



IL CORPO ELETTORALE TRA RECESSIONE DEL PRINCIPIO ELETTIVO E RUOLO DELLE CORTI

Riflessioni sul caso italiano*

di Fulco Lanchester**

SOMMARIO: 1. Il tema specifico – 2. Gli ordinamenti costituzionali e le funzioni pubbliche – 3. Gli ordinamenti democratici e l'esercizio delle funzioni pubbliche – 4. Il Corpo elettorale – 5. I controlli popolari e la loro incidenza – 6. Le votazioni pubblicistiche – 7. La vicenda italiana tra ipercinetismo e sregolazione – 8. La sentenza n.35/17 sulla legge elettorale – 9. Le ipotesi di riforma e la necessità di intervenire sull'intero comparto delle votazioni del Corpo elettorale – 10. Conclusioni.

L'argomento del Convegno in memoria di Giustino D'Orazio certifica l'esigenza di riflettere in una prospettiva storica su come gli organi costituzionali abbiano esercitato le loro funzioni nel nostro ordinamento. In questo ambito D'Orazio si era occupato in particolare della Corte costituzionale e del Presidente della Repubblica durante la prima fase della storia della Costituzione repubblicana. Negli ultimi anni, ed in particolare dopo la Sua morte, il ruolo degli stessi si è espanso di fronte alla ibernazione del circuito partitico parlamentare perlomeno nel periodo 2011-2013, per poi riacquistare tono dopo il referendum del dicembre scorso.

In un simile contesto cercherò di occuparmi in maniera speculare soprattutto delle funzioni esplicite (o non esercitate) dal cosiddetto Corpo elettorale attraverso le votazioni elettive e deliberative nel nostro ordinamento, con particolare riguardo per quella di controllo attraverso le votazioni pubblicistiche di tipo elettivo e deliberativo.

In primo luogo accennerò alla duplice natura del Corpo elettorale, che, da un lato, appare come corporizzazione del popolo sovrano negli elettori politicamente attivi nell'ambito di un

* Contributo pubblicato previa accettazione del comitato scientifico del Convegno. Relazione al Convegno in memoria di Giustino D'Orazio *Gli organi costituzionali di controllo nella storia costituzionale repubblicana* Roma, Palazzo della Consulta, 20 febbraio 2017.

** Professore ordinario di Diritto Costituzionale Italiano e Comparato, Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

collegio unico o frazionabile; dall'altro un collegio in cui i singoli aventi diritto al voto devono poter esprimere la loro volontà sulla base di *standard* precisi di democraticità.

In secondo luogo analizzerò come lo stesso Corpo elettorale abbia esercitato le sue funzioni di indirizzo e di controllo all'interno del circuito democratico disegnato dalla Costituzione repubblicana nel quadro della trasformazione dei sistemi di democrazia costituzionale pluralisti nell'ultimo settantennio.

Infine sottolineerò la significativa peculiarità del sistema italiano, caratterizzato da preoccupante ipercinetismo in materia di sistema elettorale in senso stretto e da deregolazione della legislazione elettorale di contorno, mentre le votazioni deliberative di cui all'art. 138 Cost. soffrono di un vero e proprio buco nero relativo alla prospettazione del quesito.

Concluderò con una serie di osservazioni sull'indispensabile intervento del legislatore e, se del caso, della stessa giurisdizione costituzionale in materia, al fine di tutelare il diritto dei singoli aventi diritto al voto alla libertà di espressione del suffragio e all'uguaglianza delle opportunità nel procedimento.

1. Gli ordinamenti costituzionali e le funzioni pubbliche

Nella lingua italiana i significati del sostantivo controllo sono essenzialmente due: da un lato l'azione di verifica e di riscontro (collegandosi con uno dei significati del termine ispezione), dall'altro la padronanza ed il dominio.

La dottrina giuspubblicistica italiana evidenzia una naturale inclinazione per la definizione generica di controllo come “verificazione di regolarità di una funzione propria o altrui”, per cui la stessa definizione di controllo in senso stretto si collega con questa scelta in senso ampio: il controllo è la verificazione di conformità a determinati canoni o prescrizioni. D'altro canto la stessa dottrina si è resa conto della necessità di superare la visione del potere di controllo accertamento (giudizio sull'attività controllata) e passare ad una definizione e delimitazione dello stesso che identifichi il procedimento nelle fasi di accertamento e di applicazione della misura (momento comminatorio). Si tratta di una visione certamente più dinamica ma sempre spostata sullo schema gerarchico di tipo amministrativistico. Un simile risultato evidenzia l'opportunità di riesaminare in maniera meno tradizionale le concezioni dottrinarie sul controllo nella dottrina giuspubblicistica, risalendo prima di tutto alla fundamentalità del concetto di controllo costituzionale in senso lato negli ordinamenti di derivazione liberal-democratica, per poi distinguere le attività di controllo che individuano potere (attuale o potenziale) da quelle che segnalano mera influenza.

Il concetto di controllo in ambito costituzionalistico evidenzia, infatti, una pluralità di significati che divengono più precisi più si approfondiscono gli strumenti utilizzati per l'esplicazione dello stesso nell'ambito del sistema di interrelazioni che coinvolgono dinamicamente i singoli soggetti istituzionali. Nell'ipotesi di lavoro che conduce queste note la nozione di controllo costituzionale in generale appare avere un significato molto lato, che si connette alle nozioni di equilibrio e di limite, e due più specifici, collegati da un lato alle nozioni

di potere e di influenza, dall'altro a quella di vigilanza. Per l'impostazione della ricerca e la decodificazione dei piani della stessa risulta – come si è osservato – indispensabile approfondire questi differenti significati, inserendoli nel parco concettuale utilizzato dai costituzionalisti e caratterizzato dalle nozioni di forma di Stato, regime e forma di governo¹.

