propos de votes électroniques irréguliers

[75] En présence d'un grand ou de grands écarts de voix, le Conseil constitutionnel refuse d'annuler l'élection contestée. – Cons. const. déc. n° 2012-4548/4583 AN, 13 juillet 2012, *A.N. Hauts-de-Seine, 6e circ., M. François DEROCHE, J.O. 17 juillet 2012, 11735 :* eu égard aux écarts de voix au premier tour entre les trois premiers candidats et les autres candidats 6128 voix entre le 3e et le 4e candidat, soit 8,35 points en pourcentage des suffrages exprimés) et au deuxième tour entre le candidat proclamé et les deux autres candidats 9564 voix, soit 23,52 points en pourcentage des suffrages exprimés) la manœuvre dénoncée n'a pu manifestement avoir d'influence sur le scrutin. – Cons. const. décis. n° 2012-4581 AN, 13 juillet 2012, *A.N. Seine-Saint-Denis, 2e circ., M. Houari GUERMAT, J.O. 17 juillet 2012, 11741 : 4803 voix* séparant au premier tour le candidat arrivé en 2e position du 3e candidat, premier des autres candidats à ne pouvoir figurer au second tour soit 21,71 points d'écart en suffrages exprimés; affichage irrégulier avant le premier tour; irrégularités au cours du dépouillement dans deux bureaux de vote de la circonscription. - Cons. const. décis. n° 2012-4566 AN, 13 juillet 2012, *A.N. Bouches-du-Rhône, 3e circ., Mme Simone CHARIN, J.O. 17 juillet 2012, 11739 :* écart de 3523 voix, soit 5,01 points d'écart en suffrages exprimés entre le candidat arrivé en 2e position au premier tour et le premier des candidats suivants; affiches de plusieurs candidats au premier tour apposées sur les emplacements attribués aux autres candidats. - Cons. const. décis. n° 2012-4560 AN, 13 juillet 2012, *A.N. Pas-de-Calais, 5e circ., M. Laurent FEUTRY, J.O. 17 juillet 2012, 11739 :* 13 222 voix d'écart, représentant 26,58 points d'écart en suffrages exprimés; requête ne justifiant pas que l'organisation d'une réception a revêtu le caractère d'une campagne de promotion d'un candidat; allégations sans justification relatives à une "succession d'inaugurations concentrées sur la période électorale, de manière anormale et promotionnelle" et à une campagne de diffamation dont aurait été victime le requérant. – Cons. const. décis. n° 2012-4559 AN, 13 juillet 2012, *A.N. Paris, 5e circ., M. Jean-Baptiste MARCY et M. Jean-Philippe GUILLIN, J.O. 17 juillet 2012, 11738 :* écart de 1897 voix, soit 14,92 points en pourcentage des suffrages exprimés entre la candidate arrivée en deuxièmes position au 1er tour par rapport au premier des autres candidats dans l'impossibilité de pouvoir

quand cet écart est faible, il annule les opérations électorales. La formule des

concourir au 2e tour; écart de 3582 voix entre les deux candidats au second tour, soit 30,82 points en pourcentage des suffrages exprimés. - Cons. const. décis. n° 2012-4557 AN, 13 juillet 2012, *A.N. Seine-Saint-Denis, 10e circ., M. Philippe POCHON, J.O. 17 juillet 2012, 11738 :* au premier tour, écart de 16573 voix entre le 2e des qualifiés et le 3e candidat, non qualifié au second tour, soit 25,40 points en pourcentage des suffrages exprimés; au second tour, 1221 voix d'écart entre les deux candidats en présence, soit 1,86 point en pourcentage des suffrages exprimés. – Cons. const. décis. n° 2012-4548/4583 AN, 13 juillet 2012, *A.N. Hauts-de-Seine, 6e, M. François DEROCHE, J.O. 17 juillet 2012, 11735 :* écart de 6128 voix au premier tour entre le dernier des trois candidats habilités à concourir au second tour et le premier des autres candidats; écart de 9 564 voix entre le candidat élu et le candidat arrivé en 2e position et 23,52 points en pourcentage des suffrages exprimés et de 12 260 voix entre le premier et le 3e candidat et 30,65 points en pourcentage des suffrages exprimés. - Cons. const. décis. n° 2012-4635 AN, 20 juillet 2012, *A.N. Paris, 17e circ., Mme Roxane DECORTE, J.O. 22 juillet 2012, 12102 :* écart de 12013 voix, soit 45,68 points en pourcentage des suffrages exprimés; pas d'annulation aussi eu égard au contenu des bulletins d'information municipale et du discours prononcé lors de la cérémonie des vœux par le maire de l'arrondissement, candidat élu.– Cons. const. décis. n° 2012-4634 AN, 20 juillet 2012, *A.N. Paris, 2e circ., Mme Véronique BOVER-SAYOUS et M. Benjamin SCHLUMBERGER, J.O. 22 juillet 2012, 12095 :* absence de distribution des circulaires d'une candidate aux électeurs; l'écart de voix entre les candidats au premier tour n'a pas eu d'influence sur la désignation des candidats admis à participer au second tour eu égard au nombre de voix recueillies par la requérante au premier tour 369 voix, soit 0,81 % des suffrages exprimés) et au nombre de voix obtenues par les deux candidats admis à participer au second tour 22028, soit 48,62 % des suffrages exprimés pour le candidat arrivé en tête; 15348, soit 33,88 % des suffrages exprimés pour le candidat arrivé en 2e position; le premier des candidats non admis à concourir au 2e tour n'ayant recueilli que 1875 voix, soit 4,14 % des suffrages exprimés). - Cons. const. décis. n° 2012-4632 AN, 20 juillet 2012, *A.N. Var, 8e circ., M. Bernard CLAP, J.O. 22 juillet 2012, 12102 :* 2091 voix d'écart, soit 3,52 points en pourcentage des suffrages exprimés; le candidat élu aurait bénéficié de facilités en tant que président de la communauté d'agglomération dracénoise pour adresser ses vœux à l'ensemble des élus de la circonscription. - Cons. const. décis. n° 2012-4621 AN, 20 juillet 2012, *A.N. Seine-et-Marne, 10e circ., M. Cuong PHAM PHU, J.O. 22 juillet 121100 :* 18 150 voix d'écart entre les deux candidats présents, soit 21,40 points en pourcentage des suffrages exprimés; le candidat élu aurait bénéficié du soutien du maire de la commune de L… dans le journal municipal de cette commune. - Cons. const. décis. n° 2012-4614 AN, 20 juillet 2012, *A.N. Haute-Savoie, 1ère circ., M. Christian JEAMTET, J.O. 22 juillet 2012, 12099 :* écart de 5 938 voix soit 12,12 points en pourcentage des suffrages exprimés) entre les deux candidats en compétition au second tour; requérant prétendant que le candidat élu a utilisé les services municipaux de communes de la circonscription en faisant adresser aux électeurs des messages électroniques d'invitation à ses réunions et figurer de tels messages sur le site internet d'une commune; en réalité les messages en cause se bornent à informer leurs destinataires de la date de la venue du candidat élu dans la commune. - Cons. const. décis. n° 2012-4608/4609, 20 juillet 2012, *A.N. Yvelines, 3e circ., M. Christian TOLLARI, M. Olivier ROUSSEL, J.O. 12 098* : 10 475 voix d'écart soit 23,70 points en pourcentage des suffrages exprimés); déséquilibre du traitement des candidats dans les médias audiovisuels en faveur du candidat élu et pratiques d'affichage en faveur de plusieurs candidats en méconnaissance de l'article L 51 code électoral. - Cons. const. décis. n° 2012-4606 AN, 20 juillet 2012, *A.N. Val-d'Oise, 9e circ., M. Yannick PATERNOTTE, J.O. 22 juillet 2012, 12098 :* écart de 3890 voix soit 11,92 points en pourcentage des suffrages exprimés) : envoi par le remplaçant du candidat élu de messages électroniques contenant des éléments de propagande à des employés d'une commune avant le premier tour de scrutin : même procédé utilisé par un conseil-

décisions est classique : "*eu égard au faible écart de voix entre les candidats, l'irrégularité dénoncée a été de nature à altérer la sincérité du scrutin*" ou, formule voisine et équivalente "*l'irrégularité a été de nature à fausser les résultats du scrutin*". Mais alors comment mesurer concrètement un faible écart de voix ? C'est à cette entreprise assez difficile que je me suis livré dans une étude à paraître dans un volume de contributions, dénommée usuellement "Mélanges", en l'honneur du doyen Jean-Claude Masclet, un grand maître de la doctrine électorale française, en analysant les décisions rendues par le Conseil constitutionnel lorsqu'il a traité le contentieux des élections législatives de 2007 et par le Conseil d'Etat lorsqu'il a statué sur les recours dirigés contre les élections municipales de 2008. Les résultats auxquels nous avons abouti sont les suivants.

Pour le Conseil constitutionnel, un faible écart de voix est un nombre susceptible de varier entre ***59 et 147*** suffrages. Sur les 23 décisions dans lesquelles la Haute instance s'est référée au critère de l'écart de voix dans le contentieux des élections législatives de 2007, il y a lieu d'observer que, dans une seule décision seulement [76], l'écart de voix a été jugée "faible" pour que le scrutin concer-

ler général à l'égard d'employés du conseil général Val-d'Oise avant le premier; irrégularités avant premier tour tenant à l'affichage du candidat élu; présence d'une affiche de la campagne électorale pour l'élection du président de la République dans la salle de vote d'une commune de la circonscription lors du premier tour de scrutin. – Cons. const. décis. n° 2012-4595 AN, 20 juillet 2012, *A.N. Hérault, 7e circ., Mme France JAMET, J.O. 22 juillet 2012, 12097 : au premier tour, le moins bien placé des trois candidats arrivant en tête obtient 12 959 voix, le premier des autres candidats 688, soit 12 271 voix de plus;* au second tour le candidat élu obtient 3421 voix de plus que le candidat arrivé en deuxième position dans une triangulaire), soit 5,60 points en pourcentage des suffrages exprimés. L'inéligibilité invoquée n'a pu, en tout état de cause, altérer la sincérité du scrutin. - Cons. const. décis. n° 2012-4564 AN, 20 juillet 2012, *A.N. Vaucluse, 1ère circ.,* Mme Maryse BACOT, J.O. 22 juillet 2012, 12096 : écart de 6955 voix, soit 17,23 points en pourcentage des suffrages exprimés, entre les deux candidats arrivés en tête lors d'une triangulaire, et 7477 voix entre la candidate arrivée en tête et la candidate arrivée en troisième position de la triangulaire, soit 18,52 points en pourcentage des suffrages exprimés; irrégularités ayant entaché l'affichage de la candidate élue et notamment l'utilisation massive de panneaux à la disposition des candidats à l'élection présidentielle. - Cons. const. décis. n° 2012-4561 AN, 20 juillet 2012, *A.N. La Réunion, 2e circ., M. Guillaume KOBENA, J.O. 22 juillet 2012, 12095 :* 12249 voix d'écart entre la candidate élue au premier tour et le mieux classé de ses adversaires soit 52,83 points en pourcentage des suffrages exprimés); la candidate élue aurait bénéficié d'un temps d'antenne excessif sur les antennes de radiodiffusion Réunion première; requérant empêché de faire campagne. - Cons. const. décis. n° 2012-4652 AN, 9 août 2012, *A.N. Nord, 9e circ., M. Eric POURCHEZ, J.O. 12 août 2012, 13286 :* 7 072 voix d'écart au premier tour entre le 2e et le 3e candidat, soit 15,14 points en pourcentage des suffrages exprimés; au 2e tour, 9 659 voix d'écart entre le candidat élu et le candidat battu, soit 22,42 points en pourcentage des suffrages exprimés; requérant prétendant avoir fait l'objet illégalement d'une mesure d'hospitalisation sans son consentement pendant la période électorale et que le candidat élu aurait fait apposer les affiches de sa campagne sur les panneaux réservés à cet effet avant le début de la campagne.

[76] Cons. const. Déc. n° 2007-3888/3967, 29 nov. 2007, *AN Eure-et-Loir, 1re circ., Mme Dominique Chéron, Mme Françoise Vallet*, *JO* 5 déc., 19674; *Rec. Cons. const.* 411*; AJDA* 2008. 464, note B. Maligner*; LPA* 2008, 22 févr. 2008, n° 39, 15, note S. Lamouroux*; RD*2008. 1217, note J.-Camby.

nant cette circonscription soit invalidé. En l'occurrence, 59 voix séparaient le candidat proclamé élu et son adversaire malchanceux; ces 59 voix équivalaient à 0,12 % des suffrages exprimés. On peut fixer la mesure maximale du faible écart de voix à 147 voix, si l'on est attentif au fait que la Haute instance a jugé qu'un écart de 148 unités séparant le candidat élu député de son adversaire malheureux a été considéré comme suffisamment important pour que le scrutin législatif contesté soit confirmé [77]. Cette analyse est confirmée par une récente décision du Conseil constitutionnel statuant dans un contentieux relatif aux élections législatives de juin 2012 qui considère comme grand un écart de 398 voix soit 0,66 point en % des suffrages exprimés entre l'élu et son adversaire [78].

La marge retenue par le Conseil d'Etat pour mesurer la faiblesse d'un écart de voix est plus large.

Pour le Conseil d'Etat, sont expressément analysés comme faibles des écarts variant entre ***0 et 747*** suffrages. Ce qui implique que justifient l'annulation d'un scrutin une égalité de voix entre le dernier candidat élu et le premier candidat non élu [79] ou lorsque un élu, tête de la liste qui a remporté la majorité des voix, n'a été élu qu'au bénéfice de l'âge, sans aucun écart de voix avec le premier candidat non élu de la liste adverse [80]. Sont également regardés comme très faibles des écarts :

- D'une voix entre le dernier candidat élu d'une lise et le premier candidat non élu d'une autre liste [81].
- Deux voix d'écart entre deux listes [82],
- Un écart au plus égal à 4 voix entre le plus mal placé des deux candidats non élus et le plus mal classé des deux candidats élus [83] ou un écart de 4 voix

[77] Cons. const. Déc. n° 2007-3887, 13 déc. 2007, *A.N. Val-de-Marne, 3e circ., Rec. Cons. const.*. 456 : 148 voix représentant 0,4 % des suffrages exprimés.

[78] Cons. const. décis. n° 2012-4599 AN, 4 octobre 2012, *A.N. Vaucluse, 5e circ., M. Jean-François Lavisolo, J.O. 6 octobre 2012, 15653.*

[79] CE 10e sous-section, 7 janvier 2009, *Elections municipales de Cagnano Haute-Corse), req. n° 317742 :* tract contenant des imputations diffamatoires et injurieuses, mettant en cause l'honnêteté du maire sortant, excédant largement les limites de ce qui peut être toléré dans le cadre de la polémique électorale, alors même que la personne mise en cause disposait du temps nécessaire pour répondre.

[80] CE 2e sous-section 19 novembre 2008, *Elections municipales de Marest-Dampcourt Ain), req. n° 317780.*

[81] CE 7e et 2e sous-sections réunies, 31 juillet 2009, *Elections municipales de Koenigsmacker Moselle), req. n° 318539 :* tracts excédaient les limites de la propagande électorale, en ce qu'ils mettaient en cause l'honnêteté de M. B en l'accusant d'avoir fait prévaloir ses intérêts personnels à l'occasion de la délivrance d'un permis de construire; que la gravité des imputations contenues dans ces textes et la circonstance que le troisième d'entre eux a été distribué la veille du scrutin conduisent à regarder leur diffusion comme ayant constitué une manœuvre de nature à altérer les résultats du scrutin.

[82] CE 7e sous-section, 4 mars 2008, *Elections municipales de Bourg-Saint-Andéol Ardèche),* req. n° 317629 : incertitude portant sur les discordances dans le procès-verbal de nature, "compte tenu de l'écart de 2 voix séparant les listes, à entacher la sincérité du scrutin.

[83] CE 7e sous-section, 4 mars 2009, *Elections municipales de Rottelsheim, req. n° 318018:*

entre les deux derniers élus d'une liste, pour 476 suffrages exprimés, et le premier non élu de la liste adverse, laquelle n'a obtenu qu'un élu de moins que sa concurrente [84]. Il en est de même d'un écart de 4 voix entre deux listes au second tour), soit, selon nous 0,12 % des suffrages exprimés [85]. Pareillement, un écart de 4 voix entre le candidat élu conseiller général et son adversaire, soit 013,% des suffrages exprimés [86] ou entre le dernier élu d'une liste et le premier candidat non élu [87] – entraîne l'annulation des opérations électorales.

- Un écart de 6 voix seulement, sur 5008 suffrages exprimés, entre deux listes [88].

- Des écarts respectivement de 8 voix [89] de 9 voix dans une espèce [90] ou 0,45 % des suffrages exprimés dans une autre [91] suffisent pour entraîner l'annulation d'une élection.

2 candidats élus avec 122 et 123 voix, 2 candidats non élus 118 120 voix; impossibilité de répondre utilement à des allégations.

[84] CE 7e sous-section, 25 mars 2009, *Elections municipales des Saint-Bonnet-sur-Gironde Charente-Maritime), req. n° 318375 :* diffusion d'une profession de foi litigieuse; décision dans laquelle le Conseil d'Etat mentionne que le moyen tiré de ce que l'écart de voix entre les listes ne saurait être regardé comme faible ne peut qu'être rejeté.

[85] CE 6e sous-section, 29 avril 2009, *Elections municipales de La Gaude Alpes-Maritimes),* req. n° 317471, *Lebon T. 764; Dalloz* actualité, 13 mai 2009, obs. de Gaudemont; *AJDA* 2009. 911, obs. S. Brondel*; ibid*. 2009. 1307, chron. Liéber et Botteghi : intrusion frauduleuse dans le site internet d'une liste; qualité professionnelle usurpée d'un candidat.

[86] CE, 3e sous-section, 5 décembre 2011, *M. Portaz, El du conseiller général de La Chambre Savoie), req. n° 351182* : en dépit de leur caractère limité, les irrégularités tenant à la diffusion d'affichettes diffamatoires à l'égard du candidat battu et au retrait d'un panneau officiel d'affichage de ce dernier "ont constitué des manœuvres de nature, eu égard à l'écart de quatre voix séparant les deux candidats, à altérer la sincérité du scrutin".

[87] CE 7e sous-section 10 décembre 2008, *Elections municipales de Penne d'Agenais, req. n° 318017 :* la profession de foi, affirmant le temps des copains et des coquins touche à sa fin, compte tenu des circonstances de l'espèce, mettait en cause de façon injurieuse l'honnêteté et la moralité des personnes visées dans des termes qui excédaient les limites de ce qui peut être toléré dans le cadre de la polémique électorale; la diffusion tardive de cette profession de foi n'a pas permis qu'une réponse utile lui soit apportée.

[88] CE 3e sous-section, 20 février 2009, *Elections municipales de Cassis, req. n° 317559.*

[89] CE 9e sous-section, 27 juillet 2009, *Elections dans le 4e canton de Saint-Denis La Réunion),* req. n° 322891; B… est élu avec 2463 voix, contre 2453 voix à son adversaire A…; rectification opérée par le juge B… : 2460 voix, A… 2452 soit 8 voix : diffusion d'un tract irrégulier; annulation eu égard à l'écart de voix.

[90] CE 9e et 10e sous-sections, 19 mai 2009, *Elections municipales de Mtsangamouji Mayotte), req. n° 319651* : campagne de promotion publicitaire des réalisations d'une commune.

[91] espèce CE 9e sous-section, 31 juillet 2009, *Elections municipales de Tsingoni Mayotte), req. n° 322842 :* aucune mention des votes par procuration ne figurait sur les listes d'émargement des bureaux de vote n° 19, 49 et 73, alors que, respectivement, 42, 36 et 53 votes ont été exprimés par procuration dans ces bureaux de vote lors du second tour de scrutin organisé le 16 mars 2008; cette irrégularité, qui a été de nature à priver les électeurs de la faculté d'exercer leur contrôle sur l'élection, a été susceptible, eu égard à l'écart de 9 voix séparant les deux listes en présence au second tour et au nombre d'électeurs ayant recouru au vote par procuration, de fausser les résultats du scrutin.

Des écarts d'une dizaine de suffrages sont également faibles : 11 voix entre deux listes, dans un scrutin acquis dès le premier tour, soit mais le juge ne le mentionne pas) 0,34 % des suffrages exprimés [92] ou encore de 11 voix, soit 0,38 % des suffrages des suffrages exprimés [93]. De même, conduit à l'annulation de l'élection un écart de 13 voix entre deux listes [94].

Des écarts de l'ordre d'une vingtaine de voix à un peu moins de trente voix suffisent aussi à entraîner l'annulation de scrutins : 23 voix entre deux listes [95] ou de 29 voix [96].

Des écarts variant entre un peu plus de 30 voix et un peu moins de 60 voix sont encore réduits : 33 voix 1,69 % des suffrages exprimés) [97], 34 voix, soit 1,20 % suffrages exprimés, entre les deux premières des trois listes en compétition [98].

En outre, ont été regardés comme faibles des écarts de voix variant entre 128 voix [99] et de 170 voix, soit 1,31 % des suffrages exprimés [100].

[92] CE 3e sous-section, 29 octobre 2008, *El. mun. de Saint-Jean-d'Illac Gironde), req. n° 318* 215 : suffrages exprimés 3255, "Saint-Jean d'Illac, Une" [UMP] 1633 voix; "Illac à venir" PS – Centristes), 1622 voix.

[93] CE 1ère et 6e sous-sections réunies, 31 décembre 2008, *Elections municipales d'Etrechy Essonne), req. n° 318379 :* prise en charge du coût de la publication de deux plaquettes par une association, personne morale, présidée par le maire sortant.

[94] CE 5e et 4e sous-sections réunies, 15 mai 2009, *Elections municipales de Goussainville, req. n° 322406 :* irrégularité de la procédure de révision de la liste électorale.

[95] CE 4e sous-section, 31 décembre 2008, *Elections municipales de Vias Hérault),* req. n° 318279 : diffusion dans la nuit du vendredi au samedi précédant le scrutin d'un tract comportant un élément nouveau.

[96] CE 3e sous-section, 3 avril 2009, *Elections municipales de Peypin, req. n° 318278 :* diffusion d'une information, présentant un caractère nouveau, et contenant une imputation grave jetant la suspicion sur la probité d'un candidat, à laquelle il était impossible de répondre; manœuvre.

[97] CE 9e sous-section, 31 juillet 2009, *Elections cantonales de Tsingons Mayotte),* req. n° 322843 : électeurs privés d'exercer leur contrôle; annulation eu égard à l'écart de voix et au nombre d'électeurs ayant eu recours au vote par procuration.

[98] La décision faisant référence, à tort à notre avis, aux deux candidats en compétition : CE 9e sous-section, 10 juin 2009, *Elections municipales de Sada Mayotte), req. n° 319650 :* Liste A… 1299 voix 45,79 % des suffrages exprimé, 22 sièges), Liste B… 1265 voix 44,59 % des suffrages exprimés, 6 sièges), Liste C… 278 voix 9,62 % des suffrages exprimés, 1 siège.

[99] il ne nous a pas été possible d'en savoir plus : CE 9e sous-section 10 juin 2009, *Elections cantonales de Sada Mayotte), req. n° 319884* : liste d'émargement ne comportant pas les mentions prévues pour le vote par procuration; annulation de l'élection au regard de l'écart de voix et du nombre d'électeurs ayant voté suivant cette procédure.

[100] CE, Sect., 8 juin 2009, *Élections municipales de Corbeil-Essonnes Essonne),* req. nos 322236 et 322237: Rec. 222; AJDA 2009. 1124; ibid. 2009. 1307, chron. Liéber et Botteghi; ibid. 1725, note Maligner; JCP Adm. 15 juin 2009, n° 748; RFDA 2009. 870, chron. Terneyre; RFDA 2010. 280, concl. Derepas *:* des dons en argent d'une ampleur significative faits à des habitants de la commune doivent, quelles qu'aient pu être les motivations du maire sortant qui, dans un document vidéo, n'a pas nié leur existence, être regardées, dès lors qu'ils traduisent une pratique persistante, y compris dans la période électorale, comme ayant pu affecter la libre

Enfin, il est moins fréquent de regarder comme faibles des écarts variant entre 249 voix et 747 voix. Pour preuve : un écart de 249 voix soit 4,34 % des suffrages exprimés) [101], est jugé faible et entraîne l'annulation eu égard à l'intensité et à l'ampleur de l'irrégularité; un écart de 264 voix selon nos recherches soit 7,9 % des suffrages exprimés), entre deux listes en compétition au second tour, implicitement mais nécessairement regardé comme faible, a été jugé suffisant pour justifier l'annulation d'une élection [102]; un écart de 574 voix entre les deux premières des trois listes en compétition soit 1,37 % des suffrages exprimés) a été regardé suffisamment faible dans l'affaire dite de "la fraude à la chaussette" lors des élections municipales de Perpignan en 2008 [103]. Enfin, un écart de 747 voix entre la première et la deuxième des trois listes en compétition Liste 24 692, Liste B… 23945, Liste C… 7 123) est jugé "réduit", et entraîne, pas à lui seul il est vrai, l'annulation de l'élection [104].

Mais si la justice électorale politique et "politico-administrative" est essentiellement, principalement, "post-électorale", elle est aussi "pré-électorale", dans la mesure où les juges peuvent être saisis de contestations portant sur une règle de droit électoral avant l'élection.

II. La justice électorale politique et politico-administrative, une justice accessoirement pré-électorale

Avant le scrutin, aussi bien le juge judiciaire non répressif A) que le juge administratif B) voire le Conseil constitutionnel C) peuvent être saisis et, donc, être appelés à intervenir.

détermination des électeurs intervenus en vue des élections, altérer la sincérité du scrutin et en vicier les résultats; eu égard au faible écart de voix 170), les élections encourent l'annulation.

[101] CE 5e et 4e sous-sections réunies, 10 juillet 2009, *Elections municipales de Briançon Hautes-Alpes), req. n° 322070,* Rec. 267; Dalloz actualité, 22 juill. 2009, obs. de Gaudemont; AJDA 2009. 1401, obs. de Montecler; JCP Adm., n° 30, 20 juill. 2009, n° 995. Liste A… 2994 voix 52,17 %); Liste B… 2745 voix 47,83 %).

[102] CE 20 février 2009, *Elections municipales de Saint-Mitre-les-Remparts, req. n° 318 275 :* tract mettant en cause l'honnêteté d'un candidat dans des termes excédant la polémique électorale et constituant un élément nouveau de la campagne électorale, excluant toute défense utile, et constituant une manœuvre.

[103] CE 6e et 1ère sous-sections réunies, 23 avril 2009, *Elections municipales de Perpignan,* req. n° 322243, Rec.166; Dalloz actualité, 4 mai 2009, obs. de Gaudemont; AJDA 2009. 852, note Brondel; ibid. 2009. 1309, chron. Liéber et Botteghi; ibid. 2009. 1326, note Vila; JCP Adm., n° 19, 4 mai 2009, n° 571, rubr. Rouault; RFDA 2010. 260, concl. De Silva *:* les résultats étaient les suivants : liste A… 19 072 voix, 45,48 % des suffrages exprimés; Liste B… 18498 voix, 44, 11 % des suffrages exprimés; liste C… 4368 voix, 10,42 % des suffrages exprimés

[104] CE Sect. *Élections municipales d'Aix-en-Provence,* req. n° 321974: *Lebon 229; Dalloz actualité,* 22 juin 2009, obs. de Gaudemont*; AJDA* 2009. 1127, obs. de Montecler*; ibid.* 2009. 1306, chron. Liéber et Botteghi, *JCP Adm.* 15 juin 2009, n° 749; *Dr. adm.* 2009. comm. n° 99*; RFDA* 2009. 869, chron. Terneyre; *ibid.* 2010. 273, concl. Glaser.

A. L'intervention du juge judiciaire non répressif avant l'élection

Le juge judiciaire non répressif intervient en matière électorale de deux façons différentes : en matière de contentieux de l'électorat, d'une part 1°) et en tant que juge des référés, d'autre part 2°).

1°) L'intervention du juge judiciaire en matière en matière de contentieux de l'électorat : l'inscription et la radiation d'électeurs

Il est traditionnel depuis l'Ancien Régime d'attribuer au juge judiciaire non répressif la connaissance de ce contentieux portant sur la qualité d'électeur qui pose exclusivement des questions de droit privé, des questions d'état, de nationalité et de domicile.

Deux procédures distinctes sont susceptibles d'être mises en œuvre.

a) La procédure de l'article L. 25 du Code électoral

La première est une procédure organisée par l'article L. 25 du code électoral qui permet aux électeurs intéressés, concrètement aux électeurs qui ont n'ont pas été inscrits sur la liste électorale, alors qu'ils en avaient fait la demande, ou qui ont été radiés des listes électorales par les commissions administratives chargées de procéder à la révision annuelle des listes électorales, de contester leur absence d'inscription ou leur radiation devant le tribunal d'instance. Le même droit est également ouvert à tout électeur inscrit sur la liste électorale de réclamer devant le juge d'instance "l'inscription ou la radiation d'un électeur omis ou indûment inscrit". Cette même voie de droit est enfin ouverte au préfet et au sous-préfet. C'est une procédure extrêmement rapide puisque le tribunal d'instance doit être saisi dans le délai de cinq jours à compter de la publication ou de l'affichage du tableau portant révision de la liste électorale, qui intervient le 9 janvier de chaque année, et ce tribunal doit statuer dans un délai bref de dix jours suivant l'enregistrement du recours article R. 14 du code électoral). La décision du tribunal est notifiée par le greffe aux parties intéressées et au préfet dans les trois jours qui suivent la date à laquelle le tribunal a statué article R. 15 du code électoral). Un pourvoi en cassation peut être formé dans les dix jours qui suivent cette notification par les parties intéressées ainsi que par le préfet article R. 15-1 du code électoral). La procédure est dispensée du ministère d'avocat article R. 15-6 du code électoral). La brièveté des délais de saisine et de règlement juridictionnel des litiges s'explique aisément : il s'agit de permettre aux personnes intéressées de pouvoir prendre part aux élections qui se déroulent en général sauf circonstances exceptionnelles) au plus tôt au mois de mars.

b) La procédure de l'article L. 34 du Code électoral

La seconde procédure, pratiquement très utilisée le jour du vote, est prévue par l'article L. 34 du Code électoral. Ce texte prévoit que "Le juge du tribunal d'instance, directement saisi, a compétence pour statuer jusqu'au

jour du scrutin sur les réclamations des personnes qui prétendent avoir été omises sur les listes électorales par suite d'une erreur purement matérielle ou avoir été radiées de ces listes sans observation des formalités prescrites par les articles L. 23 et L. 25". La jurisprudence relative à l'application de ce texte est parfois assez subtile [105].

2°) L'intervention du juge judicaire par la procédure du référé de droit privé

Le juge civil, sous la forme de la juridiction des référés, intervient activement pour connaître de comportements manifestement illicites, principalement lors de la campagne électorale. Ainsi, il a été décidé que le juge des référés est compétent pour ordonner sous astreinte à un candidat de retirer la totalité de ses affiches électorales sur lesquelles il se prévaut faussement du soutien d'un parti politique qu'il a donné à un autre candidat [106]. De même, un président de tribunal de grande instance statuant en référé peut se déclarer compétent pour connaître des contestations relatives à un tract électoral [107]. Ainsi encore, il a été jugé que si le contentieux des actes préliminaires des opérations électorales de nature politique qui s'y rattachent, appartient au juge l'élection, il entre cependant dans les pouvoirs du juge des référés de l'ordre judiciaire de prescrire, en vertu de l'article 809 du nouveau code de procédure civile, des mesures conservatoires de remise en état qui s'imposent au regard d'un trouble dont le caractère manifestement

[105] Par exemple, l'article L. 57 du Code électoral disposant que seuls les électeurs inscrits sur la liste qui a servi au premier tour de scrutin peuvent prendre part au deuxième tour, il n'est pas permis à une personne non inscrite sur la liste de faire, le jour du deuxième tour, une demande d'inscription fondée sur l'article L. 34 et motivée par une erreur matérielle antérieure au premier tour Civ. 2e, 5 juill. 1978: *Bull. civ. II, n° 173*). C'est pourquoi, les dispositions de l'art. L. 57 du code électoral ne permettent pas la saisine du juge d'instance sur le fondement de l'article L. 34 entre les deux tours de scrutin Civ. 2e, 5 mai 1995: *Bull. civ. II, n° 133; Gaz. Pal. 24-28 déc. 1995, 11; JCP 1995. IV. 1535).* Par ailleurs, seule constitue une erreur matérielle, au sens des dispositions de l'article L. 34, celle imputable à l'autorité chargée d'établir la liste électorale, et non pas l'affirmation du maire d'une commune selon laquelle une intéressée serait "automatiquement" inscrite dans la nouvelle commune par les services de l'INSEE Civ. 2e, 18 mars 1992: *Bull. civ. II, n° 93*). De plus, un intéressé qui a été radié de la liste électorale par une décision qui lui a été notifiée par un courrier retourné avec les mentions "n'habite plus à l'adresse indiquée" ou "parti sans laisser d'adresse", n'est pas fondé à demander au juge d'instance le jour du scrutin son inscription sur la liste électorale sur le fondement de l'article L. 34, cette radiation ne résultant pas d'une erreur purement matérielle. Civ. 2e, 23 mai 2001, *Frourniret c/ TI Paris: Bull. civ. II, n° 102; Coll. terr. 2001, n° 185, 11, note Moreau; D. 2001. IR 1850; Gaz. Pal. 2002. 1. Somm. 198; JCP 2001. IV. 2307*).

[106] CA Paris, 8 mars 1989, D. 1989. IR. 112

[107] TGI Toulouse, réf. 16 mars 1993, LPA 1993, n° 129, 11, note J.-Camby.

illicite exige qu'il doive cesser immédiatement pour garantir le libre choix du code électoral et par là l'exercice des libertés publiques [108]. Il a même été jugé que s'il n'appartient pas en principe au juge judiciaire des référés d'interférer dans les opérations électorales dont le contentieux relève le juge de l'élection, il peut cependant interdire à un candidat d'utiliser ses bulletins et ses circulaires pour cesser de porter atteinte à la vie privée d'autrui. Le juge des référés peut prendre des mesures immédiatement, pendant la campagne électorale, pour faire cesser le trouble ainsi causé, indépendamment des recours ultérieurs devant le juge du contentieux de l'élection, puisque ce juge du contentieux de l'élection n'a pas le pouvoir d'intervenir préventivement pendant la campagne sur le contenu des documents litigieux, de sorte que si le matériel électoral contient en lui-même les atteintes à la vie privée, le juge judiciaire conserve son pouvoir d'intervention, en préservant le choix des électeurs. En décider autrement permettrait à des candidats peu délicats de profiter de l'immunité que leur conférerait une campagne électorale pour porter, en toute immunité, des atteintes à la vie privée d'autrui pendant tout le temps de cette campagne [109]; cette solution n'est plus tout à fait exacte, comme on le verra, depuis qu'a été institué un référé administratif en 2000. Il a même été décidé à l'occasion des élections présidentielles de 2002 qu'un juge des référés avait pu se reconnaître compétent pour connaître d'une demande présentée par l'Association des maires de France tendant à ordonner à un candidat à l'élection présidentielle, M. Gérard Schivardi, de retirer de son site Internet toute mention contenant les termes de "candidat des maires de France" et à lui interdire de se présenter comme tel dans toute déclaration qu'il pourrait faire jusqu'au premier tour de l'élection présidentielle [110]. Ainsi, le juge des référés est-il en droit de mettre fin, pendant la campagne électorale, et préventivement, si l'on peut dire, à des faits qui sont susceptibles d'affecter la régularité et la sincérité de l'élection.

Cela exposé, le juge administratif n'est pas dépossédé de toute compétence en matière électorale avant le scrutin.

B. L'intervention du juge administratif avant l'élection

Avant l'élection, le juge administratif peut intervenir à trois titres très différents. Il peut, en effet, intervenir pour apprécier la régularité des opérations de révision de la liste électorale 1°) et pour connaître du contentieux du refus d'enregistrement des candidatures 2°).

[108] CA Versailles, 19 mars 1993, LPA 1993, n° 129, 12, note J.-Camby.

[109] CA Toulouse, 5 janvier 1999, *Guégan c/ Baudis, JCP* 1999. II. 10129, note Espuglas.

[110] Civ. 1ère 9 juillet 2008, *M. Schivardi c/ Association des maires de France,* JCP Adm. 200°8, n° 45, 28, note Renard-Payen, confirmant CA Paris, 14e chambre, 6 avril 2007.

1°) L'intervention du juge administratif en matière de contentieux des opérations de révision de la liste électorale

La révision des listes électorales est opérée en France chaque année, pour toutes les élections politiques nationales et locales, par une commission administrative tripartite composée du maire ou de son représentant, d'un représentant du Préfet et d'un représentant du tribunal de grande instance. Cette commission à caractère administratif est chargée d'établir la liste des électeurs de chaque commune en inscrivant les nouveaux électeurs dont le domicile est établi dans la commune et qui ont demandé leur inscription et de radier de cette liste les électeurs décédés et plus généralement les électeurs qui n'ont plus d'attache avec la commune. Or, il se peut que ces lourdes et difficiles opérations de révision de la liste électorale soient entachées d'irrégularité. En particulier il peut advenir que les formes prescrites par la loi n'aient pas été respectées. Par exemple, il se peut que tous les membres devant participer aux réunions de cette commission n'aient pas siégé, ou que le procès-verbal des opérations de révision n'ait pas été signé par les trois membres de la commission.

Comme il s'agit de savoir si ces opérations administratives ont été ou non bien conduites, indépendamment de toute question sur le droit d'électeurs identifiés de figurer sur la liste électorale, il est normal que le juge administratif soit compétent pour contrôler la régularité des opérations de ces opérations de révision [111]. C'est pourquoi, l'article L. 20 du Code électoral prévoit que, dans les deux jours qui suivent la réception du tableau contenant les additions et retranchements faits à la liste électorale, le préfet – et lui seul – peut déférer au tribunal administratif les opérations de révision de la commission administrative, s'il estime que les formalités prescrites par l'article L. 18 du Code électoral – à savoir faire figurer sur la liste les noms, prénoms, domicile ou résidence de tous les électeurs, étant entendu que l'indication de domicile ou de résidence comporte obligatoirement l'indication de la rue et du numéro s'il en existe un) et que, pour les électeurs sans domicile fixe, doit figurer l'indication du domicile ou de la résidence de l'organisme qui les accueille – n'ont pas été observées. Si le tribunal administratif considère que ces opérations de révision ont été mal faites, il annule ces opérations de révision et fixe le délai dans lequel elles doivent être refaites art. R. 12 du Code électoral).

2°) Le contentieux du refus d'enregistrement des candidatures

Ce contentieux pré-électoral appartient exclusivement au juge administratif, au moins en premier ressort, que le refus d'enregistrement soit opposé à un candidat à l'élection des représentants de la France au Parlement européen, à un candidat à une élection locale élection régionale, cantonale ou municipale) ou

[111] Les règles suivant lesquelles les opérations de révision doivent être conduites ont été posées avec minutie par un important arrêt du Conseil d'Etat dans sa formation la plus solennelle : CE Ass. 3 février 1989, *Maire de Paris, RFDA* 1989, 310, concl. B. Stirn.

à un candidat à une élection législative ou sénatoriale. S'agissant des élections parlementaires, la loi organique du 14 avril 2011 a apporté d'utiles précisions. En vertu de l'article LO 160, alinéa 1er, du code électoral, l'enregistrement de la candidature d'un candidat inéligible est interdit. L'article 13 de la loi organique du 14 avril 2011 complète cet alinéa en prévoyant, ce qui constitue une nouveauté, que le refus d'enregistrement est motivé. Cette précision nouvelle est importante car elle est propre à permettre à celle ou celui dont l'enregistrement de la candidature est refusé par le préfet de pouvoir connaître le motif de ce rejet et de le contester utilement devant le juge administratif. Jusqu'à présent en effet, lorsqu'il apparaissait qu'une déclaration de candidature avait été déposée par une personne inéligible, il appartenait au préfet – et à lui seul[112] – de surseoir à l'enregistrement de cette candidature et de saisir, dans les vingt-quatre heures, le tribunal administratif. Celui-ci disposait de trois jours pour statuer. La décision du tribunal ne pouvait être contestée que devant le Conseil constitutionnel saisi de l'élection ancien article LO 160, alinéa 2). Lorsque ces délais n'avaient pas été respectés, la candidature devait être enregistrée ancien article LO 160, alinéa 3). Le changement opéré par l'article 13, 2° de la loi organique est simple : il n'appartient plus désormais au préfet de saisir le tribunal administratif, mais au candidat ou à la personne qu'il désigne à cet effet de saisir le tribunal administratif, dans les vingt-quatre heures de la notification de ce refus. Mais, comme antérieurement, le tribunal doit se prononcer au plus tard le troisième jour de la saisine nouvel article LO 160, 2°) et si celui-ci ne s'est pas prononcé dans le délai imparti, la candidature est enregistrée nouvel article LO 160, dernier alinéa). En réalité, ces modifications alignent, par une rédaction voisine des textes, le contentieux du refus d'enregistrement des candidatures aux élections législatives sur celui du contentieux du refus d'enregistrement des candidatures aux élections régionales art. L. 351), cantonales art. L. 210-1 du code électoral) et municipales art. L 265 du code électoral). Bien que le nouveau texte ne le précise pas, il nous semble que, si le tribunal administratif confirmait le refus d'enregistrement de la candidature, le Conseil constitutionnel pourrait avoir à en connaître à l'occasion d'un recours dirigé contre l'élection du député proclamé.

Telles sont, brossées à grands traits, les "figures" traditionnelles de la justice électorale française, les contentieux électoraux dont ont à connaître les juridictions tant après qu'avant le scrutin.

Mais à ces figures anciennes et solidement établies de la justice électorale se sont ajoutées par vagues successives depuis une trentaine d'années, sur certains points, voire ces toutes dernières années sur certains autres, de "nouvelles figures" qui l'ont considérablement enrichie.

[112] CE 21 septembre 1984, *Allain,* Rec., 307; Cons. const. 8 juillet 1986, *A.N. Haute-Garonne*, Rec. Cons. const. 97.

ARTICLE 2

LES FIGURES NOUVELLES DE LA JUSTICE ÉLECTORALE FRANÇAISE

L'évolution de la justice électorale française ces trente dernières années tient à l'émergence de contentieux pré-électoraux de types nouveaux I) et surtout au très importants développements de contentieux "post-électoraux" générés par l'application de lois nouvelles intervenues en vue de moraliser la vie politique II).

1. L'émergence de nouveaux contentieux pré-électoraux

L'apparition de nouveaux contentieux avant la tenue du scrutin tient à la conjonction de trois éléments : d'abord, au contrôle plus poussé du redécoupage des circonscriptions A), ensuite, à l'utilisation assez récente en matière électorale de la procédure d'urgence administrative B), enfin, au renouveau des "recours en légalité C).

A. Le contrôle plus poussé du découpage des circonscriptions électorales

Le "découpage", le "remodelage", certains disent le "charcutage" des circonscriptions électorales est une opération technique et surtout politique délicate puisqu'elle est toujours suspecte de favoriser les partis politiques qui se réclament des gouvernements ou des majorités parlementaires en place. Cette opération est bien connue et critiquée sous l'appellation de "gerrymandering" du nom de ce gouverneur du Massachusetts, Elbridge Gerry, accusé d'avoir "dessiné" une circonscription en forme de *salamandre* afin de favoriser son parti au XIXe siècle.

Pendant longtemps, ces opérations de redécoupage ne faisaient pas l'objet d'un contrôle particulièrement approfondi de la part des juridictions. *Actuellement*, il en va différemment. Les juges ont adopté des critères, parfois assez complexes, destinés à s'assurer que les redécoupages de circonscriptions électorales ne sont pas arbitraires, ne facilitent pas l'élection de celles et ceux qui se réclameraient de la majorité sortante.

On peut le vérifier tant en ce qui concerne le découpage des circonscriptions cantonales 1°), soumis au contrôle du Conseil d'Etat, qu'en ce qui concerne le découpage des circonscriptions législatives, soumis à l'éventuelle censure du Conseil constitutionnel 2°).

1°) Le contrôle du découpage des circonscriptions cantonales

L'idée conductrice, le principe directeur qui régente le contrôle juridictionnel exercé par le Conseil d'Etat est que le découpage doit assurer l'équi-

libre démographique entre les circonscriptions d'un même département, de telle sorte qu'il n'existe pas de disparités criantes entre les cantons les plus peuplés et les moins peuplées du même département, par rapport à la moyenne départementale, et qu'ainsi l'égalité entre les électeurs soit respectée.

Le régime juridique du découpage cantonal est aujourd'hui largement défini par voie jurisprudentielle et, plus spécialement, par le juge administratif en sa qualité de *juge de l'excès de pouvoir.* À ce titre, le Conseil d'État a jugé que, si le gouvernement peut, notamment pour tenir compte de l'évolution démographique, procéder au remodelage des circonscriptions cantonales, une telle opération ne saurait en principe avoir pour effet d'accroître les disparités existant auparavant entre les cantons les plus peuplés et les cantons les moins peuplés CE 12 juill. 1978, *Commune de Sarcelles,* Rec. p. 309; CE 23 oct. 1985, *Pierratte*, Rec. p. 298, AJDA 1986. 33, concl. A. Roux). Si le nouveau découpage a pour effet de réduire ces disparités, la circonstance qu'il existe encore des écarts entre les cantons les plus et les moins peuplés du département, n'est pas, par elle-même, de nature à entacher ce nouveau découpage d'illégalité CE, Ass., 18 *nov*. 1977, *Commune de Fontenay-sous-Bois*, Rec. p. 448, RD P 1978. 626, concl. M. Franc). De même, est légal un redécoupage ayant pour effet de réduire l'écart démographique entre les cantons tant par rapport à la moyenne départementale qu'entre les cantons faisant l'objet du remodelage contesté généraux CE 18 déc. 1991, *Berthelot,* RFDA 1992. 248, concl. R. Dutreil).

En revanche, si le nouveau découpage réduit la disparité d'ordre démographique entre les cantons d'un département par rapport à la moyenne départementale mais a pour effet d'accroître l'écart entre la population du canton le plus peuplé et celle du canton le moins peuplé de la partie du département qui fait l'objet de ce découpage, le décret procédant à ce découpage est entaché d'illégalité et encourt l'annulation CE, Ass, 13 déc. 1991, *Département du Loir-et-Cher,* Rec. p. 442; AJDA 1992. 160 AJDA 1992. 112, chron. C. Maugüé et R. Schwartz Dr. adm. 1992. Comm. 24, LPA 3 janv. 1992, n° 2, p. 8, obs. T. Célérier, RDP 1992. 235, concl. F. Lamy, 1992. 853, concl. R. Dutreil).

Ces orientations jurisprudentielles ont été tout à la fois confirmées et affinées en plusieurs étapes. Par des arrêts rendus en assemblée du contentieux le 13 novembre 1998 *Commune d'Armoy,* RFDA 1999. 818, note Claudie Weisse-Marchal; *Le Déaut et autres,* AJDA 1998. 977, chron. F. Raynaud et P. Fombeur; Dr. adm. 1999. Comm. 3, note L. Touvet, RFDA 1999. 826, concl. L. Touvet. RDP 1999. 1515, note C. Geslot; *Amalric*, Rec. p. 397; *Commune de Saint-Louis, Département de La Réunion*, AJDA 1998. 977, chron. F. Raynaud et P. Fombeur), le Conseil d'État juge que si l'article L. 3113-2 du code général des collectivités territoriales dispose que "les modifications des limites territoriales des cantons, les créations et suppressions de cantons et le transfert du siège de leur chef-lieu sont décidés par décret en Conseil d'État

après consultation du conseil général", il résulte de l'ensemble des dispositions de la Constitution, notamment de ses articles 3, 24 et 72, que le principe d'égalité des citoyens devant le suffrage s'applique à l'élection des assemblées délibérantes des collectivités locales. Il suit de là que, s'il appartient au gouvernement, sous réserve de ne porter atteinte à aucune disposition législative régissant l'organisation administrative, de procéder, afin notamment de tenir compte de l'évolution démographique, au remodelage des circonscriptions cantonales d'un département, de telles opérations ne peuvent légalement augmenter les disparités d'ordre démographique existantes; elles ne sauraient avoir pour objet ni, en principe, pour effet d'accroître, sauf pour des motifs d'intérêt général, ni l'écart de la population de chaque canton à la population cantonale moyenne dans le département ni, dans les cas autres qu'une scission, l'écart entre le plus peuplé et le moins peuplé des cantons découpés, ni dans le cas de la scission d'un canton préexistant, l'écart entre le canton le plus peuplé et le canton le moins peuplé de la partie du département englobant ce canton et affecté par ce remodelage".

