



Governare e' Meglio che Rappresentare?

Tommaso Edoardo **Frosini***

Sumario:

- I. Il caso: quel... "tartufo" elettorale di Alba
- II. La regola e l'eccezione nella legge sull'elezione diretta del sindaco e del consiglio comunale
- III. Il concetto di "voti validi" nell'interpretazione del Consiglio di Stato
- IV. Sull'interpretazione logico-sistematica e la "regola" del principio maggioritario
- V. Sull'interpretazione teleologica e il valore "fondamentale" della governabilità
- VI. Sui profili di incostituzionalità
- VII. Conclusione

* Ordinario di diritto pubblico comparato nell'Università di Napoli Suor Orsola Benincasa.

I. Il caso: quel... “tartufo” elettorale di Alba

Rappresentare e governare è il difficile crinale su cui si muovono le forme di governo delle democrazie contemporanee. Pertanto, i sistemi elettorali —che sono strumentali alla definizione della forma di governo— dovrebbero essere pensati e realizzati allo scopo di favorire la ricerca di un equilibrio fra le esigenze della rappresentanza e quelle della governabilità:¹ una sorta di “leale collaborazione”, per così dire, fra il pluralismo politico e l’unità dell’indirizzo politico governativo. Certo, nulla di statico e solido; pur sempre affidato alle dinamiche e alle dialettiche della politica, ma in una cornice normativa che incentiva la “leale collaborazione”, di cui si è detto.

Il caso da cui prende le mosse questo scritto sovraordina e quindi premette, per volontà giurisprudenziale, la governabilità rispetto alla rappresentanza. E lo fa a dispetto di quanto previsto e disciplinato dalla legge (e dalla Costituzione, come dirò più avanti). E’ pur vero che si tratta di un caso territorialmente circoscritto, che ha a che fare con il sistema di governo comunale, ma è sintomatico di una certa tendenza a volere produrre una torsione, piegando la lettera e lo spirito della legge, per affermare che “governare è meglio che rappresentare”. Per ottenerlo attraverso una sentenza del Consiglio di Stato, che finisce col creare un precedente su cui fondare una sorta di vincolo giurisprudenziale, e nonostante il nostro sistema giuridico non sia affatto strutturato sullo *stare decisis* di matrice anglosassone.²

Il caso nasce ad Alba: comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti, capitale storica ed economica delle Langhe, terra del famoso (e pregiato) tartufo bianco. Il 6 e 7 giugno 2009 si svolgevano le elezioni per il rinnovo della carica di sindaco e del consiglio comunale: al primo turno elettorale, nessun candidato a sindaco otteneva la maggioranza assoluta dei voti, mentre invece la otteneva un gruppo

¹ Si v., da ultimo, il fascicolo monografico, dedicato proprio al tema Rappresentare e governare, della Rivista Percorsi Costituzionali, numero 1, 2011.

² Da ultimo, *cfr.* Tar Sardegna, sezione II, 26 ottobre 2011, numero 1060, che, nel respingere un ricorso contro le elezioni comunali a Cagliari, fonda la sua decisione proprio sulla giurisprudenza del Consiglio di Stato (ma v. già in tal senso altri pronunciamenti di Tar). Sul tema, v. ora E. Follieri, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, nel sito web: www.giustamm.it.

di liste tra loro collegate. I due candidati a sindaco più votati andavano al secondo turno elettorale cd. di “ballottaggio”, e veniva eletto quel candidato sostenuto da quelle liste che non avevano ottenuto la maggioranza assoluta al primo turno. La legge —d.lgs. 18 agosto 2000, numero 267 (*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*, d'ora in poi: T.U.E.L.)— che regola l'elezione (diretta) del sindaco e del consiglio per i comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti, prevede, all'articolo 73, comma 10, seconda alinea, che alla lista o al gruppo di liste collegate al candidato sindaco eletto al secondo turno viene assegnato il 60 per cento dei seggi del consiglio (a meno che non abbiano già conseguito, al primo turno, almeno il 60 per cento dei seggi del consiglio), «*sempreché 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*». Come in effetti è avvenuto.

Senonché l'Ufficio centrale elettorale di Alba ha ritenuto di dovere procedere all'attribuzione dei seggi in consiglio comunale sulla base del calcolo —ai fini della determinazione del 50 per cento, quale percentuale che esclude l'attribuzione del premio di maggioranza ex articolo 73, comma 10, del T.U.E.L.— costituito da tutti i voti validi espressi dagli elettori e non solo da quelli riportati dalle singole liste, nel primo turno di votazione. Ciò ha comportato un abbassamento della soglia di percentuale in capo alle liste collegate al candidato sconfitto al ballottaggio e, quindi, l'attribuzione del premio di maggioranza del 60 per cento in favore delle liste collegate al candidato eletto sindaco.

Avverso le operazioni elettorali dell'ufficio elettorale veniva proposto ricorso al TAR per il Piemonte, da parte di alcuni candidati, in contestazione all'attribuzione del cd. premio di maggioranza alle liste (avversarie) collegate con il candidato sindaco eletto al secondo turno di ballottaggio. Il TAR Piemonte, con sentenza numero 2316 del 2009, respingeva la tesi dei ricorrenti, secondo cui il calcolo della percentuale del 50% in favore delle liste collegate al candidato sindaco non eletto dovesse eseguirsi sul montante costituito dai soli voti validi di lista, ritenendo dunque corretto l'operato dell'ufficio elettorale, il quale aveva assunto a base di calcolo anche i voti validi espressi al primo turno nell'elezione per il sindaco.

Veniva fatto appello in Consiglio di Stato, chiedendo l'annullamento e la riforma della decisione del giudice di prime cure. Il Consiglio di Stato, sezione V, decideva il 2 marzo 2010, con sentenza numero

3022, confermando il pronunciamento del TAR Piemonte, fornendo una serie di motivazioni e svolgendo alcuni ragionamenti che saranno oggetto di analisi critica in questo scritto. Va altresì detto, che questa decisione del Consiglio di Stato si iscrive in un recente attivismo dello stesso organo di giustizia amministrativa in tema di elezioni e di applicazione/interpretazione delle leggi elettorali³.

