



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9709 del 2010, proposto da Gino Cardarelli, Vito Saulino, Paolo Fernando Galasso, Giuseppe Santagata, Amalia Santangelo, Maria Luigia Di Palma, Mario Palazzo, Giuseppe Spugnardi, Venanzio Lastoria, Gianluca Padula, Enzo Di Tomaso, Paolo Ciolfitto, Giuliano Giovanni Minichiello, tutti rappresentati e difesi dagli avvocati Ennio Mazzocco e Maria Grazia Picciano, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Ippolito Nievo n. 61;

contro

Sergio Palazzo, Antonio Palazzo, Maria Domenica Grazia, Luigi Fantini, Paola Minichiello in Fiorda, Antonietta Palazzo in Di Rosa, Natalino D'Arcangelo, Felice Battista, Michele Padula, Toni Macera, Angelo Battista, Angelo Cappusi, Costantino Palazzo, tutti rappresentati e difesi dall'avvocato Giuseppe Ruta, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, piazza della Libertà n. 20;

nei confronti di

Ministero dell'interno, in persona del Ministro *pro tempore*, e Commissione Elettorale Circondariale di Isernia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, per legge rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliati in Roma, via dei Portoghesi n. 12; Comune di Civitanova del Sannio, in persona del sindaco *pro tempore*, non costituito;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Molise, sezione I, n. 1343 del 20 ottobre 2010.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'interno, della Commissione elettorale circondariale di Isernia, nonché di Sergio Palazzo, Maria Domenica Grazia, Luigi Fantini, Paola Minichiello in Fiorda, Antonietta Palazzo in Di Rosa, Natalino D'Arcangelo, Felice Battista, Michele Padula, Toni Macera, Angelo Battista, Angelo Cappussi, Costantino Palazzo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 aprile 2011 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Mazzocco, Liori, su delega dell'avvocato Ruta, e Caselli (Avv. St.);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. In data 6 e 7 giugno 2009 si sono svolte le elezioni per il rinnovo del consiglio comunale di Civitanova del Sannio; le operazioni si sono svolte nel seggio unico allestito anche per lo svolgimento delle contestuali elezioni provinciali (Isernia) e del parlamento europeo

1.1. Alla competizione comunale si sono presentate due sole liste:

- a) la Lista n. 1 capeggiata da Sergio Palazzo (in prosiegua Lista n. 1);
- b) la Lista n.2 capeggiata da Gino Cardarelli (in prosiegua Lista n. 2).

1.2. E' stata proclamata vincitrice la Lista n. 2, con otto voti di scarto, avendo conseguito 371 voti a fronte dei 363 voti assegnati alla lista di minoranza.

2. Il capolista della Lista n. 1 e tutti i candidati consiglieri hanno proposto ricorso al T.a.r. del Molise formulando due autonome domande.

2.1. La prima, di rettifica del risultato della competizione elettorale, con conseguente proclamazione del capolista Palazzo come sindaco, è stata affidata alle seguenti censure:

a) (rubricata sub n. 1 nel ricorso introduttivo in prime cure), violazione dell'art. 28, d.P.R. n. 560 del 1960; si deduce l'illegittimità della mancata esclusione del candidato Giuseppe Santagata, il cui luogo di nascita era stato erroneamente indicato all'atto della presentazione della Lista n. 2; si chiede, pertanto, la sottrazione dei voti ottenuti da quest'ultimo (43);

b) (rubricata sub n. 5 in prime cure), violazione degli artt. 54 e 57 d.P.R. n. 560 cit.; si sostiene che almeno quattro delle otto schede dichiarate nulle andavano assegnate alla Lista n. 1;

2.2. La seconda domanda, di annullamento delle operazioni elettorali, è sostenuta dalle seguenti doglianze:

c) (rubricata sub n. 2 in prime cure), violazione degli artt. 23, 41 e 64, d.P.R. n. 570 cit.; si sostiene che ben 10 elettori hanno votato recandosi, *contra legem*, all'interno della cabina elettorale con il proprio accompagnatore, in assenza delle eccezionali garanzie previste per il c.d. "voto assistito";

d) (rubricata sub n. 3 in prime cure), violazione degli artt. 39, 40 e 49, d.P.R. n. 579 cit., dell'art. 1, l. n. 15 del 1991, dell'art. 1, d.l. n. 1 del 2006; si lamenta che alcuni elettori non residenti nel comune di Civitanova del Sannio abbiano votato per il rinnovo del consiglio comunale (almeno sei rappresentanti di lista fra cui un

