

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 22/04/2010**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29395-l-incandidabilit-sopravvenuta-alla-carica-di-consigliere-negli-enti-locali-siciliani-un-caso-particolare>**

**Autore: Greco Massimo**

## **L'incandidabilità sopravvenuta alla carica di consigliere negli enti locali siciliani: un caso particolare**

**Sommario. 1. La normativa di riferimento – 2. Il caso in specie – 3. La revoca della convalida dell'elezione – 4. La revoca della convalida dell'elezione - 5. La sostituzione del Consigliere revocato – 6. Le conseguenze della nullità dei voti di lista sull'assegnazione dei seggi.**

## **L'incandidabilità sopravvenuta alla carica di consigliere negli enti locali siciliani: un caso particolare**

**Sommario.** *1. La normativa di riferimento – 2. Il caso in specie – 3. La revoca della convalida dell'elezione – 4. La revoca della convalida dell'elezione - 5. La sostituzione del Consigliere revocato – 6. Le conseguenze della nullità dei voti di lista sull'assegnazione dei seggi.*

### 1. La normativa di riferimento

Il diritto politico rappresenta una indiscussa conquista delle società democratiche del nostro tempo che trovano spesso fondamento nelle relative Costituzioni. Il diritto di elettorato passivo è riconosciuto dalla nostra Costituzione all'art. 51 che così recita: *“Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge”*. Nell'ambito del potere di fissazione dei “requisiti” di eleggibilità, che l'art. 51 riserva al legislatore, esistono delle cause ostative all'esercizio di tale diritto, che trovano espressa disciplina nel nostro ordinamento giuridico e che riguardano tutti i livelli istituzionali in cui è prevista una carica di tipo elettivo.

Le cause ostative alla candidatura negli Enti locali sono oggi previste dall'art. 58 del D.Lgs n. 267/200 – Testo Unico degli Enti locali -. Nell'ordinamento siciliano, l'articolo 6 della L.r. n. 7/92, sostituito dall'art. 36 della L.r. n. 26/93, prevede un rinvio alle disposizioni di cui alla legge n. 16/92. L'art. 1, comma 1, lett. f), di tale legge annovera tra le cause di incandidabilità alle elezioni degli Enti locali *“coloro che nei confronti il tribunale ha applicato, anche se con provvedimento non definitivo, una misura di prevenzione, in quanto indiziati di appartenere ad una delle associazioni di cui all'art. 1 della legge 31 maggio 1965, n. 575, come sostituito dall'art. 13 dicembre 1982, n. 646”*. Il 2° comma del medesimo articolo prevede che *“Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano nel caso in cui nei confronti dell'interessato.....venga emesso un provvedimento di revoca della misura di prevenzione, anche se non definitivo”*. Le disposizioni di cui alla legge 16/92 sono state espressamente abrogate dall'art. 274 del Testo Unico degli Enti locali. La materia è stata, quindi, ridisciplinata nel contesto del Testo Unico al citato articolo 58. Infatti, *“dalla puntuale indicazione delle norme espressamente abrogate dal citato art. 274, risulta chiaramente che il legislatore, nel separare la normativa istituzionale sugli enti locali da quella sulle regioni a statuto ordinario, ha inteso riunire e coordinare le norme sulla sospensione, sulla decadenza, sulla incompatibilità e sulla ineleggibilità dei consiglieri comunali e provinciali, inserendole nel nuovo testo unico e abrogando le disposizioni nelle quali esse erano contenute”*<sup>1</sup>.