Come ovvio, l'equilibrio costituzionale, alla cui base si pone la tradizione classica della costituzione mista e degli ordinamenti liberali e democratici, presuppone da un lato che i singoli organi costituzionali esplicino le proprie funzioni nell'ambito delle competenze che loro vengono attribuite, dall'altro che esista un sistema di freni e contrappesi che si sostanziano anche in controlli reciproci e, nello Stato costituzionale, in un controllo giurisdizionale apposito. Le funzioni pubbliche non esercitate in modo diretto, ma sulla base di una investitura elettiva, comportano da un lato responsabilità in capo dell'agente e possibilità di controllo da parte dell'autore. Il tipo di rapporto stabilito tra autore ed agente definisce il tipo di responsabilità, che lega i soggetti e gli strumenti di controllo che possono essere attivati. Nell'ambito della politicità è possibile pensare una responsabilità di tipo fiduciario (che normalmente viene definita politica) ed una di tipo giuridico, con la possibilità di far valere in maniera differenziata il controllo da parte dell'attore sull'agente.

La nozione di controllo costituzionale in senso generale si collega dunque teoricamente al concetto di equilibrio e si concretizza in maniera specifica nei singoli ordinamenti sulla base della teoria legittimante lo stesso. In questa prospettiva l'inserimento o meno del demos (popolo) all'interno degli organi costituzionali e la dipendenza di tutti gli organi attivi (e al limite di garanzia) dal suffragio comporta importanti conseguenze per la teoria e la pratica istituzionale.

Sottolineo questo punto, perché le classiche nozioni di forma di Stato e di regime, all'interno delle quali si muovono gli assetti delle singole forme di governo, devono essere distinte tipologicamente al fine di non commettere erronee sovrapposizioni. Ne consegue che risulta opportuno sottolineare come sia il significato di controllo in senso lato e sia quelli specifici assumano un senso differente in periodi diversi dello sviluppo dello Stato moderno e contemporaneo e debbano essere valutati in maniera distinta.

2. Gli ordinamenti democratici e l'esercizio delle funzioni pubbliche

Se dunque si restringe il campo dell'indagine agli ordinamenti democratici, ovvero agli ordinamenti caratterizzati da massima inclusione e standard di libertà di espressione della volontà dei componenti degli stessi, i soggetti costituzionali contribuiscono in maniera specifica all'esercizio delle principali funzioni dell'ordinamento.

Com'è noto, per un'importante dottrina le funzioni pubbliche rappresentano l'estrinsecazione di una serie di poteri omogenei nelle finalità e possono essere classificati come:

a) funzioni attive (ovvero attività che giungono a decisioni produttive di mutamenti nell'ordinamento);

¹ V. F. *Stato (forme di)*, in "Enciclopedia del diritto", vol. XLIII, pp.796 ss.

b) funzioni consultive (ovvero attività create allo scopo di fornire notizie, pareri e suggerimenti);

c) funzioni di controllo (ovvero attività per l'accertamento della regolarità e della convenienza delle decisioni dei poteri attivi)².

Una simile tripartizione in realtà non tiene conto del fatto che gli organi costituzionali possono esperire vari tipi di funzioni, cosicché alle funzioni attive si affiancano quelle di controllo sulla base non tanto del principio della separazione, ma piuttosto di quello della distribuzione delle funzioni, cui deve corrispondere un equilibrio interno ed esterno ai singoli organi ³[Silvestri].

Per la determinazione della statica e della dinamica della forma di governo le classificazioni più tradizionali si limitano a coinvolgere soltanto gli organi attivi, tuttavia è la stessa politicità delle funzioni pubbliche che invita ad una articolazione più complessa.

L'esame delle cosiddette funzioni costituzionali attive (costituente, di revisione costituzionale, normativa, esecutiva, di indirizzo politico) evidenzia, in effetti, come all'esercizio delle stesse corrisponda, sulla base del principio dell'equilibrio, l'espressione di un controllo reciproco che coinvolge il demos (rappresentato dal Corpo elettorale), il Parlamento, il Governo, il Capo dello Stato e la stessa giurisdizione costituzionale.

Esistono dunque vari tipi di controlli che coinvolgono i sopraddetti organi costituzionali: popolari; parlamentari; del Capo dello Stato; del Governo; della Corte costituzionale. Come ovvio, l'individuazione e la distribuzione delle funzioni tra i soggetti costituzionali costituisce un elemento scriminante per l'analisi, connettendosi, sulla base della bussola costituzionalistica, con il principio di legittimazione che si pone alla base dei singoli ordinamenti e con la sua pratica applicazione.

3. Il Corpo elettorale

Nell'articolazione di questo Convegno c'è un esplicito riferimento al Corpo elettorale, ma è significativo che la normativa italiana, costituzionale ed ordinaria, non lo preveda. Si tratta in effetti di una costruzione dottrinale che presenta una duplicità di riferimenti. Da un lato essa evidenzia una serie di trasferimenti collegati alla teoria collegiale di origine amministrativistica e si connette con la espressione della volontà individuale in decisioni collettive nell'ambito di un procedimento minimamente strutturato; dall'altro la nozione si inserisce nell'ambito della *formola politica*, che giustifica il rapporto *comando - obbedienza* invalente nell'ordinamento.

Sotto il profilo costituzionalistico il *popolo* costituisce un riferimento originario obbligato. Nel nostro ordinamento, al *popolo* viene, infatti, attribuita la titolarità della sovranità, il cui esercizio avviene nelle forme e nei limiti della Costituzione (art. 1, comma 2, ma anche art. 71, comma 2 per l'iniziativa delle leggi e gli artt. 101,1 e 102,3 sull'ordinamento giurisdizionale). Anche il demos (ovvero il popolo) è però una categoria che deve essere delimitata opportunamente attraverso una serie di necessarie specificazioni. Prima di tutto il popolo non è la moltitudine (*foule; mob*)

² V. C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova Cedam, 1975, vol. I, pp. 293 ss

³ V.G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, Milano, Giuffè, 1979-1984, *passim*.

disorganizzata, cui fanno riferimento – ad es. – le riflessioni di Negri e Hardt⁴, ma il complesso personale dell'ordinamento dallo stesso individuato. In secondo luogo il popolo che esercita i poteri a lui attribuiti dalla Costituzione non è l'indifferenziato elemento personale dell'ordinamento comprendente cittadini e non cittadini viventi nel territorio (popolazione, a cui si fa riferimento all'art. 132 Cost. per il referendum territoriale), e neppure il complesso dei cittadini residenti o meno sul territorio nazionale. Il popolo come *demos* politico è invece individuabile nei cittadini politicamente attivi di cui all'art. 48 della Cost., che però li tratta come elettori (ovvero come cittadini aventi diritto al voto) e non come collegio (su questo si v. anche l'art. 75 Cost. a proposito del referendum abrogativo). E sono ancora i cittadini (e per alcuni anche i non cittadini politicamente attivi, ma non certo gli stranieri) che – ai sensi dell'art. 49 – si associano liberamente in partiti per concorrere a determinare la *politica nazionale*.

