



## **DUE PROBLEMI CONTRAPPOSTI: AMMISSIBILITA' E "ZONA FRANCA"\***

di Roberto Borrello\*\*

**I**l tema è estremamente suggestivo. Dopo che il Professor Besostri ne ha ricostruito le articolazioni giudiziarie –io avevo trovato e letto la recentissima sentenza del Tar del 22 maggio 2013, con la declaratoria del difetto di giurisdizione – è possibile affermare come effettivamente questa ricerca del giudice – giustamente si diceva: “ci sarà ben un giudice a Berlino!” – alla fine ha trovato un porto di approdo, ma non definitivo, nella Corte di Cassazione.

Sull'ambito dell'ammissibilità della questione prospettata, i problemi sono tanti e vedremo con estremo interesse gli sviluppi futuri. Certamente la ricerca del giudice, a cui sopra si accennava, porta ad effettuare una riflessione di carattere generale, che ci pone in evidenza come, ancora una volta – ci sono stati tanti casi nella storia italiana – la magistratura, in tutte le sue espressioni, viene vista come la sede istituzionale di una riserva di legalità. Il giudice è visto, cioè, come colui che è in grado di supplire a lacune, mancanze e difetti del tessuto normativo. In questo caso la lacuna è macroscopica. È una lacuna di rilievo costituzionale: il problema dell'accesso alla Corte in via diretta. Tale accesso è stato tante volte auspicato, ma purtroppo mai attuato, nonostante ci siano stati dibattiti, anche risalenti, sulla possibilità di cambiare il sistema di accesso alla Corte, inserendo anche quello in via diretta. Riguardo al ruolo di supplenza del giudice, vedremo se questa volta porterà ad un qualche risultato concreto.

Certamente era inevitabile che le cose andassero in questo modo. Avendo sia il Tar, che la stessa Corte europea CEDU, chiuso la porta, quella del giudice civile era l'unica strada ancora percorribile. Nella Sentenza Saccomanno del 2013 della Corte di Strasburgo, se non sbaglio, la Corte europea, non solo ha esaminato negativamente il profilo della mancanza di una via giudiziaria nel settore delle elezioni generali, ma è entrata anche nel merito, cioè sul premio di maggioranza e sulle liste bloccate, dichiarando come ci sia una discrezionalità del legislatore nazionale tale da impedire, nei limiti in cui la Corte può valutare le legislazioni interne e gli atti lesivi dei diritti, ogni intervento. Ciò non toglie che, ovviamente, il controllo di costituzionalità del giudice nazionale, sulla base dei parametri nazionali, sia impregiudicato su questo piano.

Per non rubare tempo agli altri interventi volevo fare subito qualche riflessione proprio sull'aspetto messo in evidenza dalla stessa Anzon sin dall'inizio. Cioè il problema della rilevanza della questione. Questione che si interconnette anche a quello della *factio litis* o *lis facta*, cioè al problema della

\*“Le corti e il voto. Seminario sull'ordinanza di remissione della Corte di Cassazione e le prospettive dell'innovazione elettorale in Italia”, organizzato dal Dottorato in Diritto pubblico, comparato e internazionale e dal Master in Istituzioni parlamentari europee per consulenti di assemblea – Roma - Sala delle Lauree-Scienze politiche -Università “La Sapienza”, Roma - 12 giugno 2013.

\*\* Professore ordinario di Diritto costituzionale italiano e comparato – Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Siena.

coincidenza tra giudizio di merito *a quo*, e giudizio incidentale, rispetto al *petitum* proposto dalle parti. Da questo punto di vista la riflessione, può essere compiuta partendo dal concetto stesso di accesso in via incidentale; quindi dall'esistenza di un giudizio concreto, presupponente una situazione giuridica soggettiva lesa, e dalla richiesta, ad un organo, qualificato come giudice, del suo ripristino.

Allora la prima domanda è: in quale occasione la Legge elettorale può dare luogo a controversie oggetto di intervento giurisdizionale?

Ora da questo punto di vista sappiamo, come anche ci insegna Fulco Lanchester, che il concetto di legislazione elettorale, comprende: la formula elettorale, e cioè il meccanismo di trasformazione di voti in seggi; le cause di ineleggibilità ed incompatibilità, ed aggiungiamo anche di incandidabilità; il procedimento elettorale, compressivo di presentazione dei contrassegni e di presentazione delle liste; nonché, volendo, anche la famosa legislazione elettorale di contorno, la quale rappresenta un'area circostante a quella dei diritti politici ma non coincidente con la stessa – nel senso che essa rappresenta una legislazione intesa a facilitare ed a rendere più efficiente e razionale, quindi più equo, l'esercizio dei diritti politici, ad esempio attraverso la legislazione sulla comunicazione politica, o sul suo finanziamento, etc. – Quindi il problema è proprio questo. Cioè, a fronte di questi snodi complessi, in cui si articola il procedimento elettorale, quali sono le fasi di possibile intervento giurisdizionale? Sicuramente rispetto a tutti questi ambiti il problema maggiormente conosciuto è quello della “forca caudina” – dell'imbuto – della competenza della Camere ex articolo 66, riguardante la giustiziabilità di questi passaggi. Sotto questo punto di vista, ho la sensazione che il premio di maggioranza, riguardando la trasformazione dei voti in seggi, faccia parte della formula elettorale. Quindi, la relativa normativa sembrerebbe essere suscettibile di applicazione attuale e concreta, sul piano della incidentalità, soltanto con riferimento al diritto di elettorato passivo e nell'ambito della competenza esclusiva della Giunta.

Questa è la mia riflessione al riguardo: per quanto riguarda l'aspetto del premio di maggioranza, non sarebbe possibile rendere giustiziabile davanti ad un giudice ordinario il diritto di elettorato attivo, difettando il profilo della rilevanza.

