

DOPO LA DECISIONE SULL'ITALICUM: IL MAGGIORITARIO È SALVO, E LA PROPORZIONALE NON UN OBBLIGO COSTITUZIONALE

Andrea Morrone*

(13 febbraio 2017)

1. Una lettura corretta della decisione sull'*Italicum* (sent. n. 35/2017) deve partire dal fatto che le domande dei giudici *a quibus* intendevano contestare in radice l'impianto maggioritario contenuto nella legge. L'esito prefigurato era l'illegittimità complessiva della formula, incentrata su premio di maggioranza e ballottaggio, soglia di sbarramento al 3%, candidati cd. bloccati e pluricandidature, per arrivare a ottenere il riconoscimento, da parte del giudice costituzionale, come *costituzionalmente necessario* un sistema elettorale *sostanzialmente* proporzionale. Se non si parte da questo dato di fatto non si può comprendere fino in fondo il significato delle 100 pagine di questa importante decisione, che ha respinto gran parte delle censure di merito, e accolto con riferimento a due soli profili marcatamente marginali.

Al contrario di quanto ipotizzavano i giudici remittenti – e le forze politiche che ne avevano direttamente o indirettamente guidato la mano – la Corte costituzionale ha riconosciuto la piena legittimità del premio di maggioranza quale correttivo del criterio proporzionale di distribuzione dei seggi, con valorizzazione della più ampia “discrezionalità politica” del legislatore nel confezionare la legge elettorale per il rinnovo delle camere, riconoscendo, in parallelo, i limiti cui va incontro il giudizio costituzionale in questa materia. Gli unici profili di accoglimento, relativi al ballottaggio e al diritto di opzione del candidato plurieletto, si fondano su motivi peculiari, attinenti al modo concreto di disciplinare i relativi istituti: anche in questo caso, infatti, non sono il ballottaggio in sé, o le pluricandidature, a violare la Costituzione, ma solo la specifica regolazione della legge n. 52/2015.

A differenza della sent. n. 1/2014 sul cd. *porcellum*, la nuova decisione si caratterizza per una più osservata concezione circa il senso del limite che deve essere proprio (anche) del giudice delle leggi. Pare proprio che i giudici di Palazzo della Consulta abbiano voluto ricordarci che la Costituzione non può e non deve essere letta *magis ut valeat*, trasformando l'interpretazione costituzionale in costruttivismo normativo volto a far dire al testo cose che col diritto costituzionale scritto non hanno nulla a che vedere. La Costituzione, invece, come progetto di società, deve essere svolta in sede politica, attraverso scelte compiute dal legislatore, spettando alla Corte costituzionale il compito di garantire a valle la legittimità costituzionale di quelle decisioni, senza sostituirsi ai rappresentanti del corpo elettorale nella definizione dei contenuti dell'attuazione. E' importante che in questa decisione la Corte costituzionale faccia un insistito richiamo alla “rigorosa osservanza dei limiti dei propri poteri, tanto più in materia elettorale, connotata da ampia discrezionalità legislativa”. Anche se non è detto apertamente, la parziale illegittimità della legge è figlia del contesto storico, perché deriva linearmente dalla mancata approvazione della legge di revisione costituzionale. Il fallimento del *referendum* costituzionale del

4 dicembre 2016, con la mancata trasformazione del parlamento paritario in un bicameralismo asimmetrico, ha operato come convitato di pietra per giustificare una sorta di illegittimità costituzionale sopravvenuta dell'*Italicum*, quantomeno nel profilo che avrebbe in concreto maggiormente ostacolato l'esercizio di un voto libero, tra un turno elettorale comune e un eventuale ballottaggio previsto solo per la Camera.

2. Sono quattro i profili sui quali vale la pena riflettere. Il primo riguarda la riconosciuta legittimità di formule elettorali proporzionali con premio di maggioranza (in sé o in connessione all'altro correttivo di una soglia di sbarramento del 3%). Ribadita la prerogativa del legislatore "nella scelta del sistema elettorale che ritenga più idoneo in relazione al contesto storico-politico in cui tale sistema è destinato a operare, riservandosi una possibilità di intervento limitata ai casi nei quali la disciplina introdotta risulti manifestamente irragionevole", la Corte costituzionale ha respinto tutti i rilievi, più o meno fantasiosi, dei giudici remittenti su quest'aspetto.