D'autres questions ont été précisées par le Conseil d'État en 2004. Avec la décision *Guinde et département des Bouches-du-Rhône* CE, Ass, 21 janv. 2004, AJDA 2004. 451, concl. S. Boissard; RFDA 2004. 506, obs. L. Touvet) l'Assemblée du contentieux a précisé que pour apprécier les éventuelles disparités démographiques existantes il faut comparer deux écarts : d'une part, la population du canton avant redécoupage est comparée à la moyenne départementale avant le découpage, d'autre part, la population des cantons après découpage est comparée à la moyenne départementale après le redécoupage. Si ces disparités se sont accrues, le découpage est illégal, sauf si l'accroissement de l'écart à la moyenne est d'une ampleur limitée et s'inscrit dans une opération de remodelage de grande ampleur, tenant compte par exemple de la topographie des lieux et du souci du gouvernement de faire coïncider les cantons avec les circonscriptions législatives, qui réduit sensiblement tous les autres écarts. Par la décision *Boulanger* CE, Ass., 21 janv. 2004, AJDA 2004. 451, concl. S. Boissard; RFDA 2004. 506, note L. Touvet), le Conseil d'État a posé nettement les règles que le Premier ministre doit suivre quand il est saisi d'une demande de remodelage des cantons d'un département : "*Il est tenu d'y faire droit si une transformation profonde de la répartition de la population de ce département a conduit à des écarts de population manifestement excessifs entre ces cantons et sous réserve que des motifs d'intérêt général ne justifient pas le maintien du découpage existant*". Et si le Premier ministre a refusé, à tort, de procéder à cette opération, le Conseil d'État annule ce refus et lui enjoint, sur le fondement des dispositions de l'article L. 911-1 du code de justice administrative, de prendre le décret nécessaire, en l'espèce, postérieurement au renouvellement des conseils généraux de mars 2004, et en tout état de cause en temps utile pour le renouvellement de 2007, soit au plus tard à la fin de février 2006.

On retrouve les mêmes préoccupations dans le contrôle qu'exerce sur le découpage et le remodelage des circonscriptions législatives le Conseil constitutionnel.

2°) Le contrôle du découpage des circonscriptions législatives

A partir de 1985[113], le Conseil constitutionnel exerce un contrôle sur les opérations de redécoupage des circonscriptions législatives préparées par le Gouvernement et votées par le législateur[114] – ou la majorité parlementaire en place. La jurisprudence du Conseil constitutionnel, exercée au titre du contrôle de conformité à la Constitution, est désormais posée très clairement en ce sens que toute opération de redécoupage des circonscriptions doit reposer sur des bases essentiellement démographiques et respecter, autant que faire se peut, un équilibre territorial. Il a eu l'occasion de rappeler ces principes directeurs dans sa plus récente décision en la matière Cons. const. décision n° 2008-573 DC, 8 janvier 2009, AJDA 2009. 654, note B. Maligner).

En 2008, le Parlement a adopté un dispositif aux termes duquel, il pourrait être dérogé à la règle suivant laquelle le découpage des circonscriptions législatives doit reposer sur des bases essentiellement démographiques, en prévoyant que les opérations de redécoupage des circonscriptions législatives pouvaient faire l'objet d'adaptations justifiées par des motifs d'intérêt général " *en fonction notamment de l'évolution respective de la population et des électeurs inscrits sur les listes électorales* ". Le Conseil constitutionnel a censuré cette règle qui prévoit de faire varier dans certaines circonscriptions les bases démographiques à partir desquelles sont répartis les sièges de députés parce que cela méconnaît le principe d'égalité devant le suffrage.

De même et pour la même raison, la Haute instance a censuré une disposition, fondée sur une vieille tradition, il a censuré la règle suivant laquelle "le nombre de députés ne peut être inférieur à deux pour chaque département", parce que, depuis 1986, la population des départements français a augmenté de plus de 7 600 000 personnes alors que le nombre de députés élus dans ces départements doit être réduit pour tenir compte de la nouvelle représentation à l'Assemblée nationale des Français établis hors de France. Il a considéré qu'eu égard à l'importante modification de ces circonstances de droit et de fait, le maintien d'un minimum de deux députés pour chaque département n'est plus justifié par un impératif d'intérêt général susceptible d'atténuer la portée de la règle fondamentale selon laquelle l'Assemblée nationale doit être élue sur des bases essentiellement démographiques.

Dans cette même décision n° 2008-573 DC, le Conseil constitutionnel a également estimé que

[113] Cons. const. décis. n° 85-196 DC, 8 août 1985, Rec. Cons. const. 63.

[114] Sur cette question, nous nous permettons de renvoyer pour plus de détails à B. Maligner, *Contentieux des élections parlementaires, Compétence et procédure,* Juris-Classeur Administratif, Fasc. n° 1467, spécialement les n°s 9 à 19.

1/ Les députés élus dans les collectivités d'outre-mer doivent aussi être élus sur des bases essentiellement démographiques. Aucun impératif d'intérêt général n'impose que toute collectivité d'outre-mer constitue au moins une circonscription électorale. Il ne peut en aller autrement, si la population de cette collectivité est très faible, qu'en raison de son particulier éloignement d'un département ou d'une collectivité d'outre-mer.

2/ Les exceptions aux règles de redécoupage, par exemple la règle du territoire continu d'une circonscription ou celle des écarts limités de population entre circonscription, ne pourront être utilisées que dans une mesure limitée et en s'appuyant sur des impératifs précis d'intérêt général.

3/ Le nombre de députés représentant les Français établis hors de France devra être fixé en fonction de la totalité de la population inscrite sur les registres consulaires.

4/ La délimitation des circonscriptions des députés représentant les Français établis hors de France devra, sauf exception spécialement justifiée par des considérations géographiques, tenir compte de l'écart maximum de 20 % toléré entre la population de chaque circonscription et la population moyenne, prévu pour les départements et les collectivités d'outre-mer.

Une deuxième nouveauté doit être signalée : le recours aux procédures d'urgence en matière administrative.

B. L'utilisation de la nouvelle procédure d'urgence en matière administrative

Afin d'accélérer le règlement contentieux des affaires administratives ont été instituées par la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 des procédures d'urgence, et en particulier le "référé-liberté" qui est l'objet de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. Aux termes de ce dernier texte, "*Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures".* Alors que ces dispositions n'étaient pas conçues, dans l'esprit même du rapporteur du projet de loi à l'Assemblée nationale, comme devant s'appliquer au contentieux électoral pour la raison qu'il existait déjà, pour ce contentieux, des procédures spécifiques, le Conseil d'Etat a eu l'occasion, moins de deux mois après l'entrée en vigueur de la loi, de considérer que ce texte était applicable au contentieux des élections. Et il l'a fait dans des circonstances tout à fait singulières.

En effet, au cours de la campagne électorale municipale de Paris, la chaîne de télévision Canal + avait formé le projet d'organiser un débat entre le postulant socialiste à la mairie de Paris M. Delanoë et l'un des adversaires de celui-ci, Philippe Séguin, investi par les instances politiques de la majorité sortante. Le maire sortant, M. Jean Tiberi, exclu de ce débat, et qui était lui-

même candidat, entendait bien y prendre part. Canal + refusant de l'inviter, M. Tiberi demanda, sans succès, au CSA d'intervenir auprès de Canal + en tant qu'autorité chargée de garantir le pluralisme des courants de pensée dans les médias audiovisuels. Il contesta, par la voie du référé-liberté, ce refus devant le Conseil d'Etat en estimant que le CSA avait porté dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale, à une liberté fondamentale en refusant d'intervenir. Formellement, le recours de M. Tiberi a été rejeté. Mais, sur le fond, le juge des référés du Conseil d'Etat lui a donné satisfaction. Il a jugé en effet que "Le choix de Canal + d'organiser en période électorale des débats opposant deux candidats plutôt que d'autres formes d'émissions relève dans son principe de sa politique éditoriale; il incombe toutefois à cette chaîne de veiller à ce que ce choix n'entraîne pas une rupture du principe d'équité de traitement entre candidats. S'il ne contrevient, par lui-même, à aucune règle ni à aucun principe, le choix fait par Canal + d'organiser - avant le premier tour - un "duel" entre M. Delanoë et M. Séguin conduit en pratique à des difficultés pour assurer le respect du principe de l'équité de traitement des candidats; en l'espèce ces difficultés sont accrues par le fait que M. Tibéri, s'il n'a pas reçu une investiture analogue à celle de M. Delanoë et M. Séguin, est le maire de Paris sortant, candidat à sa succession; en conséquence il est indispensable que le projet de "duel" entre M. Delanoë et M. Séguin soit assorti de la part de Canal + des propositions les plus propres à assurer un traitement équitable entre candidats; il incombe au CSA de contribuer dans le respect de ses pouvoirs à ce qu'il en soit ainsi; il lui reviendra notamment de rechercher si la proposition de Canal + consistant à proposer à M. Tibéri de s'exprimer pendant quinze minutes avec un journaliste assure un traitement équitable ou si un tel entretien ne doit pas être prévu pour une durée supérieure. Si le principe du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion est une liberté fondamentale, la situation soumise en l'espèce au juge des référés ne saurait être regardée comme révélant "une atteinte manifestement illégale" à cette liberté; dès lors et sous réserve de ce qui vient d'être dit quant au rôle qui incombera au CSA, il y a lieu de rejeter la demande de M. Tibéri CE, réf., 24 févr. 2001, *Tibéri:* Rec. 85; D. 2001. Dern. Act. 871; D. 2001. IR 1748; D. 2001. 1748, note Ghevontian; Dr. adm. 2001, comm. n° 102, 4e décision; RFDA 2001. 629, note Maligner).

Cette décision est d'une grande importance. Elle permet au juge, en intervenant avant le scrutin, de garantir un minimum d'égalité entre les candidats, de concourir ainsi au déroulement équitable de la campagne électorale et de préserver la sincérité du scrutin. Sur le plan pratique, elle a fait œuvre pédagogique, puisque Canal + a dû réserver un temps d'antenne au maire sortant et s'est cru, de surcroît, en devoir d'organiser des débats entre tous les candidats – et ils étaient nombreux – à l'élection municipale de Paris…

Un autre exemple plus récent encore mérite d'être rapporté. Il concerne une recommandation du Conseil supérieur de l'audiovisuel CSA) dont le

rôle n'est pas négligeable au moment des élections, comme on vient de le voir. Ainsi, en vue de l'élection présidentielle de 2002, le CSA a défini dans une recommandation les règles qui gouverneraient l'accès aux médias audiovisuels et a fixé les règles d'équité de traitement qui seraient applicables. Madame Lepage, qui était candidate à ces élections, a contesté le traitement qui lui était réservé. Elle avait quelques raisons d'être mécontente puisque, d'après les recherches que j'ai effectuées[115], au cours d'une période allant du 1er décembre 2006 au 29 décembre 2006, toutes chaînes de télévision confondues, elle avait bénéficié – si l'on ose dire – suivant les chaînes de 0% à, au mieux, 1,6% des temps d'antenne, alors que, à eux deux Mme Ségolène Royal et M. Nicolas Sarkozy avaient bénéficié de 51,5 % des temps d'antenne et 46 % des temps de parole !... Elle a donc saisi le juge des référés Conseil d'Etat. Celui-ci a rejeté sa requête au terme d'un raisonnement très motivé. La haute juridiction a considéré en effet que la recommandation contestée du CSA définit le principe d'équité entre les candidats, devant être respecté dans le traitement de l'actualité électorale, en fixant deux critères tirés respectivement de la représentativité des candidats et de leur capacité à manifester concrètement l'intention affirmée d'être candidat. Elle note que selon cette recommandation, la représentativité peut être évaluée en prenant en compte, en particulier, les résultats obtenus par le candidat ou la formation politique qui le soutient aux plus récentes aux élections et estime qu'en retenant ces critères, et à supposer même que cette définition, qui suppose une marge d'appréciation, permette de tenir compte de la notoriété des candidats ou de l'écho recueilli par leur candidature, le CSA n'a pas entaché sa recommandation d'une illégalité manifeste[116].

Mais, il y a aussi important: le renouveau des "recours en contestation de la légalité"

C. Le renouveau des "recours en contestation de la légalité"

En matière électorale, on assiste à un véritable renouveau des recours en contestation de la légalité avant le scrutin, tant devant le juge constitutionnel 1°) que devant le juge administratif 2°)

1°) Les recours en contestation de la légalité devant le Conseil constitutionnel

Il est très remarquable que le Conseil constitutionnel ait décidé en 1981 pour la première fois de se prononcer sur la légalité d'un acte administratif – un décret de convocation des électeurs – alors que le juge naturel des actes administratifs en France est le juge administratif et spécialement le Conseil d'Etat. Le Haut Conseil a estimé qu'il entre aussi dans la mission confiée au Conseil constitutionnel par l'article 59 de la Constitution de statuer, *avant*

[115] Qu'il soit permis de renvoyer à notre *Droit des élections,* Ellipses 2007, 882, note 1.
[116] CE ord., 11 janv. 2007, *Mme Corinne Lepage,* AJDA 2007, 640, note B. Maligner.

le premier tour de scrutin, sur une requête dirigée contre les décrets qui convoquent les électeurs et fixent le déroulement des opérations électorales, dès lors que les griefs allégués mettent en cause les conditions d'application de l'article 12 de la Constitution relatif aux élections législatives après dissolution de l'Assemblée nationale *Cons. const., 11 juin 1981, Delmas :* Rec. Cons. const. p. 97; D. 1981, p. 589, note F. Luchaire; JCP G 1982, II, 19775, note C. Franck; RDP. 1981, p. 1347, note L. Favoreu; AJDA 1981, p. 357, note C. Goyard et p. 481, note M.-A. Feffer; Gaz. Pal. 1981, 2, p. 709, note D. Turpin; Déc. n° 88-1027/1028/1029, 4 juin 1988*, Gallienne, Lemaire, Le Pen et Wagner :* JO 5 juin 1988, p. 7696; D. 1988, p. 445, note F. Luchaire; RFD adm. 1988, p. 702, comm. B. Genevois*).*

Cette jurisprudence de principe à de nombreuses fois depuis lors été reprise par la Conseil constitutionnel pour les élections législatives[117].

[117] Par sa décision "*M. Bayeurte* "en date du 8 juin 1995 *JO 10 juin 1995, 9008; AJDA 1995, 517, comm. O. Schrameck)*, le Conseil constitutionnel a reconduit sa jurisprudences "*Delmas* ". Il était saisi par Louis Bayeurte, maire de Fontenay-sous-Bois, d'une requête tendant à l'annulation du décret n° 95-741 du 16 *mars* 1995 portant convocation des électeurs pour l'élection d'un député à l'Assemblée nationale dans la 6e circonscription du Val-de-Marne. Le requérant faisait grief à ce texte d'avoir fixé aux 18 et 25 juin 1995 les dates de cette élection partielle consécutive au décès du député en fonctions et à la démission de son suppléant) ce qui provoquait la coïncidence du premier tour de scrutin tout à la fois avec le second tour des élections municipales et le second tour d'une élection cantonale partielle *organisée en conséquence de la démission de du conseiller général élu dans la circonscription)*, et ce qui rendait particulièrement difficile l'organisation matérielle de ces différents scrutins et affectait le déroulement de la campagne électorale. Confirmant dans les mêmes termes la décision "*Delmas* ", la décision "*Bayeurte* "fait apparaître que la Haute instance apprécie la nature et la portée de la requête qui lui est soumise pour juger de sa compétence. Après avoir rappelé que si, en vertu de la mission de contrôle de la régularité de l'élection des parlementaires qui lui est conférée par l'article 59 de la Constitution, il peut exceptionnellement statuer sur les requêtes mettant en cause la régularité des élections à venir, ce n'est que dans le cas où l'irrecevabilité qui serait opposée à ces requêtes en vertu des articles 32 à 45 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 *risquerait de compromettre gravement l'efficacité du contrôle par lui exercé de l'élection des parlementaires, vicierait le déroulement général des opérations électorales et, ainsi, pourrait porter atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics,* le Conseil constitutionnel a considéré que ces conditions n'étaient pas, en l'espèce, réunies. Voir de plus, Cons. const., 20 mars 1997, *Anne Richard :* JO 23 mars 1997, 4561; Rec. Cons. const. 1997, 43; Dr. adm. 1997, comm. 125, note Maligner; RDP, 1997. 1209, comm. J.-Camby, à propos de la décision implicite par laquelle le Premier ministre aurait refusé d'organiser une élection législative partielle dans la deuxième circonscription du Rhône avant le 7 avril 1997. - Cons. const., 16 mai 1997*, Meyet :* JO 17 mai 1997, 7499; Rec. Cons. const. 1997, 63; AJDA 1997, 685, comm. J.-E. Schoettl, à propos de deux décisions du CSA et d'une communication de son président relatives respectivement aux conditions de production, de programmation et de diffusion des émissions relatives à la campagne en vue des élections législatives des 25 mai et 1er juin 1997, à l'ordre de diffusion des émissions de la campagne radiodiffusée et télévisée pour l'élection des députés, et arrêtant la liste des partis et groupements autorisés à utiliser les antennes du service public de radiodiffusion et de télévision pour la campagne électorale). De plus, il a été jugé que doit être rejetée une requête tendant à l'annulation d'un décret portant convocation à des

Il a réédité cette jurisprudence à l'occasion des élections législatives de 2012. Il a estimé qu'une requête tendant à l'annulation d'une ordonnance du président d'un tribunal administratif rejetant la demande d'annulation d'un arrêté par lequel un préfet a fixé la liste des candidats au premier tour de scrutin des élections législatives dans une circonscription doit être regardée comme une demande tendant à l'annulation de cet arrêté. Et, reprenant les termes désormais classiques de sa jurisprudence antérieure, il a considéré que "*si, en vertu de la mission de contrôle de la régularité des élections des députés et des sénateurs qui lui est conférée par l'article 59 de la Constitution, le Conseil constitutionnel peut exceptionnellement statuer sur les requêtes mettant en cause des élections à venir, dans les cas où l'irrecevabilité qui serait opposée à ces requêtes risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle de l'élection des députés et des sénateurs, vicierait le déroulement général des opérations électorales ou porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics, ce n'est pas le cas en l'espèce*"[118].

Inaugurée pour les élections législatives, la jurisprudence *Delmas* a été rendue applicable non seulement aux élections sénatoriales en 2001[119], mais aussi aux élections présidentielles à partir de 2002[120].

élections législatives partielles dans trois circonscriptions au motif qu'il aurait été pris par une autorité incompétente, dès lors que les conclusions qu'elle comporte sont dirigées non contre le décret de convocation à des élections législatives générales et que les conditions qui permettraient exceptionnellement au Conseil constitutionnel de se prononcer avant la proclamation des résultats des élections en cause ne sont pas réunies Cons. const., 14 mars 2001, *Stéphane Hauchemaille* [1re esp.] : Rec. Cons. const. 2001, 51; AJDA 2001, 964, note Maillard Desgrées du Loü; LPA 22 mars 2001, n° 58, 21, note J.-E. Schoettl).

[118] Cons. Const. décis. n° 2012-25 ELEC, 7 juin 2012, *Mme Pascale Luciani,* J.O. 9 juin 2012, 9797.

[119] Cons. const., 20 sept. 2001, *S. Hauchemaille et Marini* : Rec. Cons. const. 2001, 121; JO 23 sept. 2001, 15121; LPA 1er oct. 2001, n° 195, 13, note J.-E. Schoettl; RFDA 2002, 393, obs. R. Ghevontian.

[120] En vertu de la mission générale de contrôle de la régularité de l'élection du Président de la République qui lui est conférée par l'art. 58 de la Constitution, le Conseil constitutionnel peut exceptionnellement statuer sur les requêtes mettant en cause l'élection à venir, dans les cas où l'irrecevabilité qui serait opposée à ces requêtes risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle, vicierait le déroulement général des opérations électorales ou porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics. Ces conditions ne sont remplies ni en ce qui concerne les actes permanents attaqués décrets du 14 oct. 1976, du 29 févr. 1988 et du 8 sept. 1995 relatifs au vote des Français établis hors de France pour l'élection du Président de la République; décision implicite née du silence gardé sur une demande d'abrogation de ces décrets; décret du 30 août 2002 portant création au ministère de l'Intérieur d'un fichier des élus et des candidats), ni en ce qui concerne les actes spécifiques contestés décret du 18 févr. 2002 qui se limite à fixer la date à laquelle l'administration envoie un formulaire aux élus habilités à présenter un candidat à l'élection présidentielle; décret du 15 févr. 2002 qui se borne à déterminer la composition et le siège de la Commission nationale de contrôle de la campagne; arrêté du 12 mars 2002 du président de cette commission qui n'a pour objet que de désigner les rapporteurs de cette commission; chapitre I[er] du mémento élaboré par le

Quel que soit l'intérêt de cette jurisprudence, qui permet en théorie au juge de "purger" un vice juridique avant l'élection afin qu'elle se déroule normalement, c'est-à-dire légalement, il faut ne pas en exagérer la portée pratique exacte. Il est à remarquer en effet que jamais jusqu'à présent, au moins à notre connaissance, le Conseil constitutionnel n'a annulé un acte administratif avant le scrutin, même lorsqu'il est arrivé que la Haute juridiction estime que les conditions étaient réunies pour qu'il procède avant le scrutin au contrôle au fond de l'acte soumis à sa censure, contrôle qui ne semble limité qu'aux actes administratifs de portée générale d'importance et non à des actes administratifs regardés comme assez subalternes [121].

Mais, il y a aussi plus singulier. Sont en effet examinés par le juge administratif de l'excès de pouvoir des actes administratifs que je qualifierai de "périphériques à l'élection" qu'il y a grand intérêt à examiner légalité avant le scrutin, qui émanent d'autorités administratives indépendantes qui sont conduites à édicter des mesures qui peuvent avoir un retentissement sur le déroulement de l'élection.

ministre de l'Intérieur à l'usage des candidats à l'élection présidentielle et circulaire du 5 févr. 2002 relative à l'envoi des formulaires de présentation, qui constituent de simples mesures de mise en œuvre des dispositions législatives et réglementaires applicables à cette élection) :Cons. const. 15 avr. 2002, *Hauchemaille, Meyet et Cazaux:* JO 18 avr., 6864; Rec. Cons. const. 99. Aucune de ces conditions n'est remplie s'agissant d'une décision de la Commission nationale de contrôle relative à la propagande électorale : Cons. const. 5 avr. 2007, *Schivardi: JO 7 avr., 6559, 1er cons.* En revanche, ces conditions sont réunies en ce qui concerne le décret du 13 mars 2002 portant convocation des électeurs : Cons. const. 15 avr. 2002, *Meyet:* JO 18 avr., 6865; Rec. Cons. const. 96; D. 2003. Somm. 1131, obs. Ghevontian. L'une au moins de ces conditions est remplie en ce qui concerne le décret du 21 févr. 2007 portant convocation des électeurs. Au regard de la date d'expiration du mandat du Président de la République en exercice et des délais et dates prévus, pour l'élection du nouveau Président, par l'art. 6 de la Constitution et l'art. 3 de la loi du 6 nov. 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel, le décret de convocation des électeurs, en retenant les dates des 22 avr. et 6 mai pour l'élection présidentielle de 2007, s'est conformé aux seules prescriptions qu'il avait à respecter. Par suite, sont sans incidence sur la légalité de ce décret les allégations de M. Galland, qui avait envisagé de se porter candidat à l'élection présidentielle, relatives au retard qu'aurait mis la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques à délivrer les formules numérotées de reçus devant être utilisées par les mandataires financiers des candidats à l'élection présidentielle pour attester des dons de personnes physiques à leurs comptes de campagne rejet de la requête) : Cons. const. 19 avr. 2007, *Galland: JO 22 avr., 7153; RFDA 2007. 590, note Schoettl.*

[121] Ainsi par exemple, la Haute instance a statué que les conditions qui permettent exceptionnellement au Conseil constitutionnel de statuer avant la proclamation des résultats sont réunies, eu égard à leur nature, en ce qui concerne les décrets portant convocation des collèges électoraux pour le renouvellement général de l'Assemblée nationale, mais ne le sont pas en ce qui concerne la décision du CSA qui se borne à fixer les conditions de production, de programmation et de diffusion des émissions relatives à la campagne officielle en vue des élections législatives Cons. const., 22 mai 2002, *Hauchemaille, Assoc. Déclic :* JO 25 mai 2002, 9547; Rec. Cons. const. 2002, 127; LPA 4 juin 2002, n° 111, note J.-E. Schoettl).

2°) Les recours pour excès de pouvoir contre les actes "périphériques à l'élection"

Le recours pour excès de pouvoir est une très ancienne voie de droit, remontant au XIXe siècle, qui permet au juge administratif dit de "l'excès de pouvoir" de contrôler tout acte administratif et de l'annuler s'il est entaché d'illégalité. Ce recours peut être intenté par tout intéressé dès lors qu'il est formé dans les deux mois à compter de la publication de l'acte contesté. En matière électorale, il peut être exercé à l'encontre des actes administratifs regardés comme "détachables" de l'élection d'une part, et d'actes administratifs pris par des autorités administratives indépendantes telles que le Conseil supérieur de l'audiovisuel et la Commission des sondages qui interviennent de manière "périphérique" dans le processus électoral, d'autre part.

a) Les recours contre les actes administratifs "détachables de l'élection"

Pendant longtemps, le juge administratif a eu une conception assez restrictive de la notion d'acte détachable de l'élection; de sorte que, lorsqu'étaient contestées des décisions administratives préparatoires aux élections, constituant des préliminaires obligatoires à l'élection, il considérait qu'ils étaient tellement liés à l'élection qu'il formait avec elle une sorte de tout indissociable. Il en déduisait logiquement qu'ils ne pouvaient être contestées par la voie contentieuse qu'à l'occasion d'un recours dirigé contre l'élection elle-même. C'est ainsi par exemple que le Conseil d'Etat a longtemps statué que la légalité de l'acte administratif portant convocation des électeurs ne pouvait être contestée qu'à l'occasion d'une protestation dirigée contre les opérations électorales. Renversant cette jurisprudence aussi ancienne que solidement établie [122], il a décidé en 1994 que cet acte administratif était désormais susceptible de recours pour excès de pouvoir [123] et que ce recours était recevable avant que l'élection ne se tienne.

Il est très remarquable que cette possibilité, ouverte à l'encontre d'actes administratifs concernant une élection politico-administrative comme une élection locale, en l'espèce municipale, dont le contentieux de l'élection relève de la juridiction administrative, ait été également admise à propos d'actes administratives préparatoires à des élections politiques, comme les élections législatives, dont le contentieux ressortit à la compétence exclusive du Conseil constitutionnel. Ainsi le Conseil d'Etat a accepté de connaître des recours pour excès de pouvoir dirigés contre le refus d'attribuer à des groupements politiques un temps d'antenne pendant la campagne des élec-

[122] CE 20 déc. 1946, *Sieur Casalan,* Rec. p.314; CE, Sect., 27 juill. 1990, *Él. mun. de Sainte-Suzanne:* Rec. 236

[123] CE 28 janv. 1994, *M. Spada et a., El. mun. de Saint-Tropez,* Rec. 38; AJDA 1994. 239 et chron. Maugüé et Touvet, 187; D. 1994. IR 59 et 66; Dr. adm. 1994, n^{os} 140 et 199, obs. Le Chatelier; RDP 1994. 830, concl. Le Chatelier; RFDA 1994. 403, n° 38, rubr. Terneyre.

tions législatives [124], ou contre la décision par laquelle le Conseil supérieur de l'audiovisuel CSA) s'est opposé à ce que mention soit faite, au cours d'une émission télévisée de la campagne électorale en vue des élections législatives, de la date et de la tenue d'une réunion organisée par un parti politique [125], ou contre une circulaire ministérielle relative à l'organisation des élections législatives [126], ou enfin contre des décisions du CSA relatives à la diffusion des émissions de la campagne électorale législative [127]. Cette compétence est effective lorsque son exercice conduit à un contrôle de la légalité préalablement au scrutin et, par suite, au rétablissement de la légalité avant l'élection, mais devient purement théorique lorsque le juge de l'excès de pouvoir n'est pas en mesure de se prononcer avant cette date puisque le recours débouche alors sur un non-lieu à statuer…

Compte tenu des exemples qui viennent d'être donnés, on ne sera pas surpris que des recours pour excès de pouvoir aient été dirigés contre les décisions prises dans la perspective des élections par les autorités administratives indépendantes qui interviennent de manière "périphérique" dans le processus électoral, à un moment crucial de ce processus : la campagne électorale, et ce, encore très récemment.

b) Les recours contre les actes des autorités administratives indépendantes

On se bornera ici à faire état de deux exemples.

Le premier concerne Mme Lepage, candidate à l'élection présidentielle, et le CSA. On a vu plus haut qu'elle avait introduit une demande en référé contre une recommandation relative à l'équité des temps d'antenne et de parole dans les chaînes de télévision lors de l'élection présidentielle de 2002. On a vu qu'elle avait été déboutée. Elle a alors contesté devant le juge de l'excès de pouvoir la recommandation litigieuse en argumentant sa requête différemment. Elle a cependant connu le même échec… Selon le Conseil d'Etat en effet, la définition du principe d'équité donnée par le CSA n'implique pas de discrimination entre ceux des candidats qui l'ont été lors d'élections antérieures – comme Mme Lepage – et ceux qui ne l'ont jamais été, en méconnaissance du principe de l'expression pluraliste des courants de pensée et d'opinion et du principe d'égalité, dès lors qu'il résulte de ses termes mêmes

[124] CE, Ass., 12 mars 1993, *Union nationale écologique et Parti pour la défense des animaux [PPDA],* Rec. 67, AJDA 1993. 336, chron. C. Maugüé et L. Touvet, D. 1993, IR 95, Dr. adm. 1993, n° 213, obs. D. Kessler, JCP 1993. I, n° 3700, chron. E. Picard, LPA 1993, n° 85, 19, somm. jur. T. Célérier, RDP 1993. 1442, note J.-M. Auby, RFD const. 1993. 411, concl. D. Kessler [sol. impl.]; rejet au fond.

[125] CE, sect., 26 mars 1993, *Parti des travailleurs,* Rec. CE, 87, AJDA 1993. 336, chron. C. Maugüé et L Touvet, Dr. adm. 1993, n° 214, LPA 1993, n° 85, 20, somm. jur. T. Célérier, RFDA 1993. 506, concl. J.-C. Bonichot

[126] CE 16 juin 1995, *Meyet,* Rec. 248, Quot. jur. 20 févr. 1996, n° 15, 3, note B. Maligner.

[127] CE 23 mai 1997, *Meyet,* LPA 9 juill. 1997, n° 82, 35, concl. C. Maugüé.

que les résultats pris en compte ne sont pas ceux de la précédente élection présidentielle mais de toutes les élections récentes et qu'ils ne constituent pas le seul critère pour la mesure de l'équité et enfin que les autres éléments, que les services de radio et de télévision sont appelés à prendre en considération, sont de nature à permettre d'assurer un traitement équitable des candidats à l'élection présidentielle qui ne se sont présentés à aucune élection antérieure; cette définition ne méconnaît ni l'objectif constitutionnel de clarté et d'intelligibilité de la norme, ni l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme[128].

La seconde affaire est plus récente encore puisqu'elle se rapporte à l'activité de la Commission des sondages, autre autorité administrative indépendante, lors de l'élection présidentielle de 2012 qui est chargée de contrôler la régularité des sondages avant leur publication dans la presse. Elle a donné lieu à une décision *M. Mélenchon*, du nom de ce candidat du Front de gauche à l'élection présidentielle, qui a obtenu un score de plus de 11 % à l'issue du premier tour de l'élection. Avant le scrutin, M. Mélenchon a saisi la Commission des sondages d'une réclamation tendant principalement à ce que celle-ci lui communique des informations sur les conditions dans lesquelles un sondage effectué par la société Louis et publié dans le journal "Le Parisien" le 7 septembre 20121 et qui le créditait seulement de 4 % des intentions de vote, avait été réalisé. Il demandait aussi à la Commission lui de faire une "mise au point" et d'interdire la publication de l'enquête contestée. Devant le refus de la Commission des sondages d'accéder à sa demande, M. Mélenchon décida de saisir le Conseil d'Etat.

M. Mélenchon prétendait que la Commission des sondages avait commis une erreur de droit en refusant de lui communiquer l'ensemble des informations sur lesquelles le sondage était fondé. Dans son arrêt, le Conseil d'État précise que les documents sur la base desquels un sondage a été publié ou diffusé, lorsqu'ils sont en possession de la commission, et dès lors qu'ils sont reçus par la commission dans le cadre de ses missions de service public, sont des documents administratifs. Leur communication, possible sous réserve des secrets protégés par la loi et notamment du secret des affaires), est régie par les dispositions de la loi du 17 juillet 1978. Au vu des pièces du dossier, le Conseil d'État a, toutefois, estimé que le requérant avait obtenu l'ensemble des documents qui se trouvaient en possession de la Commission. M. Mélenchon demandait également à la Commission de publier une mise au point relative au sondage. Le Conseil d'État rappelle, dans sa décision, qu'il appartient, en effet, à la Commission des sondages de demander la publication ou la diffusion d'une mise au point appropriée lorsque les conditions de réalisation d'un sondage par un organisme ou de publication d'un sondage

[128] CE 7 mars 2007, *Mme Lepage: req. n° 300385.*

par un organe d'information ont porté une atteinte suffisamment caractérisée aux dispositions légales et réglementaires dont elle a pour mission d'assurer l'application en compromettant, préalablement à des consultations électorales, la qualité, l'objectivité ou la bonne compréhension par le public de ce sondage. S'agissant du sondage Harris Interactive contesté, le Conseil d'État relève qu'il n'a été accompagné lors de sa publication, ni d'une mention indiquant le droit de toute personne à consulter sa notice, ni du texte intégral des questions posées. Il constate également que la notice déposée auprès de la commission des sondages préalablement à la publication de ce sondage ne comportait ni le texte intégral des questions posées, ni la proportion des personnes n'ayant pas répondu à chacune des questions, ni les limites d'interprétation des résultats publiés. On aurait pu penser que, dans ces conditions, la Haute juridiction aurait donné satisfaction à M. Mélenchon. Il n'en est rien. En effet, elle a estimé que ces irrégularités, *pour regrettables qu'elles soient, n'ont pas empêché la Commission des sondages d'exercer son contrôle, dès lors qu'elle a obtenu l'ensemble des informations nécessaires à celui-ci*. Par ailleurs, selon le Conseil d'Etat, la présentation par le journal "Le Parisien" des questions posées n'a pas déformé la portée des résultats de l'enquête pour le lecteur. Sur la base de ces éléments, la commission avait donc pu estimer, décide le haut Conseil, que l'ensemble des méconnaissances de la loi n'avaient pas compromis la qualité, l'objectivité, ou la bonne compréhension par le public de ce sondage. Dès lors, elle pouvait rejeter la demande de publication d'une mise au point sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation. Quant à la demande tendant à ce que la Commission des sondages interdise la diffusion du sondage contestée, elle ne pouvait en aucun cas prospérer : la Commission ne détient ce pouvoir d'aucun texte législatif ou réglementaire[129].

Mais, pour aussi intéressants que soient ces nouveaux dispositifs juridiques qui multiplient et enrichissent les contentieux "pré-électoraux" que la justice électorale française connaît dorénavant, ils sont sans commune mesure avec l'accroissement incessant des contentieux post-électoraux.

II. Le développement des contentieux post-électoraux

Si l'on veut bien mettre à part le contentieux des "questions préjudicielles de constitutionnalité", procédure de contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois, introduite dans notre droit seulement en 2008 par une révision constitutionnelle initiée par le Président Nicolas Sarkozy, qui peuvent être posées à l'occasion d'un contentieux électoral[130] classique tant devant le juge

[129] CE 8 février 2012, *M. Mélenchon*, req. n°353357, AJDA 2012. 294, obs. R. Grand.

[130] L. 7 du code électoral qui emportait l'interdiction à un personne de figurer sur les listes électorales automatiquement à la suite d'une décision du juge judiciaire répressif a été abrogé par le Conseil constitutionnel pour les motifs suivants : le principe d'individualisation des peines qui découle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

judiciaire, que le juge administratif et même le Conseil constitutionnel lui-même[131], les contentieux post-électoraux récents ont en commun d'accroître les pouvoirs du juge de l'élection aussi bien dans le but de renforcer la lutte qu'il doit mener contre la fraude électorale A), qu'en vue de contrôler la régularité du financement des campagnes électorales B).

A. L'accroissement des pouvoirs du juge de l'élection en matière de lutte contre la fraude électorale

Les pouvoirs du juge de l'élection en vue de combattre la fraude électorale lui ont été attribués par le législateur en deux étapes : la première remonte à 1975 1°), tandis que la seconde est encore plus récente puisqu'elle date de 2011 2°).

1°) Le renforcement des pouvoirs du juge administratif de l'élection avec la loi du 31 décembre 1975

La loi n° 75-1329 du 31 décembre 1975 vise à lutter contre la fraude électorale qui s'était développée dans certains départements français, en particulier en Corse, où l' on avait pu constater le vote d'électeurs décédés et pourtant maintenus sur les listes électorales ou bien le vote d'électeurs installés sur le continent qui continuaient à voter dans l'île en utilisant le vote par correspondance en produisant des attestations médicales de complaisance justifiant de leur impossibilité de se déplacer le jour du vote. Aussi bien, la

implique que la peine emportant l'interdiction d'être inscrit sur une liste électorale et l'incapacité d'exercer une fonction publique élective qui en résulte ne puisse être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce. L'interdiction d'inscription sur la liste électorale imposée par l'article L. 7 du code électoral vise notamment à réprimer plus sévèrement certains faits lorsqu'ils sont commis par des personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif public; elle emporte une incapacité d'exercer une fonction publique élective d'une durée égale à cinq ans; elle constitue une sanction ayant le caractère d'une punition; cette peine privative de l'exercice du droit de suffrage est attachée de plein droit à diverses condamnations pénales sans que le juge qui décide de ces mesures ait à la prononcer expressément; il ne peut davantage en faire varier la durée; même si l'intéressé peut être, en tout ou partie, y compris immédiatement, relevé de cette incapacité dans les conditions définies au second alinéa de l'article 132-21 du code pénal, cette possibilité ne saurait, à elle seule, assurer le respect des exigences qui découlent du principe d'individualisation des peines; par suite, l'article L. 7 du code électoral méconnaît ce principe et doit être déclaré contraire à la Constitution Cons. const. Décision n° 2010-6/7 QPC, 11 juin 2010, *M. Stéphane A… et autres* : J.O. 12 juin 2010, 10845, AJDA, 2010, 1172, obs. S. Brondel; AJDA 4 octobre 2010, 1831 note B. Maligner; JCP A n° 25, 21 juin 2010, n° 485, note Didier Del Prete). Depuis lors, des QPC ont été posées dans des litiges électoraux devant le juge administratif et même le juge constitutionnel – ce qui n'entrait probablement pas dans les prévisions du Constituant -, mais aucune d'entre elles n'a prospéré.

[131] Cons. const. Décision n° 2011-4538, *Sénat, Loiret, M. Grégory, J*.O. 14 janvier 2012, 750.

première mesure adoptée par le législateur a-t-elle été de supprimer le vote par correspondance pour les élections politiques nationales et pour les élections locales. Est ainsi tarie une source de fraude très importante. Mais le législateur est allé plus loin : il a adopté trois mesures destinées à combattre la fraude électorale et à sanctionner les auteurs de fraudes électorales.

En premier lieu, il a décidé que la juridiction administrative, lorsqu'elle prononce l'annulation d'une élection pour fraude peut décider que la présidence d'un ou plusieurs bureaux de vote sera assurée par une personne désignée par le président du tribunal de grande instance lors de l'élection partielle consécutive à cette annulation article L. 118-1 du Code électoral). Cette mesure a été appliquée à maintes reprises depuis lors [132], et a certainement dissuadé les fraudeurs d'exercer leurs coupables talents. Un seul cas – notable, mais isolé – a, pourtant, été assez récemment relevé lors d'une élection municipale en 2008 à Perpignan : une fraude dite "à la chaussette", une personne ayant été surprise dans un bureau de vote en cachant dans ses chaussettes des bulletins de vote en faveur de la liste du maire sortant [133]…

En deuxième lieu, le législateur a institué une procédure de suspension des élus. Les articles L. 223-1 du code électoral, applicable à l'élection des conseillers généraux et L. 250-1 du code électoral, applicable à l'élection des conseillers municipaux disposent que "Le tribunal administratif peut, en cas d'annulation d'une élection pour manœuvres dans l'établissement de la liste électorale ou irrégularité dans le déroulement du scrutin, décider, nonobstant appel, la suspension du mandat de celui dont l'élection est annulée. Pour intéressant que soit ce dispositif qui a quelquefois donné lieu à application [134], il n'est pas nécessairement excellent, car, si l'on y réfléchit un instant, il a pour effet de sanctionner indifféremment les candidats élus grâce à a fraude et ceux qui ne le sont pas…

Enfin, le législateur a décidé que lorsque la juridiction administrative a retenu, dans sa décision définitive, des faits de fraude électorale [135], elle com-

[132] V., appliquant cet article: CE 8 févr. 1980, *Él. cant. de Vincennes-Fontenay-Nord: Lebon 72;* 2 sept. 1983, *Él. mun. de Sarcelles: Lebon 363; AJDA 1983. 682, concl. Genevois;* 16 janv. 1987, *Él. à l'Assemblée de Corse: Lebon 7;* 28 janv. 1987, *Él. cant. d'Ivry-sur-Seine-Ouest: Lebon T. 748;*28 janv. 1987, *Él. cant. de Champigny-sur-Marne-Centre: ibid.;* TA Papeete, 3 mai 1989, *Él. mun. de Bora-Bora: Lebon T. 710.*

[133] Les circonstances dans lesquelles se sont déroulées les opérations électorales dans un bureau de vote ont révélé l'existence d'une fraude; il y a donc lieu pour le tribunal administratif de décider que la présidence de ce bureau de vote sera présidée par une personne désignée par le président du tribunal de grande instance lors des élections consécutives à l'annulation prononcée. TA Montpellier, 7 oct. 2008, *Mme Amiel-Donat, M. Codognès, Mme Ripouli, Él. mun. de Perpignan:* AJDA 2008. 2235, note Maligner; LPA 1er avr. 2009, n° 65, 6, note Biroste.

[134] CE 2 sept. 1983, *Él. mun. de Sarcelles: Lebon 363; AJDA 1983. 682, concl. Genevois;* 14 sept. 1983, *Él. mun. d'Antony: Lebon 365; RDP 1983. 1650, concl. Genevois;* 14 sept. 1983, *Él. mun. de Villeneuve-Saint-Georges: Dr. adm. 1983, n° 421.*

[135] Il n'y a donc pas lieu à application des dispositions de l'art. L. 117-1 si une décision de

munique le dossier au procureur de la République compétent article L. 117-1 du code électoral). Autrement dit, le juge administratif peut déclencher la répression pénale [136].

Ce système a pour principal mérite de faire peser sur les candidats "une épée de Damoclès" si bien qu'il est certain qu'il a dissuadé des fraudeurs d'exercer leur coupable activité. Mais, pour bienvenu qu'il soit, le dispositif mis en place en 1975 présentait de fâcheuses lacunes et imperfections. En particulier, il n'était pas applicable aux élections législatives [137,] faute de ne comporter aucune disposition de valeur organique, aucune loi organique ne l'ayant institué… Et l'on a pu, à juste titre regretter que le Conseil constitutionnel ne soit pas en mesure de faire et décider ce que pouvait ordonner le moindre tribunal administratif…

Il a fallu attendre pas moins de 36 ans !) – c'est-à-dire les lois du 14 avril 2011 – pour que le système mis en place en 1975 soit complété et rendu encore plus sévère.

2°) Les nouveaux pouvoirs des juges de l'élection avec les lois du 14 avril 2011

Peut-être réceptif à une opinion doctrinale allant dans le sens d'une plus grande sévérité à l'encontre des fraudeurs qui n'étaient pas jusqu'ici frappés de la moindre inéligibilité temporaire [138], un groupe de travail sénatorial avait proposé de "sanctionner les fraudes électorales par une inéligibilité" proposition n° 38, Rapport d'information p. 90) de manière à "mieux sanctionner les autres atteintes à la législation électorale". Par deux dispositions similaires introduites par l'article 5, 2° de la loi organique n° 410 du 14 avril 2011, créant l'article LO 136-3 du code électoral, d'une part, et, d'autre part, l'article 17 de la loi ordinaire n° 412 du même jour, instituant un article L. 118-4 du code électoral, applicable respectivement au contentieux des élections parlementaires et au contentieux des élections aux élections locales, d'autre part, le Conseil constitutionnel et le juge administratif de l'élection sont investis d'un nouveau pouvoir. Selon ces textes en effet, saisis d'une contestation contre

justice, en l'espèce un arrêt du Conseil d'État, ne retient aucun fait de fraude électorale : CE 28 janv. 1994, *Brunet: req. n° 148595;* 28 janv. 1994, *A. Spada et a.: Lebon 39; AJDA 1994. 241 et chron. Maugüé et Touvet, 187; D. 1994. IR 66; Dr. adm. 1994, n^os^ 140 et 200, obs. Le Chatelier; RDP 1994. 830, concl. Le Chatelier.*

[136] V., appliquant cet article, CE 2 sept. 1983, *Él. mun. de Sarcelles: Lebon 363; AJDA 1983. 682, concl. Genevois;* 21 déc. 1983, *Él. mun. de Limeil-Brévannes: Lebon 526;* 28 janv. 1987, *Él. cant. d'Ivry-sur-Seine-Ouest: Lebon T. 748;* 28 janv. 1987, *Él. cant. de Champigny-sur-Marne-Centre: ibid.;* TA Papeete, 3 mai 1989, *Él. mun. de Bora-Bora: Lebon T. 710.*

[137] Les dispositions de l'art. L. 117-1 ne sont, en tout état de cause, pas applicables au Conseil constitutionnel. Cons. const. 10 juill. 1997, n° 97-2188, *AN Bas-Rhin, 6^e^ circ., M. Gérard Duringer:* JO 16 juill., 10703.

[138] B. Maligner, *Réflexions sur l'état du droit relatif aux comptes de campagne*, RDP 2009, 1092.

l'élection, le Conseil constitutionnel et le juge administratif peuvent déclarer inéligible, pour une durée maximale de trois ans, le candidat qui a accompli des manœuvres frauduleuses ayant eu pour objet ou pour effet de porter atteinte à la sincérité du scrutin 1er alinéa de chacun de ces textes). L'inéligibilité déclarée s'applique à toutes les élections. Lorsque le Conseil constitutionnel ou le juge administratif a déclaré inéligible un candidat proclamé élu, il annule son élection ou, si l'élection n'a pas été contestée, le déclare démissionnaire d'office LO 136-3 et L. 118-4, alinéas 3 du Code électoral).

Ces dispositions appellent trois principales observations. Tout d'abord, ce texte sera à notre sens d'application délicate. S'il peut être assez aisé de savoir si un candidat est le bénéficiaire de manœuvres frauduleuses – et encore ce n'est point sûr –, il sera difficile de savoir si un candidat est l'auteur de manœuvres frauduleuses, de sorte que les textes ne trouveront pas à s'appliquer au cas où les manœuvres frauduleuses sont le fait de simples sympathisants ou militants proches des candidats. Interprétées strictement, comme il convient, ces dispositions ne pourront pas être fréquemment appliquées. Ensuite et en sens inverse, dès lors que la manœuvre frauduleuse est imputable à un candidat, l'inéligibilité est prononçable qu'elle ait été ou non efficiente, qu'elle ait eu ou non une incidence sur le résultat de l'élection. C'est ainsi, nous semble-t-il, qu'il faut comprendre le membre de phrase faisant référence aux "manœuvres ayant eu pour objet ou pour effet de porter atteinte à la sincérité du scrutin". Enfin, si l'on comprend sans peine que puisse être déclaré inéligible le candidat auteur de la manœuvre frauduleuse et que, s'il s'agit du candidat élu et même des candidats élus dans un scrutin de liste, encore que le terme "candidat" soit au singulier), son élection soit annulée, nous avouons ne pas comprendre comment pourra être déclaré démissionnaire d'office un candidat auteur de ladite manœuvre frauduleuse qui n'aura pas été élu, puisque la démission d'office est une sanction qui concerne d'une manière générale en contentieux électoral un candidat élu dont l'élection n'a pas été contestée. Ajoutons que si l'élection n'a pas été contestée, donc en l'absence de tout contentieux électoral, on conçoit mal comment le juge administratif ou constitutionnel de l'élection pourrait apprécier si un candidat, élu, battu ou minoritaire dans un scrutin de liste a commis des manœuvres frauduleuses ayant eu pour objet ou pour effet d'altérer la sincérité du scrutin…

Mais, c'est incontestablement dans le contentieux du financement des campagnes électorales que les pouvoirs du juge de l'élection ont été les plus renforcés.