A questo punto occorre verificare quali norme sono applicabili nel territorio della Regione Siciliana visto che, per la disciplina della materia in questione l'ordinamento regionale ha rinviato ad una norma – la legge n. 16/92 - successivamente abrogata dallo stesso legislatore statale. In tema di rinvii il Consiglio di Giustizia Amministrativa ha affermato che trattasi di rinvio materiale o recettizio quando il legislatore regionale fa propria la norma statale (con eventuali modifiche ed integrazioni) rendendola quindi estranea alla normativa statale. Diversamente il rinvio si configura formale e dinamico, ma anche in tale ipotesi il legislatore regionale pone invero limiti di compatibilità, di competenze dei soggetti, di assetto procedimentale, contingenti o di successiva legislazione. Con il rinvio recettizio e materiale (o statico) l'ordinamento regionale non subisce automatiche modifiche per l'intervento (o, specularmente, per l'eliminazione) di norme statali<sup>2</sup>. Pertanto, per una corretta ricostruzione del quadro dei rapporti tra fonti statali e regionali, si può sostenere che l'abrogazione a livello statale delle disposizioni di cui alla legge n. 16/92 non incide

<sup>1</sup> Cass. Civ., sent. 12/11/2003 n. 17020.

<sup>2</sup> Sulla differenza tra rinvio recettizio/statico e formale/dinamico si veda C.G.A., parere n. 592 del 16/11/1993 e C.G.A. decisione n. 403/2010.

sulla sopravvivenza delle relative norme nello spazio giuridico siciliano, trattandosi, nel caso in specie, di rinvio statico. Non a caso l'Assessorato Reg.le alle Autonomie Locali nel pubblicare il Testo coordinato delle leggi relative all'ordinamento degli enti locali (pubblicato sulla GURS n. 20 del 09/05/2008) all'art. 79 del medesimo così recita: *“Nella Regione Siciliana si applicano le disposizioni di cui alla legge 18 gennaio 1992, n. 16”*. Se quindi la legge 16/92, abrogata dal legislatore statale, risulta ancora incardinata nell'ordinamento regionale, si pone l'interrogativo in ordine alla contestuale vigenza dell'art. 58 del Testo Unico, che nell'ordinamento statale ha sostanzialmente sostituito, ridisciplinandole, le norme sulle cause ostative alla candidatura negli Enti locali.

Per l'Assessorato Reg.le alle Autonomie Locali sembra pacifica non solo la vigenza del citato art. 58 del Testo Unico, ma la prevalenza normativa rispetto alle disposizioni della legge n. 16/92. Tant'è che l'art. 80 del medesimo Testo coordinato, rubricato *“cause ostative alla candidatura”*, richiama espressamente, e per intero, l'art. 58 del Testo Unico. Sembra dello stesso avviso anche la Direzione centrale per le Autonomie Locali del Ministero dell'Interno che, su specifico quesito inoltrato recentemente da una Prefettura siciliana, ha ritenuto applicabili in Sicilia gli artt. 58 e 59 del Testo Unico a seguito della abrogazione delle specifiche disposizioni della legge n. 16/92.

Le ragioni giuridiche in ordine alla scontata vigenza in Sicilia dell'art. 58 del Testo Unico non sono note n'è, tanto meno, risultano illustrate nella nota introduttiva al Testo coordinato del 2008. Un intervento del legislatore regionale a tutela della collettività amministrata e della certezza del diritto appare più che opportuno. Ciò, anche in considerazione che è principio interpretativo generale – applicativo del principio di legalità – quello secondo cui i privilegi odiosi (e cioè le norme che restringono eccezionalmente diritti di status) sono di stretta interpretazione: principio che, come è noto, è codificato dall'art. 14 delle Disposizioni sulla legge in generale (c.d. preleggi), in forza del quale le leggi che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi da esse considerati<sup>3</sup>.

