

A12

Eva Lehner

Le garanzie dei diritti elettorali



Copyright © MMXII
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133/A-B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-5440-6

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: ottobre 2012

*Alla mia famiglia
Grazie*

9 Introduzione

1. Breve descrizione del dibattito degli ultimi vent'anni sulla natura dei diritti elettorali, 9 – 2. Premessa metodologica. Perché uno studio sulla garanzia dei “diritti elettorali”, 20 – 3. *Segue*. Perché una ricerca incentrata sull'evoluzione storica della giustizia elettorale in ambito locale, 28

33 Capitolo I

Azione popolare e forma di Stato come punto di partenza di una indagine sulla evoluzione storica del contenzioso elettorale

1. L'attualità di una ricerca sull'evoluzione delle garanzie dei diritti elettorali nell'ordinamento italiano: la reazione dei partiti rispetto alle tendenze più recenti nel diritto vivente, 33 – 2. Il rifiuto della sovranità popolare nella dogmatica statualistica e la corrispondente ricostruzione dell'azione popolare e della giustizia elettorale, 40 – 3. La ricostruzione del legame tra azione popolare e forma di Stato, 47

53 Capitolo II

L'origine dell'azione popolare in materia di elettorato attivo: il passaggio dalla legittimazione dell'elettore a quella del cittadino

1. L'azione popolare in Belgio: da strumento di “contenimento” dell'elettorato a presupposto per il suo allargamento, 53 – 2. L'azione popolare in Francia nel passaggio dalla monarchia limitata alla monarchia costituzionale, 56 – 3. L'introduzione dell'azione popolare nella legislazione elettorale italiana della metà

dell'Ottocento: la lenta emancipazione dal modello francese della Restaurazione, 63 – 4. La trasformazione dell'elettorato amministrativo da diritto civile a diritto politico: l'origine della capacità politica nella disciplina comunale e provinciale, 70 – 5. Origine del concetto di capacità elettorale per elezioni nazionali, 82

93 **Capitolo III**

La ricostruzione dei requisiti dell'attore popolare nel contenzioso di validità delle elezioni nel periodo in cui l'azione popolare in materia di liste era riservata agli elettori: dalla legge c.p. del 1848 alla legge c.p. del 1865

1. La costruzione pretoria del contenzioso di validità nella legge c.p. del 1848 ed i suoi effetti sulla individuazione dei soggetti legittimati al ricorso, 93 – 2. Il R.D. 23 ottobre 1859, n. 3702: l'implicita riserva agli elettori dell'azione popolare nel contenzioso di validità, 99 – 3. La legge comunale e provinciale del 1865: la Cassazione sconfessa la dottrina riferendo al "privato cittadino" l'azione popolare sulla capacità degli eletti, 101

109 **Capitolo IV**

La posizione della dottrina e della giurisprudenza sui requisiti dell'attore popolare e sulla fungibilità nel contenzioso di validità e di decadenza, dal T.U. del 1889 fino ai primi anni '60 del Novecento. E la svolta del 1966

1. La legislazione comunale dal 1889 ai primi anni '60 del Novecento: la legittimazione del qualsiasi cittadino nell'azione popolare di validità delle elezioni secondo il pensiero dominante, 109 – 2. L'azione popolare in materia di decadenza: la legittimazione del qualunque cittadino nel pensiero dominante tra il 1889 e i primi anni '60 del Novecento e la *ratio* dello scambio di ruoli tra Saredo, da un lato, e Fagiolari e Presutti dall'altro, 121 – 3. La posizione della giurisprudenza. Gli effetti del riparto di giurisdizione sulle questioni processuali: la dicotomia tra azione popolare di ineleggibilità (aperta a qualunque cittadino) e azione popolare di regolarità (aperta ai soli elettori); la distinzione tra il tema della fungibilità e quello della legittimazione al ricorso come strumenti alternativi per controllare la mole dei ricorsi elettorali, 125 – 4. Fungibilità e legittimazione del solo elettore nella giurisprudenza del Consiglio di Stato dalla fine dell'Ottocento agli anni '60 del Novecento, 130 – 5. La giurisprudenza della Cassazione dal 1891 al 1915: la lunga parentesi contraria al principio di fungibilità ed il suo superamento, 133 – 6. La giurisprudenza della Cassazione tra la fine dell'Ottocento e il 1915: il fondamento della legittimazione del qualunque cittadino nel contenzioso di eleggibilità-decadenza prima e dopo il riconoscimento del principio di fungibilità, 143 – 7. La giurisprudenza della Cassazione