E' tuttavia significativo che, a mia conoscenza, il Corpo elettorale non venga però mai citato esplicitamente negli atti normativi del Regno o della Repubblica, se si esclude per l'art. 46 del Regio decreto 2 settembre 1928, n. 1993, *Approvazione del testo unico della legge elettorale politica* (collegato alla Legge 17 maggio 1928, n. 1019, art. 2 *sulla riforma della rappresentanza politica*), che prevedeva che “La elezione dei deputati [aveva] luogo: 1° con la proposta degli enti indicati negli articoli 47; 2° con la designazione del Gran Consiglio nazionale del Fascismo; 3° con l'approvazione del Corpo elettorale [corsivo mio]”. E' vero che l'art.1 della *l. 18 novembre 1923, n.2444 (modificazioni alla legge elettorale politica, testo unico 2 settembre 1919, n. 1495)* inseriva la dizione collegio elettorale come sinonimo di corpo elettorale, in rotta di avvicinamento con la precedentemente citata legge del 1928, ma il significato della disposizione rientra ancora nell'ambito della terminologia liberale oligarchica, così come evidenziato dalla stessa legge 122/1925, che introduceva il sistema uninominale maggioritario ad un solo turno all'interno dell'ordinamento.

Nell'art. 1 del *decreto legislativo luogotenenziale 16 marzo 1946, n. 98* si recitava invece che era “il popolo chiamato a decidere mediante referendum sulla forma istituzionale dello Stato (Repubblica o Monarchia)”, mentre all'art. 2 dello stesso decreto si faceva riferimento alla maggioranza degli elettori votanti per ipotizzare le conseguenze di una vittoria della opzione repubblicana.

La nozione di Corpo elettorale è stata utilizzata, dunque, in un senso più generale ed in un altro più specifico. Già Palma e poi – ad es. – Brunialti, Orlando e altri, fino ad arrivare a Mortati, avevano evidenziato la necessità di attribuire ad un collegio l'espressione di volontà che i singoli aventi diritto al voto assumono⁵. Esiste – però – una palese scissione nell'uso del termine. A livello di formula politica per alcuni il Corpo elettorale, come recentemente ha anche sostenuto Emilio Gentile, evoca la metafora della “corporizzazione del popolo sovrano nelle persone degli elettori, almeno al momento del voto”⁶, per altri l'uso più tecnico configura un collegio unico o

⁴ V. M. Hardt-A. Negri, *Multitude, War and Democracy in the Age of Empire*, New York, The Penguin Press, 2004, passim.

⁵ V. L. Palma, *Del potere elettorale negli Stati liberi*, Milano, Treves, 1869, pp.12 ss.; V.E. Orlando, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, Barbera, 1889, p.69 ss; A. Brunialti, *Il diritto costituzionale e la politica nella scienza e nelle istituzioni*, Torino, Utet, 1896, vol. I, p.321; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, cit.p.438.

⁶ V. E. Gentile, “*In democrazia il popolo è sempre sovrano*”. *Falso!* Roma-Bari, Laterza, 2016, p. 122.

plurimo.

Nel primo caso, al di là dei richiami montesquieuiani al popolo “*en corps*”[C. De Montesquieu, *Ésprit des lois*, *liv. II, ch. II*] o a quelli roussoviani ribaditi ancora recentemente da Musolff⁷, si tratta di una evidente secolarizzazione di temi teologici⁸, cosicché il corpo mistico del popolo si identifica con la parte dei cittadini politicamente attivi, ma nello stesso tempo evidenzia la difficoltà già sottolineata – ad es. da Seydel – per la giustificazione giuridica di formule politiche che non siano di tipo personale⁹. La sovranità monarchica intestata ad una persona ha infatti molti meno problemi di quanto non abbia quella popolare, oppure quella parlamentare, o della nazione o dello Stato¹⁰.

Nel secondo caso invece, soprattutto in sede giurisdizionale, l’uso è più limitato al dato tecnico di un collegio che deve esprimere la propria volontà individuale e può porsi su livelli differenziati sulla base dell’estensione ed articolazione dello stesso (si v. ad es. le sentt. della Corte cost. 19/56; 43/61; 57/63; ma anche per la responsabilità politica la sent. 89/59; tutti elementi rilevabili anche nella normativa relativa alle circoscrizioni elettorali denominate collegi).

La Corte costituzionale fa riferimento al Corpo elettorale sia sul piano unitario sul piano nazionale, sia sul livello subnazionale, sia infine a frazioni dello stesso, laicizzando opportunamente la nozione. Ed è significativo quindi che nella sentenza 1/14 la Corte costituzionale affermi in materia di rapporto tra sovranità popolare e rappresentanza che le norme della l. 270/2005 “producono una eccessiva divaricazione tra la composizione dell’organo della rappresentanza politica, che è al centro del sistema di democrazia rappresentativa e della forma di governo parlamentare prefigurati dalla Costituzione, e la volontà dei cittadini espressa attraverso il voto, che costituisce il principale strumento di manifestazione della sovranità popolare, secondo l’art. 1, secondo comma, Cost.”. Nella sentenza 35/17 si afferma in maniera più precisa la distinzione tra livelli. In relazione all’art.56, quarto comma Cost., il giudice delle leggi osserva che “la ripartizione in circoscrizioni non fa venir meno l’unità del Corpo elettorale nazionale essendo le singole circoscrizioni altrettante articolazioni di queste nelle varie parti del territorio”; mentre utilizza la dizione *corpo degli elettori appartenenti ad un determinato collegio* per individuare i componenti di queste ultime.