In attesa dell'auspicato intervento legislativo, un'indagine approfondita del contesto argomentativo utilizzato dalla Corte Costituzionale nelle sentenze n. 25 del 15/02/2002 e n. 352 del 24/10/2008 nel sindacare le disposizioni dell'art. 15 della legge n. 55 del 1990 (anch'esse abrogate e sostituite dagli artt. 58 e 59 del Testo Unico degli Enti locali) aiuterebbe non poco a giustificare l'ingresso delle citate norme nell'ordinamento regionale, considerata altresì la necessità di evitare possibili censure di ingiustificata diversità di trattamento o situazioni di incertezza nell'applicazione delle misure sanzionatorie, derivanti da soluzioni giurisprudenziali divergenti, che finirebbero per incrinare gravemente, in fatto, la capacità elettorale passiva dei cittadini, proclamata dall'art. 51 della Costituzione. Peraltro, il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 29/01/2008 che sospende dalla carica di Deputato il Governatore Cuffaro, afferma, nel preambolo motivazionale, che *“le suindicate disposizioni dell'art. 15 della legge n. 55/90 sono applicabili su tutto il territorio nazionale in ragione della loro finalità secondo quanto da ultimo affermato dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 25 del 15/02/2002, laddove ha evidenziato che tali disposizioni <<... perseguono finalità di salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica, di tutela della libera determinazione degli organi eletti, di buon andamento e trasparenza delle amministrazioni pubbliche...coinvolgendo così esigenze ed interessi dell'intera comunità nazionale connessi a valori costituzionali di rilevanza primaria>>”*.

---

<sup>3</sup> Cons. Stato, sez. I, parere 22/10/2008 n. 3376.

## 2. Il caso in specie

L'art. 58, comma 1, del Testo Unico, alla lettera e) annovera tra le cause ostative alla candidatura *“coloro nei cui confronti il tribunale ha applicato, con provvedimento definitivo, una misura di prevenzione, in quanto indiziati di appartenere ad una delle associazioni di cui all'articolo 1 della legge 31 maggio 1965, n. 575, come sostituito dall'art. 13 della legge 13 settembre 1982, n. 646”*. Il 5° comma del medesimo articolo stabilisce che *“Le disposizioni previste dai commi precedenti non si applicano nei confronti di chi è stato condannato con sentenza passata in giudicato o di chi è stato sottoposto a misura di prevenzione con provvedimento definitivo, se è concessa la riabilitazione ai sensi dell'art. 179 del codice penale o dell'art. 15 della legge 3 agosto 1988, n. 327”*.

In pratica, il legislatore toglie la capacità di elettorato passivo al soggetto gravato da misure di prevenzione ma è pronto a restituirla nel caso in cui lo stesso si sottopone al procedimento di riabilitazione di cui all'art. 15 della legge 327/88. In alternativa alla riabilitazione, la sola revoca della misura di prevenzione eventualmente decretata dal Tribunale per effetto del venire meno della pericolosità sociale del prevenuto che intende candidarsi ad una carica elettiva degli enti locali (ipotesi precedentemente prevista dall'art. 1, comma 2°, della legge n. 16/92), operando *ex nunc*, non appare più idonea a far cessare gli effetti pregiudizievoli riconnessi allo stato di persona sottoposta a misura di prevenzione ed a restituire la capacità di elettorato passivo di cui al citato art. 51 della Costituzione. Peraltro, la revoca o l'annullamento del decreto di sottoposizione ad una misura di prevenzione può avvenire o per motivi di legittimità o per effetto del venire meno della pericolosità del prevenuto. Nel primo caso la revoca o l'annullamento operano *ex tunc* e, cioè, fin dal momento dell'emanazione della misura, mentre nella seconda ipotesi hanno efficacia *ex nunc*, e cioè dal momento della rispettiva adozione<sup>4</sup>.

L'incandidabilità non è un aspetto sanzionatorio penale del reato, ma si traduce nel difetto di un requisito soggettivo per l'elettorato passivo, né tale assetto risulta in contrasto con alcun parametro costituzionale<sup>5</sup>. Nel sindacato di costituzionalità promosso dalla Regione Siciliana per il caso Cuffaro in ordine alle misure di incandidabilità contenute nell'art. 15 della legge 19 marzo 1990, n. 55, le quali prevedono la incandidabilità ad una serie di cariche elettive, per soggetti condannati per determinati reati, la Corte Costituzionale ha affermato che *“le norme sulla incandidabilità sono volte a garantire la salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica, la tutela della libera determinazione degli organi elettivi, il buon andamento e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche al fine di poter fronteggiare una situazione di grave emergenza nazionale coinvolgente gli interessi dell'intera collettività”*<sup>6</sup>.