tra la fine della II Guerra Mondiale e il periodo precedente alla legge n. 1146 del 1966: l'inequivocabile conferma della legittimazione del qualunque cittadino nel contenzioso di eleggibilità e decadenza e del principio di fungibilità, 147 – 8. *Segue*. Il significato di questa giurisprudenza ai fini della definizione dell'azione popolare: mera "azione" posta a tutela dell'interesse pubblico o diritto di azionare una situazione giuridica soggettiva? La modernità del pensiero di Cecilia Assanti, 153 – 9. La svolta del 1966. La limitazione ai soli elettori dell'azione popolare nel contenzioso di validità e la nascita della dicotomia con l'azione popolare in materia di elettorato attivo: la frammentazione della *ratio* unitaria dell'azione popolare come eredità della dogmatica statualistica, 161

165 Capitolo v

L'evoluzione del contenzioso di ineleggibilità–decadenza dalla prima metà dell'Ottocento ai nostri giorni: dalla lotta per l'affermazione del ruolo rappresentativo dei consigli locali nel regime statutario alla priorità della garanzia politica dei diritti e elettorali in epoca repubblicana

1. Origine della legittimazione prefettizia nel contenzioso di decadenza–eleggibilità ed il lento mutamento della sua *ratio* nell'era Repubblicana, 165 – 2. La ricostruzione della struttura del contenzioso di decadenza ed il parallelismo con il contenzioso di eleggibilità dalla legge c.p. del 1848 alla legge c.p. del 1859, 172 – 3. La struttura del contenzioso di eleggibilità e decadenza in base al diritto vivente sorto sotto la vigenza della legge c.p. della legge 1865: l'accento alla dignità rappresentativa dei consigli locali come parentesi legata all'intrinseca duplicità di quel disegno riformatore, 177 – 4. La restaurazione avvenuta con il T.U. del 1889: la mortificazione del ruolo rappresentativo dei consigli locali e della tutela dei diritti politici attraverso la reintroduzione del doppio filtro amministrativo nel contenzioso di ineleggibilità–decadenza, 184 – 5. La qualificazione giurisdizionale delle funzioni svolte dai consigli elettivi in sede di contenzioso di eleggibilità e decadenza: il freno all'affermazione del potere di convalida tra il 1889 e la prima decade del Novecento, 187 – 6. Le prime manifestazioni del potere di convalida a livello locale in coincidenza con il suffragio universale maschile, 194 – 7. L'affermazione del potere di convalida dopo il fascismo, 199 – 8. L'origine della c.d. duplicazione delle funzioni dei consigli comunali in materia di eleggibilità: i retaggi della dogmatica ottocentesca, 201 – 9. L'affermazione del nuovo ruolo dei partiti nei primi decenni della Repubblica e l'eredità della duplicazione, 209 – 9.1 Il problema del rapporto tra fase amministrativa e fase giurisdizionale nel contenzioso di decadenza: la tardiva soluzione alla fine anni '90, non smentita dal d.lgs. n. 150 del 2011, 210 – 9.2 Le persistenti oscillazioni della giurisprudenza sul ruolo della delibera di convalida ai fini della corretta istaurazione del giudizio di ineleggibilità e di decadenza: la mancata soluzione del problema da parte del D.Lgs. n. 150 del 2011, 221 – 10. La decadenza per assenteismo, 227

237 Capitolo VI

Le origini del riparto di giurisdizione ed i suoi effetti sulla tutela dei diritti elettorali

1. L'originaria collocazione del diritto di elettorato attivo nell'orbita del contenzioso amministrativo, 237 – 2. La “fuga” del diritto di eleggibilità verso la giurisdizione ordinaria, 247 – 3. Le origini del riparto di giurisdizione nel contenzioso elettorale, 252 – 4. La critica al riparto di giurisdizione e la tesi del carattere soggettivo dell'azione popolare, 261 – 5. L'azione popolare — comunque intesa — come elemento di disturbo nella logica del riparto, 264 – 6. Le conseguenze della logica del riparto e della giurisprudenza sulla natura oggettiva dell'azione popolare: la prevalenza della stabilità dei risultati elettorali sulla giustiziabilità dei diritti e degli interessi coinvolti nelle consultazioni popolari, 272

279 Capitolo VII

I motivi della mancata emancipazione della giustizia elettorale dai paradigmi statualistici e i primi segnali di evoluzione nella garanzia dei diritti elettorali