II. La regola e l'eccezione nella legge sull'elezione diretta del sindaco e del consiglio comunale

Innanzitutto, un sintetico quadro normativo⁴. La legge che regola l'elezione del sindaco e quindi del consiglio comunale distingue i comuni con meno ovvero con più di 15.000 abitanti. Da ciò ne consegue una diversa disciplina elettorale, specialmente per quanto attiene alla rappresentanza in seno al consiglio comunale. Una significativa differenza consiste nel voto congiunto, per così dire, nei comuni con meno di 15.000 abitanti, in cui il voto per il sindaco è attribuito anche alla lista a esso collegato e viceversa. Quindi, nei comuni con meno di 15.000 abitanti, il voto è unitario, nel senso che l'elettore può votare solo il sindaco ma implicitamente attribuisce anche il voto alla lista che sostiene il sindaco votato; può altresì votare solo la lista, ma così facendo automaticamente vota anche per il candidato sindaco sostenuto dalla lista che ha votato.

Ben altro sistema regola l'elezione del sindaco e del consiglio comunale nei comuni con più di 15.000 abitanti. In questo caso il voto

³ Si v. la vicenda delle elezioni regionali in Piemonte, risolta con pronuncia del Consiglio di Stato: su cui, J. Luther, *La ricerca della giustizia elettorale: "dramma" piemontese per legislatori, amministratori, giudici e scienziati e coro, in tre atti* e L. Trucco, *Le elezioni regionali piemontesi davanti ai giudici*, entrambi in *Rassegna Parlamentare*, numero 3, 2011, 645-708. V. altresì la vicenda dell'attribuzione dei seggi nel Parlamento europeo: su cui, C. Fusaro, *Quando il Consiglio di Stato irride alla Corte costituzionale ovvero gli sberleffi di Palazzo Spada alla Consulta (e alla ragione)*, in *Quaderni Costituzionali*, numero 3, 2011, 657-660. Più in generale, v. R. Rolli e F. Gelsomino, *I contenziosi in materia elettorale alla luce delle più recenti evoluzioni legislative*, nel sito web: www.giustamm.it.

⁴ Per una maggiore disamina, v. R. Balduzzi e P. Costanzo, *Commento al Capo I della legge numero 81 del 1993 (articolo 128, supplemento)*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1996; più recentemente, cfr. T. E. Frosini, *Forme di governo e partecipazione popolare*, terza ed., Torino, 2008, pp. 155-184.

può essere *disgiunto*. Ovvero: l'elettore può decidere di votare per un candidato sindaco e contestualmente di votare per una lista che non è collegata al candidato sindaco votato ma addirittura si presenta in opposizione a questo. L'elettore, insomma può esprimere due voti (cd. *split voting*) a beneficio rispettivamente di sindaco e lista elettorale per il consiglio comunale. E i due voti possono essere, ai sensi dell'articolo 72, comma 3, T.U.E.L., disgiunti, e cioè «*Ciascun elettore può altresì votare per un candidato alla carica di sindaco, anche non collegato alla lista prescelta, tracciando un segno sul relativo rettangolo*».

L'aspetto che si ritiene essere rilevante è quello del *voto disgiunto*. Il legislatore lo ha previsto e disciplinato in ossequio alla libertà di voto ex articolo 48 Costituzionale, nel senso di potere consentire l'esercizio di una facoltà, quale quella di votare un candidato alla carica di sindaco ma parimenti di potere veicolare altrove politicamente il proprio voto per la rappresentanza in consiglio comunale.⁵ La *ratio legis* è quella di consentire di potere tenere separato il voto per il governo del comune, attraverso l'elezione diretta del sindaco, e il voto per la rappresentanza in consiglio comunale, attraverso l'elezione dei consiglieri appartenenti a liste, che possono essere anche in opposizione al sindaco prescelto. In effetti, si tratta di due voti, sindaco e consiglio comunale, che hanno finalità ben distinte: da un lato la scelta del governo, dall'altro il mandato per la rappresentanza. Si tratta di una forma di separazione del potere, per evitare un accentramento dello stesso, in un sistema fondato sull'elezione diretta dell'esecutivo, che ha già di suo una particolare forza legittimante, che può essere temperata attraverso il meccanismo del cd. "governo diviso", che consiste nella coabitazione fra il governo di un certo colore politico e la maggioranza parlamentare del colore politico opposto.

Gli americani la chiamano *Lame duck*. Il termine sarebbe stato utilizzato per la prima volta contro il Presidente James Buchanan, per stigmatizzare la mancanza d'iniziativa con la quale egli assistette all'aggravarsi della crisi che sarebbe sfociata nella guerra di secessione. Oggi viene utilizzato sul piano politico-istituzionale per definire quella situazione in cui il Presidente ha una maggioranza a lui politicamente avversa in Congresso. In Italia, è "anatra zoppa" quel sindaco

⁵ Sul punto, da ultimo, v. L. Trucco, *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, Torino, 2011, 432.

eletto direttamente che non ha dalla sua la maggioranza del Consiglio, perché il voto ha premiato le liste e i partiti che non lo sostenevano.⁶

Sia chiaro, che tutto ciò è comunque legato alle dinamiche elettorali: ovvero saranno solo gli elettori a scegliere, con il voto, se collegare, oppure no, una maggioranza, in termini di seggi, al governo che sia espressione politica della stessa maggioranza. E si possono altresì prevedere dei “premi” in termini elettorali per favorire il formarsi di una maggioranza che sia legata al governo⁷; ma non si può impedire che gli elettori possano volere e votare per un capo del governo e poi per una lista elettorale che non appoggi quel candidato alla guida del governo. Una normativa che prevedesse e disciplinasse l’obbligatorietà e la vincolatività del voto per la rappresentanza con quello per il governo apparirebbe assai lesiva di norme costituzionali, quali soprattutto l’articolo 1 e l’articolo 48 Costituzionale

Certo, se è vero che i due voti si esprimono con l’utilizzazione di una unica scheda, a norma dell’articolo 72, comma 3, primo periodo, del T.U.E.L., è però altrettanto vero che le due elezioni —sindaco e consiglio comunale— seguono a voti espressi secondo regole diverse e che vanno conteggiati separatamente. In particolare, è stabilito che il voto alla lista viene manifestato tracciando un segno sul simbolo della lista prescelta: così dispone l’articolo 73, comma 3. Ed è perciò soltanto con tali voti che si ottiene la cifra elettorale delle singole liste. Vale a dire con i voti manifestati, non con altre espressioni di volontà non palesate nel modo stabilito (in tal senso, Cons. Stato, sezione V, 27 ottobre 2005, numero 6002).