A differenza della ineleggibilità che viene in rilievo nel successivo momento della elezione, quale ragione ostativa alla copertura della carica elettiva, l'incandidabilità si configura quale *“nuova incapacità giuridica speciale”* e l'eventuale elezione o nomina di chi si trovi in tali condizioni è sanzionata con la *“nullità”* e non con la semplice *“annullabilità”*. Il 2° comma dell'art. 58 del Testo Unico degli Enti locali infatti così recita: *“L'eventuale elezione o nomina di coloro che si trovano nelle condizioni di cui al comma 1 è nulla. L'organo che ha provveduto alla nomina o alla convalida dell'elezione è tenuto a revocare il relativo provvedimento non appena venuto a conoscenza dell'esistenza delle condizioni stesse”*.

Orbene, al divieto della candidatura, stabilito dalla citata normativa, si affianca non solo una sanzione di nullità della eventuale elezione, ma, in particolare, una puntuale disciplina del potere

<sup>4</sup> Cass. Sez. prima pen., sent. 14/10-12/12/2005, n. 45104.

<sup>5</sup> Tar Palermo, sez. II°, sent. n. 488/2009.

<sup>6</sup> Corte Cost. sent. 24/10/2008 n. 352 e sent. n. 288/1993.

istruttorio dell'Ufficio elettorale circoscrizionale, in sede di esame delle condizioni previste dall'art. 58 del Testo Unico<sup>7</sup>. Il sistema che emerge dal complesso delle norme citate ha una sua logica in quanto non avrebbe senso sanzionare il divieto di candidatura senza prevedere un effettivo potere di controllo che si desume dall'onere che la norma impone all'Ufficio indicato di svolgere accertamenti in concreto circa la mancanza di condizioni impeditive<sup>8</sup>.

Nel caso in cui nessun compito istruttorio viene svolto dall'Ufficio elettorale circoscrizionale, che si limita a prendere atto dell'autocertificazione del candidato, che dichiara di non trovarsi in alcuna delle condizioni ostative previste dall'art. 58 del Testo Unico il problema si sposta presso l'organo istituzionale chiamato alla convalida della relativa elezione. Se, anche in questo caso, non viene sollevata alcuna eccezione n'è d'ufficio, n'è da candidati non eletti direttamente interessati, né da alcun cittadino elettore<sup>9</sup>, in ordine all'ipotesi di incandidabilità in cui dovesse trovarsi taluno degli eletti, il rischio di mettere a repentaglio l'interesse pubblico alla regolare composizione ed al retto funzionamento degli organi collegiali degli enti pubblici territoriali è più che fondato.

### 3. La revoca della convalida dell'elezione

Fin quando nessuno solleva la questione, il candidato alla carica di Consigliere la cui candidabilità è stata avallata dall'Ufficio elettorale circoscrizionale e la cui elezione è stata convalidata dall'organo consiliare in cui si è insediato, esercita regolarmente il proprio mandato. Invero, qualora dovesse verificarsi, anche a notevole distanza di tempo, l'ipotesi prevista dall'art. 58, comma 2°, del Testo Unico, e cioè che l'organo che ha provveduto alla convalida della elezione viene a conoscenza dell'esistenza di condizioni ostative alla candidabilità di un Consigliere in carica, il medesimo organo è tenuto a dichiarare la nullità della elezione ed a revocarne la relativa convalida. Ciò, in considerazione del fatto giuridico che, secondo i principi generali, la nullità è rilevabile d'ufficio in qualsiasi tempo e non è sanabile.

Nulla, più che illegittima, dovrà pertanto ritenersi anche la determinazione dell'Ufficio circoscrizionale di ammettere il soggetto incandidabile alla competizione elettorale. *“Se, infatti, è nulla per espresso disposto normativo, la elezione di soggetto privo del diritto di elettorato passivo, nullo deve essere anche l'atto che consente la candidatura di un in candidabile”*<sup>10</sup>.