Riprendendo quanto detto nella sent. n. 1/2014, infatti, il vizio di illegittimità è limitato ai casi *estremi* di "assenza di previsione di una soglia minima di voti e/o di seggi cui condizionare l'attribuzione del premio" (p.n. 6 diritto). La soglia del 40% dei voti validi, invece, "non appare in sé manifestamente irragionevole, poiché volta a bilanciare i principi costituzionali della necessaria rappresentatività della Camera dei deputati e dell'eguaglianza del voto, da un lato, con gli obiettivi, pure di rilievo costituzionale, della stabilità del governo del Paese e della rapidità del processo decisionale, dall'altro."

Se tutto questo non bastasse a convincere anche i più tenaci proporzionalisti, la motivazione precisa due importanti aspetti. Se fosse vera la tesi dei giudici remittenti, si dovrebbe riuscire ad argomentare "la non compatibilità con i principi costituzionali di una determinata soglia numerica per l'attribuzione del premio, fino a considerare – quale condizione per il positivo scrutinio di ragionevolezza e proporzionalità della disciplina premiale – la sola attribuzione, non già di un premio "di maggioranza", ma di un premio "di governabilità", condizionato al raggiungimento di una soglia pari almeno al 50 per cento dei voti e/o dei seggi". Come dire, *per absurdum*, che dalla Costituzione deriverebbe un divieto radicale di formule con premio di maggioranza e, al contrario, la sola compatibilità con essa di premi di governabilità per le forze politiche che potessero contare sulla maggioranza assoluta degli elettori....!

Quel che più conta, in aggiunta, è il passaggio in cui la Corte costituzionale riconosce al legislatore la scelta della soglia alla quale collegare il premio di maggioranza, l'unico limite essendo la proporzionalità del rapporto tra soglia e premio in termini di bilanciamento tra rappresentanza e governabilità. Con le parole della Corte: "Sfugge, dunque, in linea di principio, al sindacato di legittimità costituzionale una valutazione sull'entità della soglia minima in concreto prescelta dal legislatore (attualmente pari al 40 per cento dei voti validi, e del resto progressivamente innalzata nel corso dei lavori parlamentari che hanno condotto all'approvazione della legge n. 52 del 2015)", restando "salvo il controllo di proporzionalità riferito alle ipotesi in cui la previsione di una soglia irragionevolmente bassa di voti per l'attribuzione di un premio di maggioranza determini una tale distorsione della rappresentatività da comportarne un sacrificio sproporzionato, rispetto al legittimo obiettivo di

garantire la stabilità del governo del Paese e di favorire il processo decisionale.”.

Il quadro è completato quando viene respinto il rilievo circa l'illegittimità del combinato disposto tra premio di maggioranza e soglia di sbarramento del 3%. I giudici costituzionali non solo riconoscono che qualsiasi soglia di accesso alle camere comporta “un'artificiale alterazione della rappresentatività (...) che in astratto potrebbe aggravare la distorsione pure introdotta dal premio”, ma, da un lato, ribadiscono che “non è manifestamente irragionevole che il legislatore, in considerazione del sistema politico-partitico che intende disciplinare attraverso le regole elettorali, ricorra contemporaneamente, nella sua discrezionalità, a entrambi tali meccanismi” e, dall'altro, riconoscono i “pregi” delle soglie di sbarramento ai fini della razionalizzazione del quadro politico partitico. Infatti, “se il premio ha lo scopo di assicurare l'esistenza di una maggioranza, una ragionevole soglia di sbarramento può a sua volta contribuire allo scopo di non ostacolarne la formazione”; così come, non si può ignorare “che la soglia può favorire la formazione di un'opposizione non eccessivamente frammentata, così attenuando, anziché aggravando, i disequilibri indotti dalla stessa previsione del premio di maggioranza.”.

