

## Accesso alla giustizia costituzionale ed eguaglianza del voto. Legittimazione delle Corti e discrezionalità legislativa

Andrea Romano

Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate  
a.romano@uniroma1.it

Sommario<sup>1</sup>: 1. Introduzione: la sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale e i suoi spunti per una comparazione – I Parte – 2. La diffusione dei parametri costituzionali in materia elettorale in prospettiva comparata – 3. L'accesso alle Corti costituzionali in materia elettorale - 3.1. In particolare: il problema della *justiciability* in materia elettorale nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti – 4. Effetti del sindacato costituzionale sulle leggi elettorali – Parte II – 5. *Bundesverfassungsgericht*, parlamento e materia elettorale nell'ordinamento tedesco: il problema della legittimazione del Tribunale costituzionale – 6. Il dibattito weimariano sulla eguaglianza elettorale e il suo sviluppo nel periodo postbellico: le leggi elettorali tra discrezionalità politica e sindacato di costituzionalità — 7. *Zwingende Gründe*: la limitazione del principio dell'eguaglianza del voto nella giurisprudenza costituzionale tedesca – 7.1. La giurisprudenza sul c.d. peso negativo del voto e sui mandati in eccedenza – 7.2. Le clausole di sbarramento per le elezioni al Parlamento europeo nella giurisprudenza tedesca e nella sentenza della Corte costituzionale n. 110 del 2015 – 8. Considerazioni conclusive: la recente giurisprudenza costituzionale italiana alla luce delle esperienze straniere

*1. Introduzione: la sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale e i suoi spunti per una comparazione.* – Il contributo prende spunto dal duplice avanzamento di carattere procedurale e sostanziale compiuto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 1 del 2014: la Corte, con tale pronuncia per un verso ha riconosciuto per la prima volta l'ammissibilità di una questione di legittimità costituzionale relativa alla legge elettorale, per altro verso, ha dichiarato l'incostituzionalità della legge n. 270 del 2005 rispetto alle modalità di disciplina del premio di maggioranza e delle c.d. liste bloccate, arricchendo la propria giurisprudenza sull'interpretazione dei parametri costituzionali in materia elettorale.

Questo duplice avanzamento della giurisprudenza costituzionale interna costituisce nell'ottica di questo lavoro l'occasione per analizzare, attraverso una prospettiva comparatistica, il rapporto tra Corti costituzionali e legislatori in materia elettorale sia sotto il profilo procedurale che sostanziale. A tal fine si è scelto di dividere il lavoro in due parti: nella prima, a partire dalla riconosciuta ammissibilità della questione di costituzionalità sulla legge elettorale italiana, si analizza il rapporto tra principi costituzionali in materia elettorale e la loro giustiziabilità, richiamando l'esperienza di alcuni ordinamenti. Tra questi, in particolare, è sembrato opportuno isolare l'esperienza degli Stati Uniti in cui le tensioni interistituzionali che la materia in questione genera sono affatto peculiari. Inoltre, si è scelto di far confluire in questa prima parte un altro profilo di interesse rinvenibile nella sentenza n. 1 del 2014 e cioè il problema della modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità delle leggi elettorali. Si tratta di un aspetto strettamente connesso alla questione della legittimazione se si ritiene che in questo modo le Corti possono attenuare l'impatto delle proprie decisioni sugli organi di rappresentanza politica. Anche se si tratta di un profilo che viene in rilievo in un momento successivo rispetto alla valutazione nel merito delle questioni di costituzionalità, avendo anch'esso una dimensione procedurale si è scelto di anticiparne l'analisi in questa sede.