La normativa riguardante la lista bloccata, attenendo, invece, al “dimensionamento” del diritto politico, alla esistenza di una qualificazione contenutistica del diritto in astratto, prescinderebbe dai procedimenti elettorali, ed effettivamente configurerebbe come giusta e corretta l'ordinanza della Corte di Cassazione – deve pur esserci un giudice – , in quanto, all'interno del nostro ordinamento, il giudice naturale dei diritti fondamentali, non prevedendosi un ricorso in via diretta e ad hoc, come l'amparo, è rappresentato dal giudice ordinario, e quindi come tale egli può giudicare questo tipo di diritti e tutelarli.

Un'altra considerazione riguarda invece il problema della *factio litis*, sotto il profilo della sussistenza o meno della coincidenza tra il giudizio incidentale ed il giudizio di merito svolto dal giudice *a quo*. Si tratta in realtà, nella specie, di azioni di accertamento, nonostante la Cassazione le definisca come di accertamento di tipo costitutivo. Orbene, nel momento in cui venga chiesto l'accertamento di un diritto, il giudice, dovendo ricostruire, ai fini di tale *petitum*, quali sono le norme in grado di definire tale diritto, può sollevare la questione di costituzionalità di tali norme, essendo da questo punto di vista rilevante la loro applicazione. Se la norma in questione si connette al sistema elettorale, nella misura in cui essa valga a definire le connotazioni strutturali e funzionali del diritto di accertare, è innegabile la sua rilevanza nel giudizio ai fini dell'ammissibilità della questione.

Quello che lascia perplessi, invece, è il contesto circostante all'accertamento e cioè l'esistenza di qualcuno capace di mettere in dubbio la dimensione e la stessa esistenza di questo diritto. Diceva giustamente la stessa Anzon: chi è la fonte del pregiudizio sul piano dell'esistenza del diritto? E' la

Presidenza del Consiglio dei Ministri a mettere in dubbio il diritto? Ma questo soggetto, essendo composto da rappresentanti dello Stato, non può mettere in dubbio questo diritto. Il pregiudizio dal punto di vista processualistico dovrebbe discendere da qualcuno che, viceversa, ha minacciato e pregiudicato un mio diritto. Mettendolo in dubbio, non con azioni concrete – perché in quel caso avrei esercitato una azione di condanna; condanna alla rimozione di questo pregiudizio –, essendo sufficiente per la tutela, come giustamente dice la Ordinanza anche sul piano dell'interesse a ricorrere, l'accertamento del diritto. Ma accertare a fronte di quale pregiudizio? Su questo punto la Cassazione un po' si tradisce dichiarando come, in pratica, il pregiudizio consisterebbe nel dover votare con una normativa incostituzionale. Quindi il pregiudizio non è in realtà derivante da un soggetto contro cui esercito l'azione di accertamento, ma dalla incostituzionalità della norma. Quindi ci sarebbe questa coincidenza tra giudizio incidentale e giudizio di merito.

Questa riflessione attiene al piano dell'ammissibilità; ma ciò non toglie come io condivida in pieno le preoccupazioni riguardo l'esistenza di un problema da questo punto di vista: la trasformazione di una zona grigia ormai definitivamente in una zona franca. La stessa Corte di Cassazione ha la consapevolezza di trovarsi in una situazione difficile, in quanto, come osservava Gaetano Azzariti, si tratta di diritti fondamentali che non possono essere lasciati sguarniti di ogni tutela.

L'ordinamento non fornisce strade alternative, quali il conflitto di attribuzione tra poteri dello stato o il ricorso in via diretta ad opera delle Regioni (a quest'ultimo proposito, come è noto si è fatto riferimento alla possibilità per la Valle d'Aosta di impugnare la legge n. 270 del 2005, nella parte in cui esclude i voti espressi in quella regione dal computo del premio di maggioranza). Si tratta in realtà di strade non praticabili o ipotesi remote, per altro non concretizzate. Giustamente ricordava il Professore Besostri come i conflitti proposti da singoli cittadini, puntualmente cassati dalla Corte costituzionale, hanno rappresentato un tentativo simbolico.

Certamente il problema non può che risolversi per via legislativa, introducendo, ad esempio, il ricorso per via diretta, peraltro *a priori*, per le leggi elettorali, al fine di evitare gli inconvenienti, pratici e materiali, derivanti dall'eventuale annullamento della Legge elettorale – nonostante, come diceva tempo fa il Professor Augusto Cerri, l'annullamento dovrebbe essere coperto, a livello di giudicato, dalla verifica dei poteri effettuata dalle Camere.

Concludo con una riflessione sull'ultima suggestione offertaci da Fulco Lanchester: quale sistema elettorale?

Naturalmente come costituzionalista, e non politologo, non mi sento di parlare in termini di rendimento ed efficienza dei sistemi elettorali. Nonostante ciò voglio compiere una considerazione su come la nostra Costituzione non dando una indicazione univoca, non ci obblighi a scegliere necessariamente tra maggioritario proporzionale. Può essere adottata qualsiasi formula purché questa non dia luogo a situazioni di irragionevolezza. Da questo deriva come, il punto focale messo in luce dalla Cassazione, sia l'importanza di un sistema elettorale che non determini conseguenze sugli organi di garanzia. Che non sia in grado cioè di creare uno sbilanciamento nella formazione delle maggioranze tale da rendere possibile, in assenza di correttivi sulle procedure di formazione degli organi di garanzia, un dominio della maggioranza sul funzionamento degli stessi. Essendo questi, organi di bilanciamento e chiusura del sistema, tali condizioni creerebbero difatti disfunzioni gravissime nello stesso regime democratico e nella nostra forma di Stato.