3. L'accoglimento della questione sulla regola del ballottaggio tra le due liste più votate al primo turno, come anticipato, è pronunciata non per una sua intrinseca incompatibilità con la Costituzione, ma per “le concrete modalità dell'attribuzione del premio attraverso il turno di ballottaggio” (p.n. 9 diritto). Poiché per accedere al ballottaggio non è richiesta una soglia minima di voti, la sua previsione finisce per incorrere nel medesimo vizio riscontrato nella sent. n. 1/2014, potendo determinare una compressione eccessiva del carattere rappresentativo dell'assemblea elettiva e dell'eguaglianza del voto. Per usare le parole della motivazione: “una lista può accedere al turno di ballottaggio anche avendo conseguito, al primo turno, un consenso esiguo, e ciononostante ottenere il premio, vedendo più che raddoppiati i seggi che avrebbe conseguito sulla base dei voti ottenuti al primo turno”, sicché le “disposizioni censurate riproducono così, seppure al turno di ballottaggio, un effetto distorsivo analogo a quello che questa Corte aveva individuato, nella sentenza n. 1 del 2014, in relazione alla legislazione elettorale previgente.”.

Anche in questo caso si potrebbero spendere gli stessi argomenti critici che ho utilizzato contro la decisione n. 1/2014 per contestare l'assoluta astrattezza di un simile argomento (cfr. *Giur.cost.* 2014, 47 ss.): ma tale approccio varrebbe poco di fronte all'ormai acquisito dato di realtà circa l'esigenza, per la giurisprudenza costituzionale, che formule proporzionali con premio di maggioranza leghino quest'ultimo alla previsione di una soglia minima “ragionevole”. Quel che conta rimarcare, invece, è proprio la correzione di tiro operata nella sent. n. 35/2017 sulla questione generale: posto l'obiettivo generico di assicurare la giusta proporzione tra voti e seggi – specie, va ribadito, se si adotta una formula elettorale incentrata su una *proporzionale* – la scelta di un ballottaggio è pienamente legittima, e la sua configurazione concreta (ballottaggio o tra liste o tra coalizioni di liste) e, soprattutto, la determinazione della soglia di accesso, spetta *esclusivamente al legislatore*. L'obiettivo dell'eguaglianza del voto *anche in uscita* non costituisce, dunque, un principio costituzionale in positivo, che il legislatore deve concretizzare in un

modo determinato, come se dalla Costituzione derivasse un “rima obbligata”, ma, più modestamente, un *limite negativo* che invita il Parlamento a non conformare formule elettorali che possono determinare forme di rappresentatività sproporzionate. A chiare lettere si dice che è “necessario sottolineare che non è il turno di ballottaggio fra liste in sé, in astratto considerato, a risultare costituzionalmente illegittimo, perché in radice incompatibile con i principi costituzionali evocati. In contrasto con gli artt. 1, secondo comma, 3 e 48, secondo comma, Cost. sono invece le specifiche disposizioni della legge n. 52 del 2015, per il modo in cui hanno concretamente disciplinato tale turno, in relazione all’elezione della Camera dei deputati.”. Allo stesso modo, la riconosciuta illegittimità del peculiare meccanismo confezionato dalla legge non può affatto condurre la Corte costituzionale a “modificare, tramite interventi manipolativi o additivi, le concrete modalità attraverso le quali il premio viene assegnato all’esito del ballottaggio, inserendo alcuni, o tutti, i correttivi la cui assenza i giudici rimettenti lamentano”: ciò spetta, ancora una volta, “all’ampia discrezionalità del legislatore (...) al quale il giudice costituzionale, nel rigoroso rispetto dei propri limiti d’intervento, non può sostituirsi.”.

In un *obiter dictum*, piuttosto, sembra che la Corte voglia fondare questa decisione di accoglimento sul fatto della mancata trasformazione del bicameralismo. Poiché, nella forma di governo parlamentare disegnata dalla Costituzione, “la Camera dei deputati è una delle due sedi della rappresentanza politica nazionale (art. 67 Cost.), accanto al Senato della Repubblica”, e poiché “in posizione paritaria con quest’ultimo, la Camera concede la fiducia al governo ed è titolare delle funzioni di indirizzo politico (art. 94 Cost.) e legislativa (art. 70 Cost.)”, applicare “un sistema con turno di ballottaggio risolutivo, a scrutinio di lista, dovrebbe necessariamente tenere conto della specifica funzione e posizione costituzionale di una tale assemblea, organo fondamentale nell’assetto democratico dell’intero ordinamento” (p.n. 9.2). Come dire, in sostanza, che l’asimmetria su questo punto non si giustifica più dopo il fallimento della proposta di riforma costituzionale del bicameralismo: per questo motivo, al di là delle parole, il ballottaggio sembra incorrere in una sorta di vizio d’illegittimità sopravvenuta.