Ma se la stessa Corte laicizza il Corpo elettorale e lo riduce al collegio più importante in cui si prendono decisioni deliberative ed elettive, rimane aperto il tema di quale sia il rapporto tra collegio elettorale in cui agisce il demos politico nazionale e lo Stato apparato. In questa prospettiva le costruzioni dommatiche sono fortemente condizionate da principi e valori storicamente datati. Il rapporto società politica e istituzioni, dove nel primo esistono i rapporti di potere di fatto e nelle seconde quelle legali, si sovrappone alla teoria dello Stato tedesca dove il suffragio veniva visto come una funzione e l’espressione dello stesso incamerata dalla struttura autoritaria dell’ordinamento. La dualità Stato apparato – Stato comunità che Mortati sovrapponeva a quella autorità – individuo (ma già questo è significativo dell’accumularsi delle

⁷ V. A. Musolff, *Political Metaphor Analysis. Discourse and Scenarios*, London-New York, Bloomsbury Academic, p.66.

⁸ V. C. Schmitt, *Politisches Theologie*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, p.43

⁹ V.M.v. Seydel *Statsrechtliche und politische Abhandlungen*, Freiburg und Leipzig, Mohr, 1893, pp.2 ss.

¹⁰ V.C. Mortati, *art.1, in Commentario della Costituzione Branca*, Bologna, Zanichelli, 1975.

prospettive in un Autore attento al dato di teoria generale), rende ancora più importante la prospettazione delle regole procedurali che caratterizzano gli *standard* minimi di democraticità di un ordinamento democratico nella espressione e nella trasmissione della volontà del demos (Corpo elettorale) attraverso le votazioni elettive e deliberative¹¹.

4. Le votazioni pubblicistiche

Gli ordinamenti pubblicistici liberali e democratici contemporanei sono caratterizzati da tecniche di decisione collettive che si concretano in procedure di votazione per proporre individui a cariche autoritative (elezioni) o per decidere su singole questioni (referendum). Le decisioni collettive degli ordinamenti pubblicistici, che non si basano sulla mera acclamazione, possono dunque distinguersi in votazioni deliberative e in votazioni elettive¹².

Una simile distinzione pone in evidenza la centralità delle votazioni sia come metodo per la presa di decisioni, sia come procedimento¹³, che coinvolge in modo stretto diritti fondamentali dei singoli cittadini. Le istituzioni (e quindi le procedure che le caratterizzano) costituiscono, infatti, selezioni di opportunità e le votazioni rappresentano in modo plastico la riduzione della complessità attraverso l'individuazione di regole sulla produzione delle decisioni collettive da osservarsi normativamente. In questo specifico ambito concettuale «votare» significa, quindi, l'espressione della volontà del singolo (individuo o gruppo) all'interno di un procedimento minimamente strutturato al fine di pervenire a decisioni collettive di tipo deliberativo o elettivo.

In entrambi i casi per la presa delle decisioni (elettive o deliberative) di tipo pubblicistico si richiede l'adozione tendenziale del principio maggioritario, temperato – negli ordinamenti democratici – da quello del rispetto delle minoranze.

La votazione individua non soltanto l'atto di volontà espresso dai singoli aventi diritto al voto che confluisce in una decisione collegiale, ma anche il procedimento all'interno del quale lo stesso viene ad estrinsecarsi. Ne consegue che, nell'ambito di una concezione procedurale della democrazia, la stessa finisce per concretizzarsi in e solo in votazioni, come espressione della volontà del singolo all'interno dell'unità collegiale. Il concetto di votazione viene quindi a porsi alla base degli attuali ordinamenti di democrazia pluralistica, ma in generale costituisce un momento fondamentale anche per altre forme di Stato e per gli stessi collegi di natura privatistica.

La dottrina ha, in proposito, individuato un concetto tecnico ed uno qualitativo di votazione, dove solo in quest'ultimo caso l'espressione formale della scelta del singolo avente diritto si sostanzia in un vero e proprio atto di libera volontà e come tale deve corrispondere a specifici requisiti.

Al di là del tema della massima estensione del diritto di voto per gli appartenenti all'ordinamento, sotto la prospettiva qualitativa gli standards minimi che distinguono una

¹¹ V. C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, cit.

¹² V.F. Lanchester, *Gli strumenti della democrazia*, Milano, Giuffrè, 2014, pp.121 ss.

¹³ V.G. Ferrari, *Elezioni: teoria generale*, in "Enciclopedia del diritto", vol.XIV, pp.621 ss.

votazione democratica da una meramente tecnica sono: da un lato l'esistenza della possibilità di essere informati e di informare nell'ambito di una competizione pluralistica; dall'altro la possibilità di esprimere senza costrizione il suffragio nella certezza che lo stesso venga valutato in modo corretto. Nel campo delle votazioni elettive di tipo pubblicistico pluralismo nell'offerta e nella domanda individuano un'arena in cui tutti i soggetti dovrebbero muoversi su un piano di parità tendenziale. Questa struttura ideale del mercato elettorale risulta in concreto distorta dalla presenza di diseguaglianze nel potere di fatto, ma le normative degli ordinamenti di democrazia pluralistica tendono ad evitare eccessive asimmetrie attraverso disposizioni atte a tutelare l'eguaglianza tendenziale delle chances.

Sotto un altro profilo le votazioni democratiche si condensano in procedure formali complesse, che assicurano la regolarità del procedimento da parte dell'ordinamento sin dall'iscrizione nelle liste elettorali degli aventi diritto al voto fino ad arrivare alle fasi dello scrutinio e della proclamazione dei risultati. La complessità dello stesso procedimento è tale che risulta opportuno ricordare come, nell'ambito degli stessi ordinamenti di democrazia pluralistica, l'esercizio del diritto di voto da parte dei singoli costituisca un'attività che, per quanto riguarda il corpo elettorale, solo da pochi decenni ha assunto caratteri di certezza tendenziale.

5. I controlli popolari e la loro incidenza

Al demos politico (Corpo elettorale) sono dunque attribuiti, sulla base del principio della divisione del lavoro, sia funzioni deliberative dirette sia quello che Sieyes chiamava *pouvoir committant*, ovvero la possibilità di eleggere sia i rappresentanti incaricati di occuparsi del procedimento di redazione dell'assetto costituzionale fondamentale, sia della gestione ordinaria dello stesso. A questa azione attiva del demos, che si sostanzia in votazioni dei cittadini politicamente attivi (ovvero in elezioni e in referendum), corrispondono controlli popolari successivi sempre caratterizzati da votazioni (soprattutto di tipo elettivo) o da un controllo diffuso (lo si potrebbe chiamare controllo dell'opinione pubblica), che nella sua forma più moderna si concretizza nei sondaggi d'opinione.