Nella seconda parte, i profili sostanziali del sindacato di costituzionalità in materia elettorale vengono circoscritti all'analisi del principio di eguaglianza del voto. In particolare l'interpretazione

---

<sup>1</sup> Il lavoro si inserisce nell'ambito del progetto di ricerca "Corti costituzionali e democrazia: una prospettiva di diritto comparato", coordinato dalla dott.ssa Alessandra Di Martino, a cui si vuole esprimere un sentito ringraziamento per lo spunto nella scelta del tema e per le osservazioni ed i commenti ad una precedente versione di questo lavoro. Profonda gratitudine va inoltre al Prof. Paolo Ridola per le sue indicazioni e il suo sostegno. Com'è evidente, ogni responsabilità è unicamente di chi scrive. Le citazioni in tedesco sono state tradotte dall'autore.

di tale principio da parte della Corte costituzionale nella sentenza n. 1 del 2014 ha suscitato l'interesse nei confronti dell'applicazione del principio dell'eguaglianza elettorale nell'ordinamento tedesco.

Occorre precisare che le due parti si distinguono per il taglio metodologico adottato. Nella prima, infatti, la comparazione viene svolta trasversalmente rispetto a diverse esperienze, richiamando le vicende giurisprudenziali maggiormente significative in tema di accesso della materia elettorale alla giustizia costituzionale. Nella seconda parte, invece, in considerazione dell'importanza e delle risalenti e profonde radici del principio di eguaglianza del voto in Germania, è a quest'ultima esperienza costituzionale che la comparazione verrà circoscritta.

È il caso di rilevare, infine, che l'opportunità di utilizzare il metodo comparativo nell'analisi di tali questioni è confermata da una certa propensione delle Corti in materia elettorale a tenere in considerazione le esperienze di altri ordinamenti anche attraverso il richiamo diretto di normative e sentenze straniere<sup>2</sup>.

Come si può vedere da questi rapidi accenni, il lavoro tenta di attraversare temi, problemi ed esperienze riguardanti l'intervento delle Corti costituzionali sulle questioni elettorali – e delle Corti supreme – anche molto distanti tra di loro: in effetti, l'esistenza di diversi parametri costituzionali in materia elettorale, il problema dell'accesso delle questioni elettorali alla giustizia costituzionale, gli effetti che derivano dalla dichiarazione di incostituzionalità delle leggi elettorali sulla continuità e la legittimazione degli organi rappresentativi, le concezioni del principio di eguaglianza del voto, formano un insieme certamente eterogeneo di problemi. Tali questioni, tuttavia, sembrano trovare una matrice comune nella sentenza n. 1 del 2014 e nei molteplici spunti di comparazione che essa presenta<sup>3</sup>.

Inoltre, la materia elettorale si presta in maniera particolarmente efficace a mettere in evidenza il campo di tensione tra Corti costituzionali e legislatori attraverso un'analisi di alcuni orientamenti che emergono dalla giurisprudenza costituzionale italiana e di altre Corti straniere: ebbene, la tensione tra legittimazione delle corti costituzionali e preservazione della discrezionalità del legislatore, costituisce il filo conduttore che fa da sfondo alle diverse tematiche che sono affrontate nel lavoro e che pertanto si tenterà di seguire.

Si può cominciare con l'osservare che la rilevanza dell'inquadramento della materia elettorale all'interno del più generale campo di analisi del rapporto tra Corti costituzionali e democrazia, può farsi discendere dalla constatazione secondo cui l'intervento della giurisdizione costituzionale in quest'ambito investe il cuore della democraticità di un ordinamento, nella misura in cui tende ad assicurare che la legittimazione dei rappresentanti sia conforme ai principi costituzionali. Da ciò emerge, tuttavia, un tratto quasi paradossale: mentre la giurisdizione costituzionale tenta di contribuire al rafforzamento del principio democratico, esercitando il proprio sindacato sulle leggi elettorali al fine di far rientrare le deviazioni della legislazione elettorale entro le coordinate segnate dal testo costituzionale, in quello stesso momento corre il rischio di indebolire quel principio,