L'organo consiliare dell'Ente locale è, pertanto, tenuto a revocare la convalida dell'elezione del consigliere di cui ha avuto conoscenza della sua incandidabilità originaria; una determinazione destinata ad avere apparentemente effetti *ex nunc*, in linea con la giurisprudenza che considera insita nella norma, prescrivente il divieto di candidabilità di alcuni soggetti, la sanzione della decadenza. Il legislatore, a tal proposito, sembra tuttavia entrare in contraddizione, usando lo strumento della revoca per ottenere la nullità della convalida. La nullità avrebbe infatti preteso l'uso dell'“annullamento” che opera notoriamente *ex tunc* e non della “revoca” che opera *ex nunc*. A meno che il legislatore non abbia consapevolmente voluto salvare l'efficacia degli atti adottati dall'eletto prima della revoca della convalida, sposando la tesi secondo cui la revoca di una convalida già avvenuta implica l'efficacia dell'atto di convalida per il periodo anteriore alla revoca e la conseguente efficacia di tutti gli atti adottati dall'eletto. Peraltro, secondo giurisprudenza

<sup>7</sup> Si veda lett. c) dell'art. 12 della L.r. 09/05/1969, n. 14 come modificato dall'art. 13 della L.r. n. 26/93, laddove è previsto che l'Ufficio elettorale circoscrizionale, entro due giorni dalla scadenza del termine stabilito per la presentazione delle liste dei candidati, è tenuto a cancellare dalle liste i nomi dei candidati a carico dei quali venga accertata la sussistenza di alcune condizioni previste, oggi, dall'art. 58 del Testo Unico degli Enti locali.

<sup>8</sup> Cons. Stato, sez. V°, 15/06/2001 n. 333.

<sup>9</sup> In questa materia l'ordinamento configura, infatti, una legittimazione diffusa e fungibile che trova la sua ragione d'essere nell'opportunità di utilizzare l'iniziativa di qualsiasi cittadino elettore, diretta ad eliminare eventuali illegittimità verificatesi in materia di elettorato amministrativo (Cass. S.U. 23/02/2001, n. 73).

<sup>10</sup> Tar L'Aquila, reg. ric. n. 330/2000.

consolidata, “il carattere retroattivo degli effetti derivanti dall’annullamento dell’elezione trova un limite nel generale principio di conservazione degli atti, secondo il quale gli atti posti in essere (prima che la illegittimità dell’elezione sia dichiarata) costituiscono espressione di un rapporto organico di fatto e sono comunque validi anche nei casi in cui attengano a funzioni indifferibili, sarebbe illogico considerare nulli gli atti posti in essere da un soggetto eletto dopo lo svolgimento di elezioni regolari”<sup>11</sup>.

Se, invece, al di là del *nomen iuris* utilizzato dal legislatore, la revoca della convalida dell’elezione va comunque intesa come annullamento, non si possono non evidenziare, anche in questa sede, i limiti dell’efficacia retroattiva delle pronunzie di annullamento degli atti illegittimi, invero, dati solo da situazioni irreversibili (“factum infectum fieri equità”). La questione meriterebbe uno specifico approfondimento in presenza di ipotesi diversa da quella in esame, in cui il vizio contestato si presenti connotato da maggiore diffusività, ad esempio qualora l’incandidabilità riguardi il soggetto per la carica di Sindaco, Infatti il Sindaco, o il Presidente di Provincia, dal momento della sua elezione adotta centinaia di atti amministrativi. Nel caso che concerne la presente riflessione, trattandosi di un componente dell’organo consiliare, il problema non si pone, se non per quegli atti, per la verità assai rari, adottati dal Consiglio attraverso il voto determinante del Consigliere risultato incandidabile.