Nell'ambito di una simile ricostruzione possiedono rilevanza giuridica diretta solo gli indirizzi ed i controlli derivanti dalle votazioni elettive e deliberative.

La molteplicità delle funzioni svolte dalle votazioni si evidenzia in maniera concreta negli ordinamenti democratici di massa: le votazioni elettive non hanno, infatti, soltanto il compito di proporre individui a cariche autoritative (Mill), ma individuano (in determinati contesti) una scelta di partiti, programmi e *leaders* e prevedono necessariamente anche un controllo sull'attività precedenti (Bagehot). L'indispensabile concorso dei cittadini (associati liberamente in partiti) all'attività di individuazione della politica nazionale, che si sostanzierà nell'ambito del circuito istituzionale nel concreto indirizzo politico, evidenzia però solo una parte delle funzioni espresse dalle votazioni pubblicistiche. D'altro canto il rapporto rappresentativo, che si istituisce tra eletti e corpo elettorale, individua di solito il divieto di mandato imperativo e l'adozione del meccanismo di responsabilità politica ovvero di un controllo da parte degli elettori sugli

eletti allo scadere del mandato attraverso la sanzione della eventuale non rielezione.

Negli ordinamenti che adottano una differente concezione del rapporto rappresentativo, intendendolo come mandato sulla base di una concezione specifica della democrazia, il controllo in questione può, invece, essere operato secondo determinate procedure in maniera da "richiamare" l'eletto che non si sia conformato alle "istruzioni" del Corpo elettorale. Il *Recall* e l'*Abberufungsrecht* evidenziano il processo di rimozione dalla carica elettiva di un eletto, o al limite dell'intera Assemblea, che non siano più in possesso della fiducia dell'elettorato. Il processo in questione – che, ad es. negli Stati Uniti (a livello statale), si sostanzia in una *petition* e poi nella votazione di richiamo – evidenzia la fase della verifica del comportamento e quella della sanzione.

Gli strumenti del referendum e dell'iniziativa si inseriscono nell'ambito di questa concezione del controllo costituzionale popolare che contrasta con la tradizionale idea della rappresentanza *whig*, prospettata da Burke e basata su una sostanziale trasposizione dell'istituto del *trust* in ambito politico. La teoria della responsabilità e della distinzione, tipica della teoria rappresentativa dello Stato monoclasse, verrà in seguito posta in crisi dalla estensione del suffragio, dalla adozione di strumenti istituzionali tipici della democrazia diretta e dalla presenza dei partiti.

La tensione tra concezione tradizionale della rappresentanza e l'ideale della democrazia diretta e partecipata si concreta in un controllo standard a consuntivo ed altri attivabili a domanda durante la legislatura. In questa specifica prospettiva il controllo diffuso attraverso la cosiddetta opinione pubblica (su cui si sono soffermati a loro tempo sia Schmitt sia Habermas) oggi si estrinseca attraverso canali differenti da quello tradizionale della stampa. Il mezzo radio - televisivo e, oggi, lo strumento informatico si collegano con il sondaggio di opinione per costituire una panoplia di controlli che non attivano soltanto il meccanismo della responsabilità politica nella fase elettorale, ma condizionano in maniera peculiare la stessa attività di coloro che sono investiti da cariche autoritative elettive o non.

Nell'ambito di questa nuova realtà del controllo popolare in senso lato (che non esclude i pericoli della manipolazione) non soltanto la prospettiva fiduciaria della rappresentanza tradizionale viene ridotta con un contrasto stridente tra legittimità popolare e legittimità parlamentare, ma lo stesso esecutivo viene a trovarsi in una situazione di ridotta autonomia. Il controllo "politico" periodico sembra infatti essere ormai sostituito dal controllo "plebiscitario" di tutti i giorni, soggetto a sua volta agli accennati meccanismi di manipolazione derivanti dalla politica di massa.

6. La vicenda italiana tra ipercinetismo e sregolazione

La vicenda italiana del Corpo elettorale (come complesso dei cittadini che godono dei diritti politici) e dei tradizionali strumenti procedimentali messi a sua disposizione si è sviluppata nel corso di tre periodi politicamente significativi (1948-1993; 1994-2011; 2011- 2017) che hanno visto il demos politico condizionato dal *bipartitismo imperfetto*, dal *bipolarismo imperfetto* e poi dal *bipersonalismo imperfetto*. Il circuito democratico, descritto dal costituente sulla base degli artt. 1, 3 primo comma, 48, 49, 51, 56, 57, 67 e 94 Cost., è stato interpretato in relazione al concreto

disporsi del consenso. Le formule precedentemente utilizzate descrivono in modo sintetico ed impressivo situazioni in cui la peculiarità di un ordinamento caratterizzato da adesione dell'elettorato per partiti o liste non completamente legittimate dai *partners* costituisce una costante. Con la crisi di "regime" del 1993 [Amato, 1993], alcuni hanno presupposto una normalizzazione del conflitto politico italiano e hanno proposto l'adozione di meccanismi istituzionali forti al fine distabilizzare la dinamica istituzionale (Ceccanti). Questa ipotesi si è rivelata non fondata ed ha portato ad una sempre più pericolosa divaricazione tra società politica e istituzioni, nel quadro di un indebolimento dello Stato sociale e della democrazia rappresentativa a livello continentale.

Gli incubi degli anni Trenta (in maniera ovviamente differenziata) si sono ripresentati nell'ambito di uno spostamento epocale degli assi geopolitici e di un indebolimento delle forme di mediazione partitico-parlamentare a favore del personalismo plebiscitario. In questa vicenda, cui il risultato del referendum del 4 dicembre 2016 ha aperto probabilmente un nuovo capitolo, si inserisce la realtà italiana di ipercinetismo istituzionale in materia elettorale che ha caratterizza in modo peculiare la recente esperienza dell'ordinamento italiano. Le modifiche elettorali del 1993 e del 2005, cui si aggiungono i meccanismi di risulta derivanti dalle Sent. n.1/2014 e 35/2017 che hanno prodotto i cosiddetti Consultellum 1 per il Senato e il Consultellum 2 per la Camera, individuano ben cinque modifiche incisive del meccanismo di trasformazione dei voti in seggi degli ultimi venticinque anni, cui dovrà seguire una sesta per l'omogeneizzazione dei due sistemi di risulta derivanti dalle sentenze della Corte, così come autorevolmente auspicato anche nella sentenza 35/2017.