Conseguenza del voto disgiunto può essere il formarsi di una maggioranza, in consiglio, politicamente alternativa a quella di cui il sindaco è espressione. Il punto è colto esattamente dalla Corte costituzionale, nella sentenza numero 107 del 1996 (conf. ordinanza numero 305 del 2004), laddove scrive: «*L’ammisibilità del voto disgiunto comporta conseguentemente che è ben possibile che in consiglio vi sia una maggioranza contrapposta al sindaco, come anche che vi sia una situazione di equilibrio tra consiglieri eletti nella lista o nelle liste collegate al sindaco*

⁶ T. E. Frosini, *Non sparate sull’anatra zoppa!*, in *Quaderni Costituzionali*, numero 3, 2011, 661-664.

⁷ Sulle varie tipologie di “premi” elettorali, cfr. *Il premio di maggioranza. Origini, implicazioni e applicazioni di una peculiarità italiana*, a cura di A. Chiamonte e G. Tarli Barbieri, Roma, 2011.

e consiglieri eletti in altre liste» (nello stesso identico modo si esprime il Consiglio di Stato, sezione V, 2 febbraio 2010, numero 1519).

Se una lista, ovvero una serie di liste tra loro collegate, riuscisse a ottenere, in virtù del voto disgiunto, la fiducia maggioritaria del corpo elettorale, al punto di arrivare a un consenso superiore al 50 per cento dei voti, ha il diritto di essere maggioranza in seno all'organo rappresentativo, come stabilito dall'articolo 73, comma 10, T.U.E.L.: «*sempreché 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*». Se, poi, il sindaco eletto al secondo turno dovesse trovarsi, a seguito di quanto detto prima, una maggioranza in consiglio “non amica”, ovvero politicamente a lui contrapposta, ebbene, il sindaco dovrà dispiegare tutte le sue capacità politiche per riuscire a trovare, volta per volta, un sostegno maggioritario in consiglio. «*In questa situazione —scrive ancora la Corte costituzionale nella sentenza da ultimo ricordata (numero 107 del 1996)— il sindaco dovrà cercare una maggioranza in consiglio perché l'elettorato, utilizzando la possibilità del voto disgiunto, non gliel'ha assicurata. Ed il legislatore ha ritenuto di non dovere alterare tale situazione che riflette il possibile (e legittimo) scostamento tra il livello dei consensi confluiti sul candidato sindaco e quelli raccolti dalla lista (o dalle liste) ad esso collegata*».

Quindi: nell'ipotesi, sia pure infrequente, di una asimmetria, per così dire, tra il voto per il sindaco e il voto per la rappresentanza in consiglio, si applica quanto disposto dall'articolo 73, comma 10, T.U.E.L., nella parte in cui stabilisce che la distribuzione dei seggi consiliari avviene con formula elettorale proporzionale, senza nessuna assegnazione di “premi” elettorali, quando il sindaco è eletto al secondo turno, e una lista o un gruppo di liste collegate al primo turno – anche in assenza di collegamento con il sindaco eletto – abbia già superato nel turno medesimo il 50 per cento dei voti validi. Ovvero ha ottenuto il consenso maggioritario degli elettori.

Sul punto, vale fare menzione della prassi: dal 1993 al 2009, su 2.248 elezioni comunali, con popolazione superiore ai 15.000 abitanti, solo 40 volte si è prodotta una divaricazione politica fra sindaco e consiglio comunale⁸. Quindi davvero un'eccezione rispetto a una regolarità elettorale; ma un'eccezione che non può essere piegata sulla base di un diverso calcolo dei voti e della loro proiezione in seno al consiglio

⁸ Cfr. M. Achilli, *Il premio di maggioranza nelle elezioni comunali*, in *Il premio di maggioranza*, cit., 192-193.

comunale. Che la divaricazione delle maggioranze fra sindaco e consiglio comunale può ben esserci, come c'è stata in 40 casi, ne è pienamente consapevole il legislatore, al punto che si è preoccupato di presentare un paio di progetti di legge nell'attuale XVI Legislatura: uno, in cui propone la modifica dell'articolo 73, comma 10, T.U.E.L. prevedendo l'attribuzione sempre e comunque del premio del 60 per cento e l'abolizione della attuale disposizione: «*sempreché 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*» (v. ddl Atto Senato numero 2578); un altro, di cui si propone la modifica dell'articolo 73, comma 10, T.U.E.L., con l'inserimento della seguente disposizione: «*Ai fini della verifica di cui al precedente periodo non sono computati tra i voti validi conseguiti al primo turno da altra lista o da altro gruppo di liste i voti espressi esclusivamente per i candidati alla carica di sindaco*» (v. pdl Atto Camera numero 3689).

III. Il concetto di “voti validi” nell'interpretazione del Consiglio di Stato

Occorre, inoltre, ragionare sull'inciso «*voti validi*», che il legislatore ha inserito alla fine della disposizione (articolo 73, comma 10, T.U.E.L.) relativa all'assegnazione dei seggi consiliari in presenza del superamento, da parte di una lista o di liste tra loro collegate, del 50 per cento di “voti validi”, per l'appunto.