#### 4. La natura vincolata della revoca

L’atto di revoca della convalida dell’elezione ha natura vincolata e di conseguenza non è ipotizzabile pensare ad alcun margine di discrezionalità riservato al potere normativo dell’Ente locale, trattandosi di materia sottratta alla potestà regolamentare e statutaria degli Enti locali. Senza considerare che se fosse lasciato alla discrezionalità degli Enti locali di stabilire in via autonoma siffatte deroghe, risulterebbe eluso anche il fine voluto dall’art. 51 della Costituzione di assicurare a tutti i cittadini “condizioni di eguaglianza nell’accesso alle cariche elettive”<sup>12</sup>.

La revoca dell’atto di convalida, come già detto, ha natura vincolata e non è riconducibile all’ipotesi della revoca o dell’annullamento in autotutela di cui all’art. 21 *quinquies* e *nonies* della legge n. 241/90. La differenza tra la revoca “legale” in questione e la revoca disciplinata dalla legge 241/90 ha anche delle implicazioni sull’esercizio del controllo sostitutivo regionale. Deve, infatti, rilevarsi che l’esercizio del controllo sostitutivo regionale sugli enti locali ex art. 24 L.r. n. 44/91 sorge a causa dell’omissione o del ritardo nel compimento di “atti obbligatori per legge”, degli atti, cioè, la cui emanazione trova la sua fonte esclusiva in una disposizione normativa. Nella categoria concettuale dell’attività obbligatoria “per legge”, la cui omissione determina la surrogazione nell’esercizio del potere, vanno quindi esclusi tutti gli atti discrezionali nell’ “an” quali gli atti di revoca ed annullamento in autotutela. Ciò in quanto l’autotutela consiste nella speciale capacità riconosciuta dall’ordinamento alla Pubblica Amministrazione di attuare autoritativamente le proprie determinazioni anche attraverso un riesame critico della propria attività provvedimentale in vista della esigenza di assicurare il più efficace perseguimento dell’interesse pubblico generale affidato alle sue cure. Pertanto, nel caso che ci occupa, qualora l’organo consiliare non deliberasse quanto prescritto obbligatoriamente dalla legge, la revoca della convalida dell’elezione del Consigliere risultato incandidabile, potrà essere adottata, in via sostitutiva, dalla Regione attraverso l’invio di un Commissario *ad acta*. In disparte, le considerazioni sull’ipotesi più grave di rimozione e sospensione degli Amministratori locali di cui all’art. 142 del Testo Unico degli Enti locali per gravi e persistenti violazioni di legge.

---

<sup>11</sup> Tar Sardegna, sent. 99/2007.

<sup>12</sup> Corte d’Appello di Salerno, sent. 25/06/2008, n. 620.

Un'altra implicazione del carattere vincolato dell'atto di revoca della convalida si ha in ordine all'applicazione dell'art. 7 della legge n. 241/90. L'art. 7 della legge n. 241/90, contenente norme in materia di procedimento amministrativo, prevede la comunicazione dell'avvio del procedimento amministrativo, con le modalità di cui al successivo art. 8, ai soggetti nei cui confronti il procedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge devono intervenire, ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento stesso. Come ha già chiarito la giurisprudenza, nell'ambito del procedimento elettorale le particolari esigenze di celerità che escludono l'applicabilità degli artt. 7 ed 8, sussistono *in re ipsa*<sup>13</sup>. Infatti, la necessità e l'urgenza di provvedere sono correlate all'esigenza di garantire il regolare funzionamento degli organi elettivi e costituiscono la *ratio* della normativa sui procedimenti elettorali<sup>14</sup>. Legittimamente, quindi, l'organo consiliare può omettere la comunicazione all'interessato dell'avvio del procedimento di revoca.