Si tratta di un dato assolutamente sconosciuto in altri sistemi politico - costituzionali democratici dal secondo dopoguerra ad oggi e in generale per quelli successivi all'allargamento del suffragio. In effetti per quanto riguarda gli ordinamenti democratici sul continente europeo dell'area centro - occidentale e settentrionale negli ultimi 70 anni solo in Francia si è avuta una modifica della ragione di trasformazione del meccanismo elettorale: nel 1958 con l'introduzione del SUMADT (Sistema uninominale maggioritario a doppio turno) da parte di De Gaulle; nel 1985 con l'introduzione da parte di Mitterrand di un sistema basato su formula non maggioritaria in piccoli collegi e con il ritorno nel 1987 all'originario SUMADT.

Lo stesso può dirsi per quanto attiene agli ordinamenti dell'Europa meridionale (Grecia, Spagna e Portogallo), che hanno mantenuto le scelte operate negli anni Settanta. Come si è detto in precedenza, per quanto riguarda altri ordinamenti democratici stabili soluzione di continuità nel meccanismo elettorale sono, invece, rilevabili durante gli anni Novanta: in Nuova Zelanda (passaggio dal plurality ad un sistema simile a quello tedesco) attraverso una oculata azione che ha investito commissioni di studio, Parlamento e azione diretta del Corpo elettorale; in Giappone (passaggio dal voto unico al sistema elettorale misto-MMP: Mixed Member Proportional, che combina plurality e meccanismi di tipo speculare). Osservo, tuttavia, che in entrambi questi ordinamenti le variazioni osservabili sono state di allargamento della specularità rispetto al meccanismo elettorale precedente e che non vi è stata successivamente alcuna variazione.

Appare invece – ovviamente – più complesso e non sintetizzabile in queste note il tragitto

degli ordinamenti del settore balcanico (occidentale e orientale) e dell'Europa centro orientale, per non parlare di quelli dell'ex-impero sovietico. Mi riferisco in particolare ad alcuni ordinamenti ora dell'UE (Ungheria, Romania) ed altri esterni (Russia, Ucraina, ecc.). Se si esclude la Bielorussia (caratterizzata da un meccanismo tradizionale del socialismo reale ossia il Majority), su 19 ordinamenti dell'Europa centro-orientale ed orientale presi in considerazione 11 utilizzano sistemi basati su collegi plurinominali e formula non maggioritaria (Bulgaria, Cechia, Estonia, Lettonia, Polonia, Russia, Slovacchia, Slovenia), 8 meccanismi misti (Lituania, Ucraina, Ungheria). In Romania la legge del 2012 – prevalentemente maggioritaria – è stata dichiarata in via preventiva non conforme a Costituzione dalla Corte costituzionale. È da sottolineare in questa prospettiva, da un lato, che la maggior parte degli ordinamenti ha adottato soglie di esclusione del 4 o 5% per selezionare i cosiddetti partiti scheggia (in Ungheria esiste una normativa che alza la soglia al 10% per le coalizioni di due e al 15% per le coalizioni di tre partiti); dall'altro la intensa dinamica di assestamento di alcuni ordinamenti sia per quanto riguarda il sistema elettorale in senso stretto, sia le carenze per quanto riguarda la legislazione elettorale di contorno.

Da quanto brevemente esposto, ribadisco – dunque – che la comparazione del caso italiano per il settore del sistema elettorale in senso stretto dovrebbe essere operata piuttosto con i paesi dell'Europa centro-orientale, piuttosto che con ordinamenti che paiono essere modelli concreti, ma tuttavia distanti. Una simile impostazione potrebbe essere integrata nel caso si volesse, invece, adottare la prospettiva – invero non irrealistica – di una riduzione della qualità della democrazia rappresentativa, con il trascinarsi degli ordinamenti di democrazia stabile verso quelli a basso rendimento. E' tuttavia da sottolineare, anche in considerazione della stessa sentenza del 25 gennaio, che la caratteristica italiana del premio di maggioranza (rilevabile nel 1923, 1953, 2006-2013, 2015) costituisce un unicum a livello comparato, strettamente collegato con esigenze sistemiche. La Corte ha ritenuto ragionevole il premio alla lista che supera il 40% dei voti, ma forse l'ha fatto perché nessuna lista oramai può raggiungere una simile soglia.

7. La sentenza n. 35/17 sulla legge elettorale cd. *Italicum*

In stretta continuità con la sent. n. 1/14 la Corte costituzionale ha ribadito l'impossibilità che vi siano zone franche nel diritto costituzionale. Già con quell'intervento v'era stato un esercizio di supplenza sul circuito partitico-parlamentare ingolfato. Molti giuspubblicisti non accettano ancora oggi che la Corte possa superare attraverso un'azione di accertamento il limite del giudizio incidentale e temono che la stessa potrebbe essere spinta nell'agone politico. Tuttavia nei successivi tre anni il ceto politico parlamentare ha tentato un'operazione di innovazione che è stata respinta dal Corpo elettorale per via referendaria e per la seconda volta è dovuta intervenire la giurisdizione costituzionale.

Com'è noto, la Corte costituzionale si è recentemente pronunciata sulle questioni di legittimità costituzionale della legge elettorale n. 52 del 2015, sollevate da cinque diversi Tribunali ordinari¹⁴.

Non mi soffermo sui profili procedurali della decisione, che ha respinto le eccezioni di

¹⁴ V. su questo R. Borrello e G. Buonuono in *nomos-leattualitaneldiritto.it*, n. 3/2016.

inammissibilità proposte dall'Avvocatura generale dello Stato e la richiesta delle parti di sollevare di fronte a sé stessa la questione sulla costituzionalità del procedimento di formazione della legge elettorale¹⁵.