B. Le renforcement continu des pouvoirs des juges dans le contentieux électoral financier

Pour traiter cette question d'une manière compréhensible, il est nécessaire de présenter à titre préliminaire l'économie générale des lois sur le financement des campagnes électorales.

A la suite de ce qu'il est convenu d'appeler "les affaires" Carrefour du Développement, Urba etc..), la France s'est dotée à partir de 1988 d'une législation destinée à assurer la transparence financière de la vie politique [139] qui a été depuis lors maintes fois modifiée. Ainsi la loi n° 90-55 du 15 janvier 1990 a eu vocation à limiter les dépenses électorales et à clarifier le financement des activités politiques, la loi organique n° 90-383 du 10 mai 1990 a régenté le financement de la campagne électorale en vue de l'élection du Président de la République et de celle des députés, la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 a entendu prévenir la corruption et renforcer la transparence de la vie économique et des procédures publiques en apportant d'importantes modifications aux articles L. 52-5, L. 52-6, L. 52-11 et L. 167 du code électoral), tandis que la loi n° 95-65 du 19 janvier 1995 sur le financement de la vie politique est devenu le socle de la législation sur le financement de la vie politique, dont le point d'aboutissement actuel est constitué par les importantes lois du 14 avril 2011.

Quelles sont les lignes directrices de cet arsenal législatif ?

Première idée : on a voulu *limiter le développement exponentiel des dépenses* électorales. A cette fin, le législateur a fixé des *plafonds aux dépenses* électorales. Ces plafonds varient en fonction des élections et de la population de la circonscription.

Deuxième idée : on a voulu rendre applicable cette législation à *toute circonscription électorale de plus de 9000 habitants,* pour toutes les élections politiques ou politico-administratives, et même récemment, à l'initiative des sénateurs eux-mêmes, que la législation soit rendue applicable à *l'élection des sénateurs* par la loi organique du 14 avril 2011.

Troisième idée : on a désiré qu'un *mandataire financier* – personne physique ou association de financement électorale – soit chargée de recueillir les fonds destinés à la campagne électorale et de régler les dépenses électorales et l'on a, du même coup, voulu assurer une grande transparence en distinguant les fonctions de candidat et celles de mandataire financier : les deux fonctions sont donc incompatibles.

Quatrième idée : le législateur a voulu que les *dons soient plafonnés* ils ne peuvent dépasser 4600 euros; mais la loi du 14 avril 2011 décide que ce montant sera réévalué périodiquement par décret pour tenir compte de l'inflation [140]. Et l'on a désiré que seules des *personnes physiques* puissent

[139] Loi organique n° 88-226 du 11 mars 1988, *Transparence financière de la vie politique;* loi ordinaire n° 88-227 du 11 mars 1988, même intitulé.

[140] L'*actualisation annuelle par décret du plafond des dons*. Issu d'un amendement de M. de La Verpillière, l'article 8 de la loi n° 2011-412 du 14 avril 2011 vise à actualiser périodiquement – chaque année par décret – le montant maximal des dons consentis par les personnes physiques à un candidat actuellement fixé à 4600 euros ce montant n'avait pas changé depuis 1988) et complète en ce sens les dispositions de l'article L. 52-8 du code électoral. En fait, tous les montants prévus à cet article seront actualisés, en fonction de l'évolution de l'indice des

contribuer à financer la campagne des candidats qu'ils soutiennent. Il est donc exclu que des personnes morales – en pratique des entreprises privées, des collectivités publiques ou des Etats étrangers – puissent soutenir financièrement des candidats. Cette interdiction ne souffre que d'une seule exception : les partis politiques peuvent contribuer financièrement à la campagne électorale des candidats, sans d'ailleurs que leur contribution financière soit plafonnée.

Cinquième idée : une *Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques* CNCCFP), reconnue comme une autorité administrative indépendante, composée de 9 membres issus du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes, *est instituée*. Elle a pour mission de contrôler les comptes de campagne qui doivent être établis par tous les candidats à l'élection – cette règle ayant été depuis peu assouplie pour décharger la CNCCFP de sa lourde tâche – et l'on a voulu que ce compte de campagne retrace l'ensemble des recettes perçues et des dépenses engagées en vue de l'élection dans l'année qui précède le scrutin. Cette Commission est chargée d'approuver les comptes de campagne, ce qui ouvrira le droit pour le candidat d'obtenir un remboursement forfaitaire de la part de l'Etat au plus égal à 50 % des dépenses électorales ce montant étant désormais réduit à 47,5 % du plafond des dépenses électorales, pour diminuer les charges des finances publiques et contribuer au redressement des finances de l'Etat), de les réformer en tant que de besoin c'est-à-dire de rectifier le montant des recettes et surtout des dépenses électorales telles qu'elles ont été déclarées dans le compte de campagne) et enfin de les rejeter dans le cas où elle aura relevé des transgressions aux règles gouvernant le financement de la campagne. Dans ce cas, les candidats perdent tout droit au remboursement de leurs dépenses électorales et la CNCCFP est tenue de saisir le juge de l'élection de la situation du candidat fautif qui statuera sur le point de savoir si l'intéressé encourt la sanction d'inéligibilité prévue par la loi, si son élection doit être annulée, s'il a été élu et que son élection a été contestée, ou être déclaré démissionnaire d'office de son mandat, si, ayant été élu, son élection n'a pas été contestée.

Comment, dans ces conditions, le juge de l'élection a-t-il rempli son office ? Quels sont les pouvoirs des juges des élections dans le contentieux de la régularité et même dans la sincérité des comptes de campagne, d'une part; quels sont les pouvoirs du juge en matière de remboursement des dépenses électorales, d'autre part ?

prix à la consommation des ménages, hors tabac, c'est-à-dire suivant un taux identique au taux d'inflation. Cela concerne le montant des dons consentis par virement, prélèvement automatique ou carte bancaire qui s'élève à 150 euros et plus, ou encore le montant des dons en espèce lorsque le montant de ces dons est égal ou supérieur à 15 000 euros.

1°) Le contentieux du compte de campagne

Indépendamment du fait que le législateur n'ayant à aucun moment défini ce qu'il fallait entendre par "dépenses électorales" et qu'il est donc revenu aux juges de l'élection, spécialement au Conseil d'Etat, de définir cette notion j'ai cru pouvoir l'approcher en indiquant que par "dépenses électorales" il faut entendre le coût des dépenses engagées par un candidat ou, avec leur accord exprès, ceux qui le soutiennent, et qui visent à promouvoir son programme ou à protéger sa personne, dans l'année qui précède l'élection et jusqu'au jour où l'élection a été acquise [141], le juge administratif et le Conseil constitutionnel ont eu à appliquer la "législation électorale financière" et à user des pouvoirs qui leur ont été dévolus par le législateur. *Grosso modo*, de 1990 à 1995, ils ont adopté une jurisprudence rigoureuse a). A partir de 1995, le Conseil d'Etat a fait preuve d'un peu plus d'indulgence. En 1996, une loi a encore assoupli la rigueur du dispositif primitif b), avant que les lois du 14 avril 2011 modifient assez sensiblement la législation antérieure c).

a) Initialement, la législation a été appliquée ferment.

D'abord, les juges ont décidé que toute violation d'une disposition législative entraînait une sanction comptable, à savoir le *rejet du compte de campagne* [142]. Cette sanction comptable était financièrement redoutable puisqu'elle a eu pour effet de priver le candidat ainsi sanctionné de bénéficier du remboursement par l'Etat de ses dépenses électorales.

Ensuite, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel ont jugé que toute transgression d'une règle relative au financement des campagnes électorales entraînait *l'inéligibilité d'un an* prévue par la loi et que cette sanction électorale s'appliquait par "catégorie de mandat" [143], ce qui veut dire qu'un candidat qui a transgressé une règle financière, par exemple lors d'une élection municipale, est inéligible à toute élection municipale dans l'année qui suit la date à laquelle le juge a prononcé cette sanction, mais que ceci ne l'empêche pas de se porter candidat à une autre élection, par exemple à une élection législative, au cours de cette même période d'un an : les deux élections n'entrant pas dans la même "catégorie".

En troisième lieu, les juges de l'élection ont décidé que si le candidat inéligible était, en plus, le candidat élu, il y avait lieu *d'annuler son élection*, si cette élection avait été contestée, ou de le *déclarer démissionnaire d'office* [144] – ce qui

[141] B. Maligner, *Droit électoral,* Ellipses 2007, n° 467 et s.

[142] Pour les références jurisprudentielles pertinentes, qu'il soit permis de renvoyer à nos annotations n°s 85 à 152) sous l'article L. 52-15 du Code électoral, 18e éd. Dalloz, 2012, 225 à 238.

[143] CE Ass. 23 octobre 1992, *Panizzoli*, AJDA 1993, 142, RFDA 1993, 469, concl. R. Abraham.

[144] Cons. const. 16 nov. 1993, n° 93-1316, *AN Alpes-de-Haute-Provence, 1re circ.: JO 19 nov., 15976; LPA 19 janv. 1994, n° 8, 20, note Maligner* : association initialement constituée en vue des élections régionales de 1992, continuant de fonctionner, après modification de son objet statutaire, dans la perspective des élections législatives de mars 1993 au mépris des dispo-

revient au même que l'annulation de son élection – lorsque, au contraire, son élection n'avait pas été contestée par la voie contentieuse.

Enfin, ils ont jugé, sur le fondement de dispositions législatives envisageant expressément cette hypothèse, que si un candidat, élu ou non élu, a *dépassé le plafond des dépenses électorales, il encourait trois sanctions* : premièrement, la sanction comptable de rejet du compte, entraînant, comme on vient de le voir, la perte du droit au remboursement de ses dépenses de campagne; deuxièmement, les mêmes sanctions électorales que celles que l'on vient d'exposer à savoir l'inéligibilité d'un an; l'annulation de son élection ou la démission d'office s'il a été élu); troisièmement et en outre, une sanction financière spécifique : l'obligation de verser au Trésor public une somme égale au montant du dépassement du plafond. A cet égard, il a quelque peu tempéré – mais tout est relatif – la rigueur de cette sanction en décidant qu'elle ne serait pas prononcée dans tous les cas où un dépassement du plafond des dépenses serait constaté, mais seulement dans l'hypothèse où ce dépassement serait de l'ordre de 8 % à 10 % du plafond des dépenses[145]. C'est de cette sanction qu'a, par exemple, été frappée une personnalité politique très connue, M. Jack Lang en 1993 [146].

b)L'introduction de la "bonne foi" par la loi du 10 avril 1996

La loi du 10 avril 1996, présentée comme interprétative de la législation initiale, est intervenue pour mettre un terme à une sérieuse difficulté d'application de la législation, dans un contexte politique particulier. En effet, lors des élections municipales de 1995, de nombreux candidats têtes de liste avaient désigné comme mandataires, personnes physiques ou membres de l'association de financement électorale. La loi prévoyait – et prévoit toujours – que les fonctions de mandataire financier ou de membre de l'association de financement électorale sont incompatibles avec la qualité de candidat. Mais, que fallait-il entendre par "candidat" ? La tête de liste seulement ou tous les membres de la liste ? Les tribunaux administratifs étaient partagés. Or, de nombreux maires, envi-

sitions de l'art. L. 52-5, tout en encaissant des recettes et en réglant des dépenses sur le compte primitif, lequel fut également utilisé pour effectuer des opérations imputées à la campagne du référendum sur le Traité sur l'Union européenne.

[145] Ce dépassement oscillant entre *12,79* % CE 25 sept. 1995, req. n° 163111, *M. Pomard, Élections cantonales de Béthune-Nord,* Lebon T. 799), *environ 9* % CE 18 déc. 1996, req. n° 176921, *Élections municipales de Vitrolles*, Dr. adm. 1997. Comm. 56, obs. L. Touvet, LPA 28 févr. 1997, n° 26, 15, note N. Van Tuong) et *7,20* % CE 18 déc. 1996, req. n° 176981, *Élections municipales de Beauvais [Oise],* inédit),

[146] Cons. const. 9 déc. 1993, n^{os} 93-1328-1487, *AN Loir-et-Cher, 1re circ.: JO 10 déc., 17197; AJDA 1994. 226, note Maligner :* cas de M. Jack Lang et Cons. const. 24 nov. 1993, n^{os} 93-1321-1498, *AN Paris, 19e circ.: JO 27 nov., 16409; AJDA 1994. 224, note Maligner 17,79 %, taux révisé à la baisse et fixé à 12,71 % à la suite de l'admission d'un recours en rectification d'erreur matérielle par* Cons. const. 17 déc. 1993, n^{os} 93-1321-1498, *AN Paris, 19e circ.: JO 23 déc., 17936)*, cas de M. Jean-Pierre Pierre-Bloch.

ron une centaine, auraient pu être déclarés temporairement inéligibles et voir leur élection annulée ou être déclarés démissionnaires d'office) d'une part, et le Conseil d'Etat [147], d'autre part, qui avait été saisi de la question, s'était prononcé dans sens très ferme puisqu'il avait été d'avis que les candidats têtes de listes – en pratique les maires concernés – et leurs colistiers, mandataires financiers ou membres de l'association de financement électorale étaient tous inéligibles… En raison de l'émoi provoqué dans le personnel politique par cet avis du Conseil d'Etat et pour "sauver" les hommes politiques dont le sort était compromis devant les juges, fut votée à l'initiative de M. Pierre Mazeaud, à l'époque président de la Commission des lois à l'Assemblée nationale, une loi interprétative justifiée par le fait que, sur le point considéré, la loi étant ambiguë, il fallait tenir compte de la "bonne foi" des intéressés qui avaient pu être légitimement induits en erreur, afin qu'ils échappent aux foudres de la loi particulièrement elliptique sur la question, l'inéligibilité d'un an et la perte de leur mandat électif.

Ainsi fut votée la loi n° 96-300 du 10 avril 1996 introduisant la "bonne foi" qui, lorsqu'elle serait connue par le juge de l'élection, permettrait aux candidats aux élections locales – et aux élections locales seulement – de ne pas être frappés d'inéligibilité.

Seulement, les hypothèses dans lesquelles le juge administratif de l'élection a reconnu la "bonne foi" d'un candidat sont très peu nombreuses. On peut les recenser ainsi :

– d'abord lorsque les règles applicables sont ambiguës [148];

– ensuite lorsque le droit applicable est imprécis et peut prêter à confusion [149].

-En outre lorsque des indications erronées ont été fournies, spécialement par une préfecture, quant aux obligations pesant sur les candidats en matière de compte de campagne et de financement des campagnes électorales [150];

– lorsqu'une irrégularité de caractère substantiel a été commise à l'insu du candidat ou de la tête de liste) qui n'a pas été en mesure de s'y opposer et de la prévenir [151];

[147] CE, Ass., avis, 5 févr. 1996, *Batteux, Él. mun. de Fourmies:* JO 1er mars 1996, 3300; Rec. 30; D. 1996. IR 60; Dr. adm. 1996, n° 145; JCP 1997. I. 4017, n° 46, obs. Petit; LPA 1996, n° 55, 4, note Camby; RF décentr. 1996, n° 4, 248, comm. Chaminade; RFDA 1996. 254 et 242, concl. Combrexelle; ibid. 255, note Maligner.

[148] CE 26 juillet 1996, *Él. mun. de Sainte-Marie,* req. n° 77095, *D.* 1996, IR 227; *Droit adm.* 1996, n° 524; *RFDA* 1996, 1062 : à propos d'un abandon de créances consenti par une société, personne morale de droit privé, qui ne correspond pas à une pratique commerciale habituelle.

[149] CE Ass. 30 octobre 1996, *Él. mun. de Fos-sur-Mer, Rec.* 394; *Dr adm.* 1996, n° 567, obs. L. Touvet; *LPA* 7 mars 1997, n° 29, 14, note J.-Camby; *RFDA* 1997, 59, concl. L. Touvet : à propos du financement de dépenses électorales par une association qui ne relève pas des art. 8 à 9-1 de la loi du 11 mars 1988 et qui ne s'est pas soumise aux règles fixées par les articles 11 à 11-7 de ladite loi.

[150] CE 18 octobre 1996, *Él. mun. de Cavaillon [Vaucluse],* req. n° 77313.

[151] CE 8 janvier 1997, *Él. mun. d'Istres [Bouches-du-Rhône], AJDA* 1997, 812; *LPA* 25

– et, l'inévitable cas des circonstances de l'espèce, laissant au juge une grande marge d'appréciation et de bienveillance [152], ce qui lui permet de tenir compte en particulier de la situation financière, économique ou/et sociale du candidat intéressé [153].

La grande faiblesse du dispositif mis en place en 1996 tenait à ce que le législateur n'avait pas envisagé un seul instant de transposer la "bonne foi" aux candidats aux élections législatives, faute d'avoir voté une loi organique nécessaire…

Cette législation, considérée généralement par les élus comme étant appliquée trop fermement et sans discernement par la CNCCFP et par les juges de l'élection, les parlementaires, à la suite d'une mission de réflexion conduite par une commission présidée par M. Pierre Mazeaud, ancien président du Conseil constitutionnel [154], ont voulu introduire un peu plus de souplesse dans le dispositif législatif de manière à rendre son application moins sévère. C'est pourquoi une réforme de plus ample importance, largement inspirée par les travaux de la Mission confiée à M. Pierre Mazeaud [155] et par un rapport d'un groupe de travail sénatorial réunissant des sénateurs de toutes tendances politiques [156], a été réalisée par les lois organique et ordinaire du 14 avril 2012.

c) La réforme réalisée par les lois du 14 avril 2011

La volonté du législateur est, d'abord, de rendre moins fréquent le prononcé de l'inéligibilité, de subordonner cette sanction électorale à des conditions plus restrictives que par le passé, ensuite, de prévoir, que, lorsqu'elle est effectivement prononcée par le juge de l'élection, elle soit "modulable" dans le temps, mais, enfin, qu'elle soit rendue applicable à toutes les élections.

avril 1997, n° 50, 15, note J.-Camby : en l'occurrence, paiement par un colistier d'une dépense sans passer par le mandataire financier.

[152] CE 8 janvier 1997, *Él. mun. de Château d'Olonne [Vendée], Rec.* T. 827 : dépôt d'un compte de campagne ne faisant état d'aucune dépense ni d'aucune recette et sans que celui-ci ait été présenté par un membre de l'ordre des experts-comptables et des comptables agréés.

[153] CE 20 janvier 1999, *CNCCFP c. M. Alie,* req. n° 98038, *Rec.* T. 797 : le fait que le compte d'une liste ne fasse état que de 2 310 F de recettes et de dépenses et la circonstance que le candidat qui était à sa tête, chômeur de longue durée, ne disposait que de très faibles moyens financiers, ne peuvent être utilement invoqués pour justifier une dérogation à l'obligation de faire présenter leur compte par un expert-comptable; c'est donc à bon droit que ce compte de campagne a été rejeté; toutefois, dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de déclarer le candidat tête de liste inéligible pendant un an.

[154] Rapport au président de l'Assemblée nationale. Propositions de réforme de la législation sur le financement des campagnes électorales pour les élections législatives, Rapports officiels, *Doc. fr. 2009*.

[155] Mazeaud, *Propositions de réforme de la législation sur le financement des campagnes électorales, La Documentation française 2009, 11.*

[156] Nicole Borvo Cohen Séat, Anne-Marie Escoffier, Alain Anziani, Yves Détraigne, Jean-Pierre Vial, *Droit des campagnes électorales : moderniser, simplifier, sanctionner.* Rapport d'information. Document Sénat, n° 186, 2010-2011, enregistré à la présidence du Sénat le 15 décembre 2010.

L'inéligibilité n'est plus automatique. En premier lieu, l'inéligibilité ne doit plus être aussi automatique qu'elle l'était auparavant, elle devient facultative et subordonnée à des conditions plus restrictives, plus limitatives. Trois hypothèses sont envisagées à ce titre.

Le premier cas où l'inéligibilité peut être prononcée est celui où, soit à la suite d'une requête électorale classique, soit sur saisine de la CNCFP, le juge constitutionnel ou le juge administratif de l'élection constate que le compte de campagne, le cas échéant après réformation, fait apparaître un dépassement du plafond des dépenses électorales [157]. Il en allait de même sous l'ancienne législation, comme on l'a vu, les juges s'étant laissés et ayant de ce fait donné aux candidats une marge de manœuvre.

Le deuxième cas vise l'hypothèse où le compte de campagne n'a pas été déposé dans les conditions et le délai prescrits à l'article L. 52-12 compte présenté sans les justificatifs et sans avoir été présentés par un expert-comptable, par exemple, d'une part, et compte non déposé dans les délais ou postérieurement à l'expiration du 10e vendredi à dix-huit heures suivant le première tour). Dans cette hypothèse encore, le juge constitutionnel de l'élection et le juge administratif de l'élection ont la faculté de déclarer le candidat fautif inéligible [158]. Dans la pratique, que décide le juge de l'élection ?

Dans une espèce récemment jugée, le Conseil d'Etat a considéré que, "pour apprécier s'il y a lieu, …) lorsqu'un candidat n'a pas déposé son compte de campagne dans les conditions et le délai prescrit, de faire usage de la faculté de déclarer un candidat inéligible, il appartient au juge de l'élection de tenir compte de la nature de la règle méconnue, du caractère délibéré ou non du manquement, de l'existence éventuelle d'autres motifs d'irrégularité du compte et du montant des sommes en cause pas nous en italiques). Considérant en la circonstance, d'une part, que les dépenses de campagne de M. A s'élevaient à 572,32 euros, d'autre part, que la CNCCFP n'a relevé aucune autre irrégularité dans l'établissement de son compte de campagne et, enfin, que M. A a transmis son compte de campagne dans les meilleurs délais une fois informé de son manquement aux dispositions de l'article L. 52-12 du code électoral, il n'y a, dès lors, pas lieu de déclarer M. A inéligible [159]. Dans une autre affaire, jugée le même jour, le Conseil d'Etat a fait preuve de la même indulgence. Considérant qu'il résulte de l'instruction, d'une part, que le compte de campagne déposé par M. X… ne présentait aucune autre irré-

[157] Art. L.O. 136-1 du code électoral, art. 5, 1° de la loi organique du 5 avril 2011; pour les élections dont le contentieux ressortit à la compétence du juge administratif, la règle ancienne est conservée, sauf en ce qui concerne le délai d'un an de l'inéligibilité : art. L. 118-3 dans sa rédaction issue de la loi ordinaire du 5 avril 2011, art. 16, 1°.

[158] Art. L. 118-3 nouveau 2e alinéa; art. 16 al. 2 de la loi ordinaire du 5 avril 2011; nouvel article L.O. 136-1, al. 2 issu de l'art. 5 la loi organique.

[159] CE 17 octobre 2012, *CNCCFP c/ M. Pierre A…, El. cant. de Marrange-Silvange Moselle), req. n° 359320.*

gularité que celle tenant à un dépôt tardif de ce compte et, d'autre part, que la méconnaissance du délai prescrit à l'article L. 52-12 du code électoral ne résultait pas d'un manquement délibéré du candidat mais du retard pris dans l'encaissement des chèques émis pour le paiement de prestations de service liées à sa campagne électorale, il a également statué qu'il n'y a pas lieu de déclarer M. X… inéligible [160].

Nous ne pouvons pas nous empêcher de penser que le Conseil d'Etat fait œuvre prétorienne, car pour apprécier une irrégularité particulière, une méconnaissance d'une règle relative au financement des campagnes déterminée et tout à fait précise, il prend en compte d'autres considérations totalement étrangères à la règle transgressée.

Le troisième cas est le plus novateur. En effet, le juge de l'élection peut et même doit prononcer, l'inéligibilité du candidat dont le compte de campagne aura été rejeté à bon droit, "en cas de volonté de fraude ou de manquement d'une particulière gravité aux règles relatives au financement des campagnes électorales" [161].

A la lecture des décisions récentes du Conseil d'Etat, force est de constater que la Haute juridiction administrative ne juge pas très fréquemment se trouver en présence de cas de volonté de fraude ou de manquement d'une particulière gravité aux règles de financement des campagnes électorales. Ainsi par exemple, il a décidé – contrairement à ce qu'il jugeait avant 2011 – qu'il n'y a pas lieu de déclarer inéligible un candidat qui n'a pas déposé son compte de campagne. Il a jugé en effet que "si l'absence de dépôt par un candidat de son compte de campagne constitue, en principe, un manquement de nature à justifier une déclaration d'inéligibilité, il en va autrement, notamment, lorsqu'il est établi que cette omission ne présente pas un caractère délibéré, parce que le candidat a été abusé par un mandataire dont il pouvait légitimement estimer qu'il respecterait ses obligations et qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité, en dépit de toutes les diligences accomplies en temps utile, d'effectuer le dépôt du compte refus du mandataire financier du candidat de lui remettre après l'élection le compte de campagne et ses justificatifs; absence de réponse à ses messages téléphoniques; refus de le rencontrer; dépôt de plainte pénale contre son mandataire financier; condamnation civile du mandataire financier ayant transféré les fonds de la campagne sur son compte bancaire personnel, sans que les créanciers aient été payés; candidat justifiant avoir entrepris les démarches nécessaires tant auprès de son mandataire, des services de police que de la préfecture; absence d'autres irrégularités de nature à justifier une déclaration d'inéligibilité[162].

[160] CE 17 octobre 2012, *CNCCFP c/ M. Jérôme A…*; El. cant. de Cattenom Moselle), req. n° 359321.

[161] Nouvel art. L.O. 136-1, alinéa 3, issu de l'art. 5 la loi organique; nouvel art. L. 118-3, nouveau 3e alinéa, issu de l'art. 15 de la loi ordinaire.

[162] CE 1er juin 2012, *M. Choquenet*, req. n° 345026, AJDA 2012. 1085, obs. S. Brondel.

Il a également jugé – contrairement à ce qu'il décidait jusqu'en 2011 – qu'il n'y a pas lieu de déclarer inéligible un candidat qui a réglé ses dépenses électorales sans l'intermédiaire de son mandataire financier. Pourquoi le Conseil d'Etat statue-t-il en ce sens ? Parce que la loi nouvelle art. L. 118-3, 3e alinéa du Code électoral) prévoient, en dehors des cas de fraude, que le juge de l'élection ne prononce l'inéligibilité d'un candidat que s'il constate un manquement d'une particulière gravité aux règles de financement des campagnes électorales. Or, pose le Conseil d'Etat, pour déterminer si un manquement est d'une particulière gravité au sens de ces dispositions, il incombe au juge de l'élection d'apprécier, d'une part, s'il s'agit d'un manquement caractérisé à une règle substantielle relative au financement des campagnes électorales, d'autre part, s'il présente un caractère délibéré; en cas de manquement aux dispositions de l'article L. 52-4 du code électoral interdisant, en particulier, le règlement de dépenses électorales sans passer par le mandataire financier), il incombe, en outre, au juge de tenir compte de l'existence éventuelle d'autres motifs d'irrégularité du compte, du montant des sommes en cause ainsi que de l'ensemble des circonstances de l'espèce. En l'occurrence, si l'intéressé ne pouvait ignorer la portée des dispositions de l'article L. 52-4 du code électoral qu'il a méconnues, il est constant que cette méconnaissance ne traduit aucune volonté de fraude de sa part et que son compte de campagne ne fait pas apparaître d'autres irrégularités de nature à justifier une déclaration d'inéligibilité; de plus, ajoute le Conseil d'Etat, il résulte également de l'instruction que les dépenses directement acquittées par le candidat l'ont été par commodité, uniquement pour l'organisation de collations dans le cadre de sa campagne électorale, et pour un montant global qui, sans être faible par rapport au total des dépenses du compte de campagne ni négligeable au regard du plafond de dépenses autorisées, est demeuré limité; pour blâmable qu'elle soit, pareille légèreté de la part de ce candidat ne peut être qualifiée de manquement d'une particulière gravité aux règles de financement des campagnes électorales, de nature à justifier l'inéligibilité du candidat[163]. Pareille solution n'aurait jamais été rendue sous l'empire de l'ancienne législation…

Mais, le Conseil d'Etat n'est pas toujours aussi clément

Il a, en effet, décidé que la méconnaissance d'une disposition relative au financement des campagnes électorales – en l'espèce l'article L. 52-6 – justifie autant le rejet du compte de campagne par la CNCCFP, l'inéligibilité temporaire d'un intéressé et qu'il soit déclaré démissionnaire d'office l'annulation de son élection aurait été prononcée si celle-ci a été contestée). Ainsi, la haute juridiction administrative a jugé que le fait que le mandataire financier

[163] CE 23 juillet 2012, *M. Robert B…*, req. n° 357453, AJDA 2012. 1476, obs. M.-C. de Montecler. Dans le même sens, CE 17 septembre 2012, *M. Jean-Marie B…*, req. n° 356620 : diverses dépenses non réglées par le mandataire financier représentant 7,8 % du total des dépenses de l'intéressé et 6 % du plafond des dépenses.

d'un candidat – en la circonstance son épouse ce qui n'est pas interdit) – ait réglé les dépenses de campagne à partir d'un compte bancaire existant qui n'a pas été spécialement ouvert pour les dépenses de campagne ce qui n'est pas autorisé) et dont l'intéressé était également titulaire ne satisfait pas à l'exigence, résultant l'article L. 52-6, alinéa 2 du Code électoral, d'ouverture d'un compte bancaire ou postal unique retraçant la totalité des opérations financières de la campagne électorale. Aussi bien considère-t-il que c'est par suite à bon droit que la CNCCFP, a rejeté le compte de campagne de l'intéressé et a saisi le juge de l'élection. Estimant, de plus, que la méconnaissance de cette exigence, destinée à permettre à la CNCCFP de s'assurer de la transparence du financement d'une campagne électorale, par un homme politique expérimenté qui, ayant déjà été candidat à de précédentes élections cantonales, ne pouvait se méprendre sur les obligations résultant pour lui des dispositions du code électoral, doit être regardée, dans les circonstances de l'espèce, comme entrant dans les prévisions du troisième alinéa de l'article L. 118-3 du code électoral – c'est-à-dire constitue un manquement d'une particulière gravité aux règles relatives au financement des campagnes électorales – qui prévoient une sanction d'inéligibilité. Enfin, le Conseil d'Etat décide qu'il y a lieu de prononcer l'inéligibilité de cet intéressé pendant un an à compter de la notification de la présente décision et de le déclarer démissionnaire d'office de ses fonctions de conseiller général du canton de Bréhal [164].

L'inéligibilité est modulable dans le temps. Le législateur de 2011 a incontestablement voulu que, quand il décide de déclarer un candidat inéligible, le juge de l'élection puisse "moduler" l'inéligibilité dans le temps, c'est-à-dire de la faire varier dans le temps, sans que le maximum de cette sanction dépasse, non pas un an, comme dans le dispositif jusqu'alors applicable, mais 3 ans. De telle sorte que, on peut le penser en tout cas, lorsqu'elle sera prononcée, la durée de l'inéligibilité dépendra selon toute vraisemblance de la gravité de la règle transgressée, d'une volonté de fraude de contourner la loi. Au 31 octobre 2012, ni le Conseil constitutionnel, ni le Conseil d'Etat n'ont rendu de décisions relatives à la modulation dans le temps des inéligibilités.

L'inéligibilité s'applique à toutes les élections. C'est une des nouveautés des lois du 14 avril 2011. Voulant délibérément mettre un terme à la jurisprudence *Panizzoli*, rendue aux conclusions conformes de M. Ronny Abraham[165] qui a posé comme règle que l'inéligibilité ne s'applique que par catégorie de

[164] CE 17 octobre 2012, *M. Jean-Marie B…, El. cant de Bréhal Manche),* req. n° 357273 : l'inéligibilité est seulement d'un an parce que, selon nous, les faits reprochés au candidat se sont produits avant l'entrée en vigueur de la loi et qu'il y a lieu d'appliquer, en ce qui concerne la sanction électorale, la législation antérieure au 14 avril 2011 qui limitait la sanction à un an pour la seule élection cantonale. C'est d'ailleurs pourquoi, l'inéligibilité se vaut que pour le mandat de conseiller général.

[165] CE Ass. 23 octobre 1992, *Panizzoli*, AJDA 1993, 142, RFDA 1993, 469, concl. R. Abraham.

mandat déclaré inéligible au conseil municipal un intéressé n'était inéligible jusqu'ici que comme conseiller municipal et non comme conseiller régional ou député), les lois organique n° 410 et ordinaire n° 412 du 14 avril 2011 sont plus *sévères que la législation antérieure*. En effet, elles précisent que l'inéligibilité susceptible d'être prononcée à l'encontre d'un candidat ayant transgressé la législation sur le financement des campagnes électorales pour une durée de trois ans au maximum "s'applique à toutes les élections", mais "n'a pas d'effet sur les mandats acquis antérieurement à la date de la décision") art. 5, 1° de la loi organique modifiant l'art. LO 136-1 du code électoral; art. 16, 2° de la loi ordinaire modifiant l'art. L. 118-3 du code électoral). Par voie de conséquence, l'inéligibilité a pour effet d'interdire au candidat qui en est frappé de pouvoir participer à toute élection organisée pendant la durée de cette inéligibilité. Au 31 octobre 2012, ce volet de la législation nouvelle n'a pas donné lieu à une application contentieuse.

Annulation de l'élection ou démission d'office. Pour le reste, c'est-à-dire pour ce qui est des autres sanctions électorales qui dérivent du prononcé de l'inéligibilité, les lois du 14 avril 2011 n'apportent aucun changement : l'annulation de l'élection du candidat élu, si son élection a été contestée; sa démission d'office, dans le cas contraire, peuvent toujours être prononcées.

Les pouvoirs des juges sont aussi renouvelés dans le contentieux du remboursement des dépenses électorales

2°) Le contentieux du remboursement des dépenses électorales

Le contentieux du remboursement des dépenses électorales est, lui aussi, assez riche. Il porte sur les points suivants.

a) Le droit au remboursement des dépenses et la notion de dépenses remboursables.

Depuis l'origine, *tout candidat a,* en principe, c'est-à-dire sous réserve de ce qui sera exposé plus bas, *droit au remboursement de ses dépenses électorales*.

La question s'est très tôt posée de savoir ce qu'il fallait entendre par "dépenses électorales remboursables". Pour la jurisprudence, qui a comblé le mutisme législatif sur ce point précis, les dépenses pouvant, en application de l'article L. 52-11-1, faire l'objet d'un remboursement forfaitaire de la part de l'État sont celles dont la *finalité est l'obtention des suffrages des électeurs*[166], définition en vérité moins précise, à notre avis, que celle que nous avons précédemment donnée… Dès lors, les dépenses qui, bien qu'engagées pendant l'année qui précède l'élection par le candidat tête de liste ou par ses colistiers, n'ont pas cette finalité, ne peuvent ouvrir droit au remboursement forfaitaire de l'État; c'est le cas d'une somme correspondant à des repas pris

[166] CE 27 juin 2005, *M. Gourlot,* Rec. T. 892; BJCL 2005. 561, concl. D. Chauvaux; CE 10 août 2005, *M. Le Drian,* AJDA 2005. 2071, note B. Maligner.

par le candidat requérant avec son équipe de campagne et ses colistiers[167]. C'est très normalement pourquoi il appartient à la CNCCFP de retrancher du montant des dépenses payées par le mandataire financier du candidat les sommes qui, bien qu'engagées pendant la campagne par le candidat tête de liste ou par ses colistiers, n'ont pas cette finalité[168] pour fixer la base du remboursement forfaitaire. On notera au passage, c'est un point important dans la pratique pour les candidats, que les intérêts des emprunts souscrits par les candidats pour financer leur campagne sont des dépenses électorales qui peuvent être prises en compte pour le calcul du remboursement forfaitaire de l'État, sous réserve que la réalité et la sincérité de l'emprunt soient établies, que son montant ne dépasse pas les besoins du candidat pour le financement de la campagne, que son taux corresponde aux conditions du marché et qu'il ait été souscrit pour une durée ne dépassant pas le délai raisonnablement prévisible d'intervention du remboursement par l'État, sans qu'il y ait lieu de prendre en compte la circonstance que le prêteur, en la circonstance une association émanant d'un parti politique, n'aurait pas lui-même souscrit un emprunt bancaire pour financer la campagne de ce candidat[169].

En tout cas, en ce qui concerne le droit au remboursement forfaitaire des dépenses électorales, les lois du 14 avril 2011 n'apportent aucune modification. Il n'y a donc pas à attendre un changement de jurisprudence sur ce point.

b) Le plafond théorique et le plafond réel du remboursement

La loi a prévu initialement que le montant des dépenses remboursables ne pouvait excéder 50 % du plafond des dépenses électorales. Il n'en est plus tout à fait de même aujourd'hui. En effet, la loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011, art. 112-2° - donc postérieure au "paquet électoral"[170] du 14 avril 2011 – a fixé, au moins jusqu'au retour de l'équilibre des finances publiques, le montant maximum du montant du remboursement forfaitaire de l'Etat à 47,5 % du plafond des dépenses électorales dans la circonscription. Mais, il ne faut pas se méprendre : ce montant est un montant maximum théorique. En effet, pour que ce remboursement n'aboutisse pas à un enrichissement sans cause du candidat, la jurisprudence a précisé un point important. Le montant réel du remboursement auquel a droit un candidat est fixé au montant de *l'apport personnel du candidat*. C'est cette règle, d'origine jurisprudentielle[171], qui a

[167] CE 27 juin 2005, *M. Gourlot,* préc.

[168] CE 11 janv. 2006, *M. Copé, Élections régionales d'Île-de-France*, Rec. 14 AJDA 2006. 173, obs. E. Royer, Gaz. Pal. 22 août 2006, 19, JCP 2006. IV. 1227.

[169] CE 24 juill. 2009, *M. Dominique Joly*, AJDA 2009. 1517, obs. S. Brondel, AJDA 2010. 111, note B. Maligner.

[170] Sur le "paquet électoral de 2011", V. B. Maligner, AJDA 2011, 2159.

[171] Le Conseil constitutionnel, en effet, a très clairement jugé que le remboursement ne saurait excéder ni le montant des dépenses de caractère électoral faites sur le compte du mandataire financier. Cons. const. 26 sept. 2002, *Décision relative au compte de campagne de M.*

été consacrée par l'ordonnance n° 2003-1165 du 8 décembre 2003. Pour dire les choses autrement, le droit au remboursement réel est donc de 47,5 % du montant des dépenses, dans la limite du montant de l'apport personnel, ou, si l'on préfère, le remboursement forfaitaire dû par l'Etat "ne peut excéder le montant des dépenses réglées sur l'apport personnel des candidats et retracées dans leur compte de campagne" art. L. 52-11-1, 1er alinéa) ou réintégrées dans le compte, comme le précise la décision *Gollnisch* CE 6 janv. 2006, *M. Gollnisch*, Rec.T. 882; AJDA 2006. 2128, note B. Maligner).

c)La perte du droit au remboursement forfaitaire

Un candidat perd tout droit au remboursement forfaitaire dans cinq cas prévus par l'article L. 52-11-1 du Code électoral. D'abord lorsqu'il a obtenu moins de 5 % des suffrages exprimés au premier tour de scrutin. Ensuite, lorsqu'il a dépassé le plafond des dépenses électorales autorisées dans la circonscription L. 52-11-1). En outre, lorsqu'il n'a pas déposé son compte de campagne dans le délai prévu par la loi, soit environ deux mois après l'élection. En quatrième lieu, lorsqu'il n'a pas déposé sa déclaration de situation patrimoniale, s'il est astreint à cette obligation cette condition ne concerne pas la majorité des candidats). Enfin, dans le cas "où son compte de campagne a été rejeté pour d'autres motifs". Ces cinq hypothèses sont prévues par l'article L. 52-11-1, 2e alinéa du Code électoral.

d)La modulation du montant du remboursement

C'est la "grande" nouveauté de la loi n° 412) du 14 avril 2012 art. 9-2°) qui introduit un 3e alinéa à l'article L. 52-11-1. Ce texte dispose en effet : *"Dans les cas où les irrégularités commises ne conduisent pas au rejet du compte, la décision concernant ce dernier peut réduire le montant du remboursement forfaitaire en fonction du nombre et de la gravité de ces irrégularités."*. Ces dispositions donnent, au tout premier chef, à la Commission une marge d'appréciation et va la conduire à construire sa "doctrine" à ce sujet…

Daniel Gluckstein: JO 12 oct., 16867; Rec. Cons. const. 235; Cons. const. 26 sept. 2002, *Décision relative au compte de campagne de M. Jean Saint-Josse: JO 12 oct., 16873; Rec. Cons. const. 276;* Cons. const. 26 sept. 2002, *Décision relative au compte de campagne de M. Olivier Besancenot: JO 12 oct., 16882 :* Cons. const. 26 sept. 2002, *Décision relative au compte de campagne de M. Robert Hue: JO 12 oct., 16978 :*Cons. const. 26 sept. 2002, *Décision relative au compte de campagne de Mme Christiane Taubira: JO 12 oct., 16872; Rec. Cons. const. 268),* ni le montant de l'apport personnel Cons. const. 26 sept. 2002, *Décision relative au compte de campagne de M. Alain Madelin: JO 12 oct., 16880; Rec. Cons. const. 325;* Cons. const. 26 sept. 2002, *Décision relative au compte de campagne de M. Robert Hue: préc.;* Cons. const. 26 sept. 2002, *Décision relative au compte de campagne de Mme Christiane Taubira: préc.;* Cons. const. 26 sept. 2002, *Décision relative au compte de campagne de Mme Christine Boutin: JO 12 oct., 16876; Rec. Cons. const. 301;* Cons. const. 26 sept. 2002, *Décision relative au compte de campagne de Mme Corinne Lepage: JO 12 oct., 16865; Rec. Cons. const. 227.*

Dorénavant, la CNCCFP n'est donc plus soumise à l'alternative "rejet du compte; saisine du juge de l'élection", d'une part, "approbation/réformation du compte; absence de saisine du juge de l'élection", d'autre part. Quand elle ne rejettera pas un compte de campagne, elle ne l'approuvera pas nécessairement pour autant; elle sera en droit de moduler, de faire varier le montant du remboursement en tenant compte du nombre et de la gravité des irrégularités relevées. On va le préciser.

Trois observations doivent être présentées à cet égard.

Première observation, ce texte n'est pas aussi nouveau qu'on l'affirme généralement. Il s'inspire, en premier lieu, d'un dispositif qui avait été adoptée pour l'élection présidentielle au profit du Conseil constitutionnel par la loi organique n° 100 du 5 février 2001 art. 4). Ainsi, le Haut Conseil avait pu juger que, dès lors que la méconnaissance des dispositions relatives au financement de la campagne électorale, qui a motivé le rejet du compte de campagne d'un candidat, n'est, ni non intentionnelle, ni de portée très réduite, il ne pouvait accorder, même partiellement, le remboursement forfaitaire de l'État à ce candidat; ce dernier était, en conséquence, tenu de restituer l'avance de 153 000 € qui lui avait été consentie[172]. En second lieu, le même pouvoir fut accordé à la CNCCFP elle-même pour l'élection présidentielle de 2007 par la loi organique n° 2006-404 du 5 avril 2006, ce qui lui avait permis, au regard des irrégularités constatées dans le compte de campagne de M. Sarkozy par exemple, de décider que *"le manquement constaté n'est pas d'une gravité telle qu'elle doive entraîner le rejet du compte de campagne"*[173].

Deuxième observation. *Le juge de l'élection peut lui-même moduler le montant du remboursement et revenir sur la décision de la CNCCFP.* Ainsi, le Conseil d'Etat, revenant sur la décision de rejet du compte de campagne d'un candidat qui avait justifié sa saisine, a considéré que l'irrégularité commise par l'intéressé – l'omission de faire figurer dans son compte de campagne le coût d'hébergement d'un site internet évalué à 14,95 € par mois pendant l'année précédant l'élection – étant, à tout prendre, vénielle, ne justifiait pas le rejet du compte et ne nécessitait pas davantage de diminuer le montant du remboursement forfaitaire. Il l'a donc fixé au montant de l'apport personnel, conformément aux règles habituelles[174].

[172] Cons. const. 26 sept. 2002, *Décision relative au compte de campagne de M. Bruno Mégret*: JO 12 oct., 16865; Rec. Cons. const. 221; AJDA 2002. 948; ibid. 1173, note B. Maligner; D. 2003. Somm. 1133, obs. R. Ghevontian.

[173] CNCCFP, *Déc. du 26 nov. 2007, relative au compte de campagne de M. Sarkozy, candidat à l'élection du Président de la République des 22 avril et 6 mai 2007*, J.O. 10 janvier 2008, 574 : la Commission avait décidé de "diminuer le montant maximal du remboursement de la somme de 13 800 euros correspondant aux dons excédant le plafond autorisé par la loi; par suite le montant dû par l'Etat est arrêté à la somme de 10 783 200 €".

[174] CE 4 octobre 2012, *CNCCFP c/ M. Chritophe C…, El. dans le canton de Puteaux, Hauts-de-Seine),* req. n° 356271.

Troisième observation. Que se passe-t-il lorsque la CNCCFP réforme le compte de campagne et module – en fait réduit – le montant du remboursement, ne rejette donc pas le compte le compte de campagne et ne saisit donc pas davantage le juge de l'élection, d'une part, et que, d'autre part, le candidat conteste la décision arrêtant le montant du remboursement fixé par la CNCCFP ? La question n'est pas futile : elle se présente souvent dans la pratique. La loi du 14 avril 2011 n'apporte pas de réponse à cette question. Mais cela n'a point d'importance, car cette situation est parfaitement réglée par la pratique suivie par la CNCCFP et par la jurisprudence. En effet, dans l'hypothèse considérée, il est admis que le candidat puisse former un recours gracieux devant la CNCCFP dans les deux mois à compter de la notification de la décision contestée) et qu'en cas de rejet de la demande par la CNCCFP le candidat saisisse le juge administratif de plein contentieux ordinaire qui statuera sur ce point. Cette solution est certaine et acquise depuis 2005. Il a été jugé, en effet, que la décision par laquelle la CNCCFP approuve, après réformation, le compte de campagne d'un candidat peut être contestée par ce dernier par la voie d'un recours de plein contentieux directement porté devant le Conseil d'État initialement[175], actuellement le tribunal administratif de Paris malheureusement à notre avis[176], *"lequel est seul compétent pour réformer une décision de la CNCCFP approuvant après réformation un compte de campagne et pour fixer le montant du remboursement forfaitaire des dépenses électorales auquel a droit un candidat"*[177].

e)Le rejet à bon droit du compte par la CNCCFP ou par le juge de l'élection entraîne la perte du droit au remboursement forfaitaire

D'une part, quand la CNCCFP n'a pas usé du pouvoir de moduler le montant du remboursement, mais a estimé que les irrégularités relevées étaient d'une gravité telle qu'elles devaient entraîner le rejet du compte, qu'elle a, par suite, saisi le juge de l'élection de la situation de l'intéressé et que le juge de l'élection considère à son tour que le compte a été rejeté à bon droit par la Commission, le candidat perd tout droit au remboursement. C'est pourquoi il n'y a pas lieu pour le juge de l'élection de fixer le montant du remboursement forfaitaire qui lui est dû[178]. Il ne faut pas en être surpris : si un compte de campagne a été à juste titre rejeté, il est totalement inutile

[175] CE 1er avr. 2005, *Mme Le Pen,* Rec. 136; AJDA 2005. 1306, note B. Maligner.

[176] L'article R. 311-1 du Code de justice administrative dans sa rédaction issue du décret n° 2010-164 du 22 février 2010 a exclu de la compétence directe du Conseil d'Etat le contentieux des décisions de la CNCCFCe n'est pas à notre sens judicieux, car le litige portant sur le montant du remboursement risque d'être tranché plus lentement : après le tribunal administratif, la cour administrative d'appel avant le Conseil d'Etat en cassation pourront intervenir…

[177] CE 10 août 2005, *Le Drian,* AJDA 2005, p.2071, note B. Maligner.