Il Consiglio di Stato, nella sentenza numero 3022 del 2010 all'inizio ricordata, ha voluto valorizzare un'interpretazione della disposizione legislativa «*50 per cento dei voti validi*», che deve essere calcolata, come scrive il giudice amministrativo, «*sui voti validi complessivi conseguiti al primo turno dai candidati alla carica di sindaco (e dunque, oltreché sui voti di lista automaticamente assegnati al candidato sindaco collegato alla lista ai sensi dell'articolo 72, comma 3, d.lgs. numero 267/2000, anche sui voti espressi singolarmente a favore dei soli candidati sindaci senza voti di lista, in esplicitazione del c.d. voto disgiunto)*». A favore di questa interpretazione militerebbero, secondo il Consiglio di Stato, una serie di argomenti interpretativi di natura *letterale*, *logico-sistemica* e *teleologica*. Da intendersi insieme, ovvero l'uno collegato e dipendente dall'altro.

L'argomento letterale è quello riferito all'uso dell'espressione «50 per cento dei voti validi» alternativa a quella di «50 per cento delle cifre elettorali complessive», già adoperata dal legislatore all'articolo 72 (commi 5 e 9), e ritenuta dal Consiglio di Stato più consona a esprimere una diversa base di calcolo dei soli voti di lista. Da ciò ne discenderebbe che la locuzione «50 per cento dei voti validi» è da intendersi riferita alla maggioranza assoluta della totalità dei voti validi, anche quelli espressi per il candidato sindaco.

Si vuole qui richiamare l'attenzione su di un aspetto, che tiene conto della similitudine della fattispecie normativa relativa all'attribuzione del "50 per cento", ma che si declina in due operazioni elettorali distinte e distanti.

E' pur vero che il legislatore usa due distinte espressioni, «cifra elettorale complessiva» e «voti validi», ma lo fa in due distinte operazioni elettorali, e cioè: l'una, «cifra elettorale complessiva», nell'articolo di legge (72), che disciplina l'elezione del sindaco nei comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti, l'altra espressione, «voti validi», nell'articolo di legge (73), che disciplina l'elezione del consiglio comunale con popolazione superiore a 15.000 abitanti,.

L'espressione «cifra elettorale complessiva» viene usata nella fattispecie —assai rara, quasi un caso di scuola— di parità di voti tra i candidati al primo turno e quindi l'ammissione al ballottaggio del candidato sindaco «collegato con la lista o il gruppo di liste per l'elezione del consiglio comunale che ha conseguito la maggiore cifra elettorale complessiva». Un'analoga fattispecie si riscontra nell'utilizzo, per la seconda volta, dell'espressione «cifra elettorale complessiva»: è quanto disciplinato al comma 9 dello stesso articolo 72, e si riferisce all'ipotesi, anche qui invero assai rara, di una parità di voti tra i candidati sindaco nel secondo turno di votazione, quello cd. di "ballottaggio", dove viene a essere proclamato sindaco, anche qui come nell'ipotesi del primo turno elettorale (ex comma 3), quel candidato «collegato, ai sensi del comma 7 [e cioè gli eventuali collegamenti di liste al secondo turno] con la lista o il gruppo di liste per l'elezione del consiglio comunale che ha conseguito la maggiore cifra elettorale complessiva».

Nei due casi prima descritti, ci troviamo senz'altro di fronte a ipotesi eccezionali, straordinarie: e cioè l'eventuale parità di voti ottenuti dai candidati sindaco sia al primo turno per il passaggio al secondo, sia al secondo turno per la vittoria elettorale e la proclamazione a sindaco. In tali casi, il legislatore ha voluto privilegiare quel candidato

che è collegato con la lista o le liste che ha ottenuto la maggiore cifra elettorale complessiva. Da intendersi, stavolta sì, come cifra elettorale che assomma il voto per la lista o liste e quello per il candidato sindaco, in un'operazione, per l'appunto, di calcolo della "cifra elettorale complessiva".

Ovvero, è questa la fattispecie nella quale occorre calcolare il voto alla lista o liste insieme a quello per il sindaco; e non come se fossero voti da computare sulla base dei consensi ottenuti sia dalla lista o liste sia dal sindaco.

Si aggiunga, poi, che l'esito della votazione per il consiglio è, nel caso sopra riferito, subordinato alla definizione della vittoria del candidato sindaco trovatosi, paradossalmente, in parità di voti con il suo competitore. L'operazione di scrutinio elettorale, in questo caso, è stata già compiuta, anche perché tale operazione si svolge autonomamente nel primo turno di votazione, e solo ad alcune condizioni può influire non tanto sull'elezione del sindaco, che ha un suo percorso procedimentale elettorale, ma piuttosto sull'eventuale premio di maggioranza da far scattare per l'assegnazione dei seggi consiliari.

Pertanto, la "cifra elettorale complessiva", ovvero la somma dei voti per la lista o liste e quelli per il candidato sindaco, sarà calcolata solo ed esclusivamente nel caso in cui ci sarà parità di voti fra i candidati sindaco, e comunque sarà subordinata alla validità dei voti espressi nel primo turno dagli elettori per la rappresentanza consiliare. E, aspetto tutt'altro che trascurabile, servirà solo e soltanto per individuare al primo turno il candidato da sottoporre al ballottaggio, ovvero al secondo turno da proclamare quale sindaco. Nulla va a incidere, con l'espressione "cifra elettorale complessiva", sulla distribuzione dei seggi consiliari.

Altra questione è, invece, quella riferita all'espressione "voti validi", che il legislatore ha usato per l'assegnazione dei seggi in consiglio comunale, e quindi nell'articolo di legge (73) a esso espressamente riservato. Già questo si ritiene essere un aspetto che milita a favore della sovraordinazione dell'espressione "voti validi" rispetto a quella di "cifra elettorale complessiva". Il legislatore ha usato la locuzione "voti validi" solo e a ragione nella parte di legge che disciplina l'elezione del consiglio comunale, e la conseguente assegnazione dei seggi, riservando la locuzione "cifra elettorale complessiva" solo e a ragione nella parte di legge che disciplina l'elezione del sindaco in condizione di eccezionalità (parità di voti fra candidati). Anche laddove il legisla-

tore ha usato l'espressione "cifra elettorale" nella parte di legge riferita all'elezione del consiglio comunale (articolo 73, comma 5) emerge una nettezza letterale: «*la cifra elettorale è costituita dalla somma dei voti validi riportati dalla lista stessa in tutte le sezioni del comune*». Sul punto, si dirà meglio più avanti.