Nel merito, la Corte ha rigettato la questione di costituzionalità relativa alla previsione del premio di maggioranza al primo turno, sollevata dal Tribunale di Genova, e ha invece accolto le questioni, sollevate dai Tribunali di Torino, Perugia, Trieste e Genova, relative al turno di ballottaggio, dichiarando l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che lo prevedono. La Corte si è mossa nel solco della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* tedesco, che già nel 1955 dichiarò la necessità di bilanciare rappresentanza ed efficienza della stessa fissando la *Sperrklausell* al 5%. Il richiamo alla giurisprudenza tedesca evidenzia come l'intervento sul sistema elettorale abbia dei limiti che non possono essere superati penetrando nell'ambito della stessa forma di governo.

Ha inoltre accolto la questione, sollevata dagli stessi Tribunali, relativa alla disposizione che consentiva al capolista eletto in più collegi di scegliere a sua discrezione il proprio collegio d'elezione. A seguito di questa dichiarazione di incostituzionalità, sopravvive comunque, allo stato, il criterio residuale del sorteggio previsto dall'ultimo periodo, non censurato nelle ordinanze di rimessione, dell'art. 85 del d.p.r. n. 361 del 1957. In questo caso la Corte per risolvere il problema dell'immediata applicabilità del meccanismo di risulta, necessariamente indefettibile, ha fatto riferimento ad una normativa pervenuta tralaticciamente dal passato (come molte norme elettorali) ed in particolare dall'art. 101 dell'prima legge elettorale del Regno di Sardegna (Regio editto 680/1848 del 17 aprile, che deriva a sua volta dall'art. 49 della legge elettorale belga del 1831 (collegata all'art. 63 di quella francese del 1835).

La Corte ha inoltre dichiarato inammissibili o non fondate tutte le altre questioni ed ha affermato che la legge elettorale presa in considerazione è così suscettibile di immediata applicazione. Si badi bene, la Corte ha invitato nella parte finale della sent. Ad omogeneizzare i due sistemi vigenti, ma ha anche affermato, per l'indefettibilità del meccanismo elettorale, che il Consultellum 2 è applicabile. Essa ha unito, dunque, nella parte finale della sent. 35/17 il proprio monito a quello del Capo dello Stato e allo sfogo più esplicito di Monsignor Galantino, segretario della CEI, sulla peculiarità di un ceto politico che delega l'intera normativa elettorale in senso stretto alla mera attività ablativa della Corte costituzionale.

8. Le ipotesi di riforma e la necessità di intervenire sull'intero comparto delle votazioni del Corpo elettorale

Il Consultellum 1 per il Senato e Consultellum 2 per la Camera dovrebbero essere, dunque, modificati: parzialmente o rifatti *ex novo*. Questa seconda soluzione appare certamente più difficile, così come il ritorno al passato auspicato dal Pd e dalla Lega. La restaurazione del Mattarellum non può certo essere considerata come una reviviscenza automatica e quindi costituisce una decisione nuova, ambiziosa e controversa, perché avversata da molti dei *partners*

¹⁵ Sulla logica dei ricorsi v. F. Besostri, sempre sul n.3/2016 di *nomos-leattualitaneldiritto.it*.

presenti nell'arena. In realtà si tratta di una proposta interlocutoria per aprire (o chiudere) il dibattito ed anche di un vero e proprio azzardo costituzionale.

Altri pensano sia, invece, più efficace una strategia dolce che agisca invece sulla normativa di risulta delle leggi elettorali derivanti dalle decisioni della Consulta dell'ultimo triennio. L'ipotesi più probabile è la prospettazione di un meccanismo basato su formula ispirata al principio speculare e soglie di esclusione esplicite e implicite differenti.

Anche in questo caso si pongono, però, al legislatore almeno quattro problemi principali:

- il primo è quello del premio (mantenuto alla Camera e inesistente al Senato) e della differente base di distribuzione dei seggi (nazionale per la Camera; regionale-ai sensi dell'art. 57 della Cost. per il Senato);
- il secondo è costituito dall'esclusione delle coalizioni per la Camera e alla presenza delle stesse al Senato;
- il terzo è rappresentato dalle soglie diversificate di esclusione esplicita (3% per Montecitorio; 8% per Palazzo Madama, 20% per le coalizioni);
- il quarto è costituito dal problema dell'omogeneizzazione del metodo di individuazione degli eletti (anche sotto il profilo della rappresentanza di genere prevista alla Camera e non al Senato).

Ritengo dunque che l'intervento minimo di omogeneizzazione dovrebbe investire questi quattro livelli.

A. In particolare, per evitare eccessive differenziazioni nella composizione politica delle due assemblee, entrambe responsabili della concessione della fiducia al Governo, è necessario decidere se mantenere o meno il premio del 40% dei voti validi previsto alla Camera e prevedere che l'attribuzione dello stesso e la distribuzione dei seggi del Senato tra le liste venga effettuata a livello nazionale (anche per l'eventuale premio), mantenendo invece l'individuazione degli eletti all'interno delle circoscrizioni a livello regionale sulla base del dettato costituzionale di cui all'art. 57 Cost.. Durante la discussione del Porcellum la previsione vigente venne consigliata alla Presidenza della Repubblica, che la impose sulla base di una valutazione non precisa del dettato costituzionale.

B. La logica dell'esclusione delle coalizioni e la preferenza per la lista (di partito o "aperta") alla Camera confligge con l'esistenza delle coalizioni al Senato: è evidente che bisogna decidere, e che l'interesse dei partiti minori dovrebbe essere volto al superamento della proibizione delle stesse.

C. La soglia di esclusione del 3% a livello nazionale potrebbe essere – invece – mantenuta (se non addirittura aumentata al 5%) per entrambe le Camere, mentre quella dell'8% per i partiti coalizzati.

D. Si porrebbe il problema della individuazione degli eletti, che – in mancanza di una auspicabile distrettualizzazione uninominale – dovrebbe essere operata con l'adozione del voto di preferenza unico, tutelando però della preferenza di genere.

Forse la Corte avrebbe potuto tentare di operare una maggiore convergenza tra i due

meccanismi di risulta, ma in ogni caso la Corte ha giustificato il Majority Premium System, che – come si è notato – costituisce la costante dell'intervento riformistico italiano dal 1923 ad oggi, passando per il 1953, 2005 e il 2015, e questo potrebbe pesare nella trattativa delle prossime settimane.