cittadina che avrebbe votato certamente anche per il rinnovo del consiglio comunale di Vastogirardi);

e) (rubricata sub n. 4 in prime cure), violazione dell'art. 53, d.P.R. n. 570 cit.; si sostiene che non risultano vidimati i singoli fogli delle liste e che non è stato registrato, nel verbale delle operazioni del seggio, il numero delle schede autenticate per gli elettori di cui ai parr. 17, 18 e 19 del modello di verbale;

f) (rubricato sub n. 6 in prime cure), violazione dell'art. 71, t.u. enti locali; si lamenta la mancata determinazione, nel verbale delle operazioni elettorali, della cifra individuale di ciascun candidato alla carica di consigliere comunale;

g) (rubricato sub n. 7 in prime cure), violazione dell'art. 21 *septies*, l. n. 241 del 1990; si lamenta la nullità, per impossibilità dell'oggetto, della convalida degli eletti che fa riferimento ad elezioni svoltesi in data 12 e 13 giugno 2004.

3. Si sono costituiti in giudizio il capogruppo della Lista n. 2 (eletto sindaco) ed i candidati eletti consiglieri comunali deducendo l'infondatezza del ricorso principale; hanno altresì formulato ricorso incidentale articolando i seguenti motivi:

a) violazione dell'art. 71, co. 9, t.u. enti locali, eccesso di potere per difetto di istruttoria; si chiede la rettifica del verbale di sezione nella parte in cui, per mero errore materiale costituente semplice irregolarità, non ha riportato la cifra individuale di ciascun candidato;

b) violazione degli artt. 57, co. 2, 5 e 6, 64, co. 1 e 2, n. 2), d.P.R. n. 570 del 1960, eccesso di potere per difetto di istruttoria; si lamenta la mancata assegnazione dei voti corrispondenti alle 8 schede dichiarate nulle;

c) violazione degli artt. 57, co. 2, 5 e 6, 64, co. 1 e 2, n. 2), d.P.R. n. 570 del 1960, eccesso di potere per difetto di istruttoria; si lamenta l'errata attribuzione alla Lista n. 1 di un voto espresso su una scheda che avrebbe dovuto essere annullata perché

in essa compariva la dicitura <<*serpete Hnleo*>> (tale doglianza è stata così meglio specificata con atto di motivi aggiunti notificato in data 23 luglio 2009);

d) violazione dell'art. 9, co. 2, l. n. 212 del 1956, eccesso di potere per errore nei presupposti; si deduce che il sig. Palazzo (candidato sindaco) ed il sig. D'Arcangelo (candidato alla carica di consigliere), in quanto designati rappresentanti della Lista n. 1 sono stati costantemente presenti nel seggio durante le operazioni di voto, in tal modo violando il precetto sancito dal menzionato art. 9, co. 2 (secondo cui <<Nei giorni destinati alla votazione altresì è vietata ogni forma di propaganda elettorale entro il raggio di 200 metri dall'ingresso delle sezioni elettorali>>), e condizionando il risultato elettorale; si chiede pertanto l'annullamento dei voti di preferenza espressi in favore del candidato D'Arcangelo (pari a 29).

4. Nel corso del giudizio di primo grado è stata disposta una verifica all'esito della quale è stato assodato (*inter alios* e per quanto di interesse), che:

a) sei elettori, pur non avendone diritto in base alle certificazioni mediche, sono stati accompagnati all'interno della cabina elettorale esprimendosi con le modalità del "voto assistito";

b) dei dieci elettori che hanno fruito del "voto assistito": sei non ne avevano certamente titolo; altri quattro hanno esercitato il "voto assistito" senza che dal certificato medico allegato, o dal verbale delle operazioni, risultassero specificamente le patologie invalidanti;

c) due delle schede dichiarate nulle indicavano la preferenza rispettivamente per i candidati D'Arcangelo e Macera della Lista n. 1, pur recando il contrassegno di voto sul simbolo della Lista n. 2;

d) una scheda con preferenza espressa per il candidato Battista della Lista n. 1 recava la dicitura <<*serpete HnleO*>>;

f) la rappresentante di lista che aveva votato anche per il rinnovo di altro consiglio comunale era comunque risultata residente nel comune di Civitanova.