Per "voti validi" deve ragionevolmente intendersi voti validamente espressi, e quindi privi di vizi di irregolarità.⁹ Che poi i voti validi debbono essere riferiti alla lista o alle liste fra loro collegate, e pertanto sottoposti a trasformazione in seggi consiliari, è quanto previsto e disciplinato al comma 8 dell'articolo 73, che declina la formula elettorale proporzionale per l'assegnazione in seggi, «*salvo quanto disposto dal comma 10*», come recita, e cioè le ipotesi di premio di maggioranza che deviano rispetto alla distribuzione proporzionale dei seggi. E altrettanto, chiaro appare il collegamento fra voti validi e lista o liste fra loro collegate all'articolo 73, comma 10, T.U.E.L., «*sempreché 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*», infatti l'espressione "voti validi" è indubbiamente collegata a quella di "lista" o "gruppo di liste" e, pertanto, non può che essere interpretata come "voti validi di lista o di liste".

Suscita forte perplessità e fondati motivi di dubbio ritenere che da un punto di vista letterale l'uso dell'espressione "cifra elettorale complessiva", adoperata come detto solo in presenza di casi eccezionali, e comunque riferiti ad alcune particolari fasi dell'elezione del sindaco, sia da riferirsi al voto di lista; mentre invece l'espressione "voti validi", prevista proprio con riferimento alla lista o alle liste collegate per l'assegnazione dei seggi per la rappresentanza consiliare, sarebbe esplicitativa del voto complessivo che viene dato sia per la lista che per il sindaco.

Un ulteriore aspetto merita essere preso in esame a rafforzamento di quanto finora esposto. Il comma 5 dell'articolo 73 recita: «*La cifra elettorale di una lista è costituita dalla somma dei voti validi riportati dalla lista stessa in tutte le sezioni del comune*». La letteralità di questa norma pare confermare quanto detto e argomentato sopra: i voti validi riportati dalla lista sono quelli regolari, ovvero esenti da vizi e quindi non soggetti a nullità, e che vanno comunque riferiti alla lista, così come la "cifra elettorale" di una lista è costituita dai voti validi.

⁹ Sul punto, da ultimo, v. L. Trucco, *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, cit., 204.

Pertanto, sia la cifra elettorale di una lista che i voti assegnati a una lista sono l'espressione dei voti validi, instaurando così un legame forte e stretto fra voti validi e voti alla lista. Quindi, i voti validi sono quelli dati alla lista (o alle liste collegate) e i voti dati alla lista (o alle liste collegate) sono i voti validi.

A sostegno ulteriore di quanto finora sostenuto può ben essere ricordato il comma 7 dell'articolo 73: «*Non sono ammesse all'assegnazione dei seggi quelle liste che abbiano ottenuto al primo turno meno del 3 per cento dei voti validi e che non appartengono a nessun gruppo di liste che abbia superato tale soglia*». Sul punto, vale citare una recente sentenza del Consiglio di Stato, sezione V, 2 febbraio 2010, numero 9875/2009, la quale afferma che: «*per l'elezione del Consiglio comunale è del tutto ragionevole, ed anzi necessario, che si faccia riferimento ai voti riportati nel primo turno dalle liste o gruppi di liste concorrenti, escludendo, tuttavia, come richiede espressamente la legge, il voto di chi non abbia raggiunto la percentuale (c.d. soglia) del 3%*». Una pronuncia, questa del Consiglio di Stato da ultimo citata, che, sia detto per *incidens*, sviluppa argomenti interpretativi distinti e, per certi versi, distanti da quelli che saranno poi esposti dallo stesso supremo organo della giustizia amministrativa con la già ricordata sentenza numero 3022 del 2010. Si evidenzia, pertanto, una tendenziale difformità giurisprudenziale del Consiglio di Stato, in ordine alla interpretazione del T.U.E.L. nella parte relativa al sistema di elezione dei Comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti.

Inoltre, sempre sulla questione dei “voti validi”, si deve citare, per analogia e a conferma di quanto prima sostenuto, che tale locuzione si riferisce alle liste e non genericamente ai voti complessivamente dati nella legislazione elettorale nazionale per la rappresentanza parlamentare. Valga quanto previsto dalla l. numero 279 del 21 dicembre 2005 (“*Modifiche alle norme per le elezioni alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica*”) all'articolo 1, comma 12, che recita: *L'articolo 83 del decreto del Presidente della Repubblica numero 361 del 1957 è sostituito dal seguente: «Articolo 83. - 1. L'Ufficio centrale nazionale, ricevuti gli estratti dei verbali da tutti gli Uffici centrali circoscrizionali, facendosi assistere, ove lo ritenga opportuno, da uno o più esperti scelti dal presidente: 1) determina la cifra elettorale nazionale di ciascuna lista. Tale cifra è data dalla somma delle cifre elettorali circoscrizionali conseguite nelle singole circoscrizioni dalle liste aventi il medesimo contrassegno; 2) determina poi la cifra elettorale nazionale di ciascuna*

coalizione di liste collegate, data dalla somma delle cifre elettorali nazionali di tutte le liste che compongono la coalizione stessa, nonché la cifra elettorale nazionale delle liste non collegate ed individua quindi la coalizione di liste o la lista non collegata che ha ottenuto il maggior numero di voti validi espressi; 3) individua quindi: a) le coalizioni di liste che abbiano conseguito sul piano nazionale almeno il 10 per cento dei voti validi espressi e che contengano almeno una lista collegata che abbia conseguito sul piano nazionale almeno il 2 per cento dei voti validi espressi ovvero una lista collegata rappresentativa di minoranze linguistiche riconosciute, presentata esclusivamente in una delle circoscrizioni comprese in regioni il cui statuto speciale prevede una particolare tutela di tali minoranze linguistiche, che abbia conseguito almeno il 20 per cento dei voti validi espressi nella circoscrizione; b) le singole liste non collegate che abbiano conseguito sul piano nazionale almeno il 4 per cento dei voti validi espressi e le singole liste non collegate rappresentative di minoranze linguistiche riconosciute, presentate esclusivamente in una delle circoscrizioni comprese in regioni il cui statuto speciale prevede una particolare tutela di tali minoranze linguistiche, che abbiano conseguito almeno il 20 per cento dei voti validi espressi nella circoscrizione [...].