[178] CE 23 juillet 2012, *M. Robert B*…, req. n° 357453, AJDA 2012. 1476, obs. M.-C. de Montecler.

au juge de l'élection de fixer le montant du remboursement car, ainsi que le prévoient les dispositions du nouvel article L. 52-11-1 du Code électoral loi n° 2011-412 du 14 avril 2011, art. 9, 1°), le remboursement forfaitaire ne peut pas être versé…

D'autre part, quand la CNCCFP a approuvé un compte de campagne, mais que le juge de l'élection, saisi dans le cadre d'un recours électoral classique, considère, au contraire, que le compte de campagne du candidat doit être rejeté parce que l'irrégularité dénoncée est grave, ledit juge de l'élection est parfaitement en droit de rejeter le compte et de décider, qu'eu égard à la gravité de l'irrégularité, il y a lieu *"d'arrêter à la somme de 0 euro le montant du remboursement qui lui est dû, en application des dispositions de l'art. L. 52-11-1 du Code électoral"*[179]. Dans l'espèce *Elections régionales d'Île-de-France*, jugée par l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat le 4 juillet 2011, la haute juridiction s'est prononcée en ce sens parce que l'avantage consenti – une campagne de promotion publicitaire des actions de la région Île-de-France – par une personne morale de droit public – la région – ce qui est illégal) s'élevait "à un montant de l'ordre de 1 500 000 € et représentait) 45 % du plafond des dépenses électorales".

f)L'impossibilité pour le juge d'ordonner le reversement d'un remboursement indu

Il importe de le noter, le juge de l'élection n'a pas à se prononcer sur autre chose que le remboursement des sommes qui sont dues au candidat. Pour exprimer les choses simplement, s'il a la possibilité de fixer le montant du remboursement auquel a droit un candidat, il lui est impossible de fixer le montant des sommes qu'il aurait perçues, même à mauvais droit[180]. La raison avancée par le Conseil d'Etat pour statuer ainsi est que le législateur ne lui a pas reconnu ce pouvoir. Cette situation est regrettable, car elle crée un vide juridique : comment est-il possible pour l'Etat de récupérer des sommes qui ont été indûment perçues par un candidat ? La jurisprudence n'a pas eu à examiner cette question jusqu'à présent, au moins à notre connaissance. Elle aura probablement à le faire un jour. Ne pourrait-elle pas faire preuve, alors, d'un peu d'audace ?

****

Au terme de cet examen, on peut avoir le sentiment que la justice électorale est, en France, trop dispersée entre trois ordres de juridiction et que la jurisprudence électorale, en bref la justice électorale, est tellement compliquée, subtile que l'on pourrait dire qu'elle n'intéresse que quelques ma-

[179] CE, Ass., 4 juill. 2011, *Él. rég. d'Île-de-France, Mme Arnautu et Midy,* Rec. 317, AJDA 2011. 1353; RFDA 2011. 723, obs Türk.

[180] CE 23 juillet 2012, *M. Chevrot,* req. n° 356623, AJDA 2012. 1481, obs. M.-C. de Montecler.

niaques spécialisés en contentieux électoral ! Et je ne suis pas loin de penser que les participants à ce colloque consacré à la justice électorale en Europe, en écoutant un intervenant traiter de la justice électorale française se disent *in petto* : "Il devrait consulter un psychiatre", car comment est-il possible que cette justice soit aussi complexe qu'il le prétend !

Pour se guérir ou remédier à une telle complexité, il est évidemment tentant de proposer une solution radicale : confier à une seule juridiction le soin de traiter toutes les affaires électorales, investie de toutes les compétences détenues par le Conseil constitutionnel, les juges administratifs – dont le Conseil d'Etat – et le juge judiciaire – dont la Cour de cassation – voire, pourquoi pas ?, d'en créer une. Mais cela nécessiterait vraisemblablement une réforme constitutionnelle, qui aboutirait à réunir, dans cette nouvelle juridiction électorale, des magistrats de la Cour de cassation et de la Cour des comptes et des membres du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel. N'est-ce pas un rêve ? Pour ma part, je rejoindrai Sacha Guitry qui a écrit que *"la réalité, quelle qu'elle soit, est bien plus belle que l'illusion"* [181]. Ceci nous invite, je le crois, à devoir nous satisfaire de la réalité telle qu'elle est…

[181] S. Guitry, *Mon père avait raison,* 1919.

INTERVENTI

LE MISURE A FAVORE DEL RIEQUILIBRIO DELLA RAPPRESENTANZA DI GENERE COME OGGETTO DI CONTENZIOSO ELETTORALE

di Stefano Catalano

Sommario: 1. Premessa.- 2. Ragioni dell'equilibrio di genere nell'accesso alle cariche elettive. - 3. Breve ricostruzione dei punti fermi ricavabili dalle decisioni della Corte costituzionale. - 4. Valutazione delle norme vigenti e del disegno di legge di modifica del sistema di elezione delle Camere volte al riequilibrio nella rappresentanza di genere.

1. Premessa

In questo intervento si intende riflettere su un tema che, negli ultimi anni, è divenuto particolarmente importante nello studio della materia elettorale e del contenzioso ad essa legato: il problema del riequilibrio fra i generi nella rappresentanza politica e, in particolare, nelle Assemblee elettive.

Basti ricordare come la prima decisione della Corte costituzionale in tema deriva proprio da un giudizio in cui si discuteva sulla legittimità delle elezioni di un Consiglio comunale.

Più in generale, a dimostrare la rilevanza dell'argomento rispetto all'analisi della giustizia elettorale va osservato, come messo in luce nella relazione di Guido Rivosecchi, che le norme sul riequilibrio di genere sono uno dei pochi casi in cui è possibile superare le strettoie dell'accesso alla Corte costituzionale in materia elettorale[1].

Inoltre, va sottolineato come, ad oggi, in tema di pari opportunità nell'accesso alle cariche elettive, un eventuale contenzioso elettorale avrebbe ad oggetto essenzialmente l'esame proprio dei profili di costituzionalità delle norme che si pongano l'obiettivo del riequilibrio di genere nella rappresentanza politica.

Più precisamente, ove siano previste discipline che vincolino la formazione delle liste, a pena della loro stessa inammissibilità, al rispetto di proporzioni minime fra candidati di genere differente, risulta chiaro come in questi casi la contestazione dell'esclusione di una lista presupponga la risoluzione del quesito relativo alla conformità a Costituzione di simili regole.

Una situazione analoga si ha nell'ipotesi in cui taluno volesse contestare i risultati elettorali, quindi anche le singole proclamazioni degli eletti, lamen-

[1] G. Rivosecchi, *Il contenzioso postelettorale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in questo volume.

tando la lesione del proprio diritto inviolabile all'accesso alle cariche elettive derivante dal proprio mancato inserimento nelle liste dovuto alla necessità di rispettare, ancora una volta, le regole relative al genere.

Il rilievo dell'argomento trova ulteriore conferma se si ricordano alcuni progetti di legge presentati nella Legislatura appena conclusasi e che contengono discipline particolarmente interessanti e che potrebbero essere il modello per interventi legislativi futuri. Ci si riferisce, in particolare, al disegno di legge di riforma del sistema di elezione di Camera dei deputati e Senato della Repubblica (AS. 3410 della XVI Legislatura nella versione adottata dalla Commissione Affari costituzionali il giorno 11 ottobre 2012).

Ancor più significative sono le disposizioni del disegno di legge (AS 3290, sempre della XVI Legislatura) intitolato "Disposizioni per promuovere il riequilibrio delle rappresentanze di genere nei consigli e nelle giunte degli enti locali e nei consigli regionali. Disposizioni in materia di pari opportunità nella composizione delle commissioni di concorso nelle pubbliche amministrazioni" che è stato definitivamente approvato divenendo la legge 23 novembre 2012, n. 215.

Nell'analisi occorre notare subito come diversi siano gli interventi normativi, anche di rango costituzionale, volti a porre rimedio ad una situazione che è stata percepita sempre più inadeguata.

In primo luogo, nell'affrontare il tema pare utile indicare, sia pur in pochissime battute, le ragioni che, almeno a giudizio di chi scrive, militano a favore del perseguimento dell'obiettivo del riequilibrio dei generi nella rappresentanza politica.

In secondo luogo, risulta imprescindibile confrontarsi con l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, in materia. Ciò al fine di ragionare sulle conseguenze che si possono trarre da tale giurisprudenza in merito ai limiti che incontra il legislatore nell'intervenire. In particolare si analizzeranno, da un lato, le norme, soprattutto regionali, vigenti e, dall'altro, alcune disposizioni della legge n. 215 del 2012 e del disegno di legge di riforma del sistema di elezione del Parlamento.

2. Ragioni dell'equilibrio di genere nell'accesso alle cariche elettive

Il modo migliore per dimostrare la rilevanza del problema della rappresentanza politica di genere è quello di ricordare i dati. Poco meno di un parlamentare su cinque è donna e la situazione si ripresenta nei Consigli regionali e anche nel numero di eletti italiani al Parlamento europeo.

Più in generale, però, va sottolineato come sulle tematiche politiche quotidiane e persino sugli argomenti che toccano direttamente le donne, spesso sono quasi esclusivamente gli uomini a discutere ed a decidere[2].

[2] Di politica come "territorio ancora maschile" parla F. Zajczyk, *La resistibile ascesa delle donne. Stereotipi di genere e costruzione di nuove identità*, Milano, 2007, p. 58. L'A., inoltre, riporta i dati che mostrano la scarsa presenza di donne nei luoghi di decisione (p. 40 e ss.).

Si pone, quindi, il problema della rappresentanza politica di genere[3] cui sono sottese molte questioni da affrontare: su tutte quella derivante dalla natura neutra della rappresentanza politica[4].

L'obiezione fondata sull'idea della rappresentanza politica come generale, slegata dall'appartenenza a qualsivoglia categoria[5], può essere superata se si considerano le donne non come una categoria, ma come genere (ossia sottolineando che ogni individuo è o uomo o donna, indipendentemente da ogni altra caratteristica)[6].

Superato l'ostacolo teorico, si apre l'interrogativo sulle ragioni che spingono a favore di un maggiore equilibrio nella rappresentanza. La risposta più semplice è quella della 'giustizia': non pare ammissibile "che la politica sia monopolio maschile" e che le donne abbiano un ruolo marginale all'interno della politica e delle istituzioni[7].

Vi sono poi ulteriori argomenti. Fra questi, assai significativo è quello secondo cui l'assenza delle donne incide negativamente sulla "qualità del rappresentante". In un'Assemblea formata principalmente da uomini si rischia di assumere decisioni talvolta poco ponderate[8].

In questo senso si è espresso recentemente il Tar Lazio, sez. II, sent. 25 luglio 2011, n. 6673 che annulla, in accoglimento del ricorso proposto da alcuni cittadini, gli atti di nomina degli assessori della Capitale.

Secondo i giudici amministrativi, "organi squilibrati nella rappresentanza di genere (…) oltre ad evidenziare un deficit di rappresentanza democratica dell'articolata composizione del tessuto sociale e del corpo elettorale (…), risultano anche potenzialmente carenti sul piano della funzionalità, perché sprovvisti dell'apporto collaborativo del genere non adeguatamente rappresentato".

[3] In generale, sul tema, B. Beccalli (a cura di), *Donne in quota. E' giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Milano, 1999; Idem, *Identità di genere e rappresentanza politica*, in Partecipazione e Conflitto. I sentieri della partecipazione, Milano, 2008, 141 e ss.; G. Brunelli, *Donne e politica*, Bologna, 2006; M.E. D'Amico, A. Concaro, *Donne e istituzioni politiche*, Torino, 2006.

[4] Per l'analisi delle problematiche teoriche si rinvia a M.E. D'Amico, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, Torino, 2011, p. 3 e ss.; E. Rossi, *L. cost. n. 1/2003*, in *Commentario alla costituzione. Leggi costituzionali e di revisione costituzionale 1994-2005*, Bologna – Roma, 2006, p, 480 e ss.

[5] Sottolineano efficacemente il carattere generale della rappresentanza politica D. Nocilla, L. Ciaurro, (voce) *Rappresentanza politica*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 565 e ss.

[6] M.E. D'Amico, S. Leone, *La rappresentanza politica femminile*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, p. 453.

[7] M.E. D'Amico, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, cit., p. 8; A. Phillips, *Engendering democracy*, Polity Press, Cambridge, 1991.

[8] Si veda ancora M.E. D'Amico, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, cit., p. 8 e s.

Da segnalare è il passaggio in cui il Tar sottolinea come l'equilibrio di genere oltre ad essere connesso al principio di eguaglianza sostanziale viene "ad acquistare una ulteriore dimensione funzionale, collocandosi nell'ambito degli strumenti attuativi dei principi di cui all'art. 97 Cost.: dove l'equilibrata partecipazione di uomini e donne (col diverso patrimonio di umanità, sensibilità, approccio culturale e professionale che caratterizza i due generi) ai meccanismi decisionali e operativi di organismi esecutivi o di vertice diventa nuovo strumento di garanzia di funzionalità, maggiore produttività, ottimale perseguimento degli obiettivi, trasparenza ed imparzialità dell'azione pubblica".

In un momento come quello attuale, infine, in cui forte appare la crisi della classe politica e in cui sembra allargarsi sempre più il solco fra questa e la 'società civile'[9], un profondo rinnovamento e un'inversione di tendenza potrebbe passare anche da un aumento della presenza femminile nelle istituzioni e nelle Assemblee rappresentative[10].

3. Breve ricostruzione dei punti fermi ricavabili dalle decisioni della Corte costituzionale

Individuato il problema, occorre notare che, in Italia, in assenza di un intervento volontario delle forze politiche, è stato il Legislatore ad indicare disposizioni volte al riequilibrio della rappresentanza di genere[11].

Questi primi tentativi, però, sono stati ritenuti in contrasto con la Costituzione nella sentenza n. 422 del 1995 della Corte costituzionale che esprime, come è stato osservato, una "contrarietà di principio" alle 'quote'[12].

[9] Degno di attenzione pare essere il fatto che alcune liste presentate in vista delle elezioni politiche del 24 e 25 febbraio 2013 contengano espressamente il riferimento alla società civile. Ci si riferisce, da una parte, alla 'lista Monti' in lizza per la Camera dei deputati e, dall'altra, al movimento "Rivoluzione Civile", guidato da Ingroia. Entrambe le liste, che avranno candidati non provenienti dal mondo politico, fanno di questo elemento un aspetto caratterizzante del proprio disegno politico. Da segnalare è, inoltre, come anche altri partiti presenti ormai da tempo nel panorama italiano abbiano candidato personalità di rilievo non impegnate, precedentemente, in politica.

[10] Sul punto possono essere ricordate due recenti risoluzioni del Parlamento europeo. Ci si riferisce alla risoluzione del 13 marzo 2012 n. 2011/2244(INI) e a quella del 10 febbraio 2010 n. 2009/2101 (IMI).

[11] Nota che il riconoscimento del principio delle pari opportunità sia avvenuto inizialmente "dall'alto", ossia a seguito "dell'approvazione di atti legislativi" A. Deffenu, *Il principio di pari opportunità di genere nelle istituzioni politiche*, Torino, 2012, p. 21

[12] La contrarietà della Corte alle 'quote' espressa nella decisione n. 422 del 1995 sembra essere una "contrarietà di principio". L'osserva A. D'Aloia, *Le 'quote' elettorali in favore delle donne: il 'nuovo' contesto costituzionale e il 'precedente' n. 422 del 1995*, in *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Torino, 2003, p. 53

Il "drastico intervento" della Corte[13] prende le mosse dall'idea secondo cui in materia elettorale dovrebbe trovare applicazione solo il principio di uguaglianza formale con necessaria esclusione di qualsiasi riferimento al sesso dei rappresentanti, anche se contenuto in disposizioni formulate in modo neutro[14].

Inoltre, nella medesima decisione si sottolinea che neppure il principio di uguaglianza sostanziale potrebbe legittimare norme volte ad attribuire un risultato. Si tratta di un punto importante, ribadito anche nelle decisioni successive in materia.

In sintesi, dopo aver osservato il fatto che la candidabilità rappresenta il presupposto per l'eleggibilità, si deduce l'illegittimità delle norme che impongono "quote in ragione del sesso dei candidati" [15].

Queste rigorose argomentazioni sono state in parte riviste con la successiva sentenza n. 49 del 2003[16]. Anzitutto, viene "reciso [al]le fondamenta" uno dei principali argomenti utilizzati nella sentenza n. 422 del 1995, ossia l'idea dell'assoluta unità ed indifferenza rispetto al sesso del concetto di rappresentanza politica. Il fatto che il legislatore si sia espresso in modo neutro rispetto al genere è ritenuto, questa volta, determinante[17].

Secondo la Corte, decisiva sarebbe anche la circostanza che la disposizione, limitandosi a vincolare i partiti politici nelle loro libere scelte relative alla formazione delle liste elettorali, interverrebbe in una "fase anteriore alla vera e propria competizione elettorale", senza incidere sui diritti dei cittadini, sulla libertà di voto, sulla parità di *chances* delle liste e dei candidati, né, come si diceva, sul carattere unitario della rappresentanza[18].

Nel ricostruire la giurisprudenza costituzionale non si può non dare conto, infine, della sentenza n. 4 del 2010. La norma impugnata, assai originale rispetto a quelle solitamente poste dalle Regioni per dare attuazione all'art.

[13] Così U. De Siervo, *La mano pesante della Corte sulle "quote" nelle liste elettorali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, p. 3268.

[14] Sul punto si veda, in senso critico, G. Brunelli, *Elettorato attivo e passivo (e applicazione estesa dell'illegittimità consequenziale) in due recenti pronunce costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, p. 3272 e ss.

[15] Il ragionamento viene criticato da U. De Siervo, *La mano pesante della Corte sulle "quote" nelle liste elettorali*, cit., p. 3270.

[16] Di radicale *revirement* parla S. Mabellini, *Equilibrio dei sessi e rappresentanza politica: un* revirement *della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, p. 376. Di *overruling* parla M.E. D'Amico, *Rappresentanza politica e genere*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antiscriminatorio*, Milano 2007, p. 359. In senso contrario pare A. Deffenu, *Il principio di pari opportunità di genere nelle istituzioni politiche*, cit., p. 51.

[17] L. Carlassare, *La parità di accesso alle cariche elettive nella sentenza n. 49: la fine di un equivoco,* in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, p. 368 e s.

[18] Ancora L. Carlassare, *La parità di accesso alle cariche elettive nella sentenza n. 49: la fine di un equivoco,* cit., p. 368.

117, comma settimo, Cost.[19], consente agli elettori di esprimere sino a due preferenze con il vincolo secondo cui la seconda "deve riguardare un candidato di genere maschile e l'altra un candidato di genere femminile della stessa lista, pena l'annullamento della seconda preferenza".

La misura viene considerata non solo promozionale e non coattiva, ma anche fondata sugli artt. 51 e 117, comma settimo, Cost.[20]. Essa, quindi, si inserisce correttamente nell'attuale quadro costituzionale[21].

La Corte, in particolare, osserva che "il quadro normativo, costituzionale e statutario, è complessivamente ispirato al principio fondamentale dell'effettiva parità tra i due sessi nella rappresentanza politica, nazionale e regionale, nello spirito dell'art. 3, secondo comma, Cost., che impone alla Repubblica la rimozione di tutti gli ostacoli che di fatto impediscono una piena partecipazione di tutti i cittadini all'organizzazione politica del Paese". Significativo è proprio il passaggio in cui, per la prima volta e in maniera esplicita, si collegano gli artt. 51 e 117, comma settimo, Cost. al principio dell'uguaglianza sostanziale dell'art. 3, comma secondo, Cost.[22].

4. Valutazione delle norme vigenti e del disegno di legge di modifica del sistema di elezione delle Camere volte al riequilibrio nella rappresentanza di genere

In breve, dalla giurisprudenza costituzionale si possono ricavare alcuni punti fermi. Da questi sembra derivare che il legislatore, sia regionale, sia nazionale:

a) non possa introdurre norme volte ad attribuire direttamente un risultato a favore del genere sottorappresentato che incidano sulla competizione elettorale. L'affermazione è ripetuta in modo chiaro in tutte le sentenze della Corte e rappresenta la principale costante della giurisprudenza costituzionale;

[19] M. Olivetti, *La c.d. "preferenza di genere" al vaglio del sindacato di costituzionalità. Alcuni rilievi critici,* in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 85 e s.

[20] Si veda, ancora, M. Olivetti, *La c.d. "preferenza di genere" al vaglio del sindacato di costituzionalità. Alcuni rilievi critici,* cit., p. 88.

[21] Evidenzia questo passaggio nel ragionamento della Corte G. Ferri, *Le pari opportunità fra donne e uomini nell'accesso alle cariche elettive e la "preferenza di genere" in Campania*, in *Le Regioni*, 2010, p. 911. La Corte, inoltre, osserva come l'art. 5 dello Statuto campano, posto a fondamento della disciplina legislativa elettorale, trovi a sua volta copertura negli artt. 51 e 117 Cost. Sul punto C. Salazar, *Norme statutarie in materia di pari opportunità e conflitto tra Stato e Regioni*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, p. 120.

[22] S. Leone, *La preferenza di genere come strumento per* "ottenere, indirettamente ed eventualmente, il risultato di un'azione positiva", in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 97. In dottrina il collegamento era già stato evidenziato da G. Brunelli, *La parità dei sessi nella rappresentanza politica: le questioni aperte*, in *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Torino, 2003, p. 21.

b) non possa alterare la parità di *chances* fra i candidati nella competizione elettorale e, quindi, la parità di *chances* di poter essere eletti;
c) possa intervenire per vincolare i partiti nella presentazione delle liste, ossia in un momento in cui la competizione elettorale non si è ancora avviata;
d) possa prevedere disposizioni antidiscriminatorie, ossia volte a garantire una minima presenza di persone di ambo i generi nelle liste, purché esse siano formulate in modo neutro.

Quel che la Corte costituzionale non ha avuto modo di precisare è fino a che punto possa spingersi l'intervento normativo nell'individuare la proporzione (minima e massima) di persone dello stesso sesso all'interno delle liste.

Ciò posto, si possono svolgere alcune riflessioni che paiono essere interessanti anche in tema di giustizia elettorale, sia sulle norme che molte Regioni hanno introdotto a favore del riequilibrio della rappresentanza di genere, sia su alcune proposte, avanzate recentemente, come quelle contenute nel disegno di legge di riforma del sistema di elezione di Camera dei deputati e Senato della Repubblica (AS. 3410 della XVI Legislatura nella versione adottata dalla Commissione Affari costituzionali il giorno 11 ottobre 2012).

Inoltre, va presa in considerazione la legge 23 novembre 2012, n. 215 contenente "Disposizioni per promuovere il riequilibrio delle rappresentanze di genere nei consigli e nelle giunte degli enti locali e nei consigli regionali. Disposizioni in materia di pari opportunità nella composizione delle commissioni di concorso nelle pubbliche amministrazioni".

In effetti, come si è detto, ragionare sulla loro conformità costituzionale diventa decisivo in chiave di contenzioso elettorale. Risulta evidente che, ove vengano previste simili disposizioni, eventuali contestazioni degli esiti elettorali – ovviamente in riferimento alla presenza di donne e uomini nelle liste – avranno ad oggetto essenzialmente la valutazione della legittimità costituzionale delle discipline medesime.

Prima, però, di entrare nel merito, è necessaria una breve descrizione del quadro normativo.

Quanto alle Regioni a statuto ordinario, va rilevato come esse si siano mosse in diverse direzioni al fine di dare attuazione ai precetti degli artt. 51 e 117, comma settimo, della Costituzione[23]. Si passa dalla disposizione 'mi-

[23] Che questi siano i parametri di riferimento è talvolta specificato dalle stesse leggi elettorali regionali. Si veda il sesto comma dell'art. unico della l.r. Calabria 7 febbraio 2005, n. 1 che prevede la disciplina "Al fine di assicurare la parità di accesso alle cariche elettive degli uomini e delle donne, ai sensi degli articoli 51 e 117, comma 7, della Costituzione".

In generale sul significato dell'art. 117, comma settimo, Cost. e sui vincoli da esso derivanti per le Regioni L. Carlassare, *L'integrazione della rappresentanza: un obbligo per le Regioni*, in *La rappresentanza democratica nelle scelte elettorali delle Regioni,* 2002, p. 6 e ss.; M. Cartabia, *Il principio di parità tra uomini e donne nell'art. 117, 7° comma*, in T. Groppi, M. Olivetti (a cura di) *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo ti-*

nimale', contenuta nella legge elettorale calabrese (art. unico, comma sesto, l.r. Calabria 7 febbraio 2005, n. 1) secondo cui "le liste elettorali devono comprendere (..) candidati di entrambi i sessi", alle ben più significative e stringenti discipline che individuano proporzioni fra i candidati rispetto al genere. Secondo la legge abruzzese in ogni "lista provinciale e regionale nessuno dei due sessi può essere rappresentato in misura superiore al settanta per cento dei candidati", mentre in altri casi si richiede che non siano presentati più di "due terzi" di candidati dello stesso genere (così le leggi elettorali di Campania; Lazio; Marche; Puglia; Toscana; Umbria). Interessante è, soprattutto, ricostruire le conseguenze previste nel caso in cui non vengano rispettate le regole ora ricordate. In alcuni casi, si agisce sul rimborso elettorale spettante, ai sensi della normativa vigente, ai partiti politici. Questi ultimi sono "tenuti a versare alla Giunta regionale l'importo del rimborso per le spese elettorali (…) fino ad un massimo della metà, in misura direttamente proporzionale al numero dei candidati in più rispetto a quello massimo consentito" (così la legge elettorale di Lazio; Puglia; Umbria). In altri casi si prevede la sanzione dell'inammissibilità delle liste presentate dai partiti (così avviene in Campania; Calabria – che, come detto, impone solo la presenza di candidati di ambo i sessi –; Marche; Toscana).

Da segnalare, per la particolare 'forza' con cui persegue l'obiettivo del riequilibrio della rappresentanza di genere, è l'art. 3 della l.r. Lazio 13 gennaio 2005, n. 2 che, impone, a pena di inammissibilità, che nel c.d listino "entrambi i sessi siano rappresentati in pari misura". Si tratta di una regola che appare assai significativa se si considera come l'elezione di chi si trova nel listino medesimo rappresenti un premio per il Presidente scelto dagli elettori a favore della stabilità. La portata concreta della regola, che sembra attribuire un risultato e quindi porre dei problemi di legittimità costituzionale di cui si dirà oltre, comunque, risulta un poco attenuata se si tiene presente il numero limitato di 'posti' previsti per il listino.

Assai interessante è anche la legge elettorale della Regione Lombardia (l.r. 31 ottobre 2012, n. 17) che all'art. 1, comma undicesimo, richiede l'ordine alternato di genere, a pena di "esclusione" delle liste, pur consentendo, diversamente dalla normativa laziale appena ricordata, agli elettori di espri-

tolo V, Torino, 2003, p. 129 e ss.; A. Deffenu, *Il principio di pari opportunità di genere nelle istituzioni politiche*, cit., p. 40 e ss. A quest'ultimo scritto (p. 83 e ss.) si rinvia anche per la ricostruzione critica delle leggi elettorali regionali.

Per la ricostruire dei provvedimenti legislativi approvati dalle Regioni in attuazione delle disposizioni ricordate nel testo si vedano E. Catelani, *La legislazione elettorale regionale con riferimento al principio delle pari opportunità*, in P. Caretti (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2005*, Torino, 2006, 155 e ss.; M. Cosulich, *Il sistema elettorale del Consiglio regionale tra fonti statali e fonti regionali*, Padova, 2008, p. 64 e ss.; S. Leone, *La promozione delle pari opportunità negli statuti e nelle leggi elettorali delle regioni*, in M.E. D'Amico, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, Torino, 2011, p. 74 e ss.

mere una preferenza. Analoga disciplina è prevista dall'art. 13 della legge 16 gennaio 2012, n. 5 della Regione Veneto[24].

Dato sommario conto delle discipline, per valutare le conseguenze in termini di giustizia sia preelettorale sia postelettorale, occorre valutarne la legittimità costituzionale. Se si giungesse alla conclusione che vi fossero seri dubbi di costituzionalità si aprirebbe la via per eventuali impugnazioni davanti ai giudici amministrativi e, di conseguenza, alla Corte costituzionale.

Ovviamente, nessun dubbio di legittimità dovrebbe porsi nell'ipotesi in cui la legge elettorale si limiti a prevedere la presenza di candidati di ambo i sessi. Ciò indipendentemente dalla sanzione che si individui nel caso di violazione del predetto obbligo. In questa circostanza si avrebbe, in effetti, una situazione analoga a quella scrutinata con la sentenza n. 49 del 2003. Varrebbero, allora, le stesse argomentazioni utilizzate e, inoltre, si potrebbe sottolineare come simili scelte siano coerenti con la *ratio* del nuovo art. 51 Cost.

Meno scontata potrebbe essere la conclusione nell'ipotesi in cui si prevedano proporzioni maggiori (non più del settanta per cento ovvero non più di due terzi oppure cinquanta e cinquanta).

Qui sembra necessario distinguere due situazioni. Ove la sanzione sia quella della restituzione di una parte dell'importo del rimborso per le spese elettorali pare di potersi escludere qualunque vizio di legittimità costituzionale. In questo caso, infatti, si agirebbe sull'azione dei partiti nella selezione dei candidati e, più in generale, nell'esercizio dello loro funzioni sistemiche[25], nel modo meno invasivo possibile della libertà organizzativa di tali soggetti garantita, come noto, dall'art. 49 della Costituzione[26]. Ammissibile sarebbe anche la previsione di premi per i partiti che candidassero o che conseguissero il risultato dell'elezione di un numero minimo di donne[27].

Inoltre, non si interverrebbe in alcuna maniera né sulla competizione elettorale, né sulle fasi precedenti. I movimenti politici sarebbero liberi di compiere le proprie scelte in totale autonomia e ci si porrebbe sulla via che la stessa Corte costituzionale ha suggerito nelle sopra ricordate sentenze n. 422 del 1995 e 49 del 2003. Il disincentivo agisce solo sul rimborso elettorale che non rappresenta, in alcun modo, un diritto che la Costituzione assicura ai soggetti che partecipano alle elezioni, restando il legislatore libero di subordinare a condizioni, anche specifiche, l'erogazione delle provviste finanziarie previste[28].

[24] Sulla legge veneta si veda A. Deffenu, *Il principio di pari opportunità di genere nelle istituzioni politiche*, cit., p. 86

[25] G. Pasquino, *Rapporti politici*, in G. Branca (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, art. 49, Bologna, 1992, p. 17 e s.

[26] Sul punto, da ultimo, F. Biondi, *Il finanziamento pubblico dei partiti politici*, Milano, 2012, p. 164 e ss.

[27] Suggerisce tali soluzioni R. Bin, *Donne e autoreferenzialità della politica*, in *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Torino, 2003, p. 44.

[28] In questo senso G. Brunelli, *La parità dei sessi nella rappresentanza politica: le questioni aperte*, cit., 19.

In questa direzione vanno non solo alcune disposizioni regionali citate, ma anche, sia pur in maniera diversa, due importanti leggi nazionali. Ci si riferisce, da un lato, all'art. 3 della legge 8 aprile 2004, n. 90 sull'elezione dei rappresentanti italiani al Parlamento europeo, dall'altro, all'art. 1, comma 7, della legge 6 luglio 2012, n. 96 che contiene le nuove norme in materia di finanziamento dei partiti. Il primo, similmente a quanto avviene in alcune Regioni, stabilisce che per i movimenti politici che non abbiano rispettato le proporzioni di genere indicate (ossia non più di due terzi di candidati dello stesso sesso) si abbia una decurtazione del rimborso elettorale "fino ad un massimo della metà, in misura direttamente proporzionale al numero dei candidati in più rispetto a quello massimo consentito"[29]. Si tratta, comunque, di una regola che oggi non opera più, dal momento che la stessa legge n. 90 del 2004 limitava l'operatività di tale norma di favore alle due consultazioni successive all'entrata in vigore della legge (ossia alle elezioni del Parlamento europeo del 2004 e del 2009).

Il secondo dispone una diminuzione dei contributi pubblici, di volta in volta spettanti ai partiti politici per le elezioni dei diversi livelli locali e nazionale, "del 5 per cento qualora il partito o il movimento politico abbia presentato nel complesso dei candidati ad esso riconducibili per l'elezione dell'assemblea di riferimento un numero di candidati del medesimo sesso superiore ai due terzi del totale".

Si tratta, lo si è detto sopra, di regole che non paiono porre problemi di legittimità costituzionale e la cui applicazione non dovrebbe dare origine a contenziosi, soprattutto di natura elettorale. Ciò risulta ancor più vero se si tiene presente nuovamente l'ambito nel quale esse operano: quello dell'azione dei partiti politici e con conseguenze che riguardano provvidenze pubbliche liberamente erogabili dallo Stato.

Quel che, invece, non risulta del tutto sicuro è il loro grado di efficacia[30]. L'esperienza di altri sistemi, in particolare francese, mostra come talvolta i partiti abbiano preferito subire conseguenze economiche negative piuttosto che assoggettarsi ai desiderata del legislatore, frustrandone, così, le ambizioni ed impedendo di realizzarne gli obiettivi.

Indubbiamente più incisive, ma più problematiche dal punto di vista costituzionale e potenzialmente causa di contenzioso elettorale, sono le discipline che introducono la sanzione dell'inammissibilità delle liste le quali non rispettino le proporzioni di genere indicate nelle medesime.

[29] Il comma terzo del medesimo art. 3 prevede un premio per i partiti che riescono ad ottenere l'elezione superiore ad un terzo dei candidati di ambo i sessi. Infatti, ad essi viene destinata la "somma eventualmente derivante dalla riduzione di cui al comma 2".

[30] Come osserva condivisibilmente A. Deffenu, *Il principio di pari opportunità di genere nelle istituzioni politiche*, cit., p. 61. In senso contrario R. Bin, *Donne e autoreferenzialità della politica*, cit., p. 44.

Da considerare, accanto alle leggi regionali sopra richiamate, sono anche alcune disposizioni contenute nel ddl. di modifica del sistema di elezione di Camera e Senato prima richiamato. Si prevede, infatti, che nell'elenco dei candidati su cui gli elettori possono esprimere sino a due voti di preferenza "nessuno dei due sessi può essere rappresentato in misura superiore a due terzi"[31].

Nell'analisi delle problematiche di costituzionalità va premesso, anzitutto, che le leggi elettorali regionali, per i profili relativi alle proporzioni di genere nella presentazione delle liste, non sono state contestate, né in via principale dal Governo, né davanti ai giudici.

In effetti, dopo la sentenza n. 49 del 2003 e l'entrata in vigore della riforma dell'art. 51 Cost., sembra essersi fatta strada l'idea della non illegittimità costituzionale e soprattutto della opportunità dell'introduzione di norme a favore del riequilibrio fra i generi nella rappresentanza politica.

Una conferma in tale direzione viene dalla vicenda dell'impugnazione, da parte del Governo, di alcune disposizioni della legge elettorale campana. Come si è ricordato, si prevedeva, da un lato, la regola sulla doppia preferenza da esprimere per candidati di genere differente, dall'altro, che nessuno dei sessi potesse essere rappresentato nelle liste da un numero di candidati superiore ai due terzi. Solo la prima è stata impugnata davanti alla Corte (nel 2009), mentre sulla seconda non sono stati avanzati rilievi di incostituzionalità. Se ne potrebbe dedurre, allora, che, almeno secondo il Governo, peraltro mai particolarmente indulgente con le leggi regionali, norme a tutela di una minima presenza di uomini e donne nelle liste si inseriscano armoniosamente nell'attuale assetto costituzionale.

La sostanziale accettazione di tali disposizioni, ovviamente, non vale ad escludere possibili problemi di costituzionalità. Ciò che risulta rilevante, sia pur sul piano delle considerazioni di fatto, è che, rispetto al passato, si sia diffusa una maggiore attenzione alle tematiche in esame.

Va ribadito, in ogni caso, come centrali siano, nel mutamento di prospettiva, le modifiche degli artt. 51 e 117 Cost. che, come ha sottolineato la stessa Corte nelle sentenza n. 4 del 2010, hanno espressamente riferito l'applicazione del principio di uguaglianza sostanziale all'acceso alle cariche elettive.

Nella valutazione della legittimità costituzionale va preliminarmente ricordato che la Corte costituzionale non ha avuto modo di precisare fino a che punto possa spingersi l'intervento normativo nell'individuare la proporzioni (minima e massima) di persone dello stesso sesso all'interno delle liste.

Nel merito, sembra non porre problemi, in primo luogo, l'individuazione di un vincolo per partiti e movimenti politici nell'elaborazione delle liste.

[31] I meccanismi risultano del tutto analoghi per entrambe le Assemblee. Per la Camera si inserisce il nuovo art. 18-bis del decreto della Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, mentre per il Senato si modifica l'art. 9, comma 4, del decreto legislativo 20 dicembre 1993, n. 533.

Qui le discipline hanno preso a modello quella scrutinata positivamente dalla Corte nella sentenza n. 49 del 2003. Ora come allora, anche la sanzione dell'inammissibilità delle liste non vale ad inficiare la legittimità delle regole che la prevedono. Si interviene, infatti, sempre in un momento antecedente rispetto all'inizio della competizione elettorale.

In secondo luogo, paiono superabili, pur in assenza di pronunce costituzionali sul punto, eventuali dubbi di legittimità relativi all'entità delle 'proporzioni di genere' di volta in volta richieste[32]. Militano in questa direzione almeno due argomenti.

Da un lato, la stessa sentenza n. 49 del 2003 potrebbe, in un suo passaggio argomentativo, suggerire la legittimità di disposizioni che vadano al di là di quella allora esaminata e che richiedeva solo la presenza di persone di ambo i sessi all'interno delle liste. Infatti, la Corte, nel punto 3.1 del *Considerato in diritto*, afferma che "le disposizioni in esame stabiliscono un vincolo non già all'esercizio del voto o all'esplicazione dei diritti dei cittadini eleggibili, ma alla formazione delle libere scelte dei partiti e dei gruppi che formano e presentano le liste elettorali, precludendo loro (solo) la possibilità di presentare liste formate da candidati tutti dello stesso sesso". La parola "(solo)", per altro inserita fra parentesi, utilizzata in quest'ultimo passaggio, potrebbe far pensare che non solo siano consentite norme minimali simili a quelle allora scrutinate, ma che il legislatore possa osare di più. In altre parole, la natura "solo" minimale della misura, definita proprio dalla stessa Corte costituzionale "norma minima", ne escluderebbe in modo ancor più netto l'illegittimità. Il termine ricordato, allora, rafforzerebbe una conclusione valida anche ove il contenuto della norma antidiscriminatoria fosse più forte.

Dall'altro, norme come gli attuali artt. 51 e 117 Cost. darebbero, come è stato osservato, un 'cappello' alle quote[33]. Una simile conclusione, che valorizza la portata delle modifiche costituzionali dei primi anni duemila[34], troverebbe conferma in due passaggi di altrettante decisioni della Corte costituzionale.

Anzitutto, con l'ordinanza n. 39 del 2005, si è escluso che la formula dell'ultimo periodo dell'art. 51 Cost. sia priva di carattere sostanzialmente innovativo[35]. Nell'esaminare una disposizione secondo cui nei pubblici concor-

[32] Sostiene che "non pongono particolari problemi le disposizioni regionali che assicurano la presenza nelle liste di un numero minimo di candidati per ciascuno dei due sessi" M. Cosulich, *Il sistema elettorale del Consiglio regionale tra fonti statali e fonti regionali*, cit., p. 73 e s.

[33] M.E. D'Amico, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, cit., p. 37 e ss.

[34] Afferma che il nuovo art. 51 Cost. renderebbe ammissibile ciò che in precedenza ammissibile non era M. Ainis, *La riforma dell'art. 51 Cost. e i suoi riflessi nell'ordinamento*, in *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Torino, 2003, p. 37.

[35] Nota come la decisione della Corte esclude le interpretazioni 'minimaliste' del nuovo art. 51 Cost. M.E. D'Amico, *Rappresentanza politica e genere*, cit., p. 364.

si, "almeno un terzo dei posti dei componenti delle commissioni di concorso" fosse "riservato alle donne", la Corte dichiara manifestamente inammissibile la questione perché il giudice *a quo* non ha considerato, prima di sollevare la questione, l'incidenza della nuova formulazione dell'art. 51 Cost.[36]. Rilevante sembrerebbe essere anche la somiglianza della disposizione allora rinviata alla Corte rispetto a quelle approvate dalle Regioni in tema di liste elettorali.

Inoltre, la già ricordata sentenza n. 4 del 2010 che, per la prima volta in maniera esplicita, collegando gli artt. 51 e 117, comma settimo, Cost. al principio dell'uguaglianza sostanziale dell'art. 3, comma secondo, chiarisce come persino in tema di disciplina della competizione elettorale possono intervenire misure promozionali[37], porta un buon argomento a favore della legittimità costituzionale delle disposizioni in esame. Se, infatti, il principio di uguaglianza sostanziale opera anche nella competizione elettorale, ciò dovrebbe valere, a maggior ragione, nella fase antecedente, ossia in quella della selezione delle candidature. Di conseguenza, norme finalizzate a rimuovere l'ostacolo rappresentato dall'inserimento nelle liste di un numero equilibrato di persone rispetto al genere dovrebbero essere valutate positivamente[38].

Non si avrebbe, invece, in alcun modo l'attribuzione di un risultato, ma si agirebbe solo sui punti di partenza nel rispetto dei vincoli individuati dalla giurisprudenza costituzionale. Specie laddove si dia a chi vota la facoltà di esprimere una o più preferenze, l'elezione dei candidati dipenderà sempre dalla libera scelta del corpo elettorale[39]. Parafrasando la sentenza n. 4 del 2010 si potrebbe dire che le disposizioni in esame non attribuiscono un risultato (l'elezione o uno specifico vantaggio nella competizione) perché la loro applicazione è astrattamente idonea a consentire il permanere del vecchio squilibrio (ove gli elettori continuino a votare per gli uomini), oppure a contribuire, indirettamente, alla realizzazione di un maggiore equilibrio fra i generi, oppure (persino) a creare un nuovo squilibrio, questa a volta a favore delle donne.

In generale sulla portata della modifica dell'art. 51 Cost. M.E. D'Amico, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, cit., p. 40 e ss.; M. Cuniberti, *Art. 51*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008, p. 524 e ss.; M. Midiri, *Art. 51*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 1016 e ss.

[36] A. Di Blasi, *Anche il Consiglio di Stato inciampa sulla parità dei sessi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, p. 316 e s.

[37] Lo evidenzia S. Leone, *La preferenza di genere come strumento per* "ottenere, indirettamente ed eventualmente, il risultato di un'azione positiva", cit., p. 97.

[38] Considera che l'art. 51 Cost. consente al legislatore di porre norme che favorisca l'accesso alle cariche elettive, ma non "riserve di posti nelle istituzioni" E. Rossi, *L. cost. n. 1/2003*, cit., p. 479. L'A. cita a sostegno della tesi il passaggio sopra citato della sentenza n. 49 del 2003.

[39] In questo senso si esprimono M. Cosulich, *Il sistema elettorale del Consiglio regionale tra fonti statali e fonti regionali*, cit., p. 74 (nota n. 188) e A. Deffenu, *Il principio di pari opportunità di genere nelle istituzioni politiche*, cit., p. 86 e 135.

Tali considerazioni valgono, a giudizio di chi scrive, anche ad escludere dubbi di legittimità costituzionale relativi alla legge n. 215 del 2012 contenente norme sul riequilibrio della rappresentanza di genere per enti locali e Regioni.

Quanto a queste ultime si inserisce un nuovo principio generale (la lettera c-bis all'art. 4 della legge 2 luglio 2004, n. 165) cui dovranno attenersi le leggi elettorali regionali, in base al quale esse dovranno promuovere la "parità tra uomini e donne nell'accesso alle cariche elettive attraverso la predisposizione di misure che permettano di incentivare l'accesso del genere sottorappresentato alle cariche elettive". Si tratta, lo si coglie immediatamente, di un precetto assai generico che ricorda assai da vicino, nella sostanza, l'art. 117, comma settimo, Cost. e, quindi, del tutto compatibile con le vigenti disposizioni costituzionali.

Assai interessante è l'art. 2 della citata legge n. 215 del 2012 che reintroduce, per l'elezione dei Consigli dei comuni con popolazione superiore a 5.000 abitanti, una misura volta ad assicurare che nelle liste "nessuno dei due sessi può essere rappresentato in misura superiore ai due terzi dei candidati". Originale è soprattutto la 'sanzione' prevista nell'ipotesi di inosservanza delle predette proporzioni. Più precisamente, si affida alla Commissione elettorale chiamata a controllare la regolarità delle liste presentate il compito di riportare in equilibrio le proporzioni di genere fra i candidati, riducendo "la lista cancellando i nomi dei candidati appartenenti al genere rappresentato in misura eccedente i due terzi dei candidati, procedendo in tal caso dall'ultimo della lista".

Significativo risulta, in questa sede, sottolineare come si individui la soluzione in grado di garantire nel modo migliore, anche in ossequio al principio della speditezza del procedimento elettorale, la contemporanea tutela sia del diritto fondamentale dei partiti alla partecipazione all'elezioni, sia dei principi ricavabili dall'art. 51 Cost. La scelta legislativa previene, ovviamente, possibili contenziosi elettorali relativi ai provvedimenti di esclusione delle liste presentate dai partiti. Tuttavia, la cancellazione dei singoli candidati potrebbe comportare un aumento dei ricorsi giurisdizionali dei singoli esclusi dalle Commissioni elettorali. In effetti, venendo ad essi preclusa la possibilità di partecipazione alla competizione elettorale, vi sarebbe lo spazio per proporre contestazioni fondate sull'asserita lesione del diritto fondamentale sancito dalla citata disposizione costituzionale. Tuttavia, simili doglianze, per le ragioni sopra ricordate, sembrano a chi scrive infondate.

Maggiori dubbi suscitano quelle norme che impongono l'inserimento nelle liste dei candidati in ordine alternato di genere e che prevedono l'elezione in base all'ordine indicato nelle liste medesime[40]. In questo senso dispone la

[40] M. Cosulich, *Il sistema elettorale del Consiglio regionale tra fonti statali e fonti regionali*, cit., p. 74. L' A. sottolinea (p. 73) come le norme costituzionali sulle pari opportunità in materia elettorale non possano giungere a garantire l'elezione di un candidato in base al sesso di quest'ultimo.

disciplina relativa al listino della Regione Lazio e il disegno di legge di riforma del sistema di elezione di Camera e Senato nella versione approvata l'11 ottobre 2012. Quest'ultimo, impone che un terzo dei seggi assegnati a ciascuna circoscrizione siano attribuiti con il sistema delle liste bloccate proclamando eletti i candidati inseriti obbligatoriamente "in ordine alternato di genere".

In simili casi, la somiglianza con la norma sull'elezione della parte proporzionale dei deputati dichiarata costituzionalmente illegittima nella sentenza n. 422 del 1995 pare evidente. Infatti, l'incidenza sul risultato, ossia l'elezione, potrebbe essere assai meno indiretta rispetto ai casi prima considerati.

Si potrebbe dire, insomma, che l'obbligatoria presentazione di liste con candidati in ordine alternato di genere e la loro natura bloccata attribuiscano, operando assieme, il risultato di un'elezione di uomini e donne in pari numero. Ciò sarebbe, allora, in contrasto con le norme costituzionali, come interpretate costantemente dalla Corte, che pure richiedono il rispetto del principio di pari opportunità nell'accesso alle cariche elettive[41]. Sembrerebbe, in breve, di trovarsi non di fronte a norme promozionali, bensì a disposizioni che attribuiscono un risultato.

Si avrebbe, allora, una situazione assimilabile, forse, a quella che si verifica, successivamente all'entrata in vigore della legge n. 120 del 2011, per i Consigli di amministrazione ed i Collegi sindacali delle società quotate in borsa[42]. Tale legge impone, sotto la minaccia della decadenza dell'organo, una quota minima di eletti del genere meno rappresentato all'interno dei CdA. Comunque, le valutazioni sulla legittimità delle due discipline (che paiono attribuire direttamente un risultato), possono però differire se si considera come le norme relative alle società ineriscano all'ambito economico, ossia un settore diverso da quello politico cui ha fatto riferimento la Corte costituzionale nella sentenza n. 422 del 1995[43].

Tornando all'analisi delle norme sopra descritte, pur nella consapevolezza della complessità del problema, non sarebbe impossibile sostenere la conclusione della legittimità costituzionale di tali regole nella parte in cui perseguono l'obiettivo del riequilibrio di genere. In effetti, si potrebbe porre l'accento, valorizzando al massimo le potenzialità della sentenza n. 49 del

[41] In senso contrario A. Deffenu, *Il principio di pari opportunità di genere nelle istituzioni politiche*, cit., p. 154 secondo il quale il fatto che le norme sulle pari opportunità di genere in campo elettorale trovino fondamento non solo nell'art. 3, comma secondo, Cost., ma anche nell'art. 51, potrebbe legittimare anche quelle disposizioni che attribuiscano un risultato.