5. Con memoria depositata il 14 ottobre 2010 la Lista n. 2, ricorrente incidentale, preso atto delle risultanze della verifica:

a) ha affermato la piena validità del voto espresso dai 4 cittadini muniti di certificati redatti dal competente medico del S.s.n. che, pur privi della menzione esplicita della patologia, attestavano la presenza di infermità impeditive dell'«...esercizio autonomo del voto, pertanto deve essere assistito nella votazione da un accompagnatore»;

b) ha chiesto l'attribuzione di n. 2 voti dichiarati nulli e la sottrazione alla Lista n. 1 di un voto, così parzialmente rettificando l'originario secondo motivo del ricorso incidentale (pagine 18 – 20 della memoria).

6. L'impugnata sentenza – T.a.r. per il Molise n. 1343 del 20 ottobre 2010 -:

a) ha respinto la domanda principale di correzione dei risultati elettorali proposta dalla Lista n. 1 (senza esaminare tutti i relativi motivi);

b) ha accolto la domanda subordinata di annullamento delle operazioni elettorali e della proclamazione degli eletti, avendo ritenuto decisivo l'esito della prova di resistenza effettuata sui sei “voti assistiti” espressi da altrettanti cittadini al di fuori dei rigorosi presupposti di legge (simulando tutti i possibili esiti della nuova corretta espressione del voto da parte dei sei elettori in questione, è stata acclarata la possibilità matematica che i sei voti, sottratti *in toto* alla lista vincitrice e attribuiti a quella di minoranza, determinassero il rovesciamento del risultato elettorale, dimostrando al contempo la sussistenza dell'interesse ad agire della Lista n. 1);

c) ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale della Lista n. 2 (senza esaminare tutti i relativi motivi);

d) ha in parte compensato ed in parte posto a carico del comune le spese di lite.

7. Con atto ritualmente notificato e depositato la Lista n. 2 ha interposto appello:

a) contestando tutti i capi sfavorevoli dell'impugnata sentenza;

b) reiterando i motivi non esaminati dal T.a.r..

8. Si è costituita la Lista n. 1:

- a) per opporsi all'accoglimento dell'appello principale;
- b) riproponendo criticamente, con appello incidentale, sia i motivi respinti che quelli non esaminati dal T.a.r., posti a base della domanda di correzione dei risultati elettorali.

8.1. Si sono costituiti il Ministero dell'interno e la Commissione elettorale circondariale di Isernia depositando comparsa di stile.

9. Con ordinanza cautelare di questa sezione - n. 5851 del 22 dicembre 2010 – è stata respinta la domanda di sospensione degli effetti dell'impugnata sentenza <<Ritenuta, alla luce dell'intervenuto insediamento del commissario prefettizio, l'insussistenza del *periculum in mora*, con conseguente infondatezza dell'istanza cautelare>>.

10. Le parti hanno depositato memorie conclusionali rispettivamente in data 25 marzo 2011 (la Lista n. 2 Cardarelli) e in data 26 marzo 2011 (la Lista n. 1 Palazzo). La difesa degli appellanti principali ha insistito perché la questione centrale del presente giudizio, ovvero l'individuazione delle modalità di effettuazione della prova di resistenza nel contenzioso elettorale, venga rimessa al giudizio dell'adunanza plenaria a mente dell'art. 99 c.p.c.

11. La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 12 aprile 2011.

12. Preliminarmente il collegio disattende la richiesta di rimessione del giudizio all'adunanza plenaria, ex art. 99, co. 1, c.p.a., per le ragioni che saranno meglio illustrate al successivo punto 15.

13. In linea logica è prioritario l'esame dell'ultimo motivo del ricorso incidentale di primo grado (espressamente reiterato con il gravame principale da parte della Lista n. 2), con cui si chiede la sottrazione di 29 voti alla Lista n. 1; in astratto, infatti, l'accoglimento della censura avrebbe un esito tale da alterare le risultante della prova di resistenza.

13.1. Il motivo è infondato.

13.2. La mera circostanza che i due candidati della Lista n. 1, regolarmente designati come rappresentanti della Lista medesima, siano stati permanentemente presenti nel seggio elettorale, in mancanza di qualsivoglia prova dello svolgimento di attività propagandistica, impedisce di configurare la violazione della lettera e della *ratio* della norma sancita dall'art. 9, co. 2, l. n. 212 del 1956.