1. L'ipoteca della dogmatica statualistica sui diritti elettorali e la mancata trasformazione della giustizia elettorale dopo l'avvento della Costituzione, 279 – 2. L'idea di sovranità popolare teorizzata da Mortati e le sue conseguenze sui diritti elettorali, 283 – 3. La garanzia dei diritti elettorali offerta dai soggetti politici, 286 – 4. Il recupero della sovranità popolare teorizzata da Crisafulli, 290 – 5. La maturazione dei diritti elettorali nella prassi attuale dell'ordinamento, 293

299 Bibliografia

Introduzione

1 Breve descrizione del dibattito degli ultimi vent'anni sulla natura dei diritti elettorali

Tra la fine degli anni '80 e i primi anni '90 — agli albori della nuova era globalizzata caratterizzata dalla crisi delle costituzioni e delle moderne “poliarchie”¹ — la riflessione dei costituzionalisti sull'evoluzione dei diritti elettorali nel nostro ordinamento sembrava seguire due strade parallele destinate a non intersecarsi mai.

Da una parte c'erano le ricostruzioni prevalenti che pur ripudiando apertamente la dogmatica statualistica (e dunque la teorica dei diritti pubblici subiettivi secondo la quale i diritti elettorali erano “situazioni giuridiche soggettive” consistenti nella pretesa all'esercizio di una “funzione statale”) recuperavano — seguendo vie diverse — la dimensione funzionale dei diritti elettorali.

Dall'altra c'era una opposizione radicale a questa impostazione che muoveva essenzialmente dalla critica sia al tradizionale concetto di libertà — che escludeva dalla libertà in senso proprio i diritti elettorali — sia al suo adattamento statualistico operato con la teorica dei diritti pubblici subiettivi sia, infine, alla soprav-

¹ Secondo la nota definizione del moderno concetto di democrazia di R. DAHL, *La democrazia e i suoi critici*, Editori Riuniti, Roma 2005, p. 334 il quale pone le elezioni rappresentative, libere e regolari e i diritti elettorali nei primi quattro posti dell'elenco delle sette istituzioni che devono comparire affinché un governo possa definirsi poliarchico (democratico).

vivenza della categoria dei diritti funzionali come ultimo retaggio dell'una e dell'altra.

a) *La ricostruzione di Antonio Baldassarre*

Secondo la tesi di Baldassarre, lo Stato costituzionale ha spazzato via i presupposti che nello Stato di legislazione sostenevano l'alienità della libertà positiva (e dei diritti elettorali come sua principale manifestazione) rispetto alla sfera della libertà propriamente detta.

Ciò è avvenuto innanzitutto attraverso il riconoscimento della libertà–dignità umana in luogo della libertà–proprietà: se a quest'ultima era connessa l'idea di una personalità dimezzata, il cui lato privato soltanto poteva essere soggetto di libertà, alla libertà–dignità umana, invece, è concettualmente legato il principio di una personalità totale cui ricondurre tutte le potenzialità di azione dell'individuo, sia nella sfera privata che in quella sociale e politica. Per la prima volta nella storia costituzionale la libertà politica e sociale viene strappata dal dominio di entità o istituzioni collettive e viene ricondotta, conformemente all'idea di democrazia pluralista, alla persona umana (e alla sua individualità)². Questo concetto unitario — che nello Stato di legislazione, ossia nella cornice ideale del vecchio concetto di libertà, poteva essere definito solo formalmente (come mera capacità giuridica) ed era soggetta alla mutevole volontà del legislatore —, con l'avvento dello Stato costituzionale viene elevato a contenuto immodificabile del patto costituzionale su cui si fonda l'unità statale: è questo il motivo per cui le libertà politiche, a differenza di quanto avveniva negli ordinamenti liberali, costituiscono propriamente diritti fondamentali³. Infatti il riconoscimento del principio democratico implica l'importanza fondamentale assicurata alla libertà positiva e in particolare alle libertà politiche: ciò induce Baldassarre — e

² A. BALDASSARRE, «Libertà I) Problemi generali», in *Enc. giur.*, vol. XXI, Ist. enc. it., Roma 1990, p. 20.

³ A. BALDASSARRE, *loc. ult. cit.*

successivamente la Corte costituzionale — a includerle nel novero dei diritti inviolabili, segnatamente, nel gruppo dei diritti inviolabili in senso stretto, quelli facenti parte dei principi in mancanza dei quali non può parlarsi di democrazia⁴. Su queste basi l'Autore non nega la validità della distinzione tra libertà negativa e libertà positiva dal punto di vista analitico, e rileva ad esempio che nella libertà di voto la *ratio essendi* la connota essenzialmente come libertà positiva, ma allo stesso tempo vi rintraccia profili di tutela rispetto a varie forme di invasione della sfera privata⁵.