[42] A commento della legge e per l'analisi delle problematiche costituzionali si veda M.E. D'Amico, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, Torino, 2011, p. 105 e ss.

[43] Vale la pena di ricordare come nella sentenza n. 422 del 1995 la Corte sottolinei il fatto che il secondo comma dell'art. 3 faccia riferimento agli ostacoli di "ordine economico e sociale", ossia a settori diversi dam quello politico. Si potrebbe immaginare, allora, che nei settori espressamente considerati dall'art. 3, comma secondo, siano ammissibili norme che attribuiscano un risultato.

2003, sul fatto che si agisce pur sempre in un momento precedente alla competizione elettorale vera e propria e come ad essere vincolati siano solo i partiti nella presentazione delle liste. Più precisamente, si dovrebbero separare i due aspetti che la citata sentenza, in quell'occasione, tende ad unire, ossia la natura antidiscriminatoria della disposizione, da un lato, e l'incidenza sulla attività dei partiti nella presentazione delle liste elettorali, dall'altro. Dando prevalenza al secondo, si tenderebbe ad escludere le conseguenze del vincolo sulla competizione elettorale.

Una volta presentate le liste, allora, le scelte sulle modalità di proclamazione dei candidati diventerebbero, forse, ininfluenti. Le liste bloccate, poi, pur se in ordine alternato di genere, non altererebbero la competizione in misura maggiore rispetto a quanto già non avvenga nel sistema elettorale vigente. In ogni caso, eventuali dubbi di legittimità costituzionale si dovrebbero appuntare al sistema delle liste bloccate nel suo complesso[44], indipendentemente dall'orine dei candidati rispetto al genere.

Inoltre, l'analisi della giurisprudenza della Corte costituzionale consente di superare i problemi di legittimità costituzionale rispetto alle norme che, seguendo l'esempio della legge elettorale campana, prevedono la cosiddetta doppia preferenza di genere.

Ci si riferisce sia alla legge n. 215 del 2012 sopra ricordata che la prevede per l'elezione dei Consigli dei Comuni con popolazione superiore ai 5.000 abitanti, sia al disegno di legge di riforma del sistema di elezione di Camera dei deputati e Senato della Repubblica (AS. 3410 della XVI Legislatura).

In entrambi i casi, si consente ad ogni elettore di esprimere sino a due preferenze. Tuttavia, laddove l'elettore esprima più di una preferenza, la scelta deve comprendere candidati di entrambi i generi, pena l'annullamento della seconda preferenza.

Eventuali dubbi di costituzionalità, in effetti, sono stati superati dalla sentenza n. 4 del 2010 che esclude ogni violazione sia dell'art. 48 cost., rispetto all'esercizio del diritto di voto, sia degli artt. 3, 51 e, trattandosi in quel caso di una legge regionale, dell'art. 117, comma 7, Cost.

Anzitutto, la misura viene considerata promozionale e non coattiva, dunque inidonea a falsare la competizione elettorale a favore delle donne, né, tantomeno, ad incidere sul risultato della competizione medesima[45]. Ma vi è

[44] Non può essere questa, ovviamente, la sede per approfondire il ragionamento sui problemi di legittimità costituzionale che, secondo alcuni, porrebbe il sistema delle liste bloccate. Va segnalato, in ogni caso, che la Corte europea dei diritti dell'uomo (Sez. II, Ricorso n. 11583/08 del 13 marzo 2012 Giacomo Francesco Saccomanno e altri c. Italia) ha escuso la violazione, da parte della legge n. 270 del 2005, delle norme della CEDU. A commento della decisione si veda L. Trucco, *Sistema di elezione e di giustizia elettorale (italiani): anche per Strasburgo, tutte le strade portano al legislatore (italiano)*, in *www.forumcostituzionale.it*.

[45] M. Olivetti, *La c.d. "preferenza di genere" al vaglio del sindacato di costituzionalità. Alcuni rilievi critici,* cit., p. 88.

di più. Per la Corte, la disciplina trova fondamento, oltre che nello Statuto campano (art. 5), nell'art. 117, comma settimo, Cost.[46].

Perseguendo l'obiettivo del riequilibrio della rappresentanza politica dei sessi, allora, la legge campana si inserisce armonicamente nel nuovo quadro costituzionale che si prefigge proprio tale fine[47].

Ad escludere, inoltre, l'illegittimità della legge campana, questa volta rispetto all'art. 48 Cost., sta il fatto che essa non risulta in grado di incidere sulle scelte degli elettori. Secondo la Corte, infatti, le leggi possono porre dei limiti alla libertà di voto: questi "non possono mai comprimere o condizionare nel merito le scelte, ma possono fissare criteri con i quali queste devono essere effettuate". Finché, come nel caso della 'seconda preferenza di genere', si resta in quest'ultimo ambito non si viola il precetto costituzionale.

La regola in esame, in altre parole, attribuisce a chi vota una possibilità in più che, quindi, non deve essere utilizzata necessariamente, restando l'elettore libero sul punto. La Corte sottolinea proprio che quella prevista è una "facoltà aggiuntiva che allarga lo spettro delle possibili scelte elettorali"[48].

Decisivo risulta il fatto che, in caso di violazione dell'obbligo previsto dall'art. 4 della legge, la conseguenza è esclusivamente quella di rendere invalida la seconda preferenza[49].

In conclusione, per la Corte, la disciplina campana non è idonea a prefigurare un risultato elettorale o ad avvantaggiare le donne. Infatti, gli elettori potrebbero, come si è già accennato sopra, scegliendo di non avvalersi della facoltà di esprimere la seconda preferenza, determinare il permanere del vecchio squilibrio (ove continuassero a votare per gli uomini), oppure, decidendo di esprimere anche la seconda preferenza (ovviamente nelle modalità prescritte dalla legge) contribuire a realizzare un "reciproco e paritario condizionamento tra i due generi".

[46] Lo sottolinea S. Leone, *La preferenza di genere come strumento per* "ottenere, indirettamente ed eventualmente, il risultato di un'azione positiva", cit., p. 96.

[47] Evidenzia questo passaggio nel ragionamento della Corte G. Ferri, *Le pari opportunità fra donne e uomini nell'accesso alle cariche elettive e la "preferenza di genere" in Campania*, cit., p. 911.

[48] Critico rispetto all'approccio della Corte è M. Olivetti, *La c.d. "preferenza di genere" al vaglio del sindacato di costituzionalità. Alcuni rilievi critici,* cit., p. 89 e s. secondo cui la "preferenza di genere incide sul nesso fra la libertà e l'eguaglianza del voto". Sul punto si veda anche A. Deffenu, *Il principio di pari opportunità di genere nelle istituzioni politiche*, cit., p. 55.

[49] L'argomento secondo cui neppure la sanzione della nullità della seconda preferenza pone problemi rispetto alla libertà di voto degli elettori ha suscitato qualche perplessità. Sul punto M. Raveraira, *"Preferenza di genere": azione positiva o norma antidiscriminatoria? Brevi note a margine della sent. 4/2010 della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*. Di argomento che "finisce per provare troppo" parla anche S. Leone, *La preferenza di genere come strumento per* "ottenere, indirettamente ed eventualmente, il risultato di un'azione positiva", cit., p. 98.

LA GIUSTIZIA ELETTORALE POLITICA TRA RIFORME MANCATE ED OCCASIONI PERDUTE

di Lara Trucco

Sommario: 1. Premessa. – *I. LA "VIA GIUDIZIARIA".* – 2. La "chiusura" nell'accesso alla Corte costituzionale per la "via" incidentale. – 2.1. La "chiusura" - a giudici amministrativi e ufficio elettorale centrale - della Cassazione. – 2.2. La "chiusura" - ai giudici amministrativi - della Corte costituzionale. – 2.3. La "chiusura" del Consiglio di Stato. – 2.4. La chiusura (sostanziale) della Corte costituzionale alla "via" del conflitto tra poteri. – 2.5. La chiusura della Corte europea dei diritti dell'uomo. – *II. LA "VIA POLITICA".* – 3. Le "chiusure" legislative. – 3.1. La "chiusura" del legislatore delegato. – 3.2. La "chiusura" degli istituti di "democrazia diretta" (partic., del *referendum* abrogativo).– 4. Alcune conclusioni e proposte provvisorie e sommarie.

1. Premessa

Mi scuso sin d'ora se questo mio intervento si risolverà in una mera elencazione di "ingessature", collegate alla giustizia elettorale politica italiana[1], ma dal quadro dovrebbe uscirne consolidata l'idea, emersa in altri contributi[2], della pratica inesistenza di un compiuto sistema di garanzie – non solo giuridiche ma anche *latu senso* politiche – per le elezioni di Camera e Senato, dalla loro messa a punto, alla loro applicazione, e (nuovamente), alla loro riforma.

In particolare, la perdurante sussistenza, nel settore, di una macroscopica "zona d'ombra", se non, addirittura, di una vera e propria "zona franca"[3], unitamente alla mancanza di efficaci strumenti di riforma della medesima, costituisce una delle vischiosità decisive che impediscono il pieno realizzarsi, nel nostro ordinamento, dello Stato costituzionale di diritto, generando aspetti problematici per:

- la tutela di posizioni giuridiche soggettive nell'ambito di procedure elettorali; nonché (e, per certi versi, conseguentemente)
- la "legalità" delle norme elettorali vigenti, con riguardo, addirittura, alla loro compatibilità col dettato costituzionale; ed, altresì, per diverso profilo

[1] Per il reperimento del materiale normativo e giurisprudenziale, nonché dei documenti citati, si rinvia all'indirizzo *http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/11/Trucco-FirenzeDEF.pdf*.

[2] Cfr., al proposito, già, l'*Introduzione* di P. Costanzo, *supra*, in *questo Volume*.

[3] Si riprende qui l'espressione coniata da Siclari in occasione del Seminario annuale del Gruppo di Pisa svoltosi a Genova il 10 marzo 2006, i cui atti si trovano ora nel volume "*Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*", a cura di R. Balduzzi e P. Costanzo, Torino, Giappichelli, 2007 (v. M. Siclari, *Il procedimento in via incidentale*, p. 25).

- la modifica delle "regole del gioco" non solo in quanto ritenute incostituzionali, ma anche perché, magari, reputate, più semplicemente, inadeguate.

Si cercherà, quindi, di dar conto delle principali "chiusure" concernenti le giustizia elettorale, sia sul piano giudiziario – con riguardo alla fase "preparatoria" delle elezioni politiche ed a quella "applicativa" del sistema elettorale in senso stretto considerato –, sia sul piano politico, nella consapevolezza di come tali "chiusure" siano strettamente connesse con il non meno problematico assetto partitico del nostro Paese (che però non costituirà, in questa sede, oggetto diretto della nostra attenzione)[4].

I. LA "VIA" GIUDIZIARIA

2. La "chiusura" nell'accesso alla Corte costituzionale per la "via" incidentale

Entrando subito in argomento è noto, su di un piano generale, come il giudice costituzionale, considerato in altri ordinamenti – assai significativamente –, il "naturale" controllore del rispetto della legalità elettorale, non solo non sia affidatario, in Italia, di una esplicita e generalizzata competenza al riguardo, ma si palesi anche difficilmente accessibile pure nell'esercizio delle competenze ad esso "ordinariamente" attribuite. Senza volerci qui soffermare più dello stretto necessario su questioni ampiamente conosciute, ci si limita ad osservare come, con particolare riguardo al giudizio in via incidentale, problemi di diverso tipo siano riscontrabili sia "a monte", sulla legittimità della disciplina elettorale, sia "a valle" per quanto concerne la loro applicazione. Ed infatti, l'instaurazione del sindacato "a monte" pare destinata a scontrarsi con le rigorose regole procedurali che presidiano un tale giudizio, con riguardo, particolarmente, sia alle restrizioni che, in mancanza di previsioni normative *ad hoc*[5]*,* si presentano sul terreno dell'"interesse ad agire"; sia alla serie di vincoli capaci di serrare la «competenza del giudice *a quo* per quanto attiene alla rilevanza della questione di legittimità costituzionale» (così la Corte cost., nella sent. n. 106 del 1962)[6].

[4] Cfr., in tal senso, partic., E. Cheli, *Riflessi della transizione nella forma di governo*, in *Quad. cost*., 1994, 398.

[5] Analogamente, peraltro, a quanto accade negli altri "livelli di governo", secondo quanto previsto e consentito, ad es., dal d.P.R. n. 560 del 1970 (per la composizione e la elezione degli organi delle Amministrazioni comunali), e dal d.lgs. n. 104 del 2010 (per elezioni diverse da quelle di Camera e Senato: cfr., al proposito, *infra,* il § 3.1.).

[6] Sicché, allo stato, la materia, in maniera un po' paradossale, risulta avere maggiori possibilità di giungere al controllo della Corte attraverso (ove così disciplinata, s'intende) la decretazio-

Quanto osservato induce a considerare come la materia potrebbe avere maggiori possibilità di giungere al controllo della Corte attraverso l'instaurazione di giudizi "a valle": non fosse che, come meglio si vedrà nel prosieguo, l'intero segmento che va dall'indizione delle elezioni sino (almeno) alla proclamazione degli eletti (e anche oltre…) è stato ricondotto alla c.d. "verifica parlamentare dei poteri" (*ex* art. 66 Cost.) e che la sollevazione di una qualche questione in un tale ambito risulta realisticamente improbabile per la mancanza di ogni tipo di convenienza a muoversi in tal senso da parte dei soggetti riguardati, dato che ciò significherebbe mettere in discussione davanti a "poteri terzi" la normativa su cui si radica la loro propria stessa legittimazione politica.

2.1. La "chiusura" – a giudici amministrativi e ufficio elettorale centrale – della Cassazione

Per vero, al di là di ogni possibile considerazione circa l'idoneità[7] delle Giunte per le elezioni come tali, ad atteggiarsi alla stregua di organi "speciali", "esercenti funzioni giurisdizionali" (secondo quanto prospettato, in riferimento ad organi di questo genere, dalla Corte nella sent. n. 42 del 1961), sono stati gli stessi organi parlamentari, a partire dalla XIII Legislatura (all'indomani, cioè, non casualmente, della c.d. "svolta maggioritaria"), ad inaugurare – si noti: sulla scorta di una definizione restrittiva dei poteri assegnati alle Camere in tale ambito dall'art. 66 Cost. e dall'art. 87 T.U. delle elezioni – una giurisprudenza parlamentare non rispondente al predetto modello[8]. Bensì, incline a negare la propria

ne d'urgenza, per il tramite del sindacato sui requisiti di straordinarie necessità ed urgenza (*sic!*).

[7] Cfr. per tutti, sul punto, M. Manetti, *L'accesso alla Corte costituzionale nei procedimenti elettorali*, in A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi, curr., *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, 144.

[8] In particolare, è stato nella seduta del 9 ottobre 1996 (v.la in *http://legislature.camera.it/*) che la Giunta delle elezioni della Camera ha ritenuto, «al di fuori, naturalmente, da ipotesi di broglio o di dolo», «escluse dall'ambito di competenza della Giunta le questioni inerenti le ricusazioni di liste e candidature operate dagli organi elettorali, dal momento che il vizio dedotto riguarda un momento della fase preliminare del procedimento elettorale rimesso alla cognizione di organi appositi, e i cui effetti non hanno rilievo nella successiva fase della votazione, se non sulla base di argomentazioni ipotetiche in fatto o di considerazioni di mera legittimità riguardanti il procedimento»; anche la Giunta del Senato, dal canto suo, nella seduta del 21 settembre 1999 (v.la in *http://www.senato.it/legislature/297885/sitostorico.htm*), ha considerato «assai dubbio che la competenza degli organi parlamentari si estenda ai ricorsi afferenti la presentazione delle candidature, essendo nella medesima materia previsti dalla legge elettorale una serie di rimedi e di meccanismi di impugnazione» (sulle fonti e prassi delle Camere in materia v., in partic., A. Iannuzzi, *Attualità della "verifica" della regolare composizione delle Camere*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2003, n. 139, spec. 66 e ss., e G. Piccirilli, *Contenzioso elettorale politico e verifica dei poteri: riflessioni sulla effettività delle tutele procedimentali,* in *Rass. Parl.* 2006, spec. 802 e

competenza a conoscere i ricorsi riguardanti atti del procedimento elettorale preparatorio (segnatamente, da cui derivi l'esclusione di un candidato o di una lista dal procedimento elettorale)[9], allocandone, piuttosto, la sussistenza, si noti, in capo all'Ufficio elettorale centrale nazionale, col ravvisare la natura a tutti gli effetti "giurisdizionale" di tale organo. Così, mentre fino ad allora le criticità del sistema di "verifica dei poteri" potevano forse apparire "attutite" da una qualche plausibile possibilità, per gli interessati, di rivolgersi (contro, ad es., provvedimenti di esclusione dalle liste elettorali) alle Giunte parlamentari per le elezioni, a partire da quel momento pure una simile, per quanto flebile, "via" di tutela è risultata sbarrata.

È stato in un tale rinnovato contesto che, sul versante della "giustizia ordinaria", si è presentata un'opportunità "di svolta", in "materia", probabilmente irripetibile. Nell'imminenza delle elezioni politiche del 2008, infatti, a seguito della riammissione, in sede cautelare, da parte del Consiglio di Stato (sez. V), di una lista di candidati in precedenza esclusa[10], l'Avvocatura

ss.; sempre sul tema, sia consentito, inoltre, il richiamo a L. Trucco, *Contenzioso elettorale e verifica dei poteri tra "vecchie" - ma mai superate - e "nuove" questioni*, *ibidem*, 809 e ss.). In tempi più recenti, poi, una tale posizione è stata consolidata, tornandosi a dire che «la verifica dei titoli di ammissione degli eletti esclude per definizione che nella stessa possa ritenersi ricompreso anche il controllo sulle posizioni giuridiche soggettive di coloro i quali (singoli o intere liste) non hanno affatto partecipato alla competizione elettorale» (v., ad es., il Resoconto della seduta del 31 luglio 2008 della Giunta delle elezioni, in *http://www.senato.it/Web/16Lavori.nsf/*).

[9] Secondo la Giunta delle elezioni, infatti, «Avverso gli atti del procedimento elettorale preparatorio (e in particolare quelli concernenti la ricusazione di liste o candidati) è […] previsto un sistema di tutele che trova la sua compiuta disciplina negli articoli 22 e 23 del d.P.R. n. 361 del 1957. La eventuale illegittimità costituzionale di tali disposizioni, per violazione del principio costituzionale del diritto ad agire in giudizio a difesa dei propri diritti ed interessi legittimi […] non può formalmente essere eccepita dalla Giunta, non essendo questa qualificabile come giudice a quo abilitato alla rimessione degli atti alla Corte costituzionale (v., ad es., il Resoconto della seduta del 13 dicembre 2006, in *http://www.camera.it/_dati/leg15/lavori/bollet/200612/1213/pdf/16.pdf*; e, in precedenza, la seduta della stessa Giunta delle elezioni del 18 aprile 2002, in *http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/bollet/200204/0418/html/16/frame.htm*.

[10] Nel caso di specie si era lamentata la confondibilità dei contrassegni politici: v. al proposito, la decisione dell'Ufficio elettorale Nazionale dell'8 marzo 2008, n. 9, di rigetto dell'opposizione, condividendosi la valutazione del Viminale circa il rischio di confusione; e analogamente, il rigetto della domanda incidentale di sospensione del T.A.R. Lazio, sez. II *bis,* con l'ord. 20 marzo 2008, n. 1618); ed invece l'accoglimento dell'istanza cautelare da parte della V sez. del Consiglio di Stato, con l'ord. n. 1743 e l'ord. n. 1744, entrambe del 1° aprile 2008 (con cui era stata disposta «l'ammissione della lista appellante alla consultazione elettorale del 13-14 aprile 2008» in Lazio ed in Campania). V. sul punto, da ultimo, G. Maestri, *Il contrassegno (politico-elettorale) tra diritto e mercato*, in *Nomos*, 2012, 6; e *amplius* sul tema, Id., *I simboli della discordia. Normativa e decisioni sui contrassegni dei partiti*, Milano, Giuffré 2012.

dello Stato (su impulso del Ministero dell'Interno) aveva adito, in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, le SS. UU. della Cassazione, domandando loro di fare chiarezza "una volta per tutte" (secondo il perentorio auspicio del Viminale)[11] circa l'organo competente alla "verifica" (degli "atti preparatori") delle elezioni politiche.

Nell'occasione, dunque, la Corte di Cassazione avrebbe potuto riconoscere, quale giudice della fase preparatoria delle elezioni, o il Consiglio di Stato (e, più in generale, il "giudice amministrativo"), assecondando la "rivendicazione", all'assunzione di un tale ruolo, manifestata dallo stesso giudice amministrativo nel caso portato alla sua attenzione[12]; oppure l'Ufficio centrale presso la medesima Corte di Cassazione, secondo quanto indicato in sede parlamentare (v. *supra*)[13], con quanto ne sarebbe conseguito, tra l'al-

[11] Sia consentito, sul punto, di rinviare a L. Trucco, *Ammissibilità delle liste elettorali: un chiarimento "una volta per tutte"?* in *http://www.giurcost.org/*, del 7 aprile 2008.

[12] Al di là delle "tradizionali" ragioni legate al tema della "verifica dei poteri", a rendere in certo modo precario l'orientamento del Consiglio di Stato è parsa militare, particolarmente, nell'occasione, la mancanza di specifiche previsioni in ordine al sindacato del giudice amministrativo relativamente alla fase preparatoria del procedimento elettorale, soprattutto quando si propenda, come sembra corretto, per l'ascrizione della materia all'ambito dei "diritti soggettivi". Sotto altro profilo poi, resta la sensazione dell'inidoneità dell'attuale processo amministrativo a soddisfare primordiali esigenze di celerità ed immediatezza in pendenza di elezioni.

[13] Ad una simile ricostruzione si è però, particolarmente opposto il rifiuto di ammettere senza riserve la natura autenticamente "giurisdizionale" delle "Sezioni elettorali" della Corte di cassazione, imprescindibile perché esse possano fornire la più adeguata tutela gli interessi in campo, allegandone principalmente,

- la mancanza di terzietà ed imparzialità,
- la carenza del contraddittorio,
- l'inidoneità a produrre un «giudicato», nonché
- il carattere temporaneo dell'organo

In particolare, sembrano esser stati i profili della "precarietà" dell'organo e del "*quid decisum*" (ma per una diversa posizione si vedano, ad es., tra i primi, T.A.R. Lazio, sez. II-*bis*, sent. 20 aprile 2006, e T.A.R. Catania, sent. 22 aprile 2006, n. 629), ad aver maggiormente pesato sul mancato riconoscimento della natura «giudiziale» degli Uffici elettorali, se sol si rammenta come sia stata la stessa Corte costituzionale (già nella sent. n. 216 del 1972, non contraddetta, in tempi più recenti, dalla sent. n. 387 del 1996) a ritenere che gli Uffici elettorali circoscrizionali per l'elezione dei Consigli regionali non potessero essere considerabili alla stregua di «giudici», difettando in essi sia i necessari requisiti oggettivi, dal momento che le funzioni esercitate avrebbero costituito semplicemente una sottofase di «un complesso procedimento al quale, nel suo insieme, non avrebbe potuto in alcun modo riconoscersi natura giurisdizionale né a questa assimilabile»; sia gli altrettanto imprescindibili requisiti soggettivi, trattandosi di organi temporanei, che, «a differenza da quanto per regola generale avviene per gli organi giurisdizionali, ordinari o speciali che siano (…) constano di un numero variabile di membri, rendendo impossibile l'identificazione degli uffici elettorali con l'"ente" presso il quale vengono di volta in volta costituiti, e conseguentemente impedendo di considerarli come «istituzionalmente incardinati nel potere giurisdizionale dello Stato». Peraltro, ad un tale riguardo, ci sembra che, anche a voler tacere della diversità di fattispecie (esulante dalle elezioni politiche), non si possa mancare di considerare come la successiva evoluzione abbia

tro, riguardo alla possibilità, per un tale organo, di agire come giudice "*a quo*", in applicazione delle norme elettorali[14]. Invece, trovatasi dinnanzi al bivio se aprire la strada ad organi "terzi" o se (continuare a) sbarrare ogni possibile intervento da parte di organi che non siano le stesse Camere, le Sezioni Unite Civili della Cassazione (con la sent. 8 aprile 2008, n. 9151) hanno optato per la seconda strada, «confermando che né il giudice amministrativo né il giudice ordinario sono dotati di giurisdizione» in ordine a questo tipo di controversie, finendo, così, per sancire il mantenimento dello *status quo*.

2.2. La "chiusura" – ai giudici amministrativi – della Corte costituzionale

In questo orizzonte, stante la peculiare posizione inerziale della Cassazione, è stato ancora una volta sul versante della giustizia amministrativa che s'è presa l'iniziativa di chiamare la Corte costituzionale a pronunciarsi in punto di competenza del giudice amministrativo a giudicare su "controversie elettorali", pur sempre concernenti, si badi, la fase preparatoria delle elezioni (in quanto originate da definitive esclusioni di candidature dal procedimento elettorale[15]). Per la precisione, è stato il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana – si noti, dopo avere, in sede cautelare, riconosciuto la natura amministrativa del provvedimento di esclusione dal procedimento elettorale per le politiche ed affermato la giurisdizione, in materia, del giudice

reso meno "robusto" questo tipo di argomentazione, dal momento che la Corte costituzionale non ha poi manifestato alcun dubbio circa la natura «giurisdizionale» dell'Ufficio centrale per il *referendum* (cfr. ord. n. 343 del 2003), organo sulla cui fisionomia è indubitabilmente calcata quella dell'Ufficio elettorale nazionale, e che, al pari di quest'ultimo, viene per così dire «attivato» in particolari occasioni «procedimentali», ai sensi dell'art. 12 della legge n. 352 del 1970, «presso la Corte di Cassazione».

[14] Ciò che, peraltro, potrebbe avere una qualche *chance* di riuscire a passare indenne il "vaglio di rilevanza" del giudice delle leggi. Ci si limita qui a segnalare come, di recente, la questione sia tornata di attualità, essendo stata, invece, la Prima sezione civile della Corte di Cassazione, su "impulso" di alcuni cittadini elettori, a sollevare la questione di costituzionalità di varie norme concernenti il vigente sistema di elezione di Camera e Senato, ritenendo, tra l'altro, «dubbio che l'opzione seguita dal legislatore costituisca il risultato di un bilanciamento ragionevole e costituzionalmente accettabile tra i diversi valori in gioco» (v. Corte cass., sez. I, ord. 17 maggio 2013 n. 12060, reperibile in *http://www.giurcost.org/cronache/Cass-ordLegge270*, in attesa, al momento in cui si scrive, di essere affrontata. Gli aspetti più significativi dell'ordinanza di rimessione sono messi a fuoco da R. Romboli, *La costituzionalità della legge elettorale 270/05: la Cassazione introduce, in via giurisprudenziale, un ricorso quasi diretto alla Corte costituzionale?*, in Il Foro it, 2013, I, 1836 e ss.).

[15] Nel caso di specie, a causa dell'erronea presentazione del documento contenente la dichiarazione di accettazione della candidatura, essendo, tale documento, stato allegato non, come sarebbe dovuto essere, al certificato elettorale, ma ad altra documentazione.

amministrativo[16] –, a rimettere gli atti alla Corte costituzionale invocando una pronuncia additiva, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale degli artt. 23 e 87 del d.P.R. n. 361 del 1957 «nella parte in cui non prevedono l'impugnabilità davanti al giudice amministrativo delle decisioni emesse dall'Ufficio elettorale centrale nazionale, aventi, per effetto, l'arresto della procedura, a causa della definitiva esclusione del candidato o della lista dal procedimento elettorale» (v. l'ord. n. 282 del 2008). Ciò, all'evidenza, al fine di percorrere una strada ancora diversa rispetto a quelle, si noti, già infruttuosamente sperimentate nelle vicende processuali sfociate nelle ordinanze n. 512 del 2000 e n. 117 del 2006, in cui la Corte costituzionale aveva avuto buon gioco nel dichiarare, rispettivamente, manifestamente inammissibile ed irricevibile il tentativo dei giudici amministrativi di pervenire a dotarsi della medesima competenza giurisdizionale con l'avallo interpretativo della stessa Consulta[17], dato che in quei casi s'era lamentata la mancata previsione, da parte del legislatore, della possibilità di rivolgersi al giudice amministrativo senza indicarsi, per così dire "il verso" della pronuncia che si domandava alla Consulta di mettere a punto. Tuttavia, pure in quest'occasione la Corte s'è infine pronunciata per l'inammissibilità della questione, appiattendosi sulla posizione della Cassazione, ovvero ritenendo, analogamente a quest'ultima (v. la sent. n. 9151 del 2008, cit.), che «Dal quadro normativo e giurisprudenziale» non potesse derivarsi la conclusione che vi fosse «nell'ordinamento un vuoto di tutela delle situazioni giuridiche soggettive», dato che «Il giudice competente in materia è stato […] individuato nello stesso organo parlamentare» (v. la sent. n. 259 del 2009)[18].

[16] V. al proposito l'ordinanza cautelare del CGA 6 aprile 2006, n. 218, emessa in sede di gravame, avverso il provvedimento che aveva pronunciato il giudice di primo grado denegando la giurisdizione.

[17] Più precisamente, nel primo caso, s'era lamentata la mancata previsione, da parte delle norme impugnate, della possibilità di azione giudiziaria nei confronti della decisione emessa dall'Ufficio centrale nazionale sull'opposizione proposta contro il provvedimento del Ministero dell'interno di ricusazione; mentre, nel secondo, s'era domandato alla Consulta di affermare la sussistenza della giurisdizione del Giudice amministrativo relativamente alla fase prodromica delle elezioni politiche, negando, nel contempo, rispetto ad una tale fase, quella della Camera dei deputati.

[18] Cfr., su tale decisione della Consulta, in senso critico, E. Lehner, *L'apertura condizionata della Corte sulla verifica dei poteri, tra tutela dell'autonomia parlamentare e garanzia dei diritti di elettorato passivo*, in *Giur. cost*., 2009, 3620 e ss.; P. Torretta, *Quale giudice per il contenzioso pre-elettorale politico? Riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 259 del 2009,* in *http://www.forumcostituzionale.it*, del 26 aprile 2010; e L. Trucco, *Il contenzioso elettorale politico di nuovo al vaglio dei giudici della Consulta*, in *Rass. Parl.*, 2009, 1201 e ss.; v., altresì, su tale pronuncia e, più in generale, su «alcuni versanti di difficile operatività dei limiti al potere in Italia», R. Calvano, *Contenzioso elettorale, partiti e legalità. Spunti critici sui limiti del potere*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace,* Napoli, Editoriale scientifica, 457 e ss.

2.3. La "chiusura" del Consiglio di Stato

La problematicità del quadro della giustizia elettorale politica italiana si infittisce se dalla fase preparatoria alle elezioni politiche si sposta l'attenzione sul versante concernente il sistema elettorale (in senso stretto considerato). Trattasi, infatti, di un aspetto, all'evidenza, di carattere spiccatamente procedurale, rispetto a cui è ontologicamente più improbabile (a differenza di quanto, invece, come s'è visto, può accadere con riguardo alla fase preparatoria delle elezioni) che scaturisca un giudizio promosso da privati a tutela di proprie posizioni soggettive assunte come lese, con quanto ne consegue quanto all'ulteriore affievolirsi della possibilità che, per un tale tramite e nel percorrimento di vie di accesso ordinarie, vengano portate all'attenzione del giudice delle leggi norme di cui sia dubbia la compatibilità col dettato costituzionale (cfr., *supra*, il § 1, e, *infra*, il § 3.2.).

Quanto testé considerato è emerso in tutta la sua portata problematica nell'ambito della vicenda processuale a cui hanno dato impulso un gruppo di cittadini iscritti nelle liste elettorali, col lamentare l'incostituzionalità di varie disposizioni del sistema di elezione introdotto dalla legge n. 270 del 2005, ed «in particolare» il fatto «che, per l'applicazione della vigente normativa in materia elettorale essi sarebbero stati lesi "nelle modalità per l'esercizio del loro libero diritto di voto" senza una garanzia di effettiva tutela».

Nel caso di specie, infatti, è stato lo stesso Consiglio di Stato (questa volta, però, la sez. IV e non la V come nel caso richiamato *supra*, al § 2.1.) a confermare, in appello, la decisione del T.A.R. Lazio (v. la sent. 27 febbraio 2008, n. 1855, della sez. II-*bis*), di inammissibilità dell'impugnativa «per difetto di giurisdizione» e, conseguentemente, «alla luce della carenza di giurisdizione in ordine ai provvedimenti censurati» la mancanza di competenza di «questo giudice» relativamente al «rinvio delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dalle parti» (v. la sent. 13 marzo 2008, n. 1053). Si noti, peraltro, come, ad un tale approdo, si sia giunti col dar smalto, da un lato, alla problematica idea secondo cui le ragioni dell'istituto della "verifica dei poteri" sarebbero a tutt'oggi rinvenibili «nella salvaguardia dell'autonomia del Parlamento e nel principio di separazione dei poteri, che si risolve nell'attribuzione a corpi politici, di una funzione che per sua natura vorrebbe essere affidata a giudici terzi»; ovvero ritenendosi «in special modo […] che l'intervento del giudice determinerebbe un'interferenza del potere giudiziario nell'ambito di altri poteri». E col contraddire, dall'altro lato, ed in modo almeno altrettanto controverso, l'idea (peraltro, come s'è visto *supra*, al § 2.1., sostenuta dalle stesse giunte per le elezioni) della possibilità di circoscrivere l'autodichia di ciascuna Camera unicamente a quanto segue la fase di voto, secondo una lettura di stretta interpretazione dell'art. 66 della Costituzione e dell'art. 87 T.U. delle elezioni: nell'occasione, infatti, il giu-

dice amministrativo ha fatto proprio un approccio ermeneutico "estensivo" (della portata della c.d. "verifica dei poteri"), dimostrando di condividere l'idea che «secondo quanto voluto dal legislatore» la norma costituzionale vada «interpretata come estesa all'accertamento della legittimità di tutte le operazioni elettorali e, quindi anche di quelle ricomprese nella fase precedente lo svolgimento della competizione elettorale vera e propria» (v., ancora, la sent. n. 1053 del 2008).

2.4. La chiusura (sostanziale) della Corte costituzionale alla "via" del conflitto tra poteri

È significativo il fatto che taluni dei ricorrenti nella vicenda di cui s'è testé ragionato abbiano adito, in modo pressoché contestuale, anche il giudice delle leggi, in qualità di componenti «dell'organo costituzionale "corpo elettorale"», nell'estremo tentativo, attraverso la via del "conflitto" tra poteri dello Stato, di riuscire a prospettare, almeno per questa strada, alla Consulta i propri dubbi di legittimità costituzionale del sistema per le elezioni politiche. Tuttavia, in questo, così come in altri casi, - in cui si aveva pur sempre l'obiettivo di portare all'attenzione della Corte norme elettorali -, è stato gioco forza per il giudice delle leggi affermare l'inagibilità di un tale giudizio. E, ciò, si badi, indipendentemente dal fatto che il conflitto fosse originato, come nel caso di specie, da singoli cittadini (*rectius*: elettori), *ex* art. 1 Cost., piuttosto che da forze politiche (*rectius*: partiti politici), *ex* art. 49 Cost., o da formazioni di elettori titolari di poteri di natura costituzionale (*rectius*: comitato promotore *referendum*), *ex* art. 75 Cost. Ed infatti, a differenza dei conflitti che, com'è noto hanno avuto come protagonisti i comitati promotori dei *referendum* per la difesa delle attribuzioni implicate dalla procedura referendaria, sono difettati in queste ipotesi o il requisito soggettivo (non avendosi a che fare con "poteri dello Stato": v. l'ord. n. 79 del 2006), o il requisito oggettivo (esulando la questione, appunto, dalla problematica referendaria, v. l'ord. n. 38 del 2008) o, come nel caso di specie, entrambi i requisiti, oggettivo e soggettivo, mancando sia la minaccia o la lesione nei confronti di un'attribuzione di livello costituzionale, sia entità normativamente previste a cui poter imputare la volontà dei soggetti collettivi rappresentati (v. l'ord. n. 284 del 2008).

Per diverso profilo, va rilevato come, nella menzionata sent. n. 259 del 2009, la stessa Corte costituzionale, in risposta all'"*input*" del giudice *a quo* secondo cui la Consulta non sarebbe stata «intenzionata» a risolvere eventuali conflitti in materia tra Cassazione e Camere (v. il p. 6 dell'ord. di rimessione, cit.), avesse tenuto, invece, a dirsi competente (anche se non al fine di risolvere conflitti di giurisdizione tra Giunte e Cassazione, bensì) a stabilire la delimitazione delle rispettive sfere di competenza costituzionalmente sancite. Tuttavia, se, a stare di quanto afferma la Corte costituzionale, sembra dunque possibile ipotizzare che le Giunte di Camera e Senato o, come più probabile,

la Cassazione propongano il problema in sede di conflitto "negativo", qualche problema in più potrebbe verosimilmente sorgere da un'eventuale inerzia di qualcuno dei potenziali attori del conflitto stesso a sollevarlo e in seguito ad adeguarsi all'"arbitrato" della Corte costituzionale. Sicché, pur non mancando di fissare alcuni punti fermi che potrebbero dimostrarsi idonei a condizionare in futuro l'evoluzione della materia, l'intervento della Corte, lungi dal potersi dire risolutivo sul punto, ci pare esser stato affatto interlocutorio.

2.5. La chiusura della Corte europea dei diritti dell'uomo

Una volta "esaurite" – in modo infruttuoso – tutte le "vie di ricorso interne", la domanda di garanzia del potere elettorale individuale si è indirizzata, come prevedibile, a Strasburgo (l'Unione europea, infatti, "stranamente" svolge un'attenta azione di monitoraggio nei riguardi degli Stati in cui sia stato avviato un processo di democratizzazione, ma non in quelli di cui si compone...), lamentandosi, anche qui, la violazione delle norme convenzionali da parte di taluni meccanismi del sistema di elezione e, più ampiamente, del sistema di giustizia elettorale delle elezioni politiche italiane.

Tale giudice, del resto, aveva già avuto modo di intervenire in materia, sia con riguardo al sistema di voto (v., ad es., i casi *Mathieu-Mohin* e *Hirst (2)*) ed al sistema di assegnazione dei seggi (v., ad es., il caso *Yumak and Sadak*), sia, in modo, per vero, più efficace, sul versante delle garanzie di carattere "giustiziale" che assistono le elezioni. La Corte EDU era giunta, così, ad esempio, a censurare la procedura, tutta «domestica», in quanto interna alla stessa Camera elettiva, che aveva portato all'annullamento di una elezione in Georgia (v. il caso *Georgian Labour Party*, spec. al §141); a ritenere che il sistema «della verifica parlamentare» delle elezioni vigente in Romania, analogo a quello italiano, «*do not [...] appear to be such as to provide a sufficient guarantee of impartiality*» (v. il caso *Grosaru*, spec. al §54); e, da ultimo, a ulteriormente chiarire, in riferimento ad una vicenda che riguardava l'operato degli organi elettorali azerbajiani, che rientra sotto la sfera del suo "controllo" «*not only the alleged infringement of the applicant's individual rights but also, on a more general level, the State's compliance with its positive duty to hold free and fair elections*» (v. il caso *Namat Aliyev*, spec. al § 88)[19]. Si rileva, peraltro, incidentalmente, come fosse stato proprio con riguardo

[19] Ancora più di recente, poi, la Corte ha avuto modo di chiarire come «anche le condizioni di partecipazione alle elezioni imposte alle formazioni politiche facciano parte delle regole elettorali fondamentali», e necessitino, dunque, di «beneficiare della stessa stabilità temporale degli altri elementi fondamentali del sistema elettorale» (vale a dire, "modalità dello scrutinio", "composizione delle commissioni elettorali" e "suddivisione in seggi elettorali delle circoscrizioni"), arrivando, su questa base, a censurare l'introduzione, in via legislativa, di nuove condizioni di partecipazione alle elezioni (troppo) poco tempo prima della data di svolgimento delle elezioni stesse, reputando una tale «prassi» «incompatibile con l'ordine democratico» e tale da scalfire «la fiducia dei cittadini nei poteri pubblici del loro paese» (v. Corte EDU, *Ekoglasnost v. Bulgaria*, del 6 novembre 2012).

all'idea del possibile emergere di un qualche "contrappeso" sul piano transnazionale, nei confronti di abusi/degenerazioni, e financo del consolidarsi di "blindature", in chiave indemocratica, nella dimensione nazionale, che si era valutato positivamente (sia pure con le dovute cautele e gradualità) lo "sganciamento", in tale senso, del "controllo elettorale" dalla sfera di dominio riservato agli Stati[20].

Tuttavia, nell'occasione, la Corte ha avvalorato il riconoscimento di un ampio «margine di apprezzamento» degli Stati (v. i §§50 e 51), astenendosi, di fatto, dall'intervenire in una materia strettamente connessa all'organizzazione dell'ordinamento statuale, quale quella portata alla sua attenzione, col ricondurre, da un lato, alla sfera di sovranità statale, la messa a punto (e la riforma) dei sistemi di elezione[21] e col lasciar fuori, dall'altro lato, dalla propria sfera di competenza, il versante della "giustiziabilità" dei "diritti politici" (v. il caso *Saccomanno e altri*, del 13 marzo 2012)[22].

Più in generale, la pronuncia della Corte di Strasburgo è parsa confermare l'idea che, specie avendosi a che fare con democrazie che si presumono "maggiormente consolidate", il terreno di verifica elettorale sul piano internazionale si fermi ai profili (sia pur essenziali, epperò) squisitamente estrinseci di ordine "ambientale" e "formale" della libertà e dell'eguaglianza del voto, salvo la presenza di rischi tangibili (salvo poi restare in sospeso il "quando" una situazione possa dirsi tale…) di sconfinamento al di là della soglia minima di democraticità elettorale (situazione che, all'evidenza, non è stata ravvisata dalla Corte in riferimento al "caso italiano"…). Sicché l'organizzazione di elezioni, particolarmente sul piano intrinseco della messa a punto del sistema – anche di giustizia – elettorale, continua a costituire – pure a questo "livello" – una "zona d'ombra" ben salda nelle mani degli Stati – *rectius*: dei legislatori – sovrani.

II. LA "VIA" POLITICA"

3. Le "chiusure" legislative

Tutte le strade paiono, insomma, condurre al legislatore. Del resto, a ben vedere, con riguardo a quanto da ultimo osservato, ad un tale esito, fatte le

[20] Sia consentito rinviare, al riguardo, a L. Trucco, *Democrazie elettorali e stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2011, 252.

[21] Per quanto riguarda le difficoltà, nel nostro Paese, a riformare il sistema di elezione introdotto dalla legge n. 270 del 2005, sia consentito rinviare a L. Trucco, *Riforma del sistema elettorale e le legislature dei "passi perduti"*, in *Giur. It*., 2013, 1469 e ss..

[22] Per un qualche esame del caso, sia consentito rinviare a L. Trucco, *Saccomanno e altri c. Italia: anche per Strasburgo, tutte le strade portano al legislatore*, in *Quad. cost.*, 2012, 901 e ss.

dovute differenze del caso, si sarebbe giunti anche a seguito di un intervento censorio della Corte EDU. Lo stesso giudice amministrativo, dal canto suo, nella pronuncia del 13 marzo 2008 di cui s'è riferito (*supra*, al § 2.3.), ha tenuto a rimarcare, da un lato, «che le stesse doglianze dei ricorrenti evidenziano la portata eminentemente politica delle tesi sostenute, non prospettandosi, in realtà, la violazione di un diritto fondamentale del singolo cittadino, quale il diritto di voto», e, «dunque, che i ricorrenti lamentano esclusivamente scelte discrezionali del legislatore»: e, dall'altro lato, che «in ogni caso la stessa Corte costituzionale, con la sent. n. 15 del 2008, chiamata a pronunziarsi in ordine alla richiesta referendaria, ha evidenziato la necessità che la riflessione in ordine al sistema elettorale avvenga nella sede politica sua propria», segnalando al «Parlamento l'esigenza di considerare con attenzione gli aspetti problematici» della legislazione elettorale[23].

Ma, ad oggi, di che legislatore stiamo parlando?

Senza volerci soffermare qui sul dibattito parlamentare svoltosi sulla riforma del sistema elettorale, e nemmeno sulle questioni di cronaca politica – e giudiziaria – a cui si è assistito specie durante la fase finale della XVI Legislatura, va rilevato come le vicende italiane ampiamente intese, oltre ad aver gettato luce sulla possibilità, sempre incombente, in mancanza di adeguati argini, che le riforme elettorali siano fatte, giornalisticamente parlando, "a colpi di maggioranza"[24], abbiano concretizzato, altresì, l'eventualità che si verta in una situazione di "blocco" allorché non convenga mutare le regole del gioco[25]. Quale che sia l'ordine dei "fattori", l'esito, però, ci pare, non cambia, risultandone comunque spianata la strada a quella tentazione persistente e financo irresistibile per le forze politiche dominanti di "usufruire" di

[23] Segnatamente, la mancata subordinazione dell'attribuzione del premio di maggioranza «al raggiungimento di una soglia minima di voti e/o di seggi» (cfr., criticamente, sul punto, M. Croce, *Incostituzionalità ipotetiche, "probabilità concrete" e "aspetti problematici": quando la Corte vede ma non provvede,* in *http://www.astrid-online.it/dossier--r1/note-e-con/CROCE_Nota-a-sentenze-15-16-08-QuadCost-06_03_08.pdf*).

[24] Per diverso, epperò connesso profilo, va almeno rilevato come la Commissione di Venezia sconsigli nell'«anno che precede l'elezione» di procedere a riforme, a meno che queste non avvengano «a livello costituzionale o ad un livello superiore a quello della legge ordinaria», dato che altrimenti, «anche in assenza di volontà di manipolazione, questa apparirà in tal caso come legata ad interessi congiunturali di partito» (v. il § II, 2, *b)* e i §§ 65 e 66 del Codice di buona condotta in materia elettorale). Cfr., *amplius*, in argomento P. Garrone, *Le patrimoine électoral européen. Une décennie d'expérience de la Commission de Venise dans le domaine électoral*, in *Revue du droit public*, 2001.

[25] Cfr., sul punto, *ex multis*, G. Zagrebelsky, *I paradossi della riforma costituzionale*, in *Politica del diritto*, 1986, 165 ss.; A. Barbera, *Una riforma per la Repubblica*, Roma, Editori riuniti, 1991, 301; ed ora in A. Barbera, A. Morrone, *La Repubblica dei referendum*, Bologna, il Mulino, 2003; L. Nodari, *Nell'orizzonte del possibile*, Terlizzi, Ed. Insieme, 1993, 107; e P. Scoppola, *La Repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico (1945-1996)*, Bologna, il Mulino, 1997, 428 ss.

regole del gioco nel senso per se medesime più conveniente. Sì che, ad oggi, stante la perdurante problematicità ad intervenire «di fronte ad una constata irrazionalità e ad una palese irragionevolezza delle attuali norme [contenute nella legge n. 270 del 2005][26]», mentre si fa stringente, da un lato, l'interrogativo circa la reale capacità dei riformatori di mettere mano alla riforma – nell'interesse comune – di se medesimi[27], si moltiplicano, dall'altro lato, i tentativi di percorrimento di strade alternative, alla ricerca di un qualche "modo" attraverso cui superare un tale situazione d'*impasse*.

3.1. La "chiusura" del legislatore delegato

Quanto all'inidoneità dei riformatori di riformare, nell'interesse comune, se stessi, può dirsi emblematica la recente vicenda della delega conferita dalla legge n. 69 del 2009, al Governo – su cui, si noti, aveva riposto le proprie aspettative lo stesso giudice delle leggi nella menzionata sent. n. 259 del 2009 (v.la *supra*, al § 2.2.) –, che, in vista di "adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori" "e di assicurare la concentrazione delle tutele", si era posto, tra gli altri obbiettivi, quello della razionalizzazione ed unificazione delle "norme vigenti per il processo amministrativo sul contenzioso elettorale" (v. l'art. 44)[28].