13.3. Anticipandosi, per comodità espositiva, le conclusioni che meglio si illustreranno in prosieguo in ordine al superamento della prova di resistenza, deve essere dichiarata la carenza di interesse della Lista n. 2 all'esame delle restanti doglianze sviluppate nel ricorso incidentale di primo grado; dal loro accoglimento, infatti, discenderebbe esclusivamente un aumento dello scarto di voti fra le due liste (che salirebbe a 11, così ottenuto: 8 [voti di scarto originari] + 2 [schede nulle da assegnare alla Lista n. 2] + 1 [scheda attribuita alla Lista n. 1 ma da annullare perché recante un segno di riconoscimento]; tale scarto sarebbe comunque insufficiente a neutralizzare gli esiti della prova di resistenza.

Quanto alla richiesta di correzione della cifra elettorale dei candidati eletti nella Lista n. 2, la stessa, oltre a non essere supportata da adeguato interesse atteso che il vizio dedotto attiene, nel caso di specie, ad una mera irregolarità, è comunque assorbita dall'accoglimento della domanda di annullamento delle operazioni elettorali formulata dalla Lista n. 1.

14. Deve a questo punto essere esaminato l'appello incidentale della Lista n. 1 che, riproponendo i motivi posti a sostegno della domanda di correzione dei risultati elettorali, tende al conseguimento di un bene della vita maggiormente soddisfacente rispetto a quello derivante dalla ripetizione delle operazioni elettorali viziate.

14.1. In relazione al motivo sub n. 1 del ricorso originario in prime cure, è sufficiente evidenziare che l'errata indicazione del luogo di nascita del candidato Santagata, in occasione della presentazione della lista, costituisce una mera irregolarità, rettificata, mediante una segnalazione del segretario comunale, dalla

commissione circondariale e comunque superata dalla pubblicazione del manifesto elettorale che ha indicato l'esatto luogo di nascita del candidato in questione.

14.2. In relazione al motivo sub n. 5 del ricorso principale in prime cure, la sezione ne rileva l'improcedibilità in quanto non è sostenuto da adeguato interesse ad agire all'esito della prova di resistenza.

Invero, anche volendo assegnare le 4 schede nulle alla Lista n. 1, non sarebbe colmato il divario di 8 voti e dunque non potrebbe essere rettificata la proclamazione della Lista vincitrice.

15. Può scendersi, infine, all'esame della questione centrale oggetto dell'odierno giudizio.

15. Si tratta di stabilire l'ambito oggettivo della prova di resistenza in una controversia in cui si chiede la ripetizione delle operazioni elettorali per l'assodata illegittimità delle modalità di espressione del voto "assistito" da parte di alcuni elettori, partendo dall'assioma che la scelta concreta di questi ultimi è stata, è e rimarrà coperta dal segreto anche nel caso della ripetizione del voto.

15.1. Secondo un primo più risalente indirizzo, sostanzialmente non motivato sul punto, si dà per scontato che i voti illegittimamente espressi debbano essere semplicemente sottratti a quelli ottenuti dalla lista di maggioranza; in tal caso la prova di resistenza si riterrà superata favorevolmente a vantaggio della lista di minoranza solo qualora venga meno l'intero scarto vantato da quest'ultima (cfr. Cons. St., sez. V, 5 luglio 2005, n. 3716; 21 novembre 2003, n. 7635; 15 marzo 2001, n. 1520).

15.2. Una più recente tesi (cfr. Cons. St., sez. V, 27 febbraio 2008, n. 729; 7 novembre 2007, n. 5746; 1 dicembre 2003, n. 7834), reputa maggiormente fondata, sul piano della razionalità statistica, la ripetizione delle operazioni di voto allorquando lo scarto dei voti si ribalti mediante la contestuale sottrazione dei voti irregolari alla lista di maggioranza e l'attribuzione a quella di minoranza.