In definitiva l'armonizzazione delle regole elettorali costituisce un tema di drammatica rilevanza costituzionale, per evitare lo sfascio programmato per raggiungere obiettivi partigiani. Se già con il Mattarellum ottenere Camere omogenee costituiva quasi una scommessa, con il Porcellum l'attribuzione del premio nazionale alla Camera dei deputati e nelle singole regioni al Senato aveva reso ancor più difficile il raggiungimento della stabilità e sacrificato di converso la rappresentanza. Certo è più semplice abolire il premio che introdurlo, in una situazione così frammentata e pericolosa, ma è anche vero che i maggiori *stakeholder* potrebbero avere l'interesse a costringere le liste minori a collegamenti forzati. In ogni caso la soluzione di assegnare i seggi a livello nazionale per entrambe le assemblee e quella di individuare gli eletti in circoscrizioni o collegi regionali per il Senato sembra dunque razionale. La scelta è tra un sistema disomogeneo o tra due differenti tipi di omogeneità: quella meno distortiva e quella caratterizzata dal premio. Nell'urgenza di provvedere a tutto, pare più facile dedicarsi ad aumentare la specularità. Le soglie rimangono, ma in alcuni casi rischiano di non esserci i soggetti partitici ma solo gruppi di potere, mentre risulta difficile l'intervento sulla legislazione elettorale di contorno relativa alla democrazia interna dei partiti per la selezione dei candidati o quella relativa alla gestione della campagna elettorale.

9. Conclusioni

Mi sono soffermato sulle conseguenze della sentenza 35/17 non soltanto per la sua scottante attualità, ma anche per la sua significatività che spiega la gravissima *impasse* in cui

è precipitato il circuito democratico ed il ruolo dei cittadini aventi diritto al voto nel nostro ordinamento.

E' il sistema elettorale in senso stretto l'ambito su cui si incentrano gli interessi maggiori delle forze politiche ed anche la ragione della distanza sempre maggiore tra elettorato e ceto politico, che con difficoltà potrà essere risolta.

Rimane l'eccezionalità di una situazione in cui il sistema elettorale in senso stretto è deciso dalla giurisdizione costituzionale e da una normativa di risulta che non solo non è armonizzata, ma che presenta aree completamente lasciate all'arbitrio dei soggetti presentatori delle liste. L'indirizzo e il controllo operato dai cittadini politicamente attivi all'interno del collegio denominato Corpo elettorale non soltanto viene ridotto ai minimi termini, ma molto spesso risulta anche falsato dall'inesistenza di regole e garanzie che corrispondano agli standard qualitativi delle democrazie pluraliste.

Negli ultimi anni la Corte costituzionale è intervenuta necessariamente nell'ambito di una norma di regime (ossia di un assetto normativo che coinvolge gli attori politicamente rilevanti), perché le disposizioni relative al sistema elettorale in senso stretto finivano per vulnerare il diritto

di voto dei singoli cittadini politicamente attivi nell'ambito di una forma di Stato costituzionale e democratica di diritto. Alcuni costituzionalisti si sono doluti per un simile intervento sia dal punto di tecnico, sia paventando conseguenze di eccessiva politicizzazione per la Corte [v. i seminari pubblicati da *Nomos-leattualitàneldiritto.it*]. Ma come ha ricordato ancora di recente Giuliano Amato, soffermandosi sul tema della autodichia, “quando in gioco ci sono le libertà e i diritti del cittadino”, “l'autonomia interna del potere politico” deve necessariamente cedere davanti all'intervento del giudice delle leggi, che ne profila i limiti della discrezionalità [v. Costantino Mortati. *Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Atti del Convegno, Padova, Cedam, 2017]. Si tratta di un recupero dell'insegnamento costituzionalistico angloamericano, ma anche della lezione dei costituzionalisti degli anni Trenta, che erano passati dalla teoria dello Stato alla teoria della costituzione (Fioravanti; Lanchester) nell'ambito di un regime autoritario a tendenza totalitaria. In quegli anni la discussione sui valori e i principi dell'ordinamento costituzionale prefigurò il tentativo di giuridicizzare il politico, che è rinvenibile nella Costituzione del 1948.

Forma di Stato e forma di regime sono in effetti due facce di una stessa medaglia, ma è il rapporto individuo - autorità che prevale quando la forma di regime (ovvero le norme, i valori, le strutture di autorità in cui agiscono gli attori politicamente rilevanti) metta in pericolo i diritti dei singoli. Tra tutela degli *standard* minimi di democraticità nell'espressione del suffragio e interessi dei *partner*, in un ordinamento liberale e democratico la scelta obbligata è in favore del cittadino avente diritto al voto. Di qui la necessità di intervento in settori che il ceto politico non sappia opportunamente regolare.

La riduzione della partecipazione politica e l'incremento del voto di protesta antisistema, la liquefazione dei partiti come organizzazioni strutturate e la loro trasformazione in formazioni personali comportano, per di più, una sempre maggiore delegittimazione delle stesse istituzioni costituzionali e il timore di fantasmi che ritornano. In tutto questo, all'esigenza di equilibrare rappresentanza e governabilità si unisce la necessità di mantenere gli *standard* minimi di democraticità del procedimento votazione (elettorale e deliberativo), soprattutto per la parte che normalmente viene considerata più importante negli ordinamenti democratici evoluti, ossia quella della legislazione di contorno.

In questa prospettiva, e facendo riferimento anche alla posizione di Costantino Mortati della fine degli anni Quaranta¹⁶, una normativa sulla individuazione con garanzie pubblicistiche degli iscritti e della selezione dei candidati potrebbe risolvere anche i problemi relativi al voto di preferenza, mentre potrebbe anche essere affrontata la oramai annosa questione della comunicazione politica e della eguaglianza delle opportunità fra i concorrenti. Né bisogna dimenticare che non soltanto di votazioni elettive ci si è occupati in queste pagine, ma anche di votazioni deliberative all'interno del *circuito democratico* da rivitalizzare.

Si tratta in sostanza di impostare un vero e proprio *Voting Act che tenga conto di tutti i profili delle votazioni pubblicistiche*. Un simile compito ovviamente non riveste solo profili tecnici, ma assume un carattere di alta politica all'interno dei principi e dei valori degli ordinamenti di democrazia pluralista. Ma i tempi sono forse troppo stretti e, quindi, è necessario accontentarsi dell'essenziale.

¹⁶ v. *Nomos-leattualitàneldiritto.it*, n.2/2015.