Si tenga conto, infine, di altro significativo aspetto, proprio con riferimento all'interpretazione della locuzione "voti validi" come riferiti al complesso di voti per la lista e per il sindaco, e proprio con riferimento all'applicazione della norma sopra citata, ovvero l'articolo 73, comma 7: «Non sono ammesse all'assegnazione dei seggi quelle liste che abbiano ottenuto al primo turno meno del 3 per cento dei voti validi e che non appartengono a nessun gruppo di liste che abbia superato tale soglia». Se si dovesse applicare anche a questa fattispecie l'interpretazione di "voti validi" come il complesso dei voti dati alla lista e al sindaco, allora, verrebbe a essere fortemente e gravemente limitata la possibilità del raggiungimento del 3 per cento, impedendo in tal modo alle liste di concorrere all'assegnazione dei seggi.¹⁰ Ovvero il 3 per cento non sarebbe più una clausola di sbarramento applicata sul

¹⁰ Sul punto, significativa è l'esperienza tedesca: a partire dalla sentenza del 5 aprile 1953, numero 32 (in *BVerfGE*, 1, 259), il Tribunale costituzionale federale ha ritenuto legittima la clausola del 5 per cento, e che solo in presenza di «*besondere rechtsfertige Gründe*» tale percentuale avrebbe potuto essere aumentata. Sul sistema elettorale tedesco, e proprio con riferimento al funzionamento della clausola di sbarramento, cfr. U. Werner, *Sperklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bern-Frankfurt, 1986.

voto alle liste ma piuttosto sulla sommatoria del voto dato alle liste e al candidato sindaco. Quindi si verrebbe di fatto a produrre una clausola di sbarramento “flessibile”, per così dire, ovvero soggetta a variazione volta per volta, e non più fissa come voluta dal legislatore e come imposta dalla letteralità numerica della norma. Appare, pertanto, lesiva delle minoranze politiche e distorsiva della chiara intenzionalità legislativa, quello di produrre una modifica di fatto della previsione della clausola di sbarramento del 3 per cento (*ex* articolo 73, comma 7) sulla base dell’interpretazione dei voti validi calcolati sulla sommatoria del voto dato alle liste e al candidato sindaco. Perché se è questa l’interpretazione ritenuta corretta e applicabile alla norma che si riferisce al (superamento del) 50 per cento, parimenti dovrebbe valere anche per la norma che regola l’accesso delle minoranze in consiglio comunale, e quindi la clausola di sbarramento del 3 per cento non sarebbe più tale, essendo piuttosto la risultante del voto sommato fra quello dato alla lista e quello dato al candidato sindaco. Non si ritiene ammissibile, in quanto illegittima, l’ipotesi di una distorsione applicativa della clausola di sbarramento, così come individuata e prescritta al 3 per cento dalla legge.

Con riferimento proprio all’interpretazione della clausola del 3 per cento, si riporta qui, a soli fini conoscitivi, il dato riferito alle recenti elezioni comunali tenutasi il 15.5.2011 a Varese e a Latina (comuni, entrambi, con popolazione superiore ai 15.000 abitanti). Ebbene, nel Comune di Varese il candidato del “Movimento 5 Stelle - Beppe Grillo” è stato eletto con voti di lista 3,18%, mentre se si calcola la percentuale dei voti validi (intesa come lista + sindaco) si ottiene il 2,76%; nel Comune di Latina il candidato de “Il Patto” è stato eletto con voti di lista 3,14%, mentre se si calcola la percentuale dei voti validi (intesa lista + sindaco) si ottiene il 2,99%.¹¹

IV. Sull’interpretazione logico-sistematica e la “regola” del principio maggioritario

Altro argomento soggetto a confutazione è quello riferito all’interpretazione logico-sistematica della legge sull’elezione del sin-

¹¹ Dati del Ministero dell’Interno: www.interno.it.

daco e del consiglio comunale per i comuni con popolazione sopra i 15.000 abitanti. Il Consiglio di Stato nella sentenza numero 3022 del 2010 sostiene che il regime delle elezioni comunali disegnato nel T.U.E.L. è, sotto un profilo d'interpretazione logico-sistematica, «*improntato al principio maggioritario, da qualificarsi come tendenziale regola generale che informa la disciplina della materia*», e che pertanto, l'ipotesi normativa dell'attribuzione dei seggi in modo proporzionale nel caso in cui una lista o alcune liste fra loro collegate abbiano superato il 50 per cento dei voti validi, si tratterebbe di «*norma eccezionale, [che] va interpretata in modo restrittivo, sicché anche per tale ragione si impone la soluzione ermeneutica [...] di riportare la percentuale derogatoria del 50% a tutti i voti validi espressi nel primo turno per l'elezione del sindaco, e non solo ai voti di lista*».

Ci sembra che questa interpretazione provi troppo. Come a dire, siccome il sistema voto per le elezioni comunali è tendenzialmente informato al principio maggioritario, allora si devono piegare le norme verso questa finalità (maggioritaria), quale punto archimedeo intorno al quale ruota la forma di governo comunale, nella sua declinazione di governo e di rappresentanza.