In sostanza, la fine dell'uomo dimezzato e il riconoscimento dei diritti elettorali quali principi supremi fondanti l'ordinamento democratico pongono fine all'estraneità della libertà positiva rispetto al concetto di libertà. Sulle stesse basi poggia la critica alla teoria dei diritti pubblici subiettivi, poiché essa presupponeva, da un lato, un ordinamento in cui la Costituzione era una legge come le altre e, dall'altro, una società inglobata nello Stato-persona, quindi una società destinata ad essere cancellata «dal totalitarismo dell'autorità pubblica nei rapporti sociali e politici»⁶. Non dissimili sono gli argomenti volti a contestare la distinzione tra diritti fondamentali individuali e diritti fondamentali funzionali: «l'ultima possibilità per considerare ancora in vita la teorica dei diritti pubblici soggettivi» sarebbe quella di riferire tale denominazione all'insieme dei «diritti fondamentali di tipo funzionale»⁷. Ma nell'ottica di Baldassarre la distinzione tra diritti individuali e diritti funzionali — assumendo quale soggetto della libertà «l'individuo isolato e identificando perciò la costrizione con la relazione sociale» — «stravolge l'idea della Costituzione per la quale invece la persona è prima di tutto relazione sociale»⁸. Dire che il diritto di voto è un diritto funzionale — continuava l'Autore — ossia

⁴ A. BALDASSARRE, «Diritti inviolabili», in *Enc. giur.*, vol. XI, Ist. enc. it., Roma 1989, p. 23.

⁵ A. BALDASSARRE, *Libertà*, cit., p. 17.

⁶ A. BALDASSARRE, «Diritti pubblici soggettivi», in *Enc. giur.*, vol. XI, Ist. enc. it., Roma 1994, p. 10.

⁷ A. BALDASSARRE, *Diritti pubblici soggettivi*, cit., p. 11.

⁸ A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., p. 17.

uno strumento o un mezzo rispetto a un valore esterno ad esso superiore in direzione del quale soltanto può svolgersi, significa negare automaticamente che esso costituisca un principio supremo⁹: se fosse un diritto funzionale, infatti, il diritto di voto dovrebbe considerarsi soggetto ai limiti generali di utilità sociale (estraibili senza espressa previsione costituzionale dalla funzione ad esso attribuito) e opponibile solo nei confronti della pubblica autorità; ma così ragionando «il diritto di voto non potrebbe essere classificato nella fascia dei diritti “privilegiati” (ciò che contrasterebbe con il principio democratico), né potrebbe valere verso i terzi privati (ciò che contrasterebbe con l’esplicita disposizione dell’art. 48, quantomeno laddove si riferisce alla segretezza del voto)»¹⁰. Al contrario la funzionalità del diritto di voto è solo di tipo strategico: «la funzionalità strategica del diritto di voto in una democrazia *sta appunto nella sua più piena libertà*»; in senso strategico un diritto è funzionale «solo nel senso che il suo riconoscimento e lo svolgimento più pieno del suo contenuto di libertà condizionano la possibilità di esistenza di un valore di pari grado (democrazia) e ne costituiscono la premessa logica *senza che perciò il diritto stesso risulti minimamente condizionato nel suo contenuto*»¹¹.

In questo modo Baldassarre si collega al pensiero Kelseniano: sia all’idea in base alla quale un ordinamento fondato sulla libertà di tutti, qual è la democrazia — che ha come precipua fonte di legittimazione la sovranità popolare — postula l’abbandono di qualsivoglia concezione naturalistica (assolutistica) della libertà (libertà astratta o dell’uomo in sé e perciò pre-giuridica, pre-politica) a favore di concezioni della libertà come libertà sociale, giuridica, normativamente fondata e perciò relativistica¹²; sia all’idea per cui diritti riconosciuti come primari e nello stesso tempo

⁹ A. BALDASSARRE, *loc. ult. cit.*

¹⁰ A. BALDASSARRE, *Diritti pubblici soggettivi*, cit., pp. 11–12.

¹¹ A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., p. 17.

¹² H. KELSEN, *La democrazia*, (1929), trad.it., il Mulino, Bologna 1966, pp. 8 ss., 150 ss.

come istituzioni strategiche della democrazia non possono essere funzionali a nient'altro che a una democrazia concepita essenzialmente come metodo¹³.