Essa, infatti, ha costituito l'ennesima occasione andata perduta – *rectius*: mancata "in corso d'opera", dal legislatore (delegato) – per il sistema di legalità elettorale "apicale", dato che nello schema di riforma del processo amministrativo presentato il 22 febbraio 2010[29] era ricompreso pure il contenzioso elettorale per elezioni politiche (l'art. 140, infatti, prevedeva che il giudice amministrativo avesse anche giurisdizione "sugli atti del procedimento elet-

[26] Così, R. Chieppa, in *Nomos* (*L'ammissibilità dei referendum in materia elettorale*), 2007, 42; cfr., altresì, in tal senso, *ex multis*, G. Tarli Barbieri, *I molti vizi e le poche virtù della nuova legge elettorale*, in *Democrazia e diritto*, 2006, 29 e ss.; S. Ceccanti, *Val d'Aosta e uguaglianza del voto: il caso è serio e* C. Fusaro, *La questione dei voti della Valle d'Aosta nella legge proporzionale con premio in attesa di promulgazione*, entrambi in *www.forumcostituzionale.it*, rispettivamente, del 18 e 19 dicembre 2005.

[27] Per un'analisi antesignana di un tale "cortocircuito" cfr. P. Costanzo, *Riformare i riformatori?*, in E. Cuccodoro (a cura di), *Riforma di governo – riforma delle istituzioni*, Firenze, Nòccioli, 1983, 25 e ss.

[28] A tal fine, la stessa normativa di delega aveva previsto "il dimezzamento di tutti i termini processuali rispetto a quelli ordinari, il deposito preventivo del ricorso e la successiva notificazione in entrambi i gradi", e l'introduzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie concernenti atti del procedimento elettorale preparatorio per le elezioni politiche "mediante la previsione di un rito abbreviato in camera di consiglio che consenta la risoluzione del contenzioso in tempi compatibili con gli adempimenti organizzativi del procedimento elettorale e con la data di svolgimento delle elezioni" (v. l'art. 44, lett. *d*) della legge n. 69 del 2009).

[29] Reperibile, tra l'altro, in *http://www.federalismi.it/ApplMostraDoc.cfm?Artid=15511*.

torale preparatorio per le elezioni e per il rinnovo della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica"), con quanto da ciò sarebbe potuto derivare, tra l'altro, con riguardo ad una più "efficace" sollevazione di questioni di legittimità costituzionale concernenti norme elettorali davanti al giudice delle leggi. Tuttavia, questa parte è stata stralciata – in "modo per così dire chirurgico" – all'indomani delle elezioni amministrative del marzo 2010 (nella versione trasmessa alla Camera dei deputati il 30 aprile 2010[30] non se ne trova più traccia…), senza più "ricomparire", poi, nel testo approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri[31] nella seduta del 24 giugno 2010 (ed in quello vigente).

Pertanto, il d.lgs. n. 104 del 2010 nulla ha innovato su tale versante rispetto al precedente assetto normativo, continuando a "circoscrivere" il possibile controllo giurisdizionale – segnatamente, "la giurisdizione del giudice amministrativo" – in materia di operazioni elettorali, "al rinnovo degli organi elettivi dei comuni, delle province, delle regioni e all'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia" (v. l'art. 126).

3.2. La "chiusura" degli istituti di "democrazia diretta" (partic., del referendum abrogativo)

Stando così le cose non sorprende che, a fronte della concreta aspettativa di una palingenesi del versante politico, si sia fatta, se possibile, ancora più avvertita l'esigenza di una riforma del sistema e che, nel corso della XVI Legislatura, siano stati presentati numerosi – ed inascoltati – "appelli" (*rectius*: petizioni) alle Camere (*ex* art. 50 Cost.), e leggi di iniziativa popolare (*ex* art. 71) "per la riforma elettorale". In particolare, la presa di coscienza dell'impercorribilità di un processo di autoriforma da parte del mondo politico ha, all'indomani della legge n. 270 del 2005, così come, fatte le dovute differenze del caso, all'inizio degli anni Novanta, indotto ad intraprendere la via referendaria (*ex* art. 75 Cost.). Ebbene, su di un tale profilo non soffermeremo la nostra attenzione se non per rilevare come, al di là degli esiti – e dei limiti – della procedura referendaria in quanto tale (nonché degli svariati tentativi dottrinali di renderne ammissibile lo svolgimento, scongiurando l'emergere di "lacune" della normativa elettorale)[32], pure una tale "strada" sia stata vista come una possibile occasione da cogliere, in collaborazione, se del caso, con l'Ufficio centrale presso la Corte di cassazione[33], per aprire

[30] V.la in *http://www.lexitalia.it/index/codiceprocamm.htm*.

[31] V.lo in *http://www.federalismi.it/,* del 2 giugno 2010.

[32] Cfr., al proposito, *ex multis*, A. Pertici, E. Rossi, *La possibilità di impugnare la nuova legge elettorale alla Corte costituzionale e gli effetti della sua eventuale sospensione*, in *http://www.forumcostituzionale.it,* del 23 gennaio 2006.

[33] V., sul punto, Cerri, secondo cui «Se si ammette che l'Ufficio centrale, in sede di giu-

le porte (diciamo così, su questo "versante") ad un qualche sindacato delle norme elettorali.

Tuttavia, è parimenti notorio come il giudice costituzionale si sia dimostrato da subito poco propenso nei confronti di una tale ipotesi. Così, pur non mancando, esso, come si diceva (*supra*, al § 3) di segnalare al Parlamento l'esigenza di considerare taluni «aspetti problematici» della legislazione elettorale vigente, si è limitato a ribadire (secondo quanto già prospettato, peraltro, sia pur con riguardo ad altra "materia", in tempi recenti, nelle sentt. n. 45, n. 46, n. 47 e n. 48 del 2005) di potersi spingere, in sede di ammissibilità referendaria, «soltanto sino a valutare un dato di assoluta oggettività, quale la permanenza di una legislazione elettorale applicabile, a garanzia della stessa sovranità popolare, che esige il rinnovo periodico degli organi rappresentativi», dovendo, si badi, «Ogni ulteriore considerazione […] seguire le vie normali di accesso al giudizio di costituzionalità delle leggi» (*sic*!) (così, nelle sentt. n. 15 e n. 16 del 2008).

Su questa base, la Corte ha avuto dunque gioco facile nel chiudere, da ultimo, nel caso di specie, la porta non solo e non tanto, si direbbe, all'ammissibilità dei quesiti referendari, quanto, soprattutto e più in generale, a possibili sollevazioni di questioni di costituzionalità della legge oggetto della richiesta referendaria davanti a se medesima, con l'affermare, in modo *tranchant,* l'"estraneità", dalla sfera di propria competenza, del sindacato su profili di illegittimità costituzionale della legge oggetto della richiesta referendaria o della normativa di risulta (v. la sent. n. 13 del 2012)[34].

4. Alcune conclusioni e proposte provvisorie e sommarie

Insomma, malgrado la coessenzialità di una compiuta giustizia elettorale politica allo Stato costituzionale di diritto, proprio il versante dei "diritti politici" (a differenza, per esempio, di quello concernente le c.d. libertà individuali) sembra ancora risultare tra i più imperfetti, ma, per ciò stesso, si ritiene, ancora "capace di evolversi".

dizio di procedibilità, possa sollevare questione di legittimità costituzionale delle leggi [...] *a fortiori* deve ammettersi che possa sollevarla la Corte in sede di ammissibilità», richiamando, tra l'altro, le sentt. della Corte n. 334 del 2004; e n. 43 del 1982 (A. Cerri, in *Nomos, L'ammissibilità dei referendum in materia elettorale*), *cit.,* 38.

[34] Infatti, a parte la circostanza (che potrà sembrare opinabile) per cui, con tale pronuncia la Corte pare essersi "irrigidita" (volendo riprendere l'espressione utilizzata, in altri contesti, da A. Pugiotto, *La Corte costituzionale lega le mani a se stessa*, in *Foro it.*, 1997, 3119 e ss.) sino al punto da precludersi la possibilità di sindacare una normativa rispetto a cui estremamente alto è il rischio, come s'è visto, di vivere in una "zona d'ombra" della giustizia costituzionale, si potrebbe osservare come il giudizio di ammissibilità si sia trasformato, nel tempo, da un semplice controllo, in una sede contenziosa vera e propria, soprattutto per effetto dell'ammissione al "giudizio" di parti sempre più numerose, di talché, anche in questo caso, la configurazione della Corte come giudice a tutti gli effetti (in grado, pertanto, anche di sollevare questioni su norme applicate, come nel caso, proprio, della normativa oggetto di richiesta referendaria) non pare seriamente contestabile.

In questa prospettiva, si è già fatto cenno alla possibilità, *de iure condito*, di operare un'interpretazione restrittiva dell'art. 87, del d.P.R. n. 361 del 1957, idonea a, per così dire, "affrancare" almeno il versante della fase preparatoria delle elezioni politiche dal monopolio della verifica dei poteri. A maggior ragione, si ritiene possibile ed anzi auspicabile, la riconduzione di tale "segmento" elettorale ad un giudice "strutturalmente tale" attraverso un'adeguata modifica del medesimo art. 87, del d.P.R. n. 361 del 1957[35].

De iure condendo, poi, una speciale attenzione potrebbe essere riservata al profilo delle sottoscrizioni delle liste di candidati, sì da superare l'approccio "burocratico" ad oggi assolutamente prevalente, a tutto vantaggio della valorizzazione di quella giurisprudenza costituzionale che, già da tempo, ha tenuto a sottolineare come «nel nostro ordinamento sia ormai un principio generalizzato che in ogni tipo di elezione diretta le candidature debbano essere munite di una sorta di dimostrazione di seria consistenza e di un minimo di consenso attestata dalla sottoscrizione di un determinato numero di elettori» (v. Corte sent. n. 83 del 1992). Ad un ancora più alto livello, ci parrebbe auspicabile la cristallizzazione nello stesso testo costituzionale di principi fondamentali "della materia", nella direzione di aprire le regole legislative del sistema elettorale al sindacato di costituzionalità. Non potendo, del resto, dirsi certamente un caso che nel quadro che s'è pur per sommi capi descritto, soltanto la strada della questione di costituzionalità in via principale si sia potuta rivelare in qualche misura efficace, giovandosi, per l'appunto, della vigenza di norme elettorali costituzionali concernenti, in particolare, da più tempo, le regioni a statuto speciale (v. Corte cost. n. 356 del 1998, e, sia pur soltanto a livello di principi espressi n. 155 del 1985; e n. 438 del 1993) e, più di recente, la c.d. "rappresentanza femminile" (v., soprattutto, Corte cost. n. 196 del 2003; e sent. n. 4 del 2010)[36].

[35] Ciò, per l'appunto, muovendo dal presupposto che, ai sensi dell'art. 66 della Costituzione, sia la sola "fase finale" dell'elezione (a partire, cioè, dalla "votazione" di cui al Titolo IV del Testo unico) a esigere, eventualmente, di essere modificata con norme di rango costituzionale e non, invece, la "fase preparatoria" (di cui al Titolo III del medesimo Testo unico), per la quale sarebbero sufficienti norme di legge ordinaria.

[36] A proposito di cui, v. S. Catalano, *Le misure a favore del riequilibrio della rappresentanza di genere come oggetto di contenzioso elettorale*, *supra*, in *questo Volume*.

L'INTRODUZIONE DI UNA COMMISSIONE ELETTORALE INDIPENDENTE: UNA RIFORMA COSTITUZIONALE A COMPLEMENTO DELLA MODIFICA DELLA LEGGE ELETTORALE

di Francesco Biagi e Sara Pennicino*

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il diritto comparato e la tendenza all'"esternalizzazione" dell'attività di verifica dei poteri. – *2.1. Le nuove democrazie*. – *2.2. Le democrazie consolidate.* – 3. Commissione di Venezia, Corte di Strasburgo e OSCE: la soluzione è sempre l'"esternalizzazione". – 4. La verifica dei poteri nell'ordinamento italiano. – *4.1. Le ragioni storiche dell'opzione a favore di un controllo di tipo politico*. – *4.2. Le debolezze dell'attuale sistema. – 4.2.1. La distorsione maggioritaria. – 4.2.2. La natura ibrida della decisione. – 4.2.3. La tempestività delle decisioni nell'attività di verifica dei poteri. – 4.2.4. Il controllo sugli atti preparatori.* – 5. Le proposte di riforma dell'art. 66 Cost. presentate dal 1994 ad oggi: un'analisi critica. – 6. L'introduzione di una Commissione indipendente e a composizione tecnica. – 7. Una riforma costituzionale a complemento della modifica della legge elettorale.

1. Premessa

La modifica della legge elettorale per le elezioni politiche (l. 270/2005) è opportunamente considerata una delle riforme più urgenti da effettuarsi nel nostro Paese, e dovrebbe pertanto costituire una delle priorità di tutte le forze politiche nel corso della XVII legislatura. Tale questione è certamente nota al grande pubblico, anche alla luce del fatto che essa è stata oggetto di numerosi dibattiti che hanno occupato le prime pagine dei quotidiani e i titoli dei notiziari televisivi. Una questione altrettanto importante relativa alla materia elettorale – ma conosciuta esclusivamente dagli addetti ai lavori – è quella che riguarda l'organo competente a svolgere l'attività di verifica dei poteri, attività che la nostra Carta costituzionale attribuisce al Parlamento stesso. Oggi il controllo politico non sembra aver più ragione di esistere, ed anzi è risultato nel tempo essere dannoso poiché caratterizzato da un serio *deficit* di imparzialità, tanto da mettere in discussione l'effettiva attuazione del principio di rappresentanza. Le difficoltà, peraltro, sono andate aumentando parallelamente allo

*Si precisa che i paragrafi 2., 2.1., 2.2. e 3. sono di Francesco Biagi; i paragrafi 4., 4.1., 4.2., 4.2.1., 4.2.2., 4.2.3., 4.2.4 e 5. sono di Sara Pennicino; i paragrafi 1., 6. e 7. sono frutto delle riflessioni di entrambi gli Autori. Si sottolinea altresì che questo articolo è il risultato di ricerche condotte nell'ambito del progetto "Electoral Management Bodies in Transitional Countries" coordinato dal Center for Constitutional Studies and Democratic Development (CCSDD).

sviluppo del quadro istituzionale italiano, e si sono aggravate, in particolare, in seguito alla riforma elettorale in senso maggioritario dei primi anni Novanta. Sarebbe, dunque, auspicabile che il legislatore non si limitasse alla modifica della legge elettorale, ma che procedesse altresì alla revisione dell'art. 66 Cost.

Proprio al fine di porre rimedio a tale *punctum dolens* che caratterizza il nostro ordinamento, nel presente contributo verrà argomentata l'opportunità di affidare l'attività di verifica dei titoli di ammissione dei componenti delle Camere e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità ad una Commissione elettorale, organo di garanzia, indipendente e a composizione tecnica. Una revisione in tal senso dell'art. 66 non è certamente la soluzione più semplice da un punto di vista tecnico e politico, e non a caso sono state proposte soluzioni alternative[1]. Tuttavia, si ritiene che l'introduzione di una Commissione elettorale costituisca l'opzione più efficace per risolvere definitivamente il problema della difficile compatibilità con il carattere democratico dello Stato di un sistema di giustizia elettorale nel quale il controllore e il controllato coincidono[2].

Nelle pagine che seguono si mostrerà, innanzitutto, come nella maggior parte degli ordinamenti vi sia una evidente tendenza all'"esternalizzazione" del controllo delle elezioni, senza contare il fatto che anche la Commissione di Venezia e l'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa (OSCE) (e in parte anche la stessa Corte di Strasburgo) hanno evidenziato la necessità di attribuire ad organi terzi rispetto al Parlamento l'attività di verifica dei poteri. Successivamente ci si concentrerà sul fatto che l'introduzione di una Commissione elettorale porrebbe altresì rimedio ad una serie di problemi pratici che caratterizzano l'attuale sistema italiano, quali la competenza relativa al contenzioso sul procedimento elettorale preparatorio, l'effettività del potere di inchiesta e la tempestività delle decisioni. Si darà, quindi, conto delle proposte di revisione dell'art. 66 Cost. presentate a partire dalla XII legislatura e, in conclusione, saranno discussi i vantaggi – rispetto ad altre possibili soluzioni – dell'introduzione di una Commissione elettorale.

2. Il diritto comparato e la tendenza all'"esternalizzazione" dell'attività di verifica dei poteri

Attualmente l'Italia costituisce uno dei rarissimi casi in cui la verifica dei poteri è interamente nelle mani delle Camere[3]. Nella maggior parte degli ordinamenti, invece, ormai da lungo tempo, si registra una sempre più marcata

[1] V. *infra* par. 5.

[2] Cfr. F. Lanchester, *La verifica dei poteri nel diritto comparato: modelli a confronto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, pagg. 2859 ss.

[3] L'art. 66 Cost. stabilisce, infatti, che «ciascuna Camera giudica dei titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità».

tendenza a trasferire tale funzione ad un organo esterno al Parlamento[4], vale a dire alla magistratura, alla Corte costituzionale, ovvero a commissioni elettorali o a veri e propri tribunali elettorali. Va sottolineato come tale tendenza all'"esternalizzazione" dell'attività di verifica dei poteri si registra tanto nelle nuove democrazie quanto in quelle consolidate[5]. Si precisa che nei due paragrafi che seguono non si vuole procedere ad una classificazione dei sistemi di verifica dei poteri[6], ma mostrare i diversi modi in cui si è articolato il *trend* verso l'"esternalizzazione" di tale attività e il perchè ciò è avvenuto, prendendo in considerazione non solo il contenzioso elettorale in senso stretto, ma anche alcuni aspetti legati alle *gestione* vera e propria del procedimento elettorale.

2.1. Le nuove democrazie

Per quanto concerne le nuove democrazie, pare possibile identificare, sulla base del dato empirico, tre tendenze: a) tendenza all'individuazione di un quarto potere dello Stato; b) tendenza endogena all'introduzione di commissioni elettorali indipendenti a composizione tecnica; c) tendenza eterodiretta (in seguito all'intervento della comunità internazionale) all'introduzione di una Commissione elettorale[7].

Relativamente alla prima tendenza, va sottolineato che il primo a parlare di potere elettorale distinto dagli altri poteri dello Stato fu Simón Bolívar nel Discorso al Congresso costituente della Bolivia del 25 maggio 1826. Tale intervento riscosse evidentemente grande successo, dal momento che il *poder electoral* trovò per la prima volta fondamento costituzionale proprio nella Costituzione boliviana del 19 novembre 1826. Il pensiero bolivariano ha influenzato notevolmente i diversi costituenti latinoamericani nel momento in

[4] F. Lanchester, *La verifica dei poteri nel diritto comparato: modelli a confronto*, cit., pagg. 2867 e 2873; G. Piccirilli, *Contenzioso elettorale politico e verifica dei poteri: riflessioni sulla effettività delle tutele procedimentali*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 3, 2006, pagg. 785 ss.

[5] Sulla rilevanza della distinzione tra nuove democrazie e democrazie consolidate in ambito elettorale v. N. Lupo, *Considerazioni conclusive. Sistema elettorale e legislazione "di contorno"*, in G.C. De Martin, Z. Witkowski, P. Gambale, E. Griglio (a cura di), *Le evoluzioni della legislazione elettorale "di contorno" in Europa. Atti del III Colloquio italo-polacco sulle trasformazioni istituzionali*, Cedam, Padova, 2011, pag. 430, il quale, prendendo spunto dalla comparazione tra Italia e Polonia, osserva come «le "nuove" democrazie si trovino in molti casi più avanti rispetto alle democrazie "consolidate"».

[6] Per la quale si rinvia, invece, a P.G. Lucifredi, M. Bruno, D. Granara, *La verifica dei poteri delle assemblee parlamentari*, Bozzi editore, Genova, 1995, pagg. 22-24; International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA), *Electoral Justice: The International IDEA Handbook*, Stockholm, 2010, pagg. 57 ss., disponibile *on-line* all'indirizzo http://www.idea.int/publications/electoral_justice/; L. Trucco, *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2011, pagg. 233-235.

[7] Per un approfondimento delle tre tendenze si consenta di rinviare a F. Biagi, S. Pennicino, *Indipendenza e terzietà del controllo: tribunali e commissioni elettorali*, in L. Pegoraro, G. Pavani, S. Pennicino (a cura di), *Chi controlla le elezioni? Verifica parlamentare dei poteri, tribunali, commissioni indipendenti*, Bononia University Press, Bologna, 2011, pagg. 145 ss.

cui sono stati chiamati a disciplinare la gestione e il controllo delle elezioni nei rispettivi Paesi. Se si decide, infatti, di prendere in considerazione esclusivamente il dato formale, vale a dire ciò che testualmente appare nelle Carte costituzionali, va rilevato come attualmente solo il Nicaragua e il Venezuela (a cui vanno aggiunti l'Ecuador e la Bolivia[8]) prevedono espressamente il potere elettorale, mentre il Costa Rica e l'Uruguay sembrano farlo in maniera implicita. Tuttavia, se ci si distacca dalle mere formule precettive verbalizzate nelle Carte costituzionali, e si decide di prendere in considerazione altri elementi, ci si potrà rendere conto che quantomeno l'*idea* di potere elettorale sia fortemente radicata in America Latina.

A livello istituzionale il concetto di *poder electoral* è stato attuato attraverso la creazione di organi elettorali incaricati dell'organizzazione delle elezioni e della risoluzione delle relative controversie. Tali organi svolgono funzioni di tipo prettamente amministrativo (come l'Istituto Federale Elettorale messicano, il Servizio Elettorale cileno, l'Ufficio Nazionale dei Processi Elettorali peruviano…), oppure svolgono compiti di tipo esclusivamente giurisdizionale (come il Tribunale Elettorale del Potere Giudiziario della Federazione del Messico, il Tribunale di Controllo delle Elezioni del Cile, la Giuria Nazionale delle Elezioni del Perù…), o ancora svolgono funzioni sia di tipo amministrativo sia di tipo giurisdizionale (come il Tribunale Superiore delle Elezioni del Costa Rica, la Corte Elettorale dell'Uruguay, il Consiglio Supremo Elettorale del Nicaragua…)[9]. Tali organi elettorali, che hanno svolto un ruolo chiave nei processi di transizione democratica in diversi ordinamenti della regione, sono stati opportunamente definiti da Jesús Orozco Henríquez come «uno degli apporti più importanti dell'America Latina alla scienza politica e al diritto elettorale»[10].

[8] Tali Paesi, infatti, si richiamano in maniera del tutto evidente alla nozione di potere elettorale. La Costituzione ecuadoriana del 2008, in particolare, afferma che il potere dello Stato è formato dalla *función* legislativa, da quella esecutiva, da quella giudiziaria e della giustizia indigena, da quella di trasparenza e controllo sociale e da quella *elettorale*. La Costituzione boliviana del 2009, poi, stabilisce che la "struttura e l'organizzazione funzionale dello Stato" è formata dall'*órgano* legislativo, da quello esecutivo, da quello giudiziario e da quello *elettorale*.

[9] Sulla nozione di potere elettorale e per un'analisi comparata relativa all'organizzazione delle elezioni e alla risoluzione delle relative controversie in America Latina si veda E. Rozo Acuña, *Il potere elettorale nel diritto pubblico latinoamericano con speciale riferimento al costituzionalismo bolivariano e alla Costituzione della Repubblica bolivariana del Venezuela*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, n. 2, 2007, pagg. 378 ss.; D. Nohlen, D. Zovatto, J. Orozco Henríquez, J. Thompson (a cura di), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, Fondo de Cultura Económica, 2007; si consenta altresì il rinvio a F. Biagi, *I sistemi di contenzioso elettorale in America Latina*, in L. Pegoraro, G. Pavani, S. Pennicino, *Chi controlla le elezioni? Verifica parlamentare dei poteri, tribunali, commissioni indipendenti*, cit., pagg. 153 ss.

[10] J. Orozco Henríquez, *El contencioso electoral, la calificación electoral*, in D. No-

Per tendenza endogena all'introduzione di commissioni elettorali indipendenti a composizione tecnica si fa invece riferimento alla tendenza a prevedere una Commissione elettorale sulla base di decisioni sorte indipendentemente dall'influenza della comunità internazionale. Tale "endogenità" è dimostrata dai lavori delle assemblee costituenti da cui sia stato possibile desumere che, pur sulla scorta dell'osservazione di altri ordinamenti, l'introduzione di un siffatto organo risulti dalla diretta volontà dei costituenti e non sia stata "posta" dalla comunità internazionale. Alla caratteristica dell'endogenità del processo decisionale va poi aggiunto, nella qualificazione di questa tendenza, che il carattere di indipendenza è rafforzato dai criteri che orientano la composizione di tali organi. Alcuni ordinamenti hanno infatti optato per l'introduzione di organi di controllo e gestione del procedimento elettorale a composizione tecnica[11], che richiedono cioè come requisiti determinate qualifiche o precedenti esperienze dalle quali si desuma la loro imparzialità e la loro autorevolezza in materia.

In accordo con le altre tendenze identificate, anche in questo caso agli organi è garantita una significativa autonomia rispetto al potere esecutivo e, da un punto di vista istituzionale, sono distinti da esso. Essi godono, in misura variabile, di una certa autonomia finanziaria e di poteri regolamentari indipendenti; non fanno capo a nessun ministero o commissione governativa, ma in alcuni ordinamenti possono essere soggetti al controllo del potere legislativo, giudiziario o del Capo dello Stato.

A testimonianza di questa tendenza si considerino diverse esperienze di Paesi asiatici[12], tra le quali spicca il caso dell'India, che ha introdotto una Commissione elettorale indipendente nel 1950, in attuazione dell'art. 324 della Costituzione[13]. La Commissione elettorale indiana merita di essere portata ad esempio in quanto organo fondamentale per il funzionamento di uno dei Paesi più popolosi del mondo, avendo assicurato l'accesso alle urne e l'esercizio consapevole

HLEN, D. ZOVATTO, J. OROZCO HENRÍQUEZ, J. THOMPSON (a cura di), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, cit., pag. 1163.

[11] Tendenzialmente la nomina politica è stata adottata specialmente in quei Paesi che hanno affrontato complesse transizioni da regimi autoritari verso forme di Stato più democratiche. In tali ordinamenti è infatti difficile trovare soggetti indipendenti che non siano legati politicamente al precedente regime o la cui autorevolezza sia unanimemente accettata. La presenza di rappresentanti dei diversi partiti ingenera, almeno in un primo momento, più fiducia da parte dell'elettorato, in modo particolare in quei soggetti che non sostengono il partito al governo, poiché sentono i propri diritti tutelati dai loro rappresentanti. D'altro canto, una composizione politica può rendere lento il processo decisionale e portare alla paralisi, specialmente nelle decisioni delicate che toccano direttamente gli interessi dei partiti.

[12] Si consenta il rinvio a S. PENNICINO, *Alcuni ordinamenti asiatici*, in L. PEGORARO, G. PAVANI, S. PENNICINO (a cura di) *Chi controlla le elezioni? Verifica parlamentare dei poteri, tribunali, commissioni indipendenti*, cit., pagg. 241 ss. e pagg. 265 ss.

[13] V.U. KUMAR SINGH, *Institutions and Democratic Governance: A Study of the Election Commission and Electoral Governance in India*, New Delhi, Nehru Memorial Museum and Library, 2004.

del voto da parte dei cittadini sin dalla metà degli anni cinquanta del Novecento[14]. L'indipendenza della Commissione è garantita costituzionalmente, ed essa ha spesso adottato decisioni politicamente impopolari senza tuttavia perdere autorevolezza, anche grazie al forte sostegno fornito dalle interpretazioni estensive della Corte Suprema relativamente ai suoi poteri e alla sua indipendenza[15].

La terza tendenza, definita "eterodiretta", è quella che consiste nell'introduzione di una Commissione elettorale in seguito all'intervento della comunità internazionale[16]. Al riguardo, un esempio di notevole interesse è costituito dalla Bosnia-Erzegovina, dove la legge elettorale del 2001 è stata emanata nel rispetto dei princìpi e standard individuati negli Allegati all'Accordo di Dayton e, quindi, "imposti" dalla comunità internazionale. Inoltre, tale legge, pur approvata dall'Assemblea parlamentare, fu preparata da uno staff dell'OSCE e vide il coinvolgimento di una commissione di esperti internazionali nominati dall'Alto Rappresentante[17] e dalla Commissione di Venezia. La legge prevede, in particolare, una Commissione elettorale centrale dotata di numerosi poteri. Va poi sottolineato che nel periodo transitorio operava la Commissione elettorale provvisoria, istituita in base agli articoli 2 e 3 dell'Allegato n. 3 del *General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina*, di cui facevano parte non solo membri nazionali, ma anche quattro rappresentanti della comunità internazionale.

Oltre al caso della Bosnia-Erzegovina, la comunità internazionale ha giocato un ruolo chiave nell'introduzione di commissioni elettorali (e, più in generale, nell'intera materia elettorale) anche in altri Paesi, come la Georgia[18], Timor Est[19], la Cambogia[20] e l'Afghanistan[21]. L'impressione è quindi che l'istituzione di tali organi stia diventando sempre più una *condicio sine*

[14] Si consideri poi che la Commissione elettorale indiana costituisce un modello al quale si sono ispirati tutti gli ordinamenti dei Paesi del subcontinente indiano e quelli limitrofi, cioè il Pakistan, il Bangladesh e, più recentemente, il Nepal e il Bhutan.

[15] V. per esempio Corte Suprema indiana, sent. *Mohinder Singh Gill and Another v. The Chief Election Commissioner*, 1978 (1) SCC 405, che può considerarsi il "*leading case*" della giurisprudenza della Corte in questa materia.

[16] Cfr. R. López-Pintor, *Electoral Management Bodies as Institutions of Governance*, New York, United Nations Development Programme, 2000.

[17] L'Alto Rappresentante è una figura prevista dall'Accordo di Dayton con il compito di controllare e supervisionare l'implementazione degli aspetti civili di tale Accordo e, più in generale, di contribuire al processo di transizione democratica in corso nel Paese.

[18] Si consideri in particolare il ruolo dell'Unione Europea, dell'OSCE e dell'USAID.

[19] In particolare il ruolo dell'*United Nations Integrated Mission in East Timor* (UNMIT).

[20] In particolare il ruolo dell'*United Nations Transitional Authority* (UNTAC).

[21] Nel caso dell'Afghanistan sono numerose le organizzazioni coinvolte: Nazioni Unite, Unione Europea, USAID, *Canadian International Development Agency* (CIDA)… Più specificatamente sulle commissioni elettorali presenti negli ordinamenti richiamati si rinvia a International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA), *Electoral Management Design: The International IDEA Handbook*, Stockholm, 2006, pagg. 52 ss., 113 ss., 196 ss., 284 ss.

qua non per garantire la democraticità dell'ordinamento nei Paesi che stanno affrontando una transizione da un regime autocratico.

2.2. Le democrazie consolidate

Come ricordato in precedenza, la tendenza all'"esternalizzazione" dell'attività di verifica dei poteri riguarda altresì le democrazie consolidate. Non è tuttavia sempre stato così. Nello Stato liberale, infatti, l'attività di verifica delle elezioni veniva attribuita al Parlamento stesso. Tale scelta si spiegava in ragione del fatto che la verifica dei poteri era considerata un'attività a tutti gli effetti di tipo politico, e come tale era da risolversi all'interno dell'Assemblea. Inoltre, l'attribuzione alle Camere di tale compito dava maggiori garanzie di indipendenza del potere legislativo rispetto all'esecutivo e al giudiziario. Il controllo di tipo parlamentare si affermò così in diversi ordinamenti, fra cui Germania, Francia, Regno Unito, Italia e Stati Uniti[22].

A partire dal Ventesimo secolo, invece, in un numero cospicuo di Paesi l'attività di verifica dei poteri inizia gradualmente ad essere attribuita ad organi altri rispetto alle Camere, o comunque non solo ad esse. Da un lato, infatti, era venuto meno il timore di mettere a repentaglio l'indipendenza del Parlamento; dall'altro spossessare le Camere di tale funzione costituiva una risposta agli abusi commessi da queste nell'attività di controllo delle elezioni[23]. La legge elettorale del 1907 introdusse in Spagna il *Tribunal de Actas Protestadas* all'interno del potere giudiziario, ed inoltre anche la Costituzione greca del 1911 e quella di Weimar del 1919 attribuirono tali funzioni ad un tribunale specializzato. Si tenga presente, poi, che la Costituzione austriaca del 1920 attribuì alla Corte costituzionale la competenza in materia di controversie elettorali, e successivamente la Costituzione cecoslovacca del 1920 e quella greca del 1927 introdussero tribunali elettorali specializzati.

Nel Novecento ha quindi inizio il passaggio – che è in corso tuttora – dall'"autocontrollo" (che comporta la coincidenza tra controllore e controllato) all'"eterocontrollo" (dove l'organo chiamato a giudicare le elezioni è terzo, esterno, rispetto al Parlamento)[24].

[22] Sulla nascita del controllo parlamentare e sulla sua evoluzione in Europa cfr. P.G. Lucifredi, M. Bruno, D. Granara, *La verifica dei poteri delle assemblee parlamentari*, cit.

[23] Tra i motivi, infatti, che spinsero i costituenti francesi del 1958 a spossessare il Parlamento dell'attività di verifica dei poteri vi fu il fatto che esso aveva assunto decisioni faziose sotto le Costituzioni della Terza e della Quarta Repubblica; analogamente, anche gli abusi commessi dalla Camera dei Comuni in Inghilterra furono alla base della decisione del legislatore nel 1868 di attribuire ai giudici il contenzioso elettorale (cfr. International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA), *Electoral Justice: The International IDEA Handbook*, cit., pagg. 64-65 e 69; P.G. Lucifredi, M. Bruno, D. Granara, *La verifica dei poteri delle assemblee parlamentari*, cit., pagg. 162 e 173).

[24] Si precisa, tuttavia, che il sistema della verifica parlamentare delle elezioni non è scom-

Attualmente le soluzioni adottate nelle democrazie consolidate per la verifica dei poteri sono molto diverse tra loro, e non è possibile porre il sistema prescelto in relazione con la forma di governo o il sistema elettorale[25]. Si consideri, innanzitutto, il caso della Germania: la Legge fondamentale del 1949, pur mantenendo in primo grado la verifica dei poteri al *Bundestag*, ha conferito al *Bundesverfassungsgericht* la giurisdizione d'appello[26]. In Grecia, invece, la Costituzione del 1975 stabilisce che la verifica e il controllo delle elezioni siano affidate alla Corte Suprema speciale. La Costituzione portoghese attribuisce al Tribunale costituzionale la competenza a verificare in ultima istanza la regolarità delle elezioni. In Spagna sono diversi gli organi coinvolti nell'amministrazione, organizzazione e controllo delle elezioni. L'amministrazione elettorale è affidata a *juntas electorales*, al cui vertice si colloca la *Junta Electoral Central*, organo permanente ed indipendente: tali *juntas* sono chiamate a garantire la trasparenza e l'obiettività del processo elettorale. Alla magistratura spetta poi la funzione di verifica della validità delle elezioni, ed inoltre, in ultima istanza, è ammesso *recurso de amparo* al Tribunale costituzionale.

Con il nuovo millennio Regno Unito e Francia hanno introdotto nei rispettivi ordinamenti una Commissione elettorale, i cui poteri, tuttavia, sono

parso del tutto, basti pensare al caso dell'Italia e degli Stati Uniti. In quest'ultimo ordinamento risulta essere particolarmente problematica altresì la risoluzione del contenzioso riguardante le elezioni presidenziali. La Costituzione stabilisce che «il Presidente del Senato, in presenza del Senato e della Camera dei Rappresentanti, aprirà le liste autenticate e quindi si procederà al computo dei voti». Osserva B. Ackerman, *Tutti i poteri del Presidente. Declino e caduta della Repubblica americana*, il Mulino, Bologna, 2012, pag. 111 (si tratta della traduzione italiana di *The Decline and Fall of the American Republic*, Harvard University Press, Cambridge-London, 2010), che «per presiedere al conteggio dei voti i Fondatori scelsero la peggior carica possibile: il Presidente del Senato, infatti, è il vicepresidente dell'amministrazione uscente e spesso è anche, alla successiva elezione, il candidato del suo partito per la carica presidenziale […] Anche se dovesse succedere che il vicepresidente uscente non correrà per la presidenza, sarà verosimilmente un alleato del candidato del suo partito e nel Congresso risuoneranno fragorose accuse di malafede quando, nella sua qualità di presidente della sessione, cercherà di dirimere una serie di questioni controverse». In passato si sono verificati gravi conflitti, come ad esempio nelle elezioni del 1800 che vedevano schierarsi Jefferson da una parte e Adams dall'altra. Il primo, che era Presidente del Senato, abusò della sua posizione al fine di ottenere la vittoria (B. Ackerman, D. Fontana, *Thomas Jefferson Counts himself into the Presidency*, in *Virginia Law Review*, vol. 90, 2044, pagg. 551 ss.). Al contrario, in occasione delle elezioni del 2000, Gore si dimostrò una persona capace di rispettare le regole e con un forte senso dello Stato, quando presiedette la sessione del Congresso che dichiarò Bush vincitore.

[25] Cfr. 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*, Atti del seminario di Firenze svoltosi il 28-29 maggio 1999, Giappichelli, Torino, 2000, pag. 122. È stato infatti evidenziato come «ciascun modello di contenzioso elettorale esprime un equilibrio pragmatico, più che una posizione di principio» (E. Lehner, *La verifica dei poteri nelle ultime legislature del Parlamento italiano*, in *Rassegna parlamentare*, n. 2, 2009, pag. 420).

[26] Sulla giustizia elettorale in Germania cfr. in questo volume M. Morlok, *La giustizia elettorale in Germania*.

decisamente più ridotti rispetto ad organi analoghi presenti nelle nuove democrazie ricordate in precedenza. Nel Regno Unito, nel 2000, è stata istituita una *Electoral Commission*, organo indipendente, *nonpartisan* e direttamente responsabile del proprio operato dinanzi al Parlamento, le cui funzioni di gestione elettorale si limitano tuttavia alle consultazioni referendarie. L'attribuzione esclusiva al Parlamento della verifica dei poteri è venuta meno con il *Parliamentary Elections Act* del 1868, il quale ha affidato tale funzione agli organi giurisdizionali ordinari[27].

La Costituzione francese del 1958 attribuisce al *Conseil constitutionnel* l'attività di verifica dei poteri: esso, infatti, è chiamato a verificare la regolarità delle elezioni parlamentari e presidenziali, nonché dei *referenda*. Inoltre, con la riforma costituzionale del 2008, è stata prevista una Commissione indipendente, la quale è tenuta a pronunciarsi «con un parere pubblico sui progetti di testo e proposte di legge delimitanti i collegi per l'elezione dei deputati o che modifichino le ripartizione dei seggi dei deputati o dei senatori» (art. 25, c. 3 Cost.)[28].

Alla luce delle esperienze ricordate sia nelle nuove democrazie sia in quelle consolidate, pare quindi che la tendenza all'"esternalizzazione" del controllo delle elezioni sia uno dei fenomeni che maggiormente caratterizzano il costituzionalismo contemporaneo. Sebbene sia del tutto prematuro (nonché giuridicamente scorretto) parlare di *trend* verso la creazione di un potere distinto dai tre tradizionali, non si può non rilevare come il "*democracy branch*" a cui fa riferimento Bruce Ackerman per indicare la presenza di organi indipendenti di supervisione delle elezioni, stia acquisendo una rilevanza sempre maggiore[29].

3. Commissione di Venezia, Corte di Strasburgo e OSCE: la soluzione è sempre l'"esternalizzazione"

Oltre ai riferimenti di diritto comparato, non va dimenticato il Codice di buona condotta in materia elettorale adottato dalla Commissione di Venezia nell'ottobre del 2002[30], nel quale si sottolinea la necessità che l'organizzazione e il controllo delle elezioni vengano effettuati da un organo indipendente e imparziale, più specificatamente una Commissione elettorale[31]. Il Codice

[27] Sulla giustizia elettorale nel Regno Unito si veda J.O. Frosini, *Regno Unito*, in L. Pegoraro, G. Pavani, S. Pennicino (a cura di) *Chi controlla le elezioni? Verifica parlamentare dei poteri, tribunali, commissioni indipendenti*, cit., pagg. 87 ss.

[28] Sulla giustizia elettorale in Francia cfr. in questo volume B. Maligner, *L'assetto legislativo e giurisprudenziale della giustizia elettorale in Francia*.

[29] B. Ackerman, *The New Separation of Powers*, in *Harvard Law Review*, vol. 113, n. 3, 2000, pagg. 712 ss.

[30] Disponibile *on-line* all'indirizzo http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD(2002)023rev-ita.pdf

[31] Artt. 3.1. e 3.3.

effettua tuttavia una distinzione a seconda che si sia in presenza di «Stati dove esiste una lunga tradizione d'indipendenza dell'amministrazione rispetto al potere politico», ovvero di ordinamenti in cui «l'esperienza nell'organizzazione delle elezioni pluraliste è recente». Nei primi si ritiene che la pubblica amministrazione applichi il diritto elettorale «indipendentemente dalle pressioni del potere politico. Di conseguenza, è d'uso corrente, ed è ammissibile, che le operazioni elettorali siano organizzate dall'amministrazione, e soprattutto che siano controllate dal Ministero dell'Interno». Negli altri, invece, «il rischio maggiore è che il potere in carica influenzi l'amministrazione affinché agisca nel senso che più gli conviene… Di conseguenza, la creazione di commissioni elettorali indipendenti ed imparziali, partendo dal livello nazionale fino al livello di seggio, è indispensabile per garantire delle elezioni regolari o almeno affinché non pesino sul processo elettorale pesanti sospetti di irregolarità»[32].

Il Codice precisa poi che l'organo di appello (la Commissione, ovvero un tribunale) «deve essere competente soprattutto per ciò che concerne il diritto di voto – ivi comprese le liste elettorali – e l'eleggibilità, la validità delle candidature, il rispetto delle regole della campagna elettorale e il risultato dello scrutinio»[33]. Esso, inoltre, «deve poter annullare lo scrutinio se un'irregolarità ha potuto influenzare il risultato»[34].

Il Codice ipotizza, in particolare, due soluzioni. La prima prevede che i ricorsi vengano esaminati dai tribunali, siano essi ordinari, speciali o costituzionali. La seconda soluzione, invece, attribuisce la competenza alle commissioni elettorali: «questo sistema presenta reali vantaggi per il fatto che queste commissioni sono molto specializzate e, dunque, più informate sulle questioni elettorali dei tribunali. È tuttavia auspicabile, a titolo di precauzione, organizzare una forma di controllo giurisdizionale. Di conseguenza, il primo grado di ricorso sarà alla Commissione elettorale superiore, e il secondo al tribunale competente»[35]. Il ricorso davanti al Parlamento è ritenuto rischioso, dal momento che può «comportare decisioni politiche», e pertanto risulta essere ammissibile in prima istanza «laddove è invalso da lunga data, ma in tal caso, deve essere possibile un ricorso giudiziario»[36].

In relazione alla procedura di ricorso, il Codice precisa come essa debba essere «il più breve possibile»[37], molto semplice nella sua formulazione al fine di evitare «ogni formalismo»[38], ed inoltre la titolarità a ricorrere deve essere «largamente riconosciuta»[39].

[32] Punti 69, 70 e 71 del Rapporto esplicativo.
[33] Art. 3.3. lett. d).
[34] Art. 3.3. lett. e).
[35] Punto 93 del Rapporto esplicativo.
[36] Punto 94 del Rapporto esplicativo.
[37] Punto 95 del Rapporto esplicativo.
[38] Punto 96 del Rapporto esplicativo.
[39] Punto 99 del Rapporto esplicativo. Il Codice precisa che il ricorso deve essere «aperto a

Rimanendo nell'ambito del Consiglio d'Europa, pare interessante fare altresì qualche cenno alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di contenzioso elettorale. Invero, non è agevole rinvenire un orientamento preciso di tale organo. Recentemente, pronunciandosi sul caso *Saccomanno e altri c. Italia* del 13 marzo 2012[40], la Corte di Strasburgo ha affermato (sulla scia, peraltro, di precedenti pronunce[41]) che i procedimenti riguardanti il contenzioso elettorale «esulano dal campo di applicazione dell'articolo 6 [della Convenzione], in quanto riguardano l'esercizio di diritti a carattere politico e che non sono dunque relativi a "diritti e doveri di carattere civile" o alla "fondatezza di un'accusa penale"». I ricorrenti, dunque, che lamentavano il fatto che l'unico organo competente per decidere sulla regolarità della consultazione elettorale fosse il Parlamento stesso, si sono visti rigettare tale motivo di ricorso a causa della sua incompatibilità *ratione materiae* con le disposizioni della Convenzione[42]. In tal modo, la Corte «è parsa… voler chiudere completamente la porta»[43] al sindacato sui procedimenti relativi al contenzioso elettorale.

Va detto, tuttavia, che solo due anni prima, nel caso *Grosaru c. Romania* del 2 marzo 2010[44], i giudici di Strasburgo si erano invece pronunciati in materia, evidenziando come il sistema di convalida delle elezioni presente in Romania, per molti versi analogo a quello italiano[45], non fosse «di natura tal[e] da fornire una sufficiente prova di imparzialità». A sostegno di tale posizione, peraltro, la Corte EDU ricordava che gli Stati che ancora conservavano un controllo delle elezioni di tipo esclusivamente politico fossero rari, e che il Codice di buona condotta della Commissione di Venezia avesse raccomandato un controllo di tipo giurisdizionale, eventualmente a completamento dei ricorsi presso le commissioni elettorali o presso il Parlamento.

Le debolezze del sistema parlamentare di verifica dei poteri risultano confermate dall'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa

qualsiasi elettore della circoscrizione ed a qualsiasi candidato che si presenta in quest'ultima. Può tuttavia essere imposto un quorum ragionevole per i ricorsi degli elettori sui risultati delle elezioni».

[40] Ricorso n. 11583/08.

[41] Cfr. il caso *I.Z. c. Grecia* (dec.), ricorso n. 18997/91, 28 febbraio 1994, e il caso *Babenko c. Ucraina* (dec.), ricorso n. 43476/98, 4 maggio 1999.

[42] Va peraltro ricordato che in tale pronuncia la Corte ha altresì rigettato i motivi di ricorso relativi al sistema delle "liste bloccate" e dei premi di maggioranza che caratterizzano l'attuale legge elettorale italiana.

[43] Come sottolinea L. Trucco, *Saccomanno e altri c. Italia: anche per Strasburgo, tutte le strade portano al legislatore*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2012, pag. 904.

[44] Ricorso n. 78039/01.

[45] La competenza in materia di contenzioso elettorale spetta infatti all'Ufficio centrale elettorale (composto da sette giudici della Corte Suprema di giustizia e da sedici rappresentanti di partiti, formazioni politiche e coalizioni che partecipano alle elezioni), e in ultima istanza alla Commissione di convalida della Camera dei Deputati.

nelle sue osservazioni relative alle elezioni politiche italiane. Nel Rapporto della Missione di Valutazione delle elezioni politiche del 13 e 14 aprile 2008[46], l'OSCE individua principalmente due punti deboli: la competenza sugli atti preparatori e i ricorsi avverso la decisione dell'Aula. Si legge, infatti: «la procedura in vigore relativa ai reclami (pre-elettorali) poggia su basi costituzionali; nondimeno il nuovo Parlamento potrebbe considerare l'adozione di misure a garanzia di una soluzione imparziale e tempestiva delle controversie elettorali prima delle elezioni»[47]. Relativamente ai risultati elettorali, poi, il Rapporto afferma che «il Parlamento potrebbe considerare l'introduzione di procedure efficaci, adeguate al sistema elettorale in vigore, per rendere possibile l'adempimento delle proprie responsabilità di verifica»[48], e che «la legge elettorale dovrebbe prevedere la possibilità di un appello a un tribunale per le decisioni prese dal Parlamento in merito ai risultati e ai reclami post-elettorali»[49]. L'OSCE osserva, tra l'altro, come un sistema di tal genere sarebbe in linea con quanto previsto dalla Commissione per i Diritti Umani delle Nazioni Unite nel Commento generale n. 25 del 12 luglio 1996: *The right to participate in public affairs, voting rights and the right of equal access to public service* (art. 25)[50]. Tale documento, infatti, raccomanda l'istituzione di una «autorità elettorale indipendente» al fine di supervisionare il processo elettorale e di garantire che questo sia svolto in maniera equa, imparziale e nel rispetto dei principi sanciti dalla Convenzione; inoltre, viene contemplata la necessità dell'indipendenza dello scrutinio dei voti e del processo di conteggio, nonché l'accesso al *judicial review*, o a un processo equivalente, in modo tale che gli elettori possano avere fiducia nella sicurezza del voto e del conteggio[51].

La conclusione che si può trarre dalle raccomandazioni della Commissione di Venezia e dell'OSCE, nonché in parte dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, pare dunque del tutto evidente: il sistema di verifica delle elezioni affidato in via esclusiva al Parlamento non è in grado di offrire sufficienti garanzie di imparzialità, e pertanto risulta auspicabile procedere ad una "esternalizzazione" del controllo, vuoi sotto forma di una Commissione elettorale, vuoi mediante la possibilità di ricorrere dinanzi ad un'autorità giurisdizionale, ovvero ancora attraverso entrambe le strade.