4. Un rigoroso *self restraint* domina altresì il giudizio intorno alle previsioni circa i candidati capolista bloccati e il diritto di opzione in caso di plurielezione (quest’ultima fattispecie, si ricorda, in parte dichiarata illegittima). Il precedente della sent. n. 1/2014 ha costituito il punto di riferimento del giudizio attuale, interpretato, tuttavia, senza arrivare alle assurde conseguenze cui giungevano parte minoritaria della dottrina e i giudici *a quibus* che ne hanno seguito il costruttivismo interpretativo. Dice, in maniera chiarissima la sent. n. 35/2017, che “mentre lede la libertà del voto un sistema elettorale con liste bloccate e lunghe di candidati, nel quale è in radice esclusa, per la totalità degli eletti, qualunque indicazione di consenso degli elettori, appartiene al legislatore discrezionalità nella scelta della più opportuna disciplina per la composizione delle liste e per l’indicazione delle modalità attraverso le quali prevedere che gli elettori esprimano il proprio sostegno ai candidati.” (p.n. 11.2). Le differenze tra la formula del cd. *porcellum* e della legge n. 52/2015 (le liste presentate in cento collegi plurinominali, l’unico candidato bloccato è il capolista indicato

espressamente nella lista, la possibilità di esprimere fino a due preferenze) sono tali da escludere, in questo caso, qualsiasi compressione del diritto di voto dell'elettore.

L'aspetto più significativo della motivazione è il fatto che la Corte costituzionale valorizzi il ruolo cruciale dei *partiti politici* nella selezione e nella presentazione delle candidature ai sensi dell'art. 49 Cost., con un accenno, per nulla implicito, alla circostanza che quel compito deve essere svolto in sintonia con la base elettorale. A me pare che qui il giudice costituzionale abbia voluto valorizzare la possibile adozione da parte del legislatore di meccanismi – come le primarie – diretti a determinare un più stretto collegamento tra partiti ed elettori fin dal momento della selezione e della presentazione delle candidature. Il diritto costituzionale di voto, detto altrimenti, non si realizza, per Costituzione, solo nel momento delle elezioni, ma attiene direttamente pure alla fase precedente della costruzione del rapporto politico tra cittadini e organizzazioni politiche.

E' esattamente in quest'orizzonte, di piena valorizzazione del momento pregiuridico della partecipazione politico-partitica e, quindi, dell'ampia discrezionalità del legislatore di combinare i criteri di determinazione delle candidature, che si inserisce la pronuncia sulla illegittimità della previsione che consentiva al candidato capolista, eletto in più collegi plurinomiali, di optare in base ad una sua mera valutazione di opportunità (p.n. 12). In sostanza, la Corte costituzionale riconosce che la mancata previsione di un criterio oggettivo che possa orientare la scelta del plurieletto sia "in contraddizione manifesta" con la "logica dell'indicazione personale dell'eletto da parte dell'elettore" mediante il voto di preferenza. L'opzione arbitraria consente al plurieletto non solo di essere titolare del poter scegliere il collegio, ma anche di "un improprio potere di designazione del rappresentante di un dato collegio elettorale, secondo una logica idonea, in ultima analisi, a condizionare l'effetto utile dei voti di preferenza espressi dagli elettori". In questo modo l'*Italicum* si distingue dal sistema elettorale precedente il 1993 o a quello vigente per l'elezione del Parlamento europeo: nella legge 52/2015 il voto di preferenza non riguarda tutti i candidati e l'accesso alle pluricandidature non è generalizzato. La conseguenza è che non sono in sé illegittime né le liste bloccate di candidati, né le pluricandidature, ma, nel caso dell'*Italicum*, la specifica disciplina dei cento capolista bloccati, che possono determinare, con la propria opzione, anche l'elezione di candidati che hanno ottenuto voti di preferenza.