15.3. Ritiene il collegio di aderire alla seconda delle due prospettate soluzioni sulla base dei seguenti argomenti di ordine logico giuridico (suffragati, *in parte qua*, dalle recenti elaborazioni dottrinarie sviluppate dall'adunanza plenaria n. 4 del 2011):

a) nel processo amministrativo la prova di resistenza ha lo scopo di saggiare la presenza e la permanenza dell'interesse ad agire in relazione ad una o più delle censure poste a base del ricorso impugnatorio ovvero alla domanda di annullamento nel suo complesso (cfr., fra le tante, Cons. St., sez. IV, 23 dicembre 2010, n. 9374; sez. IV, 22 novembre 2006, n. 6855, che si segnalano per le peculiari modalità fattuali con cui viene declinata la prova di resistenza in procedure per merito assoluto e non comparativo);

b) dall'esperimento della prova di resistenza deve emergere con assoluta certezza che il ricorrente non sarebbe comunque risultato vincitore della competizione, posto che lo scrutinio sulla presenza o meno delle condizioni dell'azione deve essere svolto con particolare rigore;

c) l'interesse ad agire, inteso come l'utilità ricavabile dall'accoglimento della domanda di annullamento, anche prescindendo dal carattere finale o strumentale di tale vantaggio, è da tenersi ben distinto dalle altre due condizioni dell'azione (*legitimatio ad causam* e legittimazione al ricorso o "titolo", cfr. Cons. St., ad. plen. 7 aprile 2011, n. 4);

d) il soggetto che partecipa legittimamente ad una procedura competitiva (quale certamente è quella elettorale), vanta sia un interesse finale al conseguimento del bene della vita (nel caso la proclamazione della lista vincitrice), quanto, in via alternativa (e normalmente subordinata), l'interesse "strumentale" alla caducazione dell'intera procedura e alla sua riedizione, sempre che sussistano, in concreto, ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta (cfr. Cons. St., ad. plen. 7 aprile 2011, n. 4); ché è quanto accade nel caso di specie, dove è evidente che:

I) la ripetizione dell'elezione è esito costituzionalmente obbligato rispetto all'annullamento giurisdizionale del relativo procedimento;

II) uno dei possibili esiti della ripetizione del voto, emendato dalle riscontrate illegittimità, è l'attribuzione di sei voti alla Lista n. 1 in danno della sua antagonista Lista n. 2; si tratta dell'ipotesi estrema che chiude un *range* di possibilità che vanno dalla non attribuzione di neppure un voto ad alcuna delle liste in competizione (per astensione dei sei elettori, sei schede elettorali bianche o nulle), alla attribuzione di tutti e sei i voti degli elettori infermi alla lista di minoranza);

e) nell'ipotesi di voto assistito *contra legem* non è possibile, infine, sostenere la tesi prospettata dalla difesa dell'appellante principale secondo cui, venendo in rilievo voti nulli, gli stessi potrebbero essere solo sottratti alla lista vincitrice e giammai attribuiti ad alcuna altra lista; tale impostazione è corretta dal punto di vista logico giuridico solo in presenza di voti dichiarati nulli perché espressi da persone prive del diritto di elettorato attivo ovvero ammesse a votare in un seggio diverso dal proprio al di fuori dei tassativi casi previsti dalla legge; nel caso che occupa, invece, la prova di resistenza deve tener conto del possibile esito della ripetizione del voto da parte di persone certamente abilitate a votare.

15.4. Conseguite alle illustrate argomentazioni la fondatezza del motivo del ricorso di primo grado (rubricato sub n. 2), accolto in parte dall'impugnata sentenza (nei limiti della assodata illegittimità dei sei voti espressi da altrettanti elettori non titolati al "voto assistito"), e la reiezione dell'appello principale proposto dalla Lista n. 2.

16. L'esame delle ulteriori doglianze sollevate dalla Lista n. 1 in primo grado, poste a base della domanda di annullamento delle operazioni elettorali, è assorbito dall'accoglimento del motivo dianzi illustrato; ne discende, *in parte qua*, l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse dell'appello incidentale con cui tali mezzi sono stati riproposti.

17. In conclusione devono essere respinti sia l'appello principale che quello incidentale.

18. La reciproca soccombenza delle parti private e la sostanziale assenza di attività defensionale svolta dalle intime amministrazioni, consente al collegio, in base al combinato disposto degli artt. 26, co.1, c.p.a. e 92, co. 2, c.p.c., di compensare integralmente fra tutte le parti costituite le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso meglio specificato in epigrafe:

- a) respinge l'appello principale e quello incidentale e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata;
- b) dichiara integralmente compensate fra tutte le parti costituite le spese del presente grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Roberto Chieppa, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/05/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)