##### 5. La sostituzione del Consigliere revocato

Revocata la convalida della elezione del Consigliere risultato incandidabile si pone il problema della sua sostituzione, *“essendo stato precisato in giurisprudenza che ciò deriva da un lato dalla già evidenziata automaticità della surroga medesima, e dall'altro dall'impossibilità che l'organo consiliare resti, anche solo per un momento, privo di alcuni suoi membri”*<sup>15</sup>. L'art. 22, comma 1, della legge 25/03/1993, n. 81 (ora trasfuso nell'art. 45 del Testo Unico degli Enti locali) – alla cui impostazione si è ispirato il legislatore regionale rivisitando nel 1997 (con la L.r. n. 35/97) la disciplina della materia dettata nel 1992 con la L.r. n. 7 -, nel disciplinare le ipotesi della “surrogazione e della supplenza dei consiglieri provinciali, comunali e circoscrizionali”, dispone espressamente che *“il seggio che durante il quadriennio rimanga vacante per qualsiasi causa, anche se sopravvenuta, è attribuito al candidato che nella medesima lista segue immediatamente l'ultimo eletto”*. Apparentemente l'istituto della surroga rappresenterebbe la soluzione del problema, ma così non è. Ed invero, il comma 4° del citato art. 58 del Testo Unico stabilisce chiaramente un divieto assoluto alla candidabilità e, dunque, sancisce – diversamente dalla mera ineleggibilità che dà luogo all'eventuale decadenza dell'eletto dopo la conclusione del procedimento elettorale – l'insuperabile impossibilità, per i soggetti nei cui confronti il tribunale ha applicato una delle misure ivi contemplate, di prendere parte fin dall'inizio della procedura alla competizione elettorale. Il divieto preclude in radice che il nominativo dell'incandidabile possa comparire in alcuna lista e che questi possa ricevere voti di preferenza dagli elettori.

Da ciò discende una valutazione degli effetti sia sui voti di preferenza che su quelli di lista che non trova un orientamento univoco della giurisprudenza. Secondo una tesi minoritaria le norme di cui all'art. 58 del Testo Unico *“si limitano a prevedere la nullità della elezione del soggetto non candidabile, ma non evidenziano alcuna conseguenza invalidante della preferenza attribuita al predetto soggetto sul voto di lista contenuto nella medesima scheda. Né d'altra parte tale conseguenza può ritenersi implicita sul piano logico. Se è vero infatti che l'elettore potrebbe essersi determinato a votare la lista, in ragione della presenza in essa del soggetto indicato con la preferenza; è altrettanto vero che tale circostanza potrebbe essere del tutto irrilevante per l'elettore comunque intenzionato a votare la lista”*<sup>16</sup>. Secondo questa tesi l'effetto della illegittima partecipazione del candidato alla competizione elettorale non essendo quindi determinabile *ex post*, non può sortire alcuna conseguenza sul voto di lista.

---

<sup>13</sup> Cons. Stato, sent. nn. 111 e 112 del 29/01/1996.

<sup>14</sup> Cass. Sez. I Civ., sent. 12/11/2003 n.17020.

<sup>15</sup> Tar Sardegna, sent. 02/07/1996 n. 925

<sup>16</sup> C.G.A. decisione n. 22/2003.

Orbene, secondo l'orientamento più recente “la scheda recante il voto di preferenza è nulla e la nullità dell'espressione di preferenza, nella fattispecie, vitiatur et vitiat anche il voto di lista, non risultando ricostruibile ex post, per carenza di una sostanziale autonomia tra il voto di lista e quello di preferenza, l'orientamento volitivo dell'elettore: non è infatti possibile discernere se questi abbia inteso principalmente votare la lista o lo specifico candidato. Se i voti in discorso sono nulli, allora di essi non può essere fatto alcun uso e devono essere considerati tanquam non essent”<sup>17</sup>.

Ulteriore conseguenza di tale situazione giuridica è l'inapplicabilità, nella specie, della surrogazione, nonostante si ritiene che essa costituisca un principio generale dell'ordinamento giuridico dello Stato<sup>18</sup>. Appare ragionevole ritenere che la surroga sia possibile ove il Consigliere da surrogare sia stato eletto, in quanto eleggibile e in quanto impedito poi *ex lege* o per fatti naturali di esercitare la funzione, ma non quando occorre sostituire un candidato privo di elettorato passivo. Secondo la recentissima tesi del Consiglio di Giustizia Amministrativa<sup>19</sup>, la surroga, consentendo comunque di far salvi i voti di lista che potrebbero essere stati ottenuti con il contributo di un incandidabile, produrrebbe l'effetto di un'inammissibile sanatoria di un'invalidità legale, con l'ulteriore e inaccettabile conseguenza di eludere, nella sostanza, un fondamentale presidio apprestato dall'ordinamento giuridico contro il pernicioso e dilagante fenomeno delle infiltrazioni della criminalità nelle istituzioni democratiche.