[46] Disponibile *on-line* all'indirizzo http://www.osce.org/it/node/33280
[47] Pag. 25 del Rapporto.
[48] Pag. 25 del Rapporto.
[49] Pag. 26 del Rapporto.
[50] Disponibile *on-line* all'indirizzo http://www.unhcr.org/refworld/docid/453883fc22.html
[51] Si veda il punto 20 del Commento.

4. La verifica dei poteri nell'ordinamento italiano

4.1. Le ragioni storiche dell'opzione a favore di un controllo di tipo politico

Nella sua attuale versione, l'art. 66 Cost. afferma che «ciascuna Camera giudica dei titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità». Oltre all'Assemblea, i principali organi coinvolti nella verifica delle elezioni sono la Giunta delle elezioni alla Camera e la Giunta delle elezioni e delle immunità al Senato. Alla prima spetta una funzione decidente[52], mentre le due Giunte sono chiamate a svolgere una funzione istruttoria e referente[53]. Il giudizio sulle cause di decadenza riguarda, invece, le cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità. Tale sistema trova una serie di giustificazioni storiche che vanno dalla scelta della Costituente a favore della forma di governo parlamentare e dalla propensione per il sistema elettorale proporzionale, al retaggio statutario che, al fine di tutelare il Parlamento dall'invadenza del potere esecutivo e giudiziario, riservava ad esso il controllo sulla sua composizione[54].

Va però sottolineato che la scelta di attribuire al Parlamento stesso il giudizio sulla verifica dei titoli di ammissione in sede di Assemblea costituente non fu affatto scontata, anzi si trattò di un dibattito particolarmente acceso. Le proposte che più si allontanavano dal modello statutario[55] furono quelle di Costantino Mortati e di Antonio Romano[56]. In particolare, secondo Mortati la verifica dei poteri doveva essere sottratta al Parlamento e affidata ad un organo giurisdizionale. Egli, tuttavia, riteneva che fosse necessario attribuire tale

[52] Cfr. L. Elia, *Elezioni politiche. Contenzioso*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Giuffrè, Milano, 1965, pag. 768; V. Lippolis, *Art. 66*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Tomo II, Utet, Bologna-Roma, 1986, pag. 126.

[53] Cfr. art. 17.1 reg. Camera.; 19.4 e 135*ter*.1 reg. Senato.

[54] La specificità di tale sistema emerge chiaramente dalle parole della Corte costituzionale nella sent. n. 29 del 2003, par. 3: «l'articolo 66 della Costituzione... attribuisce alle Camere il giudizio sui titoli di ammissione dei propri membri, in conformità ad una tradizione che affonda le sue radici nell'esigenza, propria dei più antichi sistemi rappresentativi, di difendere l'autonomia della rappresentanza elettiva. La forza derogatoria che a tale norma venga attribuita non potrebbe estendersi al di là della specifica situazione regolata, e non è quindi invocabile per costruire un'anacronistica esenzione dei Consigli regionali dalla giurisdizione».

[55] Si veda l'art. 60 dello Statuto albertino: «Ognuna delle Camere è sola competente per giudicare della validità, dei titoli di ammessione dei proprii membri».

[56] Quest'ultimo riteneva che dovesse essere la Corte di Cassazione a giudicare dei titoli di ammissione dei membri delle due Camere: secondo Romano, infatti, le Assemblee erano espressione dei partiti, e dunque il loro giudizio risultava essere «poco sereno». Il magistrato ordinario, al contrario, – continuava Romano – «è libero da vincoli di amicizia e di convinzioni politiche che legano fra loro i membri di partiti; per i magistrati non hanno valore le convenienze, le così dette opportunità politiche. Il magistrato, per suo stesso abito mentale, è condotto a ritenersi superiore a tutte queste miserie della vita politica. […] Queste qualità sono garanzia della serenità del responso». Cfr. Atti dell'Assemblea costituente. Verbale della seduta del 10 ottobre 1947.

funzione ad un organo *ad hoc*, vale a dire un Tribunale elettorale, composto da magistrati della Cassazione, del Consiglio di Stato e di membri eletti dalle due Camere, e presieduto dal primo Presidente della Cassazione. Tale organo, tuttavia, avrebbe svolto una sorta di primo grado di giudizio, dal momento che sarebbe spettato alle Camere stesse la pronuncia definitiva sull'ammissione dei propri membri. Mortati riteneva che un organo di questo tipo fosse necessario al fine di «creare guarantigie abbastanza solide per la tutela delle minoranze». Egli, inoltre, metteva in luce il fatto che il pericolo che l'accertamento dei titoli per l'ammissione dei membri delle Camere venisse fatto con criteri politici non fosse «solo eventuale, ma concreto», e che esso sarebbe divenuto «sempre più grave via via che la lotta politica [avesse assunto] carattere di maggiore asprezza, e che [avrebbe assunto] un particolare rilievo quando [fosse stato accolto], come si è fatto da noi per il Senato, il principio del collegio uninominale. Infatti, l'interesse di fare annullare l'elezione di avversari politici nel caso della rappresentanza proporzionale può essere tenue, subentrando un altro Deputato dello stesso partito, ma è molto più grave quando si tratta di elezione con il collegio uninominale, perché in tal caso l'annullamento può condurre ad uno spostamento del rapporto delle forze politiche»[57]. In questo senso Mortati risultò essere particolarmente lungimirante.

4.2. Le debolezze dell'attuale sistema

Il modello di verifica dei poteri prescelto in Costituzione rappresenta, come già accennato, una soluzione in linea con la tradizione statutaria, coerente con una rigida separazione dei poteri, ma pare oggi piuttosto antiquato[58], soprattutto in una prospettiva storica di lungo periodo nella quale spicca la riforma in senso maggioritario della legge elettorale dei primi anni Novanta[59]. La riforma elettorale del 1993 prima[60], e quella del 2005 poi[61], hanno infatti acuito la politicizzazione del giudizio sui titoli di ammis-

[57] Atti dell'Assemblea costituente. Verbale della seduta del 10 ottobre 1947.

[58] Si veda L. Gianniti, N. Lupo, *Corso di diritto parlamentare*, il Mulino, Bologna, 2008, pag. 80.

[59] Il mutamento del sistema politico italiano comporta, tra le altre cose, che tra il 1992 e il 1998 vengono modificati i regolamenti di Camera e Senato, inserendo ad esempio la regola secondo la quale «fino alla chiusura della discussione in Assemblea, almeno venti Senatori possono formulare proposte in difformità dalle conclusioni della Giunta, mediante la presentazione di ordini del giorno motivati, in mancanza dei quali l'Assemblea non procede a votazione, intendendosi senz'altro approvate le conclusioni della Giunta» (art. 135*ter*, c. 2 reg. Senato). Tale principio della deliberazione implicita viene, poi, parzialmente accolto dall'art. 17*bis* del reg. Camera nel 1998. Per i profili distintivi tra il regolamento della Camera e quello del Senato, soprattutto in termini di relazione con il regolamento generale, si veda il quadro riassuntivo delle posizioni dottrinarie in C. Bologna, *Art. 66*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., CEDAM, Padova, 2008, pagg. 65-66.

[60] Cfr. G. Lasorella, *La verifica dei poteri alla prova del nuovo sistema elettorale: nuove vicende e antiche perplessità*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 1996, pagg. 290 ss.

[61] Cfr. E. Lehner, *La verifica dei poteri nelle ultime legislature del Parlamento italiano*, cit., pagg. 424-425, la quale evidenzia l'importanza dell'accertamento della «regolarità delle

sione[62], la quale si declina a sua volta in una serie di questioni più specifiche. Agli aspetti problematici legati alle riforme elettorali vanno poi ad aggiungersi quelli di sistema, legati cioè alla definizione della natura dell'attività di verifica del mandato e alla garanzia dei diritti durante la fase preparatoria alle elezioni.

Si passa pertanto a descrivere per grandi linee questi aspetti problematici che inficiano, a parere di chi scrive, una gestione delle controversie in materia elettorale che sia in linea con i principi individuati in questo ambito dalla Corte costituzionale[63] e che, più in generale, si caratterizzino come democratici.

4.2.1. La distorsione maggioritaria

In primo luogo, si deve considerare il fatto che, fino ai primi anni Novanta, l'annullamento dell'elezione di un candidato raramente comportava il subentro di un soggetto appartenente allo schieramento opposto (*rectius*: ad un differente partito); ne conseguiva che l'attività di verifica dei poteri fosse metabolizzata internamente ai partiti, e che le eventuali controversie fossero gestite a livello politico[64]. In seguito alla svolta in senso maggioritario, tuttavia, l'annullamento dell'elezione di un candidato comporta il subentro di un candidato dello schieramento opposto. Da ciò deriva il fenomeno che la dottrina ha definito della «distorsione maggioritaria»[65], in base alla quale la priorità dell'attività di verifica dei titoli consiste nella difesa del risultato elettorale da parte della maggioranza stessa. Uno degli effetti di tale distorsione si manifesta nella composizione delle Giunte elettorali. La nomina dei membri, di competenza del Presidente dell'Assemblea, segue alle indicazioni informali dei gruppi parlamentari, ed esiste la possibilità che, di fronte all'eventualità di perdere un seggio a causa dell'annullamento dell'elezione di un proprio

operazioni elettorali in ciascuna delle singole circoscrizioni» in quanto, proprio in ragione della previsione di un premio di maggioranza e dell'attribuzione dei seggi a liste bloccate, l'esito della consultazione elettorale potrebbe addirittura essere capovolto.

[62] Al riguardo, N. Lupo, *Considerazioni conclusive. Sistema elettorale e legislazione "di contorno"*, cit., pag. 422, sostiene che «pare assordante il silenzio della classe politica italiana, che si è guardata bene, salvo isolate eccezioni, dal segnalare l'urgenza di rivedere l'art. 66 Cost. all'indomani dell'adozione, nel 1993, e della modifica, nel 2005, di sistemi elettorali di tipo maggioritario».

[63] Si fa soprattutto riferimento al par. 5 della sent. Corte cost. n. 84 del 2006, la quale sancisce il principio della «genuinità della competizione elettorale».

[64] Sulla stretta correlazione tra il sistema previsto dall'art. 66 Cost. e il sistema elettorale proporzionale si veda G. Lasorella, *La verifica dei poteri alla prova del nuovo sistema elettorale: nuove vicende e antiche perplessità*, cit., pag. 292. Cfr. anche E. Lehner, *La verifica dei poteri nelle ultime legislature del Parlamento italiano*, cit., pag. 423, la quale mette in luce il fatto che fino al 1993 «nella grandissima maggioranza dei casi, le ipotesi di contestazioni delle elezioni finivano per riferirsi non alla competizione tra liste diverse, ma tra singoli deputati eletti per la medesima lista».

[65] P. Gambale, *La recente prassi in tema di verifica dei risultati elettorali tra profili problematici emersi e ipotesi di soluzione*, in E. Gianfrancesco, N. Lupo (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Luiss University press, Roma, 2007, pag. 299. La dottrina fa anche riferimento all'idea di "declinazione maggioritaria" (cfr. E. Lehner, *La verifica dei poteri nelle ultime legislature del Parlamento italiano*, cit., pag. 422).

candidato, la maggioranza faccia prevalere i propri interessi rispetto a quelli volti a garantire la corretta composizione dell'Assemblea[66]. Si pensi, ad esempio, alla contestazione dell'elezione dell'onorevole Vendola nella XII legislatura. La Giunta della Camera ne aveva proposto l'annullamento, ma portata dinanzi all'Assemblea tale proposta venne respinta. La dottrina[67] ha constatato che tra le ragioni non formalizzate che potevano aver portato l'Aula ad adottare tale decisione, era possibile annoverare la vicenda politica che aveva visto il partito della Lega abbandonare la maggioranza di centro-destra per andare a sostenere il centro-sinistra. In disaccordo con questa decisione, alcuni membri leghisti della Giunta per le elezioni avevano abbandonato il gruppo parlamentare, facendo venir meno la corrispondenza tra la maggioranza in Aula e quella in Giunta. Ne consegue che sia possibile fornire una lettura politica del voto dell'Aula. È in questo contesto che si inserisce la decisione di estendere, a livello di regolamenti, la "deliberazione implicita" elaborata e codificata dal Senato e poi parzialmente accolta anche alla Camera[68].

4.2.2. La natura ibrida della decisione

In secondo luogo, la dottrina ha rilevato la natura ibrida della decisione sui titoli di ammissione[69]. Anche se la natura giurisdizionale dell'attività delle Camere di cui all'art. 66 Cost. è stata affermata a più riprese dalla Corte costituzionale[70] e dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione[71], restano insoluti alcuni profili sostanziali che non permettono di definire con chiarezza le Giunte come sedi giurisdizionali[72]. Tale natura si estenderebbe anche agli

[66] Ne sono un esempio le note vicende della contestazione dell'elezione dei Deputati Porcu e Sardelli. V., per un' analisi dei casi riguardanti l'elezione di singoli deputati, E. Lehner, *La verifica dei poteri nelle ultime legislature del Parlamento italiano*, cit., pagg. 425-454.

[67] G. Lasorella, *La verifica dei poteri alla prova del nuovo sistema elettorale: nuove vicende e antiche perplessità*, cit., pag. 290.

[68] In base al principio della "deliberazione implicita" l'Assemblea non procede a votazione e approva implicitamente le conclusioni della Giunta, a meno che almeno venti Senatori formulino proposte diverse.

[69] Si veda C. Bologna, *Art. 66*, cit., pag. 617, la quale ricostruisce il dibattito dottrinale tra coloro che la qualificano come di natura amministrativa (G. Balladore Pallieri), o di natura giurisdizionale *tout court* (M. Mazziotti, L. Elia), e chi la definisce come una forma di giustizia politica a causa della fase conclusiva della procedura che si svolge comunque in Aula (V. Lippolis). Cfr., inoltre, L. Gianniti, N. Lupo, *Corso di diritto parlamentare*, cit., pagg. 78 ss., che la ritengono una funzione quasi-giurisdizionale. Tra coloro che ritengono che l'attività di verifica dei poteri sia un'attività di natura giurisdizionale v. inoltre, L. Bianchi D'Espinosa, *Il Parlamento*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, vol. II, Firenze, Barbera, 1950, pag. 34 e A. Cerri, *Sindacabilità da parte della Corte costituzionale dei presupposti della legge e degli atti aventi forza di legge*, in *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 1965, pagg. 465 ss.

[70] Corte cost. sent. n. 113 del 1993; ord. n. 117 del 2006; più recentemente, sent. n. 259 del 2009.

[71] Cfr. Corte Cassazione, SS.UU. civ., sentt. nn. 9151, 9152 e 9153 del 2008.

[72] Si pensi ad esempio alla possibilità che la Giunta possa sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale.

organi istruttori, in primo luogo le Giunte stesse e poi i Comitati interni. Per quanto riguarda, invece, i poteri esterni di inchiesta, essi sono esclusi esplicitamente dal regolamento della Camera[73] mentre quello del Senato non dice nulla in proposito. Va precisato, peraltro, che tali poteri sono esclusi dalla prassi.

4.2.3. La tempestività delle decisioni nell'attività di verifica dei poteri

In terzo luogo, la complessità delle situazioni giuridiche che rilevano nell'attività di verifica dei poteri (vale a dire l'interesse legittimo, il diritto soggettivo e la prerogativa parlamentare), nonché la centralità delle elezioni rispetto alla legittimazione dell'organo parlamentare, sollevano la fondamentale questione della tempestività dell'attività di verifica dei poteri[74]. In particolare, il termine per l'espletamento del controllo sui titoli di ammissione, una volta nominato il relatore, è di 18 mesi: esso, tuttavia, è meramente ordinatorio, e la prassi lo ha dimostrato essere flessibile al limite dell'inconsistenza. Rispetto alla celerità vi è poi da considerare un'ulteriore questione, vale a dire il rapporto tra l'attività delle Giunte e quella della magistratura ordinaria. Il Senato, nell'unico caso sottoposto alla valutazione dell'Assemblea nel corso della XVI legislatura (vale a dire quello del Senatore Di Girolamo[75]), a conclusione del complesso procedimento di contenzioso elettorale ha deciso di attendere il formarsi di un giudicato penale per deliberare[76]. Simile, ma non identico, era già stato il caso del Deputato Faggiano, il cui ricorso era stato respinto dalla Giunta della Camera, ma al quale la magistratura ordinaria aveva sì dato ragione, ma troppo a ridosso della fine della legislatura perché si potesse procedere alla sua proclamazione.

4.2.4. Il controllo sugli atti preparatori

Al problema di ordine più generale relativo alla politicizzazione dell'attività di verifica del mandato, si aggiunge poi quello della competenza concernente il procedimento elettorale preparatorio che è probabilmente «ascrivibile funzionalmente a una particolare interpretazione dell'art. 66 Cost. come di una disposizione riguardante l'intero procedimento elettorale e non specificamente la sua parte conclusiva di applicazione delle regole di assegnazione dei seggi»[77]. Proprio in ragione di tale interpretazione estensiva, la Cassazione ha

[73] Si fa riferimento ai poteri esterni di inchiesta previsti *ex* art. 82 Cost. (si veda art. 7 reg. Camera).

[74] Cfr. sent. Corte cost. n. 84 del 2006, nella quale emerge l'incongruenza della normativa che procrastina l'accertamento dell'ineleggibilità a dopo le elezioni (contrariamente a quanto accade con le cause di incandidabilità che emergono in sede di presentazione delle liste agli uffici elettorali).

[75] Cfr. E. Giglio, P. Gambale, *Il "caso Di Girolamo": limiti e prospettive di apertura del giudizio di convalida parlamentare degli eletti*, in *Rassegna parlamentare*, n. 3, 2009, pagg. 811 ss.

[76] Seduta del 29 gennaio 2009, disponibile *on-line* all'indirizzo http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/347871.pdf

[77] L. Trucco, *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, cit., pag. 240.

sempre affermato la competenza esclusiva delle Camere rispetto a tutto il procedimento elettorale[78], mentre, al contrario, le Giunte parlamentari per le elezioni, a partire dalla XIII legislatura, hanno optato per una lettura restrittiva dell'art. 66 Cost. che escluderebbe la loro competenza relativamente alle fasi preparatorie in quanto la verifica dei poteri non includerebbe per definizione le posizioni giuridiche di coloro che alla competizione non hanno effettivamente partecipato. Chiamata a pronunciarsi in merito, la Corte costituzionale ha dichiarato la questione inammissibile, pur suggerendo che la riserva prevista all'art. 66 Cost. non copre per forza il procedimento elettorale preparatorio e pertanto il legislatore ordinario potrebbe prevedere «l'introduzione di un nuovo caso di giurisdizione esclusiva [...] – come prescrive l'art. 103, primo comma, Cost., e nel rispetto dei principi e dei limiti fissati dalla sentenza n. 204 del 2004»[79] – a favore del giudice amministrativo in linea con quanto previsto dall'art. 44 della legge n. 69 del 2009[80]. Il legislatore non ha però ad oggi seguito tale indicazione con riferimento alle elezioni politiche.

5. Le proposte di riforma dell'art. 66 Cost. presentate dal 1994 ad oggi: un'analisi critica

Tra le proposte di riforma dell'art. 66 presentate dal 1994 ad oggi[81], l'unica che propone la creazione di un organo nuovo e che presenta caratteristiche di indipendenza e neutralità è la n. 3660 del 1996 a firma di Willer Bordon. La maggior parte delle altre proposte di riforma presentate in Parlamento, invece, prevedono il coinvolgimento della Corte costituzionale quale giurisdizione di appello avverso le decisioni dell'Aula. In questo senso si è espressa anche la dottrina[82], nonché la Commissione bicamerale per la riforma della Costituzione, la

[78] Cfr. da ultimo Corte Cassazione, SS.UU. civ., sent. n. 9151 del 2008. Si veda L. Platania, *Al giudice amministrativo gli atti prodromici alle elezioni politiche?*, in www.forumcostituzionale.it

[79] Corte costituzionale, sent. n. 259 del 2009, par. 4.

[80] Cfr. *infra* par. 5.

[81] Sia consentito rinviare alla tabella riassuntiva di tali proposte in F. Biagi, S. Pennicino, *Proposta di modifica dell'Art. 66 Cost.: una Commissione elettorale indipendente*, in *Percorsi costituzionali*, n. 1/2, 2012, pagg. 246-248. Nelle more della pubblicazione di questo volume, il Gruppo di Lavoro sulle riforme istituzionali (istituito il 30 marzo 2013 dal Presidente della Repubblica) ha incluso nella Relazione finale la revisione dell'art. 66 della Costituzione tra le proprie proposte. In particolare, il punto 19 afferma che: "in base all'art. 66 della Costituzione, in conformità ad una tradizione storica risalente, ma ormai priva di giustificazione, il giudizio finale sui titoli di ammissione dei membri del Parlamento (legittimità dell'elezione, ineleggibilità e incompatibilità) spetta a ciascuna Camera con riguardo ai propri membri; pertanto le relative controversie non hanno un vero giudice e le Camere sono chiamate a decidere in causa propria, con evidenti rischi del prevalere di logiche politiche. Si propone di modificare l'art. 66 attribuendo tale competenza ad un giudice indipendente e imparziale". Il testo è disponibile on-line all'indirizzo http://www.quirinale.it/qrnw/statico/attivita/consultazioni/c_20mar2013/gruppi_lavoro/2013-04-12_relazione_finale.pdf

[82] A. Barbera, *Dalla contestata elezione di Giuseppe Mazzini alla presunta ineleggibilità*

quale, nella bozza del 4 novembre 1997, stabiliva all'ultimo comma dell'art. 84 che «[...] contro la deliberazione o nel caso di decorso del termine l'interessato può proporre ricorso alla Corte costituzionale entro quindici giorni»[83].

Altre proposte, invece, prevedono il coinvolgimento della Corte quale giudice esclusivo, riprendendo un'idea già suggerita in precedenza da parte della dottrina[84].

Vi sono poi le proposte che mirano ad affidare l'attività di verifica dei titoli di ammissione al potere giudiziario, in particolare al Consiglio di Stato e alle Sezioni unite civili della Cassazione, ma in entrambi i casi è sempre prevista la possibilità di ricorso alla Corte costituzionale. Vale la pena, poi, soffermarsi sulla proposta Manzione del 2007 che, pragmaticamente, si occupa di costituzionalizzare una riserva di legge per la definizione della giurisdizione in materia di atti preparatori rispetto alle elezioni, ed individua la possibilità di rivolgersi alle Sezioni unite civili della Cassazione laddove la Camera non decida sui ricorsi entro 12 mesi; inoltre, avverso la decisione delle Sezioni unite civili, è previsto il ricorso alla Corte costituzionale entro 15 giorni[85].

Certamente le proposte volte a coinvolgere la Corte costituzionale ovvero la magistratura nel procedimento di verifica dei poteri vanno nella direzione giusta in quanto tendono ad "esternalizzare" il controllo, tuttavia non sembrano essere

di Silvio Berlusconi e Francesco Rutelli, in *Quaderni costituzionali*, 2001, pagg. 152-153; A. Manzella, *Il Parlamento*, III ed., il Mulino, Bologna, 2003, pagg. 225 ss.

[83] Cfr. P. Costanzo, G.F. Ferrari, G.G. Floridia, R. Romboli, S. Sicardi, *La commissione bicamerale per le riforme costituzionali: i progetti, i lavori i testi approvati*, Cedam, Padova, 1998, pagg. 412 ss. V. anche M. Manetti, *L'accesso alla Corte costituzionale nei procedimenti elettorali*, cit., pagg. 119 ss. Vedi poi F. Friolo, *Autodichia parlamentare e il caso «Sardelli-Faggiano»*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2005, pag. 398, il quale ricorda che il testo approvato in sede di prima deliberazione del progetto organico di riforma dell'ordinamento della Repubblica, presentato il 17 ottobre 2003, prevedeva «l'introduzione all'art. 66 Cost. di "termini tassativi" e di una "maggioranza qualificata dei tre quinti" per le delibere, mentre il testo approvato dalla Camera dei Deputati è stato nuovamente ridimensionato non prevedendo alcuna maggioranza qualificata. In tal modo il Parlamento ha ribadito la sovrana politicità della decisione parlamentare».

[84] L. Elia, *Elezioni politiche. Contenzioso*, cit., pag. 753 e v. anche M. Manetti, *L'accesso alla Corte costituzionale nei procedimenti elettorali*, cit., pag. 142 secondo la quale la Corte costituzionale sarebbe l'unico organo legittimato ad esercitare il controllo laddove quest'ultimo fosse sottratto alla competenza del Parlamento.

[85] «Sui titoli di ammissione dei componenti delle Camere, sulle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incandidabilità e sulle cause di incompatibilità giudica l'Assemblea di ciascuna Camera, secondo le norme del proprio regolamento. Decorsi dodici mesi dallo svolgimento delle elezioni o dal subentro nel seggio, senza che l'Assemblea della Camera competente si sia pronunciata ai sensi del primo comma, i ricorsi già presentati contro la proclamazione di un parlamentare sono riassunti dagli interessati dinanzi alle Sezioni unite civili della Corte di Cassazione. Il giudicato di accoglimento ha valore di proclamazione dell'avente diritto. Contro le deliberazioni di cui al primo ed al secondo comma, entro quindici giorni l'interessato può proporre ricorso alla Corte costituzionale. Con legge ordinaria sono stabilite le norme di attuazione della presente legge costituzionale; con la medesima legge è disciplinata la competenza della Corte d'Appello sulla declaratoria delle cause originarie di ineleggibilità e di incandidabilità e sull'ammissione delle liste e dei candidati, secondo procedure che garantiscano il conseguimento del giudicato prima dello svolgimento delle elezioni» (proposta n. 1869 del 2007).

pienamente soddisfacenti. Affidare, infatti, alla Corte costituzionale la competenza a verificare la conformità a Costituzione delle decisioni delle Camere sembra costituire un «aggravio eccessivo ed in definitiva inutile delle sue funzioni»[86]. Tra l'altro, le questioni relative alla verifica dei poteri richiedono soluzioni rapide: l'attribuzione di tale competenza alla Corte potrebbe significare, al contrario, ritardare ancor di più i tempi della decisione, poiché verrebbe in tal modo introdotto (oltre a quello svolto dalle Giunte delle elezioni e dall'Assemblea) un terzo grado di giudizio[87]. A ciò si aggiunge il fatto che la necessità di decisioni in tempi rapidi potrebbe comportare in alcuni casi addirittura che la Corte sospenda il proprio lavoro per occuparsi immediatamente della questione elettorale ad essa sottoposta. A tali considerazioni di ordine "pratico", vanno poi ad aggiungersi altri profili problematici. Si pensi, ad esempio, al parametro costituzionale che verrebbe utilizzato in questi casi; esso, infatti, anche sulla base di esperienze di altri ordinamenti[88], sembrerebbe concretizzarsi sostanzialmente nel solo art. 3 Cost., dando luogo ad un giudizio di ragionevolezza che, con ogni probabilità, condurrebbe la Corte costituzionale al centro dello scontro politico.

Tra le proposte volte a coinvolgere la magistratura[89] vi sono altresì quelle che riguardano la possibilità che gli organi giurisdizionali giudichino esclusivamente sul contenzioso relativo al procedimento elettorale preparatorio[90].

[86] S. Tosi, A. Mannino, *Diritto parlamentare*, Giuffrè, Milano, 1999, pag. 70.

[87] Cfr. M. Manetti, *L'accesso alla Corte costituzionale nei procedimenti elettorali*, cit., pag. 145, la quale, in relazione alla proposta della Commissione bicamerale di introdurre un sistema misto, precisa che quest'ultima prevedeva in realtà un giudizio «sulla validità della delibera parlamentare, che secondo la giurisprudenza della Corte non può attingere il merito della valutazione operata dalle Camere, e deve limitarsi a verificare la ricorrenza di due vizi: vizi del procedimento, da un lato, e omessa o erronea valutazione dei presupposti per l'esercizio del potere, dall'altro». In linea teorica, tale sistema misto avrebbe garantito di non attribuire alle Camere un ruolo arbitrale in ragione dell'assimilazione di questa competenza (*ad hoc*) all'accesso alla tutela dei diritti fondamentali. Tale sistema si ispira all'art. 41 della Legge fondamentale tedesca, il quale stabilisce che la verifica delle elezioni spetta al *Bundestag*, ma che avverso la decisione di quest'ultimo è possibile fare ricorso presso il Tribunale costituzionale federale. In ogni caso, va notato come «nella storia della Repubblica federale [tedesca] non vi [sia] stato alcun reclamo coronato da successo nel procedimento di verifica delle elezioni presso il *Bundestag*» (M. Morlok, *La giustizia elettorale in Germania*, in questo volume).

[88] Si pensi, in particolare, alla giurisprudenza tedesca relativa alle soglie di sbarramento (cfr. J. Luther, *La giurisprudenza costituzionale tedesca nel biennio 1997-98*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5, 1999, pagg. 3481 ss.).

[89] La giurisdizionalizzazione della verifica del mandato, o meglio, dell'attività di controllo della genuinità di tutte le fasi del procedimento elettorale, è indicata da alcuni come unica via per sottrarre tale controllo alla titolarità del Parlamento, in linea con gli altri ordinamenti democratici europei, come sottolineato da F. Lanchester, *La verifica dei poteri nel diritto comparato: modelli a confronto*, cit., pag. 2867. In questo senso, si veda inoltre L. Trucco, *Democrazie elettorali e stato costituzionale*, cit., pag. 239 e Id., *Contenzioso elettorale e verifica dei poteri tra vecchie – ma mai superate – e nuove questioni*, in *Rassegna parlamentare*, n. 3, 2006, pag. 830.

[90] Posizioni sostenute anche dalla dottrina (cfr., ad esempio, P. Costanzo, *La verifica dei poteri. Un privilegio parlamentare sempre meno convincente*, in *Rassegna parlamentare*, 2006, pag. 783).

Al riguardo, va ricordato l'art. 44 della legge n. 69 del 2009, che conteneva una delega al Governo[91] affinché introducesse «la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie concernenti atti del procedimento elettorale preparatorio per le elezioni per il rinnovo della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica, mediante la previsione di un rito abbreviato in camera di consiglio che consenta la risoluzione del contenzioso in tempi compatibili con gli adempimenti organizzativi del procedimento elettorale e con la data di svolgimento delle elezioni» (c. 2, lett. d). Nonostante nella prima bozza di decreto legislativo[92] venisse effettivamente attribuita al giudice amministrativo la competenza relativa al procedimento elettorale preparatorio per il rinnovo delle due Camere, successivamente tale competenza è stata mantenuta solo per il «rinnovo degli organi elettivi dei Comuni, delle Province, delle Regioni» e per l'«elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia» (art. 129 d.lgs. n. 104 del 2010 così come modificato dal d.lgs. n. 160 del 2012[93]). Pur trattandosi di una proposta interessante, soprattutto alla luce del fatto che le operazioni precedenti allo scrutinio costituiscono un vero e proprio *punctum dolens* del sistema di verifica dei poteri, si tratterebbe, tuttavia, di una soluzione "a metà", "monca", poiché comunque continuerebbe a rimanere in capo alle Camere sia il giudizio di convalida, sia quello sulle cause di decadenza, entrambi troppo politicizzati. Va peraltro sottolineato che, anche laddove il Governo non avesse lasciato cadere la delega (*ex* art. 44 l. n. 69 del 2009) e avesse previsto, all'interno della giurisdizione del giudice amministrativo, un rito speciale relativo agli atti elettorali preparatori[94], se non si modificasse anche l'art. 66 Cost. sussisterebbe un irrisolto e problematico rapporto tra eventuali pronunce giurisdizionali che si formano nell'ambito della tutela pre-elettorale (cosa giudicata) e i poteri di verifica delle Camere[95].

[91] Cfr. F. Biondi, *Giudice amministrativo e procedimento elettorale: verso la riforma dell'art. 66 della Costituzione?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2009, pagg. 688 ss.

[92] V. L. Platania, *In tema di contenzioso sugli atti del procedimento elettorale preparatorio*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2010, pagg. 408-409, il quale analizza il testo della bozza (che non sarà mai approvata) in cui all'art. 143 viene delineato un rito dai ritmi serratissimi che, nel rispetto di un termine a ricorrere di sole 48 ore dalla pubblicazione o comunicazione degli atti, si svolgerebbe di fronte al TAR Lazio in primo grado e davanti al Consiglio di Stato in secondo grado. Le udienze andrebbero fissate in uno o due giorni (a seconda dell'oggetto della controversia) dopo il deposito del ricorso al fine di garantire il rispetto dei termini previsti dalla legge elettorale e dall'art. 61 Cost.

[93] La modifica della prima versione dell'art. 129 è dovuta all'intervento della Corte costituzionale con la sent. 236 del 2010.

[94] F. Biondi, *Ancora sulle controversie attinenti al giudizio elettorale preparatorio*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2011, pagg. 121-122.

[95] V. in questo volume M. Cecchetti, *Il contenzioso pre-elettorale nell'ordinamento costituzionale italiano*.

6. L'introduzione di una Commissione elettorale indipendente e a composizione tecnica

L'introduzione di una Commissione elettorale indipendente e a composizione tecnica, chiamata a pronunciarsi in via definitiva (in luogo del Parlamento) sui titoli di ammissione dei componenti delle Camere e delle cause di ineleggibilità e di incompatibilità, rappresenta ad avviso di chi scrive l'intervento più efficace al fine di dare soluzione agli aspetti problematici del sistema di verifica dei poteri oggi in vigore[96]. Il primo di tali aspetti è quello che si riferisce alla progressiva politicizzazione dell'attività di verifica del mandato. E' stato più volte evidenziato, infatti, come la questione relativa alla natura politica del giudizio si sia particolarmente accentuata all'inizio degli anni Novanta, con il passaggio da un sistema elettorale di tipo proporzionale ad uno di tipo maggioritario: in particolare, la consapevolezza che l'annullamento dell'elezione di un candidato poteva comportare il subentro di uno appartenente allo schieramento opposto ha fatto in modo che l'unica preoccupazione consistesse non tanto nel controllo della corretta composizione dell'Assemblea, ma nella difesa (costi quel che costi) del risultato elettorale da parte della maggioranza stessa. Anche in seguito, poi, all'approvazione della legge elettorale del 2005, numerosi casi dimostrano come tale "distorsione maggioritaria" sia tutt'ora presente. Infatti, «anche con l'adozione di sistemi elettorali proporzionali che prevedono premi di maggioranza (come è avvenuto con la l. 270/2005), la logica "conflittuale" tra maggioranza e opposizione in sede di convalida degli eletti non si è attenuata, spostandosi anzi sul conteggio dei voti ai fini dell'attribuzione del premio di maggioranza»[97]. Al contrario, un organo *terzo* e *indipendente* chiamato a risolvere le questioni ad esso sottoposte opererebbe esclusivamente sulla base di criteri *tecnici*: preoccupazione della Commissione elettorale sarebbe, infatti, quella di valutare l'elezione di un parlamentare non in ragione dello schieramento politico di appartenenza, ma sulla base della volontà effettiva degli elettori.

Proprio al fine di garantire la tecnicità della decisione, pare necessario che i commissari siano scelti tra i magistrati anche a riposo delle supreme magistrature ordinaria, amministrativa e contabile e tra i professori ordinari di università, e che essi siano individuati tra coloro che hanno esperienza in ambito elettorale.

[96] Per una descrizione dettagliata della proposta di riforma dell'art. 66 che qui si discute, si consenta il rinvio a F. Biagi, S. Pennicino, *Proposta di modifica dell'Art. 66 Cost.: una Commissione elettorale indipendente*, cit., pagg. 237 ss.

[97] P. Gambale, *Alcune considerazioni sull'amministrazione e sul procedimento elettorale in Italia: alla ricerca di un nuovo modello?*, in G.C. De Martin, Z. Witkowski, P. Gambale, E. Griglio (a cura di), *Le evoluzioni della legislazione elettorale "di contorno" in Europa.* cit., pag. 386; cfr. *supra* nota. 61 e *amplius* A. Mencarelli, *La verifica dei poteri nella dialettica tra opposizione e maggioranza*, in R. Dickmann, S. Staiano (a cura di), *Funzioni parlamentari non legislative e forma di governo: l'esperienza dell'Italia*, Giuffrè, Milano, 2008, pagg. 159 ss.

Si ritiene, inoltre, che i membri della Commissione non debbano aver ricoperto un incarico politico elettivo negli anni immediatamente precedenti alla nomina: tale misura pare essere decisiva nel rafforzare l'autonomia e l'indipendenza di un organo che, oltre ad essere imparziale, deve anche *apparire* tale. L'ufficio di commissario, inoltre, dovrebbe essere incompatibile con l'esercizio dell'attività di magistrato e con l'esercizio della professione di avvocato, in ragione delle possibili interferenze tra tali attività e le funzioni esercitate dalla Commissione.

Per quanto riguarda il potere di nomina dei componenti della Commissione elettorale, si ritiene che vi debbano partecipare più soggetti istituzionali proprio al fine di limitare il grado di "politicità" dell'organo. Un'ipotesi potrebbe essere quella di prevedere una Commissione formata da tre membri, nominati uno dalle supreme magistrature, uno dal Presidente della Repubblica e uno dalla Corte costituzionale. La nomina di un membro da parte delle supreme magistrature si motiva, in particolare, per il fatto che ad oggi gran parte dei procedimenti di garanzia in ambito elettorale è svolta proprio da organi giurisdizionali, e dunque esse appaiono le più idonee a selezionare membri competenti. Inoltre, è di tutta evidenza come il potere giudiziario offra ampie garanzie di imparzialità rispetto alla scelta da compiersi. La nomina di un membro della Commissione da parte del Presidente della Repubblica rientrerebbe tra quegli atti che la dottrina qualifica come "formalmente e sostanzialmente presidenziali", vale a dire espressione di un'autonoma scelta del Capo dello Stato. Il ruolo *super partes* e di garanzia rivestito dal Presidente della Repubblica dovrebbe assicurare una nomina alla cui base stanno l'autorevolezza, le competenze e la capacità della persona scelta, e non tanto motivazioni di ordine politico. Per motivi analoghi parrebbe opportuno attribuire la nomina del terzo membro della Commissione alla Corte costituzionale: in quanto organo non politico e custode della Costituzione, infatti, essa non dovrebbe scegliere la persona adatta a svolgere il ruolo di membro della Commissione elettorale sulla base di criteri di tipo politico.

Si ritiene, inoltre, che dovrebbe essere riconosciuta in capo alla Commissione la titolarità del potere di inchiesta, così da permetterle di esercitare le proprie funzioni in maniera più efficace rispetto alle Giunte delle elezioni. La Commissione, poi, dovrebbe poter operare il controllo sugli atti preparatori risolvendo le eventuali controversie in tempo utile per il giorno del voto. Inoltre, attraverso l'individuazione di termini perentori (e non meramente ordinatori, come avviene attualmente) per la presentazione del ricorso alla Commissione e per la relativa pronuncia, verrebbe risolta altresì la questione della mancata tempestività delle decisioni. A ciò si aggiunge che la costituzionalizzazione della Commissione avrebbe indubbiamente il merito di risolvere definitivamente la questione relativa alla natura ibrida della decisione concernente le controversie elettorali.

La creazione di un organo tecnico, autonomo e neutrale, infine, si inserirebbe all'interno di un *trend* verso l'"esternalizzazione" della verifica dei

poteri (così come ci mostrano le esperienze di diritto comparato), ed è altresì suggerita da autorevoli organismi internazionali quali la Commissione di Venezia, l'OSCE, nonché in parte dalla stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

7. Una riforma costituzionale a complemento della modifica della legge elettorale

Come ricordato all'inizio di questo contributo, la modifica della legge elettorale deve costituire una priorità di tutte le forze politiche nel corso della XVII legislatura. Sono infatti molteplici gli aspetti della legge 270/2005 che sono stati considerati da gran parte della dottrina lesivi del principio di effettiva rappresentanza degli elettori: basti pensare, al riguardo, al sistema delle "liste bloccate", alla mancanza del quorum per il premio di maggioranza, o ancora alla lunghezza delle liste e alla possibilità di candidarsi in tutte le circoscrizioni[98]. Tale modifica, seppur di estrema rilevanza, non pare tuttavia sufficiente: ad essa, infatti, è necessario si accompagni la riforma dell'art. 66 Cost., al fine di introdurre nel nostro ordinamento una Commissione elettorale, organo indipendente chiamato a risolvere le questioni ad esso sottoposte esclusivamente sulla base di criteri tecnici. Riformare la legge elettorale senza toccare l'attuale sistema di verifica dei poteri vorrebbe infatti dire sanare solo in parte la ferita arrecata al principio di rappresentanza. Si tratterebbe di un paradosso, anche alla luce del fatto che ora più che mai deve essere recuperata la fiducia dei cittadini nei confronti delle istituzioni rappresentative. Attribuire l'attività di verifica dei poteri ad una Commissione elettorale significherebbe, invece, contribuire in maniera determinante a far sì che il Parlamento ottenga nuovamente credibilità e legittimazione in merito alla sua composizione: soltanto un organo i cui membri siano stati legittimamente eletti sarà infatti in grado di esercitare efficacemente le proprie funzioni. Ecco perché il *vulnus* arrecato al principio di rappresentanza deve essere sanato non solo attraverso la modifica della legge elettorale, ma altresì mediante la modifica dell'art. 66 della Costituzione.

[98] È tuttavia del tutto condivisibile l'opinione espressa recentemente da C. Fusaro, *L'inconciliabilità della legge Calderoli col bicameralismo indifferenziato. Quando la governabilità rischia di fondarsi sulla negazione del suffragio universale*, in www.forumcostituzionale.it, secondo cui i "problemi veri" della legge 270/2005 non sono tanto quelli relativi al sistema delle "liste bloccate" o della mancanza del quorum per il premio di maggioranza, quanto la lunghezza delle liste e la facoltà di candidarsi in tutte le circoscrizioni.

CONCLUSIONI

GIUSTIZIA ELETTORALE SARÀ FATTA?

di Jörg Luther

Sommario: 1. Premesse. - 2. I concetti e le filosofie in campo.- 3. Come costituzionalizzare il corpo elettorale. - 4. La giustizia elettorale può fare a meno di garanzie giurisdizionali? - 5. La giustizia elettorale come componente della giustizia costituzionale. - 6. Francia e Germania come paesi di sviluppo della giustizia elettorale. - 7. Il lungo cahier des doléances sull'Italia. - 8. Il peso della Costituzione italiana sui piatti della bilancia della giustizia elettorale. - 9. La spada spuntata della riforma elettorale e costituzionale.- 10. L'immagine dell'elettore e dell'eletto nella democrazia costituzionale.

1. Premesse

Per il buon costume civile, al relatore finale spetta innanzitutto ringraziare e incoraggiare tutti, tanto gli organizzatori quanto gli esecutori del seminario, tanto i giovani quanto gli anziani del gruppo di Pisa. Il compito di tirare le conclusioni vieta sia di ripetere o compilare gli *abstracts*, sia di co- o contro-relazionare, trattando tutto quello che resta da trattare. Per il buon andamento della ricerca, occorre piuttosto cercare di cogliere gli esiti del seminario, cioè verificare il progresso della scienza, definire il nuovo stato dell'arte e delineare i bisogni di ulteriore ricerca emersi.[1] Il progresso della scienza giuridica potrebbe consistere innanzitutto nella riabilitazione di un concetto, ragione per cui va chiarito preliminarmente il significato e l'utilità del concetto di "giustizia elettorale" (2.) nel contesto di uno Stato costituzionale che pretende di "costituzionalizzare" il corpo elettorale (3). Leggendo la storia costituzionale comparata si può chiedere se la giustizia elettorale può fare a meno di garanzie giurisdizionali (4.), ma non si può ignorare che si è sviluppata anche come componente della giustizia costituzionale europea (5.). La comparazione e le osservazioni internazionali dimostrano tuttavia che anche Francia e Germania restano paesi di sviluppo della giustizia elettorale (6.). Il *cahier des doléances* sull'Italia è particolarmente lungo (7.), il peso della Costituzione sui piatti della bilancia della giustizia elettorale incerto (8) e la riforma elettorale e costituzionale una spada spuntata (9). Ma l'immagine dell'elettore e dell'eletto che partecipano la sovranità si fonda su pretese di dignità (10.).

[1] La versione scritta delle conclusioni era stata terminata nel giorno delle elezioni che consentono solo una postilla in nota. I risultati sembrano aver reso prove alle tesi dell'incostituzionalità delle leggi elettorali. Si pone il nuovo problema se l'esercizio del potere di scioglimento delle camere non presuppone almeno uno sforzo serio e immediato affinché la sovranità popolare possa essere esercitata in forme conformi alla costituzione. Si rischia una paralisi della democrazia costituzionale.

2. I concetti e le filosofie in campo

Si tratta probabilmente del frutto di una traduzione del termine inglese di "*electoral justice*" che risale all'ottocento.[2] Il termine non è un neologismo, ma circola più in ambito internazionale.[3] A prima vista denota un'idea e realtà istituzionale che va oltre la "*verifica dei poteri*" (post-)elettorale, la "*Wahlprüfung*" tedesca, il "*contentieux électoral*",[4] ma anche oltre la semplice ricognizione di una "*jurisprudence electorale*"[5] o del "controllo sulle elezioni".[6] L'utilità del termine sembra consistere proprio nella sua capacità di interrogare e qualificare norme e pratiche. In primo luogo occorre quindi chiedere: in che senso la giustizia elettorale è o deve essere "giustizia"? Giustizia è notoriamente un concetto alto e nobile dai molteplici significati e sentimenti, contesi da teologi, giuristi e filosofi, ma evocabili da ogni persona che giudica giuste o ingiuste azioni, norme o persone. La giustizia denota un mondo o insieme di idee astratte e realtà concrete, strutture e funzioni, secondo Giambattista Vico "principio e fine dell'universo giuridico". Per gli antichi "*iustitia*" era divinità e "*constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere*", diventando poi figura allegorica di una delle virtù cardinali, trasferibile dalle persone alle istituzioni. Nelle lingue europee giustizia è pertanto sinonimo sia di autorità giudiziaria organizzata, sia di pratiche di qualcosa che "si fa a qualcuno". "*Justice*" in inglese significa tuttora anche la persona del magistrato, "*Justiz*" in tedesco l'autorità giudiziaria. Nella Costituzione italiana, la giustizia è con la pace funzione dell'ordinamento (art. 11), ma viene amministrata in nome del popolo (art. 101), con forme di partecipazione diretta del popolo, attraverso una giurisdizione che attua il "giusto processo" e risponde a domande di giustizia di chiunque "agisce in giudizio" (art. 24). E l'accesso alla giustizia è un diritto fondamentale co-

[2] J. Begg, *Scotland's demand for electoral justice, or, the forty shilling freehold question explained, with answers to objections*, Edinburgh : James Nichol, 1857. In Italia cfr. *Giustizia elettorale : numero unico per le elezioni*,

Modena, 1895; preceduto da *La giustizia amministrativa, raccolta di decisioni e pareri del consiglio di Stato, decisioni della Corte de' Conti, sentenze della Cassazione di Roma in materia elettorale e di competenza tra l'autorità giudiziaria e l'amministrativa*, Anno I, fasc. 1-2 (giugno 1890), Roma : Stab. Tip. Dell'opinione, 1890.

[3] J. Orozco-Henríquez (a cura di), Electoral justice: the international IDEA handbook, Stockholm, 2011.

[4] F. Delpérée, *Le contentieux electoral : constitution et elections*, Annuaire International de Justice Constitutionnelle 1997, 397ss.; id., *Le contentieux électoral en Europe*, in Les cahiers du Conseil Constitutionnel 2002, 74ss.

[5] A. Grün, *Jurisprudence électorale parlementaire : recueil des décisions de l'Assemblée nationale (Constituante et Législative) en matière de vérification de pouvoirs*, Paris : Guillaumin, 1850.

[6] L. Pegoraro, G. Pavani S. Pennicino, *Chi controlla le elezioni?* Bologna 2011.

mune europeo (arg. art. 47 CDFUE). Parlare di giustizia elettorale significa quindi pretendere un accesso alla giustizia anche in materia di elezioni.