Nonostante il riconoscimento del carattere inviolabile dei diritti elettorali da parte della giurisprudenza costituzionale, questa ricostruzione non riusciva però a spiegare alcune scelte del Costituente: la formula “dovere civico” riferito al diritto di voto (che nella migliore delle ipotesi lascia al legislatore la libertà di configurare o meno questo diritto come un diritto–dovere, e quindi di riportare in auge la visione funzionale di Schmitt); la mancata apposizione di limiti espressi alla discrezionalità del legislatore non solo in ordine alle condizioni richieste per l'esercizio dell'elettorato passivo (limiti comunque ricavati dalla giurisprudenza costituzionale in virtù dell'invioleabilità delle situazioni giuridiche soggettive ivi ricomprese) ma anche per quanto concerne alcuni contenuti (si pensi all'eguaglianza del voto) e alcune cause ostative (si pensi ai casi di indegnità morale “previsti dalla legge” *ex art. 48, u.c.*) relativi al diritto di voto; infine, la previsione dell'art. 66 Cost. che trasforma i diritti elettorali a livello nazionale (tranne il diritto di voto in senso stretto) in diritti atipici, inviolabili sì, ma sforniti della tutela giurisdizionale.

b) Le ricostruzioni di Alessandro Pace e Fulco Lanchester

La dottrina ancora prevalente negli anni '80–'90, invece, non limitava al piano strategico la funzionalità dei diritti elettorali. Ma essa va distinta in due filoni

Il primo filone rivendicava — e rivendica a tutt'oggi — la validità della distinzione tra diritti individuali e diritti funzionali. Il riferimento è al pensiero di Alessandro Pace.

L'Autore include il diritto di voto (e gli altri diritti politici, ad eccezione del diritto di associarsi in partiti) nella categoria espositiva dei diritti funzionali, sia pur riveduta e corretta nel senso

¹³ H. Kelsen, *I Fondamenti della democrazia* (1929), trad. it., il Mulino, Bologna 1966, pp. 7 ss., 105 ss.

che l'elemento determinante non è la menzione di un limite di utilità sociale, se tale limite si pone come esterno alla struttura del diritto (art. 41, comma 2, Cost.), né la menzione di una finalità in relazione ad diritto qualora essa serva a caratterizzare una formazione sociale rispetto alle altre (art. 49 Cost.), ma piuttosto la finalizzazione dell'esercizio del diritto al perseguimento di interessi alieni, pubblici o privati che siano¹⁴. Il che significa — come puntualizza l'Autore — che tale classificazione presuppone una concezione tridimensionale dello spazio giuridico (l'individuo, il sociale, il pubblico) e non solo bidimensionale come avveniva nel contesto della teoria dei diritti pubblici subiettivi¹⁵. Resta ferma però la *ratio* di questa distinzione: a differenza dei diritti di natura individualistica, se il diritto ha natura funzionale «non occorrono esplicite disposizioni della Costituzione perché le leggi possano concretare ulteriori limiti (anche positivi) che a tale funzione esplicitamente o implicitamente si richiamino»¹⁶. Dunque, pur nel mutato contesto storico politico la distinzione mantiene «una utilità pratica che sta tutta nella verifica dei limiti apposti al legislatore ai singoli diritti, quando tali limiti non siano previsti direttamente dalle disposizioni costituzionali»¹⁷. La qualificazione del diritto di voto come diritto non consistente in una pubblica funzione ma funzionale ad un interesse collettivo, alieno rispetto all'interesse individuale del titolare, sarebbe comprovata dalla locuzione «dovere civico» di cui all'art. 48, comma 2, Cost. Adequando all'idea — condivisa da una parte della dottrina¹⁸ — che la formula imponga al legislatore di configurare l'obbligatorietà del voto elettivo¹⁹, Pace trae dalla doverosità del diritto di voto la sua

¹⁴ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, II ed., Cedam, Padova 1990, p. 41; ID., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., Cedam, Padova 2003, p. 85.

¹⁵ A. PACE, *Problematica*, 1990, cit., p. 41, nota 2; ID., *Problematica*, 2003, cit., p. 85, nota 47.

¹⁶ A. PACE, *Problematica*, 1990, cit., pp. 40–41; ID., *Problematica*, 2003, cit., p. 84.

¹⁷ A. PACE, *Problematica*, 1990, cit., p. 41, nota 2; ID., *Problematica*, 2003, cit., p. 85, nota 47.

¹⁸ V. ad es. E. BETTINELLI, «Diritto di voto», in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Utet, Torino 1990, pp. 217 ss., 231.