#### 6. Le conseguenze della nullità dei voti di lista sull'assegnazione dei seggi

La surrogazione del soggetto incandidabile non è comunque da escludere nel caso in cui fosse possibile, analizzato il regime di voto, far emergere una sostanziale autonomia del voto di lista rispetto a quello di preferenza, con conseguente esclusione dell'effetto di trascinamento, del c.d. inquinamento della consultazione<sup>20</sup>. Qualora ciò non fosse possibile, una rivisitazione della distribuzione dei seggi elettorali assegnati appare la via obbligata.

Si pone quindi il problema di chi dovrà rivedere l'assegnazione dei seggi nel caso in cui la dichiarata nullità dei voti di preferenza e di lista sia idonea ad inquinare il risultato della libera e democratica competizione elettorale. A tal proposito, la prevalente giurisprudenza ha avuto modo di affermare che nei giudizi elettorali, unica legittimata passiva è l'Amministrazione interessata dal problema, che si appropria degli effetti conseguenti alla consultazione elettorale, mentre non è considerato legittimato passivo l'Ufficio elettorale circoscrizionale, trattandosi di organo straordinario e temporaneo, che si scioglie subito dopo la proclamazione degli eletti, con ciò esaurendo la propria funzione<sup>21</sup>.

L'Ente locale interessato, quindi, dopo aver provveduto alla revoca della convalida dell'elezione del soggetto risultato incandidabile, dovrà anche provvedere alla redistribuzione dei seggi elettorali procedendo con la stessa tecnica che utilizza l'Ufficio elettorale circoscrizionale per l'assegnazione dei seggi ai vari collegi, attribuendo, sulla base del risultato elettorale della lista interessata, ridotto dei voti dichiarati nulli, a ciascuna lista tanti seggi quanti quozienti interi abbia dato l'ultima divisione. Gli eventuali seggi residui verranno attribuiti a partire dal collegio con popolazione legale meno numerosa, seguendo la “graduatoria decrescente della parti centesimali fino alla attribuzione di tutti i seggi spettanti al collegio. Quindi si passa alla attribuzione degli altri seggi residui a quei collegi che seguono il primo secondo l'ordine crescente di popolazione, fino all'esaurimento dei

<sup>17</sup> C.G.A. decisione 19/03/2010 n. 400.

<sup>18</sup> Cons. Stato, sez. V°, sent. 20/06/1987 n. 396.

<sup>19</sup> Ibidem.

<sup>20</sup> Per un caso di surroga di soggetto incandidabile si veda Tar Palermo, sent. n. 488/2009.

<sup>21</sup> Tar L'Aquila, sent. n. 7/2002.



seggi attribuiti a ciascuna lista in sede provinciale”. Seguendosi tale procedimento emergerà una nuova distribuzione di seggi tra i collegi e, di conseguenza, la proclamazione di nuovi eletti e contestualmente la decadenza di altri Consiglieri in carica.

L’organo dell’Ente locale competente ad occuparsi della questione non potrà non essere lo stesso organo consiliare, chiamato a promuovere, in via sussidiaria ed in autotutela, le citate procedure per ripristinare il rapporto fiduciario tra elettori ed eletti attraverso una corretta e legittima composizione dell’organo assembleare dell’Ente.

Anche in questa occasione, trattandosi di procedure vincolate ed obbligatorie, il ritardo immotivato potrà comportare l’attivazione, a cura della Regione, dei poteri sostitutivi.

Massimo Greco