Pure in questo caso, tuttavia, la discrezionalità del legislatore viene fatta salva: la Corte esclude qualsiasi intervento additivo – del resto non a rime obbligate – per riconoscere che la scelta tra i "possibili criteri, e tra i vantaggi e i difetti che ciascuno di essi presenta, appartiene alla ponderata valutazione del legislatore, e non può essere compiuta dal giudice costituzionale.". L'unica indicazione riguarda la precisazione che, come conseguenza lineare dell'annullamento del potere di opzione del plurieletto e in attesa dell'intervento legislativo, opera il criterio residuale del "sorteggio".

5. L'ultimo punto che merita di essere analizzato riguarda la questione della pretesa omogeneità della legge elettorale per la Camera dei deputati e per il Senato della Repubblica. Nell'ultimo periodo della motivazione la Corte non si esime dal sottolineare "che l'esito del referendum ex art. 138 Cost. del 4 dicembre 2016 ha confermato un assetto costituzionale basato sulla parità di

posizione e funzioni delle due Camere elettive”, e che, in questo quadro, “la Costituzione, se non impone al legislatore di introdurre, per i due rami del Parlamento, sistemi elettorali identici, tuttavia esige che, al fine di non compromettere il corretto funzionamento della forma di governo parlamentare, i sistemi adottati, pur se differenti, *non ostacolino* [così, in modo più *soft*, dopo la correzione del testo originario “non devono ostacolare”], all’esito delle elezioni, la formazione di maggioranze parlamentari omogenee.”.

Questo passaggio è stato molto valorizzato dai media dopo il deposito della sentenza, in collegamento alle dichiarazioni, di tenore analogo, espresse dal Capo dello Stato qualche settimana prima. Mi pare evidente, nonostante alcune scorciatoie di pensiero, che queste parole della Corte siano chiarissime: la pretesa omogeneità delle formule elettorali può essere considerata solo un mero *auspicio*, specie dopo il fallimento del *referendum* costituzionale, e non può essere affatto il precipitato obbligato della Costituzione. La parità delle camere riguarda alcune funzioni fondamentali, come la fiducia al governo e l’esercizio collettivo della funzione legislativa, ma, per il resto, dal testo della Costituzione derivano differenze strutturali e funzionali che rendono il bicameralismo italiano solo tendenzialmente simmetrico (basti pensare all’originaria differenza di durata, alla vigente diversità di elettorato attivo e passivo, alla base regionale di elezione del Senato). Insomma, se per esigenze di funzionalità del modello di governo parlamentare è certamente opportuno disporre di formule elettorali che assicurino una maggioranza politica in entrambe le camere, si può affermare, senza scomodare l’originalismo, che nessuna disposizione costituzionale, ma neppure lo spirito della Carta repubblicana, impongono identità nelle regole di formazione della rappresentanza politica.

La conseguenza pratica immediata è che le due formule elettorali uscite dalla giurisprudenza della Corte costituzionale nelle due storiche decisioni (1/2014 e 35/2017) possono essere utilizzate per l’elezione del Parlamento, non solo in quanto sostanzialmente “autoapplicative”, ma anche perché riconosciute compatibili con il modello italiano di governo parlamentare. E, sia detto per inciso, *Italicum* e *Consultellum*, ossia le due formule elettorali ridisegnate dalla Corte costituzionale in queste due pronunce, pur non distanti, potrebbero condurre ad esiti non così diversi in termini di rappresentanza politica nelle due assemblee. Comunque sia, il Parlamento, se le condizioni politiche lo consentissero, potrebbe riscrivere nuove regole, ma anche decidere di non farlo. In ogni caso, i margini di una concreta decisione legislativa, dopo la sent. n. 35/2017 restano amplissime, non pregiudicate da alcun contenuto costituzionalmente necessario, come pure pretendevano di far dire alla Corte costituzionale i *giudici a quibus*.

In definitiva, dopo la sentenza sull’*Italicum* si può dire che la forma di governo parlamentare, anche nel disegno della Costituzione italiana, non impone formule elettorali di tipo proporzionale, ma è pienamente compatibile con meccanismi di tipo maggioritario, la cui determinazione spetta alla politica-legislativa, nel rispetto del limite generalissimo di proporzionalità-bilanciamento tra le esigenze, ritenute correttamente di eguale pregio costituzionale, della rappresentanza e della governabilità.

*Ordinario di Diritto costituzionale – Università di Bologna.