¹⁹ A. PACE, *Problematica*, 2003, cit., p. 162.

connotazione di potere da cui deriva l'obbligo dello Stato di conformarsi agli esiti del suo esercizio²⁰. Il cerchio si chiude: i diritti di libertà constano di facoltà, mentre il diritto di voto ha per contenuto dei poteri.

Ma anche questa ricostruzione si scontrava con le aporie del testo costituzionale: se l'art. 48, comma 2, Cost. tende a far rivivere la definizione di Schmitt in base alla quale il diritto di voto «non è un diritto nel senso che si trovi a libera disposizione del singolo (come il segreto elettorale la cui *eterogeneità* si mostra particolarmente in questo contrasto)... ma è una pubblica funzione e di conseguenza pure un dovere perché esercitato non dal singolo in quanto privato ma in quanto cittadino, ossia in forza di uno *status* pubblicistico»²¹, come conciliare tutto ciò con le altre previsioni dell'art. 48, comma 2, Cost. che nel definire la sostanza del diritto di voto includono la segretezza come parte integrante della libertà e della personalità del suffragio? E soprattutto, come si concilia l'invulnerabilità del diritto di voto — contenuto minimo dell'art. 1 Cost., assieme alle previsioni costituzionali che garantiscono le pre-condizioni della democrazia — con la possibilità del legislatore di apporvi limiti negativi in assenza di espresse previsioni costituzionali?

Il secondo filone di pensiero, riconducibile a Fulco Lanchester, recuperava la natura funzionale del diritto di voto partendo da un approccio molto diverso. L'Autore prendeva atto del cambio epocale derivante dal riconoscimento del suffragio universale in senso proprio (ossia quello che riguarda anche le donne). Immediato infatti è il riferimento alla concezione di Baldassarre (e alle sue prime conferme da parte della Corte costituzionale) che «sembra ritornare alla concezione individualistica del diritto innato coprendolo sotto la forma del diritto inviolabile». Ma allo stesso tempo Lanchester concorda con la coeva dottrina che «non può non fare riferimento alla funzionalizzazione del diritto ed al suo riconosci-

²⁰ A. PACE, *op. ult. cit.*, pp. 164–165; ID., *Problematica*, 1990, cit., p. 69.

²¹ C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1928), trad. it. a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1984, pp. 332–333.

mento in ambito statale): la natura giuridica del diritto di voto «non può fermarsi alla natura del diritto e alla sua protezione ma coinvolge lo scopo per cui lo stesso esiste ed il convogliarsi dei singoli diritti all'interno di una volontà collegiale»; l'attribuzione del suffragio e la sua espressione nel procedimento di votazione «non possono sfuggire ancor oggi (ma ovviamente in maniera differente) alla duplicità anzidetta perché da un lato, la prima indica un diritto individuale connesso alla forma di Stato (e perciò coesistente alla natura stessa dell'ordinamento) e dall'altro, la seconda una funzione collettiva (cui il singolo partecipa)»²². Questa duplicità è inserita «all'interno del circuito democratico, che parte dal singolo come centro di imputazione di valori ma che vede nel corpo elettorale il collegio in cui l'individuo unito ad altri dal vincolo della cittadinanza esprime la propria volontà elettiva e deliberativa con effetti giuridicamente vincolanti»²³. La natura funzionale del diritto di voto si riferisce pertanto ad un interesse collettivo coincidente con il funzionamento del sistema democratico.

Fin qui la ricostruzione di Fulco Lanchester sembra intersecarsi con quella di Alessandro Pace nella misura in cui entrambi, pur ripudiando la prospettiva statualistica, recuperano la connotazione funzionale del diritto di voto ancorandola a una finalità collettiva, diversa dall'interesse dello Stato-persona.

Ma mentre Pace include il diritto di voto nei diritti funzionali facendo leva sul suo carattere doveroso e sulla sua connotazione di potere da cui deriva l'obbligo dello Stato di conformarsi agli esiti del suo esercizio, Lanchester parla invece di una funzionalizzazione che si rivolge alla portata delle facoltà insite nel diritto di voto, senza far leva sull'ambigua formulazione dell'ultima parte dell'art. 48, comma 2, Cost.: i principi fondanti l'ordinamento — la dignità e l'autodeterminazione del singolo — comportano «l'inviolabilità del diritto di voto e quindi l'impossibilità

²² F. LANCHESTER, «Voto: diritto di (dir. pubbl.)», in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Giuffrè, Milano 1993, pp. 1007 ss., 1119.