Certamente, il principio maggioritario quale regola per governare è alla base del disegno legislativo della forma di governo comunale¹². Lo dimostra l'elezione diretta a suffragio universale del sindaco, che è una valorizzazione massima del metodo maggioritario. A questa non necessariamente si deve accompagnare sempre e comunque una scelta maggioritaria per la rappresentanza consiliare. Può esserci, come c'è, un *favor*, che si produce per il tramite dell'assegnazione del premio di maggioranza (che poi, a ben vedere, è un premio "per" la maggioranza, nel senso che si premia la lista più forte, in termini di consenso, per farla diventare maggioranza); può esserci, come c'è e come è bene che ci sia, un'eccezione alla regola maggioritaria, che è costituita dalla stessa regola... maggioritaria. Cioè se una lista (o liste collegate tra loro) ottiene la maggioranza assoluta dei voti validi, e quindi supera la soglia del 50 per cento, allora non può scattare il premio di maggioranza a favore della lista che è collegata al capo del governo comunale, e quindi il principio maggioritario non può sviluppare i suoi effetti sul governo proprio perché li ha già sviluppati sulla rappresentanza, dal

¹² T. E. Frosini, *Forme di governo e partecipazione popolare*, cit., 155 ss.; ID., *Principio maggioritario*, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, diretto da S. Cassese, Milano, 2006

momento che una lista (o liste) ha raggiunto, subito al primo turno elettorale, la maggioranza dei voti validi. Ha, cioè, riscosso il consenso maggioritario del corpo elettorale.

Sottoporre a restrizione interpretativa questa democratica dinamica elettorale, sacrificandola in nome di una valorizzazione assoluta della stabilità di governo, appare in contrasto con i principi costituzionali sulla rappresentanza politica e sul diritto di voto.

Infatti: l'interpretazione logico-sistematica fondata sulla tendenziale regola del principio maggioritario, quale fondamento del sistema di governo dei comuni, cozza e stride con il corretto dispiegarsi delle istituzioni democratiche fondate sul voto libero ed eguale, segreto e personale, e sulla rappresentanza politica che da esso ne deriva e sulla quale si basa la democrazia rappresentativa.

Per riportare il discorso nei termini della questione che qui si affronta, se l'elettorato comunale ha deciso di premiare con il voto di oltre il 50 per cento dei consensi una lista o delle liste collegate, allora deve essere data a questa lista o liste il diritto costituzionale di essere rappresentativa nella misura, e nella cifra elettorale, in cui è stata votata. Anche nella ipotesi che il governo comunale, per il tramite del sindaco eletto direttamente, non abbia una sua proiezione politica in quella lista o liste che hanno ottenuto il consenso maggioritario. Insomma, sarà pure il principio maggioritario per il governo abbinato a una sua maggioranza consiliare la tendenziale regola della forma di governo comunale, ma con un'eccezione: quella della (possibile) divaricazione politica tra governo e consiglio comunale. Quando a volere questo siano stati gli elettori con il voto, maggioritario per un certo candidato sindaco e altrettanto maggioritario per una lista o liste, che si sono presentate in opposizione a quel candidato sindaco prescelto.

V. Sull'interpretazione teleologica e il valore "fondamentale" della governabilità

Ultimo degli argomenti prodotti a sostegno dell'interpretazione restrittiva della norma, che attribuisce e distribuisce i seggi proporzionalmente nel caso in cui una lista o liste abbia superato, al primo turno elettorale, il 50 per cento dei voti validi, è quello dell'interpretazione teleologica. Ovvero la previsione del cd. premio di maggioranza in

favore della lista o liste collegata al sindaco eletto al turno di ballottaggio, che *«assolve la funzione di garantire la governabilità dei comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti anche nel caso in cui, per effetto del meccanismo del voto disgiunto, il corpo elettorale si presenta particolarmente frammentato [...]». Ne consegue che l'ambito di applicazione del correttivo all'attribuzione del premio di maggioranza, in omaggio all'opposto e recessivo principio di garantire la rappresentatività del valore fondamentale della governabilità degli enti territoriali, desumibile dalla regola generale del maggioritario individuata dal legislatore quale criterio ispiratore della disciplina delle elezioni comunali»* (così Cons. Stato, sent. numero 3022 del 2010).

Che la governabilità sia un valore fondamentale è affermazione revocabile in dubbio. Si può piuttosto dire che la governabilità sia 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 democratiche¹³, 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.

Sul punto, chiarissime e definitive sono le parole della Corte costituzionale nella sentenza numero 107 del 1996: *«la governabilità dell'ente locale non è assunta come un valore assoluto, ma è apprezzata come valore specificatamente tutelabile (giustificandosi la alterazione del criterio proporzionale) soltanto nel caso, di maggior allarme, della frammentazione dei consensi espressi, che è quello del sindaco "debole" collegato ad una o più liste "deboli"»*. E poi, più avanti, ancora più incisivamente, il Giudice delle leggi afferma: *«che la governabilità non sia un valore assoluto è dimostrato proprio dall'ipotesi, che può verificarsi e della cui legittimità non si dubita, della maggioranza conseguita (al primo turno) della lista contrapposta, o comunque non collegata, al candidato eletto sindaco. In questo caso (in cui il rischio della cd. "ingovernabilità" è massimo) il sindaco, salva la facoltà di dimettersi così provocando lo scioglimento del consiglio, deve convivere con una maggioranza a sé contrapposta; ma ciò è conseguenza della divaricazione del*

¹³ Su cui, da ultimo, P. Ridola, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, 2011.

consenso espresso dall'elettorato con il voto disgiunto, divaricazione, che il legislatore intende rispettare per non premiare (se non proprio penalizzare) il sindaco che si è collegato alla lista che non riscuote sufficienti consensi».

La democrazia, a qualsiasi livello territoriale, può essere ben ritenuta un rendiconto quotidiano sull'uso del potere da parte di chi governa, il quale quindi deve quotidianamente accertare e conquistare la fiducia e il sostegno dell'organo di rappresentanza del popolo.

VI. Sui profili di incostituzionalità

L'interpretazione "restrittiva" dell'articolo 73, comma 10, del d.lgs. numero 267 del 2000, nella parte riferita alla locuzione «*il 50 per cento dei voti validi*», proposta dal diritto vivente della giurisprudenza amministrativa, si dubita della sua legittimità costituzionale, perché in violazione del parametro costituzionale degli articoli 1 e 48 costituzionale.