In secondo luogo occorre pertanto chiedere: in che modo si può avere giustizia con le "elezioni"? Le relazioni tra i due termini possono variare e complicarsi. Va premesso subito che "giustizia elettorale" non va confusa con "giustizia elettiva", cioè il giudizio delle elezioni non va confuso con le elezioni dei giudici, ma le due cose possono combinarsi come dimostrano le esperienze problematiche della verifica dei titoli dei giudici costituzionali eletti in Italia e Germania. Inoltre le stesse elezioni possono esser considerate pratiche di giustizia perché implicano un giudizio, cioè la selezione del migliore come "giusto" vincitore di una competizione. La giustizia elettorale può essere quindi concepita anche come il giudizio di un giudice sul giudizio dell'elettore. Pertanto rileva il parametro del giudizio: la politica per l'elettore e il diritto per il giudice. Ma rileva anche la questione se la giustizia abbia un senso più oggettivo, di garanzia della legalità e/o della democrazia, o soggettivo, di garanzia dei diritti elettorali soggettivi del singolo e delle formazioni politiche nelle elezioni. Se lo Stato costituzionale tende a rafforzare l'elemento soggettivo, si potrebbe concepire la giustizia elettorale come una giustizia resa ai diritti elettorali da organi che amministrano le elezioni e dai loro giudici, più o meno naturali, secondo leggi elettorali più o meno giuste. La giustizia elettorale mette in primo piano la funzione di tutela dei diritti politici, funzione che nelle procedure tradizionali di "verifica" delle elezioni si ritiene piuttosto assorbita o subordinata alla funzione oggettiva.

Si potrebbe concludere che il termine "giustizia elettorale" appare più adeguato a focalizzare i compiti odierni della dottrina e i problemi della ideologizzazione della scienza giuridica, compiti e problemi che variano anche a seconda delle filosofie dei giuristi. Infatti, il giuspositivista potrebbe descrivere come "giustizia elettorale" in senso stretto o formale le sole procedure giurisdizionali, incluse quelle di "autodichia" parlamentare, che garantiscono sulla base della legislazione vigente i diritti elettorali e la legalità delle elezioni, in forme di giurisdizione contenziosa o di giurisdizione volontaria. Il giusrealista potrebbe restringerla a quelle istituzioni e pratiche politiche, giurisdizionali e amministrative che consentono a cittadini e formazioni politiche di "contare" effettivamente nelle elezioni, focalizzando la ricerca sui manuali del ministero degli interni e riconoscendo anche ragioni di economia come un limite alle risorse di tale giustizia che tende a essere solo sommaria e trattare gli atti elettorali come fatti. Il giusnaturalista infine potrebbe estenderla a un criterio sostanziale di verità delle elezioni stesse, criterio che deve ispirare tutte le fonti di produzione del diritto elettorale, dai principi costituzionali attraverso la legislazione elettorale e le fonti parlamentari e partitiche fino alle procedure dell'amministrazione partecipata delle elezioni. In questa prospettiva, la giustizia elettorale può essere anche prodotta dal corpo elettorale che partecipa all'amministrazione della propria funzione di giudice della competizione elettorale. Il (neo-)costituzio-

nalismo infine, secondo i suoi critici solo una variante del giusnaturalismo, ma forse piuttosto un *aliud* o superamento delle tre filosofie anzidette, pretende di "costituzionalizzare" anche il potere elettorale dello stesso popolo.

3. Come costituzionalizzare il corpo elettorale

Nello stato costituzionale, il popolo è sovrano "nelle forme e nei limiti della costituzione" (art. 1). La forma principale è l'azione del corpo elettorale, perché il primo dei diritti della cittadinanza è quello di essere elettore. "Costituzionalizzare" il corpo elettorale significa innanzitutto riconoscere che il potere del corpo elettorale è un potere legittimato e limitato dalla Costituzione, in particolare dai principi costituzionali di eguaglianza e libertà, democrazia e stato di diritto. "Costituzionalizzare" il corpo elettorale significa inoltre garantire che le norme che disciplinano le elezioni siano conformi alla costituzione stessa, che le leggi elettorali, i regolamenti e le pratiche siano prodotte e interpretate alla luce di tali principi costituzionali. Il corpo elettorale "costituzionalizzato" deve realizzare la democrazia e l'esercizio dei diritti politici senza sacrificare lo stato di diritto, in particolare la separazione dei poteri e la garanzia dei diritti anche individuali.

La "costituzionalizzazione" non è un semplice procedimento tecnico e pacifico, ma una storia politica segnata da conflitti. Nell'attuale momento della storia, la costituzionalizzazione avviene innanzitutto attraverso la partecipazione dei cittadini nella veste di scrutatori e di osservatori all'amministrazione delle elezioni che rappresentano il popolo come custodi della democrazia e dello Stato di diritto. La costituzionalizzazione avviene pertanto attraverso un'organizzazione basata su una legge democratica che stabilisce un sistema elettorale rispettoso dei principi costituzionali, divide territorialmente le competenze e stabilisce garanzie procedurali che assicurino a ogni candidato e partito di competere in condizioni di libertà e parità e a ogni voto di essere contato e di contare nella distribuzione delle cariche.

Tali garanzie consentono al corpo elettorale di presentarsi come fonte di una giustizia elettorale in senso sostanziale che rischia di trasformare ogni giustizia elettorale in senso formale in una sorta di giudizio di revisione o di cassazione. Il principio della conservazione degli atti applicato al corpo elettorale equivale pertanto a una conservazione della stessa democrazia, ragione per la quale si tende a ridurre la giustizia elettorale solo a una giustizia sommaria.[7] Può allora succedere che una maggioranza auto-costituita nelle procedure elettorali invochi la volontà popolare per difendersi, se necessario, anche in piazza contro le decisioni di giudici, accusati di essere politicizzati e di ma-

[7] Cfr. A. v. Heyl, Wahlfreiheit und Wahlprüfung, Berlin 1975, 201ss: „Wahlbestandssicherung" ossia garanzia della conservazione degli atti elettorali come cosneguenza del principio di democrazia, non come „forza normativa die fatti".

nipolare le scelte del popolo. La giustizia postelettorale presuppone quindi organi che siano in grado di resistere a chi si sente forte di un successo e vuole sottrarsi alla verifica, convertendo atti in fatti irreversibili.

La ragione dello stato costituzionale democratico pretende che esista sempre un parlamento eletto dal popolo e che si abbia certezza sulla sua composizione. Ma una cosa è la certezza comune di avere una maggioranza responsabile per il governo, un'altra cosa è la certezza della maggioranza dichiarata di essere maggioranza effettiva e legittima e un'altra cosa ancora è la certezza delle minoranze di non essere abbandonate a una tirannia della maggioranza. La giustizia elettorale moderna deve essere congegnata in modo da non compromettere alcuna di queste aspettative di certezza e sicurezza giuridica dello stato costituzionale democratico.

Storicamente, l'idea di "costituzionalizzare" il corpo elettorale è attribuita innanzitutto a Simon Bolivar. Nel discorso al Congresso costituente della Bolivia del 1826 qualificava il potere elettorale non già come "quarto", ma come primo potere politico, attribuito ai collegi dei grandi elettori quali "rappresentanti immediati" del popolo: "*Niente è più importante per un Cittadino che l'elezione dei suoi Legislatori, magistrati, Giudici e Pastori. I collegi elettorali di ogni Provincia rappresentano i loro bisogni ed interessi e servono ad accogliere le lamentele per le infrazioni delle leggi e per gli abusi dei Magistrati.*"[8] I rappresentanti del corpo elettorale avevano solo "sapere e onore, non denaro", mettevano "un nuovo peso sulla bilancia contro l'Esecutivo" con attribuzioni "molto simili a quelle del sistema federale". Il "*poder electoral*" era inteso come un potere più popolare che populista, una rappresentanza che precede la rappresentanza e ne garantisce la bontà morale. Agli organi del potere elettorale spettava pertanto decidere sulla perdita dei

[8] Cit. da A. Scocozza, Bolivar e la rivoluzione panamericana, Bari 1978, 227. A tale organo periodicamente rinnovato nel progetto illustrato dal discorso di Bolivar erano attribuite le seguenti funzioni: "Art. 25. Los Electores se reunirán todos los años en los dias 2, 3, 4, 5, y 6 de enero para ejercer las atribuciones siguientes:

1. Calificar á los ciudadanos que entren en el ejercicio de sus derechos, y suspender á aquellos que estén en los casos de los artículos 17 y 18.

2. Elejir y proponer en terna:

1.° á las cámaras respectivas los miembros que han de componerlas ó llenar sus vacantes;

2.° al Poder ejecutivo, candidatos para la pefectura de su departamento, para el gobierno de su provincia, y para correjidores de sus cantones y pueblos.

3.° Al Prefecto del departamento, los alcaldes y jueces de paz que deban nombrarse.

4.° Al Senado, los miembros de las cortes del distrito judicial á que pertenecen y los jueces de primera instancia.

5.° Al Poder ejecutivo, los curas y vicarios para las vacantes de su provincia.

3. Recibir las actas de las elecciones populares; ecsaminar la identidad de los nuevos elejidos, y declararlos nombrados constitucionalmente.

4. Pedir á las cámaras cuanto crean favorable al bien estar de los ciudadanos; y quejarse de los agravios é injusticias que reciban de las autoridades constituidas."

diritti di cittadinanza, ad es. in casi di tradimento della causa pubblica, e sulla sospensione degli stessi in pendenza di processi penali o per fatti di "*comprar ó vender sufrajios en las eleciones, ò turbar el orden de ellas*". Per altri problemi di moralità, i vigili del potere elettorale dovevano limitarsi a inoltrare petizioni e reclami agli eletti. Tutt'al più, questa vigilanza sulla moralità degli eletti poteva realizzare delle forme di *recall,* a suo tempo adombrata in qualche costituzione statunitense (ad es. art. 6 Cost. Pennsylvania 1776).

Un "*poder electoral*", su base parrocchiale e provinciale e sul modello delle "juntas electorales" della Costituzione di Cadice del 1812, era stato peraltro già previsto nel secondo capitolo della costituzione peruviana del 1823 e nel progetto per l'impero messicano di Antonio José Valdes del 1822. La sua competenza della verifica delle elezioni (art. 44 cost. Perù) tuttavia non era stato recepito nella costituzione boliviana. La matrice del *poder electoral* erano in ultima analisi le assemblee elettorali francesi, disciplinate analiticamente nelle costituzioni del 1791, 1793 e 1795, con poteri di verifica sempre riservati allo stesso corpo eletto.[9] Avendo il terzo stato deciso sui propri titoli di ammissione al potere, la verifica dei poteri e del rispetto delle regole costituzionali dettate per le assemblee primarie ed elettorali era rimasta affidata all'autodichia dei rappresentanti. La costituzione giacobina aggiungeva le funzioni di polizia propria delle assemblee primarie alle quali si ispirano anche le competenze del potere elettorale del progetto bolivariano. In questo modello le garanzie politiche assorbivano quelle giurisdizionali.

4. La giustizia elettorale può fare a meno di garanzie giurisdizionali?

Se si legge il quadro del diritto comparato nelle sue tendenze di sviluppo storico[10], la giustizia elettorale più consona al governo delle legge e al regno della legalità sembra quella inglese della Court of Election Appeals, istituita nel 1868 in base alla *Election Petitions and Corrupt Practices Act*.[11] Questa riforma vittoriana, decisa contro l'opinione della magistratura, poneva fine al cd. "composition privilege", il privilegio del parlamento di risolvere il contenzioso elettorale definitivamente riconosciuto sin dal caso Goodwin v. Fortescue nel 1604[12] e in base al Grenville Act del 1770 esercitato da un apposito comitato di 13 membri scelti dalle parti tra un elenco di parlamentari sorteggiati. La molla

[9] Titre III, Section IV, art. 5 cost. 1791: "Les assemblées électorales ont le droit de vérifier la qualités et les pouoirs de ceux qui s'y présenteront, et leurs decisions seront exécutéees provisoirement, sauf le jugement du Corps legislative lors de la verification des pouvoirs des deputes."

[10] Cfr. soltanto i lavori di L. Pegoraro et al. cit., con R. Wolfrum, G. Schuster eds., Verfahren der Kandidatenaufstellung und der Wahlprüfung im europäischen Vergleich, Baden-Baden 1994.

[11] Cfr. C. Morris, Parliamentary Elections, Representation and the Law, Oxford 2012, 82ss.

[12] Su cui cfr. J. Frosini, Regno Unito, in: Pegoraro et al, op. cit., 87ss.

per rendere nonpartizan il trattamento delle petizioni in materia elettorale furono peraltro numerosi casi di brogli e di corruzione nelle elezioni del 1865.[13]

La riforma riuscì a ridurre la pressione della corruzione, ma di fronte a una "*resurgence of corruption*" negli ultimi anni con lo scandalo dei rimborsi che portò alle dimissioni dello speaker, questo modello è considerato ancora perfezionabile, essendo le garanzie giurisdizionali integrabili da ulteriori garanzie amministrative e politiche. La *Representation of the People Act* 1983 ha innanzitutto ampiamente codificato il diritto elettorale, definendo una serie di "*corrupt and illegal practices*" che interessano anche la campagna elettorale. Inoltre, nel 2000 fu istituita una Election Commission per il monitoraggio sulle finanze dei partiti, la cui attività non è ancora raccordata con quella della giustizia elettorale. Una recente monografia di Caroline Morris propone: "*The Election Commission and political parties should be granted the ability to bring petitions, and either the legal aid rules or petition costs should be revised so as to improve access to the process for potential petitioners. It is also suggested that another look is taken at the processes for addressing corruption in elections generally, with an investigatory role into electoral misconduct be given to the Electoral Commission*."[14]

La giurisdizione è stata inoltre investita da una serie di ricorsi riguardanti la selezione dei candidati all'interno dei partiti politici, con profili sia di diritto privato e di diritto del lavoro, sia di diritto pubblico.[15] Alle ultime elezioni, nei programmi elettorali dei principali partiti inglesi sono state inserite infine proposte di creare istituzioni di *recall*. Un disegno di legge governativo presentato nel dicembre 2011 propone di conferire a un quorum dei 10 % degli elettori di un collegio elettorale il potere di iniziare una *recall election* nei confronti di un membro del parlamento che sia stato condannato ad una pena detentiva inferiore a un anno o che per altri motivi indicati dalla *House of Commons* risulti suscettibile di *recall*.

5. La giustizia elettorale come componente della giustizia costituzionale

Fu proprio l'esperienza inglese, recepita in Ungheria (1874) e Svezia (1866 e 1878), e lo scandalo francese delle condanne penali del deputato Blanqui (1879) a indurre Georg Jellinek a progettare una corte costituzionale austriaca per l'Austria. In Austria si era verificato un contenzioso sulle elezioni dei deputati della nobiltà con una sentenza del giudice supremo dell'Impero, il *Reichsgericht*, che aveva sancito l'inesistenza dei diritti politici di alcuni

[13] C. O'Leary, The Elimination of Corrupt Practices in British Elections 1868–1911, Oxford 1962, 27; ora A. Eggersy / A. Spirlingz, Legal Ambiguity and Judicial Bias: Evidence from Electoral Corruption Trials in 19th-Century Britain, 1. 7. 2012, http://ssrn.com/abstract=2099025

[14] C. Morris, op. cit., 100.

[15] C. Morris, op. cit., 109ss.

elettori, sentenza che contraddiceva gli atti di verifica degli eletti (1880). Secondo Jellinek, trasferire la giustizia elettorale dal parlamento a un organo giudiziario non significava alcuna menomazione del potere legislativo. La ragione storica del privilegio, il timore di una "soppressione del costituzionalismo" era venuta meno e si trattava di rimediare a "imperfezioni delle condizioni della costituzione".[16] Il governo della monarchia costituzionale non costituiva più un pericolo per l'imparzialità del giudizio degli elettori e si avevano anche esperienze di "ingiustizia parlamentare". Ragioni di economia sconsigliavano l'istituzione di un'apposita Corte elettorale, essendo preferibile attribuire allo stesso *Reichsgericht* anche competenze sui diritti politici degli eletti e sui conflitti di attribuzione nonché i giudizi sulle accuse ai ministri, cioè le competenze tipiche della *Staatsgerichtsbarkeit*. La Corte imperiale offriva secondo Jellinek maggiori garanzie di imparzialità e di effettività della giustizia costituzionale: "Anche nel caso peggiore in cui lo *Reichsgericht* non dovesse essere all'altezza del suo compito, la costituzione resterebbe protetta in modo più forte di quanto non avviene nelle condizioni di confusione che regnano oggi e nelle quali essa è oramai una palla consegnata al gioco dei partiti."[17]

Sul punto Jellinek superava le resistenze tradizionali di un Robert von Mohl che ancora nel 1874 aveva giudicato una riforma analoga improponibile per la Germania, difendendo la figura del parlamento come difensore naturale dei diritti del popolo ed eccependo il sovraccarico dei tribunali imperiali, non essendo possibile garantire un disbrigo rapido del contenzioso.[18] Il modello weimariano di una Corte elettorale presso il *Reichsgericht*, formata da tre deputati eletti dal parlamento e due giudici del tribunale amministrativo imperiale, rappresentava una formula di compromesso – preceduta da una disciplina analoga nella Costituzione dell'Alsazia-Lorena del 1911 - che tuttavia, dal punto di vista della Corte costituzionale tedesca del secondo dopoguerra non soddisfa i requisiti di un giudice imparziale.[19] La proposta jellinekiana fu accolta invece da Hans Kelsen nella progettazione della costituzione austriaca repubblicana del 1920 il cui art. 141 trasferiva le competenze della Corte elettorale creata per le elezioni della costituente alla nuova Corte costituzionale e configurava il contenzioso elettorale come una

[16] G. JELLINEK, Ein Verfassungsgerichthof für Österreich, Wien 1885, 64. Cfr. anche J. LUTHER, La giurisdizione costituzionale sul contenzioso elettorale politico in Germania ed Austria, Quaderni costituzionali 1990, 533ss.

[17] Op. cit., 68.

[18] R. v. MOHL, Kritische Erörterungen über Ordnung und Gewohnheiten des Deutschen Reichs, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 30 (1874), 636; cfr. la ricostruzione del dibattito in Francia e Germania in G. LESER, Untersuchungen über das Wahlprüfungsrecht des Deutschen Reichstags, Leipzig 1908, 117ss.

[19] BVerfG, 2 BvF 1/00, 8.2.2001, http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs20010208_2bvf000100.html

forma speciale di giustizia amministrativa.[20] Anche lo *Staatsgerichtshof* per l'impero tedesco ebbe occasione di risolvere conflitti di attribuzione all'interno dei Länder riguardanti questioni di costituzionalità delle clausole di sbarramento nelle leggi elettorali regionali e riconobbe ai partiti politici una legittimazione attiva nei conflitti di attribuzione.[21] La costituzione bavarese del 1946 assegnava di conseguenza alla nuova corte costituzionale del *Land* i giudizi sull'esclusione di proposte di gruppi di elettori dalle elezioni e sulla validità delle elezioni (art. 62 e 63).[22]

Pertanto la giustizia elettorale è considerata una forma di giustizia costituzionale. Lo stesso Jellinek sottolineava la funzione insieme oggettiva e soggettiva della

[20] L'art. 141 nella versione attuale recita: "1. La Corte costituzionale decide: a) sull'impugnazione dell'elezione del Presidente federale, delle elezioni delle Assemblee rappresentative generali, del Parlamento europeo e delle assemblee (corpi rappresentativi) delle rappresentanze professionali previste dalla legge; b) sull'impugnazione di elezioni al Governo provinciale ed agli organi esecutivi dei Comuni; c) sulla richiesta di un'Assemblea rappresentativa generale relativa alla decadenza di un suo membro; sulla richiesta di almeno undici deputati austriaci al Parlamento europeo relativa alla decadenza di un deputato austriaco al Parlamento europeo; d) sulla richiesta, relativa alla decadenza di un suo membro, dell'assemblea (corpo rappresentativo) di una rappresentanza professionale prevista dalla legge; e) se le leggi elettorali federali o provinciali prevedono la dichiarazione di decadenza con provvedimento di un'autorità amministrativa, sull'impugnazione di tali provvedimenti, che abbiano pronunciato la decadenza di un membro di un'Assemblea rappresentativa generale, di un organo esecutivo di un Comune o di un'assemblea (corpo rappresentativo) di una rappresentanza professionale prevista dalla legge, dopo l'esaurimento dei ricorsi in via amministrativa. L'impugnazione (la richiesta) può essere fondata sulla presunta illegittimità del procedimento elettorale o su una causa, prevista dalla legge, di decadenza dal mandato in un'Assemblea rappresentativa generale, nel Parlamento europeo, in un organo esecutivo del Comune o nell'assemblea (corpo rappresentativo) di una rappresentanza professionale prevista dalla legge. La Corte costituzionale accoglie l'impugnazione dell'elezione se la supposta illegittimità viene provata e se questa ha inciso sul risultato dell'elezione. Nel procedimento davanti alle autorità amministrative sono parti anche l'Assemblea rappresentativa generale e la rappresentanza professionale.

2. Se viene accolta un'impugnazione ai sensi del comma 1 lettera a) e si rende perciò necessaria una ripetizione totale o parziale dell'elezione di un'Assemblea rappresentativa generale, del Parlamento europeo o dell'assemblea di una rappresentanza professionale prevista dalla legge, i membri interessati di queste assemblee rappresentative perdono il loro mandato al momento dell'assunzione dello stesso da parte dei membri eletti nelle elezioni suppletive, da tenersi entro 100 giorni dalla notifica della sentenza della Corte costituzionale.

3. La legge federale stabilisce i casi in cui la Corte costituzionale decide sull'impugnazione dei risultati di iniziative, consultazioni e referendum popolari . Con riferimento a tale impugnazione la legge federale può anche stabilire di quanto tempo possa essere differita la pubblicazione della legge federale che è stata oggetto del referendum popolare."

[21] Staatsgerichtshof, Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ) 118, appendice 28 ss.; W. Jellinek, Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich und die Splitterparteien, Archiv des öffentliches Rechts 15 (1928), 99ss.

[22] Un'analisi della giurisprudenza è offerta da H. Holzheid, Maßgebliche Verfassungsgrundsätze bei Wahlen und Volksbegehren, München 1995.

giustizia elettorale quale garanzia del diritto oggettivo e dei diritti soggettivi, in particolare dei diritti degli eletti che sono diritti soggettivi dello "*status activus*" ossia diritti dei singoli cittadini e dei partiti politici a essere riconosciuti titolari di un ufficio pubblico. Tali diritti politici sono diritti costituzionali, ragione per la quale la giustizia elettorale può essere considerata un caso speciale della giustizia costituzionale che assorbe, nell'ambito della verifica delle elezioni, le funzioni del ricorso costituzionale diretto (*Verfassungsbeschwerde*) e del conflitto di attribuzione.

6. Francia e Germania come paesi di sviluppo della giustizia elettorale

Se si guarda altrove non vi è paese che non soffre di ingiustizie elettorali, ma il quadro comparatistico è ancora incompleto e privo di indici di valutazione consolidati. Negli Stati Uniti, paese sia del *malapportionment case* Carr vs. Baker (1962) sia del *recount case* Bush vs. Gore e nel quale per ben quattro volte è stato eletto un presidente che non aveva la cd. "maggioranza popolare", Tom Ginsburg ha proposto recentemente una graduatoria di cinque paesi che a suo modo di vedere hanno istituzioni ancora più arcaiche e meno democratiche di diritto e giustizia elettorale.[23] Al quinto posto di questa classifica, che non comprende l'Italia, è stata collocata la Francia dove per diventare candidati serve un *endorsement* di 500 firme qualificate tra ca. 45.000 titolari di cariche pubbliche, dei quali 36.569 sono sindaci. A questo va aggiunto che il sistema complesso della giustizia elettorale nella quinta repubblica francese, efficacemente analizzato nella relazione di Bertrand Maligner, affida al *Conseil constitutionnel* una tutela più post- che preelettorale, ma fino al 2010 non garantiva un controllo a posteriori contro disposizioni incostituzionali del *Code électoral*.[24] La riforma costituzionale del 2008 ha inoltre creato una commissione indipendente da consultare sulle proposte di revisione delle circoscrizioni elettorali (art. 25).

Al primo posto della graduatoria degli infelici appare invece la Germania che allo stato attuale è priva di sistema elettorale funzionante e quindi, almeno da un punto di vista formale, non garantisce alcuna giustizia elettorale, almeno fino a quando il parlamento non ripara la legge di riforma degli *Überhangmandate* dichiarata incostituzionale. Secondo il giudice delle leggi di Karlsruhe, questi mandati aggiuntivi che premiano le preferenze del maggioritario non debbano essere in sostanza più di 15, criterio puntualmente accolto da un accordo bipartisan siglato da 4 dei 5 partiti rappresentati in parlamento.[25] La recente riforma del

[23] D. Lansberg-Rodríguez, T. Ginsburg, Five Voting Systems Even Worse than the Electoral College, 6. 11. 2012, http://www.foreignpolicy.com/articles.

[24] Cfr. tuttavia déc. n° 2010-6/7 QPC 11. 6. 2010 che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'automatismo di ineleggibilità quinquennale di cui all'art. 7 del Code électoral. Cfr. in precedenza in via principale déc. n° 2008-573 DC, 8. 2009 (composizione commissione elettorale), n° 2010-602 DC, 18. 2. 2010 (geometria dei collegi elettorali).

[25] Il giudice costituzionale ha dichiarato incostituzionale anche la clausola di sbarramento della legge elettorale per il parlamento europeo, peraltro senza annullare le ultime elezioni

sistema della giustizia elettorale affidata al parlamento e nella giurisdizione costituzionale, efficacemente ricostruita da Martin Morlok, ha peraltro rafforzato l'accesso dei partiti al giudice costituzionale, creando un ricorso contro l'esclusione di liste che deve essere deciso in unica istanza entro al massimo 20 giorni.[26]

Particolare attenzione per la comparazione devono avere le osservazioni e raccomandazioni delle missioni di osservatori internazionali dell'OSCE/ODIHR che hanno inciso sulle riforme segnalate. Quella sulle elezioni federali tedesche del 2009 aveva messo in luce alcune criticità quali, in particolare, l'insufficiente revisione della geometria dei collegi elettorali, l'imprecisione dei criteri di ammissione di liste, il termine di cinque giorni per i rimedi contro la mancata inclusione nelle liste degli elettori, insufficienti garanzie contro l'abuso del voto per via postale, la non trasparenza di contributi finanziari significativi e dei criteri di assegnazione dei tempi nelle trasmissioni televisive, l'assenza di regole sull'ammissione di osservatori, la mancata registrazione del numero delle schede consegnate ad ogni seggio, il requisito delle 100 firme di sostegno per l'impugnazione della proclamazione dei vincitori e la mancanza di rimedi effettivi e tempestivi di tutela preelettorale dei diritti elettorali.[27] Le osservazioni sulle elezioni francesi del 2012 invece avevano messo in luce problemi quali il "*proxy voting*", il diritto di voto dei "*gens de voyage*", le tecniche di voto via internet, la segretezza del voto dei disabili, la trasparenza dei finanziatori e dei bilanci dei partiti e l'assenza di rimedi preelettorali contro le decisioni riguardanti la registrazione dei candidati, l'insufficienza delle garanzie e dei poteri della Commissione indipendente.

Questi elenchi di criticità e raccomandazioni indicano non solo come nella valutazione comparativa la *soft law* della *good practice* si mescola con il diritto codificato, ma anche come un po' ovunque sia sentito il bisogno di sviluppare in modo più organica la giustizia elettorale e di ampliare le forme di garanzia dei diritti politici coinvolti nel processo elettorale.

7. Il lungo cahier des doléances sull'Italia

Le osservazioni OCSE/ODIHR sulle elezioni italiane del 2008 hanno messo in luce non poche criticità particolari del diritto e della giustizia elettorale in Italia. In linea di principio, gli osservatori si astengono da raccomandazioni al potere costituente e da giudizi di incostituzionalità, né eccepiscono l'impossibilità pratica di un controllo di costituzionalità sulle leggi elettorali.

effettuate M. Morlok, Chancengleichheit ernstgenommen, Juristenzeitung 2012, 76.

[26] Cfr. M. Morlok, A. Bäcker, Zugang verweigert: Fehler und fehlender Rechtsschutz im Wahlzulassungsverfahren, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2011, 1153ss e, da ultimo, H.-D. Horn, Freie Wahl, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 25. 1. 2013.

[27] http://www.osce.org/de/odihr/elections/germany/40879

L'elenco delle criticità focalizzate andrebbe tuttavia integrato da un'analisi di diritto costituzionale del rispetto dei principi di libertà ed eguaglianza e dei diritti politici e civili interessati, in particolare dei parametri costituzionali segnalati.

(1) Il premio di maggioranza concesso a livello regionale "*può produrre maggioranze diverse alla Camera dei Deputati e al Senato, contraddicendo in questo modo lo scopo prefisso dal premio di maggioranza al Senato*". In ogni caso "*andrebbe considerata la rimozione del sistema delle liste chiuse per facilitare la creazione di un legame più stretto tra i candidati e gli elettori e la rimozione del sistema dei premi a causa dell'imprevedibilità dei suoi effetti.*" (art. 1, 3, 48, 51 cost.)

(2) Per quanto riguarda le fonti del diritto elettorale è stata giustamente censurata la mancanza di organicità di una "pletora" di ca. 60 leggi, ragione per la quale era stato pronunciato una raccomandazione di semplificazione non accolta nella passata legislatura: "*Sarebbe utile per il legislatore adottare o aver pubblicato un testo unico integrato della normativa elettorale relativa alle elezioni parlamentari, rendendo la legge più accessibile e semplificandone l'applicazione da parte degli amministratori elettorali.*" (art. 97 cost.)

(3) Sotto il profilo dell'eguaglianza del voto, la ripartizione regionale dei seggi al Senato, la "*deviazione dal numero medio di 184.452 residenti votanti per un seggio raggiunge circa il 54 per cento in Basilicata, dove sono eletti 7 senatori in rappresentanza di una popolazione di 597.768 residenti. (…) andrebbe dunque considerato un ulteriore consolidamento delle misure a garanzia dell'equità di suffragio per l'elezione dei senatori.*" (art. 3, 48, 57, 58)

(4) Anche nel valore del voto dei cittadini all'estero si riscontra una forte disuguaglianza: "*Mentre l'Europa, con 2.039.149 italiani residenti, elegge due senatori, Africa, Asia, Oceania e Antartide con 192.390 italiani residenti eleggono un senatore*." (art. 3, 48, 57, 58).

(5) Incoerente con il bicameralismo paritario sarebbe la differenziazione dell'età disposta *ope constitutionis* come requisito per l'esercizio del diritto di voto: "*Il nuovo Parlamento potrebbe considerare la questione di garantire uguale diritto di voto per l'elezione del Senato a tutti i cittadini che hanno raggiunto la maggiore età*". (art. 3, 48, 58)

(6) La commissione segnalava inoltre una incoerenza nella disciplina delle ineleggibilità tra elezioni "politiche" ed elezioni "amministrative": "*Ci sono perciò stati casi di candidati ineleggibili per le elezioni locali che partecipavano alle elezioni parlamentari.*" (art. 51, 65)

(7) "*Al fine di aumentare la trasparenza del finanziamento ai partiti politici e ai candidati, si potrebbe considerare l'opzione di vietare la possibilità di fare donazioni anonime ai partiti politici o ai singoli candidati.*" (art. 48)

(8) È stato censurato l'abbandono del sistema di nomina degli scrutatori per sorteggio e la mancanza di un manuale breve e semplice delle operazioni di scrutinio: "*Una formazione adeguata dovrebbe essere organizzata per tutto il personale dei seggi elettorali e, per quanto lodevole sia il sistema di volontariato per l'incarico di scrutatore, le Commissioni Elettorali Comunali dovrebbero nominare alcuni scrutatori di riserva formati per sostituire quelli che non si presentano al fine di garantire che tutti i membri di seggio siano qualificati per i loro compiti*." (art. 97)

(9) Sarebbero da precisare i criteri per classificare un partito come "tradizionalmente rappresentato in Parlamento" e un simbolo di partito come "tradizionalmente usato". (art. 3, 48, 97)

(10) A proposito della possibilità di presentare lo stesso candidato in più d'una circoscrizione, si raccomanda che "*gli elettori siano previamente informati sulle probabilità che i candidati hanno di essere eletti grazie al loro voto.*" (art. 1, 3)

(11) A proposito del ruolo dei media, la relazione ha constatato delle asimmetrie nell'informazione televisiva, chiedendo di dotare l'AGCOM di "maggiori poteri di attuazione delle decisioni emesse" e di garantirne l'indipendenza, limando "le possibilità d'influenza politica da parte delle maggioranze in carica nei due rami del Parlamento. (art. 21)

(12) "*La procedura in vigore relativa ai reclami poggia su basi costituzionali; nondimeno il nuovo Parlamento potrebbe considerare l'adozione di misure a garanzia di una soluzione imparziale e tempestiva delle controversie elettorali prima delle elezioni. (…) Il Parlamento potrebbe considerare l'introduzione di procedure efficaci, adeguate al sistema elettorale in vigore, per rendere possibile l'adempimento delle proprie responsabilità di verifica. (…) La legge elettorale dovrebbe prevedere la possibilità di un appello a un tribunale per le decisioni prese dal Parlamento in merito ai risultati e ai reclami post-elettorali.*" (art. 24, 66)[28]

(13) "*I partiti dovrebbero includere nelle loro liste più donne in posizioni vincenti.*" (art. 3, 51)

(14) Per garantire i diritti politici di Sinti e Rom servirebbero "*azioni per garantire che siano informati dei loro diritti e delle loro responsabilità, che non vengano discriminati e che siano incoraggiati a votare.*" (art. 3, 48)

(15) La partecipazione di osservatori internazionali andrebbe disciplinata con legge.

[28] Sul punto cfr. G. Piccirilli, Contenzioso elettorale politico e verifica dei poteri: riflessioni sulla effettività delle tutele procedimentali, Rassegna parlamentare 2006, 785ss. e la relazione di G. Rivosecchi.

8. Il peso della Costituzione italiana sui piatti della bilancia della giustizia elettorale

Tornando alla Costituzione come strumento di sintesi e capitale di sviluppo, occorre innanzitutto rilanciarne l'interpretazione sistematica per valutare. La lettura tradizionale individua il cardine della giustizia elettorale italiana nell'art. 66 cost. a norma del quale nel sistema bicamerale ciascuna camera giudica dei titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità. È passato quasi mezzo secolo da quando Leopoldo Elia scrisse che occorre fare il tutto possibile "*affinché tutti sentano che le Camere, quando deliberano in base all'art. 66 cost., agiscono non come un corpo politico ma come un tribunale elettorale.*"[29] Le riforme elettorali degli anni novanta non hanno neanche più percepito questo bisogno e nella quindicesima legislatura la stessa verifica non fu neppure ultimata. Nella sedicesima legislatura, la Giunta del Senato ha abbandonato il proprio indirizzo di non esaminare questioni attinenti alla costituzionalità e riforma della legge elettorale.[30] La traduzione italiana manipolativa del "Codice di buona condotta in materia elettorale" della Commissione di Venezia scoperta da Giovanni Piccirilli è la prova più evidente che l'obiettivo non è stato raggiunto.

Per quanto qualificabile nel quadro comparato come un anacronismo di legislazione costituzionale, la conclusione tuttavia non può consistere semplicemente in una petizione di riforma costituzionale sostenuta, come da ultimo la brillante proposta di Francesco Biagi e Sara Pennicino di istituire – forse sul modello australiano - una "Commissione elettorale indipendente".[31] La questione è piuttosto quali strumenti esistono già *de constitutione*

[29] Cfr. la ristampa dell'omonima voce dell'Enciclopedia del diritto: L. Elia, *Il contenzioso elettorale politico*, Milano 1965 123.

[30] Cfr. tuttavia la decisione di inammisibilità del 2.7.2013 che non sembra lasciar l'ultima parola all'assemblea.

[31] F. Biagi , S. Pennicino, Proposta di modifica dell'art. 66 della Costituzione: introduzione di una Commissione elettorale indipendente, in Percorsi costituzionali, vol. 2, 2012, p. 266 (in corso di pubblicazione): "Art. 66. – La Commissione elettorale decide sui titoli di ammissione dei componenti delle Camere e delle cause di ineleggibilità e di incompatibilità. Contro le decisioni della Commissione non è ammessa alcuna impugnazione. In caso di annullamento dell'elezione, di ineleggibilità o incompatibilità di un membro del Parlamento, il Presidente della Camera di appartenenza dichiara la nullità dell'elezione. In caso di ineleggibilità o incompatibilità sopravvenuta il Presidente della Camera di appartenenza dichiara la cessazione del mandato.

La Commissione è dotata degli stessi poteri e delle stesse limitazioni dell'Autorità giudiziaria.

La Commissione è composta da tre membri nominati uno dalle supreme magistrature, uno dal Presidente della Repubblica e uno dalla Corte costituzionale.

I membri della Commissione sono scelti tra i magistrati anche a riposo delle supreme magistrature ordinaria, amministrativa e contabile e tra i professori ordinari di università con

lata per raggiungere l'obiettivo indicato da Leopoldo Elia. A tal proposito, nulla vieterebbe alle Camere di esercitare il proprio potere regolamentare *ex* art. 64 cost. per consentire alle giunte elettorali delle camere di avvalersi di una commissione consultiva di esperti esterni, composti da ex giudici costituzionali e ex magistrati, cui affidare la istruttoria delle questioni postelettorali. Non si tratterebbe di una commissione di inchiesta, ma di un nuovo strumento di istruttoria della giunta che potrebbe rafforzare le garanzie di imparzialità ed oggettività del suo giudizio.

L'art. 66 non va letto solo nel contesto delle disposizioni che lo precedono, ma anche di quelle che lo seguono. Il parlamentare che decide su leggi elettorali o su questioni di verifica dei poteri deve rappresentare in modo imparziale la Nazione intera non se stesso, il proprio partito o i propri elettori (art. 67). La sua immunità copre anche le opinioni e i voti espressi nella verifica dei poteri (art. 68), ma forse nulla vieterebbe di anticipare all'inizio della legislatura e generalizzare l'autorizzazione per tutti gli atti di istruttoria su reati elettorali (art. 68). Nulla vieterebbe inoltre di revocare e pretendere la restituzione dell'indennità (art. 69) in caso di mancata verifica dei poteri. Insomma, tanto più anacronistico diventa la fonte costituzionale, quanto più virtuosa conviene rendere la sua prassi applicativa.

La giustizia elettorale designata dalla Costituzione non si esaurisce nella verifica postelettorale dei poteri, ma riguarda ancor prima i diritti e doveri inerenti ai "rapporti politici" ai quali l'art. 24 Cost. garantisce l'accesso alla giustizia in tempo utile, anche se il termine procedurale dei 70 giorni (art. 61 Cost.) rende necessariamente sommaria e particolarmente difficile la tutela preelettorale. L'art. 48 cost. garantisce innanzitutto un "diritto di voto" (co. 3) personale, uguale, libero e segreto che decide sui titoli di ammissione dei rappresentanti ed ha come corollario una serie di garanzie descritte in Francia come aspetti della "moralité de l'élection".

Il cittadino può inoltre concorrere tramite i partiti a determinare la politica intesa sia come offerta nella formazione delle liste dei candidati, sia come indirizzo che condiziona le scelte degli organi eletti (art. 49). La selezione dei candidati all'interno dei partiti, in particolare tramite elezioni primarie, è finora

esperienza in ambito elettorale.

I membri della Commissione restano in carica per sei anni, decorrenti per ciascuno di essi dal giorno del giuramento, e non possono essere nuovamente nominati.

Non possono essere nominati membri della Commissione coloro che ricoprono o hanno ricoperto un incarico politico elettivo nei quattro anni precedenti alla nomina. L'ufficio di commissario è incompatibile con l'esercizio dell'attività di magistrato, con la professione di avvocato e con ogni carica e ufficio indicati dalla legge.

Una legge costituzionale stabilisce le condizioni, le forme, i termini di proponibilità dei ricorsi dinanzi alla Commissione, e le garanzie di indipendenza dei commissari.

Con legge ordinaria sono stabilite le altre norme necessarie per la costituzione e il funzionamento della Commissione."

questione di diritto privato e non di una apposita disciplina di diritto pubblico, ragione per cui sul punto non può ritenersi precluso un controllo giurisdizionale purché ininfluente sulla verifica dei poteri. Anche il diritto del partito ad usare anche per liste il proprio contrassegno, esaminato dall'intervento di Gabriele Maestri, potrebbe essere difeso come diritto privato, di autore e di marchio. L'uso ufficiale di tali simboli nel procedimento elettorale complica la giustizia elettorale, ma nulla vieterebbe una semplificazione radicale che li escludesse dalle schede e abrogasse l'apposito procedimento di registrazione.

I partiti politici non hanno il monopolio dell'offerta politica elettorale. Infatti, le loro proposte programmatiche possono essere condizionate o integrate da petizioni che espongono comuni necessità, incluse quelle di giustizia elettorale (art. 50 cost.). La legge esclude finora che le proposte delle liste siano integrate da candidature individuali, principio che caratterizza anche le elezioni locali. L'art. 51 cost. garantisce a tutti i cittadini di accedere alle cariche elettive, riservando alla legge di stabilire dei "requisiti" riferibili alle qualità della persona, non alla condizione dell'inserimento in una lista partitica. Anche l'eguaglianza di genere di cui all'art. 51 cost., come esaminato da Stefano Catalano, può porre un limite al diritto dei partiti di determinare l'offerta elettorale, ma forse non legittima il legislatore ad escludere un partito di sole donne e non esclude che i provvedimenti siano semplicemente azioni positive individuali.

Di fronte a questo quadro, Marcello Cecchetti ritiene che proprio nel periodo che intercorre dall'indizione delle elezioni fino al giorno delle elezioni delle camere sarebbe costituzionalmente obbligatoria, ma non realizzabile tramite sentenza costituzionale manipolativa, una tutela pre-elettorale. La sua ben argomentata posizione è condivisibile se si considera che proprio l'equiparazione delle elezioni europee a quelle (cd.) amministrative ha reso irragionevole la diversificazione dei regimi di tutela nelle elezioni "amministrative" e nelle elezioni "politiche", essendo l'una come l'altra ugualmente forma di esercizio della sovranità popolare. Le elezioni non possono sospendere le funzioni della giustizia nello Stato di diritto. Tale incostituzionalità sopravvenuta rende urgente un intervento del legislatore della prossima legislatura che dovrà attribuire la giurisdizione e definire il rito, ma potrà scegliere liberamente se rendere lo strumento accessibile solo ai rappresentanti delle liste escluse o anche agli elettori ingiustamente esclusi o addirittura al *quivis ex populo* con i meccanismi analizzati da Eva Lehner, e se ammettere o escludere incidenti di costituzionalità.

9. La spada spuntata della riforma elettorale e costituzionale

L'intervento di Lara Trucco ha messo in luce una serie di "chiusure" giudiziarie e politiche che hanno finora ostacolato lo sviluppo della giustizia elettorale in Italia. Tali chiusure dipendono non da ultimo anche dalla mancanza di consensi attorno a una riforma elettorale e a ulteriori riforme costituzionali.

Per le cause e gli effetti della mancata riforma elettorale può essere utile rileggere la lettera del Presidente della Repubblica del 28. 11. 2012 che ha indotto il deputato Giacchetti a terminare uno sciopero della fame: "*Ancora di recente ho ricordato incontrando (con il Presidente del Consiglio) i Presidenti delle Camere, come già a fine gennaio avessi riferito loro degli incontri da me promossi con gli esponenti dei cinque partiti rappresentati in Parlamento : incontri nel corso dei quali si erano tutti dichiarati convinti della necessità di modificare la legge del 2005. E purtroppo da allora, a dieci mesi di distanza, non si sa se si stia avvicinando la conclusione di questo interminabile braccio di ferro, giuoco degli equivoci, ripetuto alternarsi di opposti irrigidimenti, da cui è stato messo a grave rischio il mantenimento di un impegno assunto da tutte le forze politiche in risposta ad aspettative più che comprensibili diffuse tra i cittadini-elettori.*"

Questa esperienza insegna che le riforme elettorali (e forse anche quelle costituzionali) non convengono alla fine della legislatura, ma devono essere impostate sin dall'inizio della legislatura. Per renderle possibili, il Presidente della Repubblica quale rappresentante dell'unità nazionale può inviare un messaggio alle camere, ma questo non può servire da iniziativa di legge in materia elettorale che non può neppure essere approvata in commissione. Nulla vieterebbe poi al Governo e al Parlamento di istituire una commissione di studio formato da costituzionalisti scelti in forma bipartisan e di inventare una procedura partecipata anche dagli elettori che concorra a definire entro un anno i criteri direttivi di un nuovo codice elettorale e consenta di avviare le modifiche costituzionali strettamente funzionali a tale operazione.

I programmi elettorali dei partiti tuttavia non hanno né reso proposte concrete nuove, né ripreso i progetti di riforma elettorali depositati nella legislatura precedente, ad eccezione forse dell'abolizione dei rimborsi elettorali o dell'elezione popolare dello stesso presidente della Repubblica. La giustizia elettorale non è tema di programmi, piuttosto di propaganda elettorale e di processi mediatici con giudizi "in tempo reale" che si appellano all'elettore e al corpo elettorale come giudice d'appello.

10. L'immagine dell'elettore e dell'eletto nella democrazia costituzionale

La democrazia costituzionale non potrà essere il regime dei migliori, ma deve proteggersi dall'essere il regime dei peggiori. Essa presuppone fiducia in un corpo elettorale non infallibile, ma nemmeno mediamente irragionevole. La sovranità del popolo elettorale designata dalla Costituzione è fondata su un'immagine di dignità umana dell'elettore che deve autodeterminare la propria scelta di voto in un discorso pubblico libero, retto da un buon costume o onore civico repubblicano.

Si può dubitare se sia ancora "degna" di uno stato costituzionale una disposizione come l'art. 48 co. 3 cost. che consente al legislatore di definire dei casi di "indegnità morale", in teoria addirittura senza previo accerta-

mento giudiziale. Secondo una lontana sentenza della Corte costituzionale, l'elettorato "attenendo a diritti attribuiti nell'interesse generale, presuppone nel cittadino qualità adeguate all'altissima portata civica del suo contenuto".[32] Il cittadino elettore è sovrano e merita fiducia, ma la sovranità è graduabile e la fiducia diventa difficile sia quando si abbassano, sia quando si alzano troppo le aspettative di virtù.

L'immagine dell'elettore egualmente libero e ragionevole al quale è affidato il potere di scelta segreta dei rappresentanti rischia notoriamente in tutte le democrazie di dissociarsi dall'immagine del rappresentante eletto. Il richiamo alla disciplina e all'onore che l'art. 54 co. 2 cost. rivolge ai "cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche" tuttavia non significa che l'eletto debba essere più virtuoso dell'elettore o viceversa superiore. Anche gli elettori adempiono un proprio dovere civico e sono cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche. L'elettore che vota adempie un dovere di solidarietà politica che presuppone aspettative diffuse di ragionevolezza e di responsabilità sulle quali si basa la fiducia pubblica nella democrazia espressa dalla costituzione comune.

Non è facile mantenere la fiducia promessa nei tempi brutti di una crisi della politica. Nella realtà della campagna elettorale, ogni candidato è tentato di carpire il consenso con la minaccia e l'inganno, a vendere speranze senza indicare il prezzo e attirare simpatie senza ricambiarle a tutti. L'esperienza della concorrenza sleale e l'immagine negativa dei partiti politici rischiano sempre di offuscare quella della dignità umana dell'elettore. Se la concezione machiavellica della politica assorbisse quella aristotelica, il momento popolare si confonderebbe con quello populista e la paura della tirannide della maggioranza e il pessimismo minerebbero i presupposti della fiducia nella stessa democrazia.

L'immagine degli elettori e degli eletti impresso nella Costituzione consente tuttavia anche in questi momenti un minimo di speranza della moderazione e di cauto ottimismo. Proprio l'esperienza dello Stato costituzionale insegna che le elezioni non sono solo un momento catartico di tragedie collettive, ma anche di speranza di una laica felicità. Alla fine tutti, chi di più e chi di meno, devono dichiararsi e possono sentirsi vincitori.

In ultima analisi, le elezioni sono procedure nelle quali si rivendicano e riconoscono dignità, e non solo la dignità umana di chi partecipa la sovranità. La rivendicano certo gli elettori che vogliono votare liberamente e la rivendicano gli eletti che vogliono rappresentare liberamente. La devono riconoscere e garantire a tutti tanto il corpo elettorale quanto la rappresentanza eletta, anche alla minoranza di coloro che sono esclusi dall'elettorato e inclusi solo tra i fruitori della politica organizzata dalla Costituzione nell'interesse generale. Anche sotto questo profilo, la giustizia elettorale non può non essere universale.

[32] Corte costituzionale, sent. n. 223/1967.

Finito di stampare
da Cangiano Grafica - Volla (NA)
nel mese di ottobre 2013