²³ F. LANCHESTER, *loc. ult. cit.*

di ogni revisione sostanziale delle disposizioni attinenti al diritto stesso e al suo libero esercizio, ma permettono «anche un'articolazione di interventi da parte dello Stato per assicurare il perseguimento sostanziale degli obiettivi qualitativi attribuitigli»²⁴. Questi interventi che il legislatore può adottare proprio in ragione del principio democratico — principio cui viene ancorata sia l'inviolabilità sia il carattere funzionale del voto — riguardano infatti la minore o maggiore «capacità del singolo di incidere sulla determinazione della politica nazionale»²⁵. Evidente il richiamo al concetto di sovranità popolare sposato da Mortati che schiacciava l'art. 1 sull'art. 49 Cost.²⁶.

Le scelte relative alle tecniche per l'assunzione delle decisioni elettive sono da considerare tra gli «elementi opzionali delle votazioni democratiche che non possono essere assolutizzate perché dipendono dalle concrete situazioni storiche e sociali e non incidono sul nucleo duro della forma di Stato»²⁷. Qui il riferimento era alla giurisprudenza costituzionale relativa al rapporto tra eguaglianza del voto e formula elettorale.

In effetti era la stessa giurisprudenza costituzionale a confermare questa ricostruzione non solo in relazione al grado di «massimizzazione della volontà dell'elettore rispetto all'individuazione di scelte precise di indirizzo»²⁸, ma anche in ordine alla disciplina della fase preparatoria delle elezioni (dalla propaganda alla presentazione delle candidature), delle ineleggibilità e delle incompatibilità: lo stesso Autore, pur annettendo a pieno titolo la necessità costituzionale di tali discipline al concetto della libertà di voto²⁹, teneva conto di una giurisprudenza costituzionale che — a immagine e somiglianza di quella sulla formula elettorale — si caratterizzava per la mancata definizione di chiari limiti alla discrezionalità del legislatore.

²⁴ F. LANCHESTER, *loc. ult. cit.*

²⁵ F. LANCHESTER, *loc. ult. cit.*

²⁶ Sul tema vedi, *infra*, cap. VII.

²⁷ F. LANCHESTER, *loc. ult. cit.*

²⁸ F. LANCHESTER, *loc. ult. cit.*

²⁹ F. LANCHESTER, *op. ult. cit.*, pp. 1126–1127.

Questa lettura — richiamando ancora una volta l'idea di sovranità popolare di Mortati — dà largo spazio al legislatore e quindi ai partiti ai fini della effettiva configurazione dei diritti elettorali e della sostanza del principio—democratico rappresentativo. E non c'è dubbio che l'art. 66 abbia avuto e continui ad avere un ruolo importante in questa ricostruzione.

C) Il dibattito attuale (rinvio)

A distanza di vent'anni il modo di trattare il tema dei diritti elettorali è cambiato. Sicuramente ciò è in parte dovuto agli effetti della globalizzazione e dell'incidenza del diritto comunitario e internazionale sul concetto di cittadinanza.

Inoltre le più recenti analisi dell'evoluzione dei diritti individuali valorizzano la ricostruzione di Baldassarre: esse infatti rimettono sempre più in discussione la dicotomia tra libertà negativa e libertà positiva prendendo atto del crollo dei presupposti su cui essa si reggeva, crollo frutto dell'entrata in vigore di costituzioni rigide che delincono una forma di Stato democratico—pluralistica.

Mentre lo Stato di diritto ottocentesco era finalizzato a delimitare spazi di libertà della società borghese contro un potere statale che ne doveva restare separato ma che era chiamato a proteggerne l'egemonia, lo Stato costituzionale è concepito per dare «risposte a inedite domande di diffusione e di effettività di spazi di libertà» affidando alla Costituzione, oltre che «il ruolo di strumento di limitazione del potere», una funzione di «legittimazione del potere» attraverso la costruzione progressiva dell'unità politica³⁰.

Tutto ciò porta oggi a rinvenire in tutti i diritti un profilo positivo che implica l'attivazione di compiti ed erogazioni da parte dei pubblici poteri³¹.

Lo stesso taglio caratterizza la lunga ricostruzione storica che

³⁰ P. RIDOLA, «Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo», in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I., Torino 2006, pp. 3 ss., 20, 102.

³¹ Vedi, *ex plurimis*, P. RIDOLA, *op. ult. cit.*, p. 149.

pone al centro dell'evoluzione dei diritti politici la lotta per l'egualianza³².

Ma soprattutto, per quanto riguarda il contesto italiano, una certa evoluzione del sistema politico ed elettorale ha indotto ad un mutamento nel modo di guardare alla sovranità popolare, al rapporto tra disciplina dei partiti e materia elettorale e ai limiti della discrezionalità legislativa in relazione a quest'ultima.