Con riferimento, cioè, al principio della sovranità popolare (articolo 1, comma 2, costituzionale), che sarebbe violato in quanto l'interpretazione della norma ne impedirebbe il suo naturale dispiegarsi, che consiste nell'esercizio del voto quale diritto costituzionale alla rappresentanza; e con riferimento al diritto di voto, che deve essere libero ed eguale, personale e segreto, mentre laddove si accedesse alla interpretazione della norma, che si contesta, verrebbe a essere limitato, in quanto avrebbe una portata diffusa, in violazione dell'eguaglianza dello stesso, perché alterato nella sua finalità di voto che deve essere espresso soltanto in favore di una lista o delle liste collegate fra loro e non verso un generico e generale voto complessivo che mescola (e confonde) il voto alla lista e alle liste con quello al candidato sindaco. Da un lato, verrebbe, in tal modo, alterato l'eguale peso di ciascun voto (articolo 48 costituzionale), che impone una ragionevole rispondenza tra voti e seggi, e verrebbe altresì alterato il diritto a esprimere un voto "disgiunto", così come previsto dalla legge e conforme a Costituzione (ex articolo 48), perché il voto dato diversamente a una lista o liste e a un candidato sindaco non collegato alla lista votata, verrebbe a essere compresso attraverso l'interpretazione, che assomma il voto alla lista con quello per il candidato sindaco, e che finisce col soffocare il diritto a volere disgiungere il voto dell'elettore.

Il principio di eguaglianza del voto si manifesta nella possibilità per tutti gli elettori di esercitare un medesimo diritto a esprimere un medesimo voto che, di conseguenza, non può essere né multiplo né plurimo e non può essere graduato secondo valore e importanza. Ecco perché ritenere di potere sommare il voto dato alla lista o le liste con quello dato al sindaco può ben ritenersi lesivo del principio di eguaglianza del voto *ex* articolo 48 Costituzionale, nei termini sopra esposti.

L'attribuzione poi del premio di maggioranza a tutti i costi, quale risultato di un'interpretazione restrittiva della norma volta a favorire la "governabilità", si infrange contro il principio della sovranità popolare, in quanto andrebbe a sottrarre il popolo, nel suo ruolo attivo di corpo elettorale, dalla sua determinazione della scelta dei propri rappresentanti, in quanto, anche in presenza di una scelta maggioritaria in favore di una lista o di liste collegate fra loro (il raggiungimento di oltre 50 per cento di voti validi, di cui all'articolo 73, comma 10, T.U.E.L.), questa verrebbe a essere ridimensionata sottraendo così voti espressi dal corpo elettorale, che verrebbero altrimenti concessi a un'altra lista o liste che nonostante sia rimasta minoritaria in termini di voti ricevuti verrebbe a essere premiata con l'attribuzione di un numero di seggi tali da garantire la maggioranza in consiglio. Che il problema del premio di maggioranza in favore di una lista o liste di minoranza sia suscettibile di forti dubbi di costituzionalità, è riconosciuto anche dalla Corte costituzionale in un passaggio della sentenza numero 15 del 2008, quando, a un certo punto, quasi un *obiter*, afferma: «*L'impossibilità di dare, in questa sede, un giudizio anticipato di legittimità costituzionale non esime tuttavia questa Corte dal dovere di segnalare al Parlamento l'esigenza di considerare con attenzione gli aspetti problematici di una legislazione che non subordina l'attribuzione del premio di maggioranza al raggiungimento di una soglia minima di voti e/o di seggi*».

VII. Conclusione

Con la decisione assunta e sopra riferita, il Consiglio di Stato ha spostato e forzato l'asse dell'interpretazione, ritenendo in tal modo di privilegiare, dal suo punto di vista, lo spirito della legge piuttosto che

la lettera¹⁴. Così facendo, il giudice amministrativo ha giustificato la decisione presa valorizzando argomenti interpretativi di natura “letterale” (*sic*), “logico-sistematica” e “teleologica”. Questi argomenti sono stati sottoposti a critica in questo scritto, specie laddove il Consiglio di Stato ha richiamato “il valore fondamentale della governabilità”, quale punto archimedeo della forma di governo comunale, che invece è da considerarsi un fine verso cui deve tendere un sistema di governo, senza però rattrappare la rappresentanza, che è la risultante costituzionale del voto espresso dalla sovranità popolare.

Sia detto con tutta franchezza: non può che lasciare perplessi il “concepimento” di un certo modo di disciplinare la dinamica di funzionamento del sistema di governo comunale, attraverso una sorta di “fecondazione giurisprudenziale” sulla norma di legge che si riferisce ai *voti validi*, attraverso un’interpretazione che li definisce come voti espressi nel loro complesso dell’intero procedimento elettorale, cioè sia il voto per il sindaco che quello per le liste. In tal modo, però, si elude la “disgiunzione” del voto stesso, quale criterio che sta alla base della meccanismo elettorale che regola l’elezione diretta del sindaco e del consiglio comunale. Come si è cercato di dimostrare.

Alla domanda, che si è voluto dare come titolo di questo scritto, governare è meglio che rappresentare?, la risposta costituzionalmente orientata è quella che individua nel rappresentare un valore comunque prioritario rispetto al governare, laddove quest’ultimo è un fine verso il quale devono tendere le forze politiche attraverso il concorso attivo della rappresentanza politica. La quale è e deve rimanere un fondamento della democrazia costituzionale. Insomma, per dirla con un’espressione famosa, riadattata al caso: *No constitutionalism without representation* numero.

¹⁴ Che la dicotomia lettera/spirito della legge sia alla base della teoria dell’interpretazione giuridica, è dimostrato ed argomentato da V. Frosini, *La lettera e lo spirito della legge*, seconda ed. ampl., Milano 1995. Ma v. anche —con riferimento al carattere «creativo della interpretazione» ed i concetti giuridici indeterminati— quanto sostenuto da G. Morbidelli, *Introduzione al diritto e all’interpretazione*, in G. Morbidelli-L. Pegoraro- A. Reposo- M. Volpi, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, seconda ed. ampl., Bologna 1997, 16 ss.