Il riferimento è alle più recenti riflessioni di Fulco Lanchester che ha parzialmente modificato la lettura data al nocciolo duro della forma di Stato in relazione alla materia elettorale.

L'Autore infatti individua elementi di rottura rispetto alla Costituzione nelle attuali scelte legislative in questa materia — che conducono ad una «recessione del principio elettivo»³³ — e nella mancata attuazione dell'art. 49 Cost.³⁴ che ha contribuito alla formazione di un quadro partitico ostile alla nostra forma di Stato³⁵. In questo contesto, oltre a sottolineare l'incostituzionalità del suffragio per corrispondenza introdotto in attuazione della riforma sul voto dei cittadini italiani all'estero³⁶, Lanchester coglie «l'illusione che l'applicazione funzionale della democrazia possa essere adottata in tutti i contesti»³⁷. Inoltre emerge con chiarezza una nuova impostazione del rapporto tra cittadinanza e diritti politici: si sottolinea sia lo strabismo da parte del legislatore in ordine all'interpretazione della rigidità costituzionale in questa materia, sia l'importanza per la persona umana dei diritti di cittadinanza, sia, infine, l'incidenza esercitata sulla interpretazione dell'art. 48, comma 1, Cost. dall'art. 56, comma 4 (che fa pesare la popolazione nel calcolo della rappresentanza politica dei collegi di residenza dei cittadini)³⁸.

³² P. COSTA, «Diritti fondamentali (storia)», in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, tomo 2, Giuffrè, Milano 2008, pp. 365 ss., 390.

³³ F. LANCHESTER, *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Giuffrè, Milano 2011, pp. 63 ss.

³⁴ F. LANCHESTER, *La Costituzione*, cit., pp. 97 ss.

³⁵ F. LANCHESTER, *La Costituzione*, cit., pp., 53, 55, 58 e 117.

³⁶ F. LANCHESTER, *La Costituzione*, cit., p. 69.

³⁷ F. LANCHESTER, *op. ult. cit.*, p. 36.

³⁸ F. LANCHESTER, *op. ult. cit.*, pp. 77 ss., spec. 77, 78, 87–89.

Prendendo spunto dal succitato dibattito, si tenterà di verificare sul piano del diritto vivente se, e fino a che punto, l'ordinamento stia recependo queste trasformazioni nella concezione dei diritti elettorali.

2 Premessa metodologica. Perché uno studio sulla garanzia dei “diritti elettorali”

La locuzione “diritti elettorali”, piuttosto desueta nella dottrina contemporanea, richiama alla memoria le trattazioni dedicate alle elezioni o ai “diritti politici” tra la seconda metà dell'Ottocento e gli inizi del Novecento: i diritti elettorali, definiti come il diritto di eleggere e il diritto di eleggibilità, erano considerati una specie compresa nel genere “diritti politici”, categoria che serviva a designare tutte le situazioni giuridiche soggettive consistenti nella pretesa a diventare organi dello Stato³⁹ e quindi a svolgerne alcune funzioni in nome e per conto di quest'ultimo. In virtù di questo minimo comun denominatore — ossia la qualifica di diritti funzionali —, nell'ambito dei diritti politici il diritto di partecipare allo svolgimento della “funzione elettiva”, il diritto di partecipare alla competizione elettorale, e quelli consistenti nel riconoscimento e nel mantenimento dell'ufficio elettivo in tal guisa acquisito, erano destinati a figurare accanto a situazioni giuridiche soggettive all'epoca non ricollegabili — nemmeno indirettamente — al principio rappresentativo. Tra i diritti politici erano infatti inclusi anche quelli consistenti nella pretesa di accedere al pubblico impiego o di contribuire all'amministrazione della giustizia in veste di giurato popolare e quindi di partecipare a vario titolo all'esercizio di poteri espressivi del potere Regio⁴⁰.

³⁹ Alla teoria che vedeva nell'elettorato (attivo e passivo) un diritto individuale consistente nella pretesa ad esercitare una funzione statale (quindi sia un diritto individuale che una funzione) — teoria come è ben noto che fu formulata da Jellinek e diffusa nella giurispubblicistica italiana da Orlando — è chiaramente ispirata, tanto per limitarsi ad un esempio, la voce di GIO. BATTISTA UGO, «Diritto elettorale», in *Dig. ital.*, vol. IX, parte II, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino 1900, pp. 964 ss., 966.

⁴⁰ Cfr. A. BRUNIALTI, «Capacità politica», in *Dig. it.*, vol. VI, Unione Tipografico-Edi-