---

<sup>2</sup> Ad es. nella sent. BVerfG, del 10 aprile 1997, 2 BvC 3/96 (BVerfG, 95, 408) il Tribunale costituzionale afferma di essersi avvalso di uno studio comparativo realizzato dal Max Planck Institut e fa riferimento al sistema elettorale danese e a quello austriaco a sostegno del fondamento della clausola dei mandati diretti (*Grundmandatsklausel*). Si vedano anche i richiami all'ordinamento tedesco nella STC 75/1985 del Tribunale costituzionale spagnolo in merito alle clausole di sbarramento. Più in generale sulle virtualità della comparazione nella giurisprudenza costituzionale cfr. P. Ridola, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, in Id. *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, 293 ss.; G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene, Napoli, 2011, G. Halmay, *The Use of Foreign Law in Constitutional Law in Constitutional Interpretation*, in M. Rosenfeld, A. Sajò (a cura di) *Oxford Handbook of Constitutional Comparative Law*, OUP, 2012, 1349 ss.

<sup>3</sup> Nelle more della stesura di questo lavoro, tra i molti lavori che hanno affrontato la sentenza n. 1 del 2014 anche attraverso puntuali riferimenti ad esperienze straniere, occorre segnalare che sono stati pubblicati due lavori che specificamente prendono spunto dalla sentenza n. 1 del 2014 per affrontare il rapporto tra Corti e legislatori attraverso un'analisi comparativa: si tratta di G. Delledonne, *Corti costituzionali e legislazione elettorale in Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4/2014, pp. 1031 ss. e G. Milani, T. Abbate, *Giurisprudenze costituzionali e sistemi elettorali: la sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionali e in prospettiva comparata in Rassegna parlamentare*, 4/2014, 913 ss.

delegittimando gli organi di rappresentanza politica. Non è un caso, del resto, che i recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale italiana in materia elettorale abbiano attratto presso la Corte la critica di una cospicua parte della dottrina che sostiene come spetti agli organi rappresentativi e legittimati dal corpo elettorale il compito di riformare le “regole del gioco”. Si è quindi al riguardo affermato che “di fronte all’incapacità e al fallimento della decisione politica, ci si aspetta che quella decisione sia presa da un organo che dalla politica dovrebbe restare (e al quale tra l’altro, paradossalmente, viene continuamente richiesto di restare) lontano, e per di più in aperto dispregio delle stesse regole giuridiche che disciplinano il processo costituzionale”<sup>4</sup>. E’ questo, peraltro, un rilievo frequente nelle esperienze straniere che verranno considerate.

### *Parte I*

2. *La diffusione dei parametri costituzionali in materia elettorale in prospettiva comparata.* – Il tema del controllo sulla materia elettorale verrà circoscritto al ruolo esercitato dalle Corti costituzionali (o dalle corti supreme che esercitano anche la funzione di controllo di costituzionalità delle leggi). Nel corso nell’evoluzione di molte esperienze costituzionali, anche esterne al contesto europeo, si è assistito ad un fenomeno di giurisdizionalizzazione della materia elettorale: a forme di controllo di carattere politico, riservate ad organi interni alle assemblee elettive, si è affiancata la possibilità di valutare la legittimità delle elezioni e della legislazione elettorale (inclusa quella c.d. “di contorno”) in sede giudiziaria. Ebbene, a tale processo di giurisdizionalizzazione della materia elettorale si accompagna la tendenza di alcuni ordinamenti che consentono di valutare tanto le procedure elettorali quanto le leggi elettorali sotto il profilo della loro costituzionalità. Del resto l’inserimento nelle costituzioni di principi riguardanti la materia elettorale, proprio ormai di molti ordinamenti, facilita l’eventualità che anche una delle discipline più sfuggenti ad un sindacato di carattere costituzionale sia ad esso sottoponibile. Il panorama relativo alla “costituzionalizzazione” della materia elettorale è evidentemente molto articolato, in quanto profondamente legato alle vicende storiche di ogni paese, ciò che deve indurre ad una certa cautela nella comparazione per evitare di decontestualizzare esperienze costituzionali in nome della costruzione di classificazioni di modelli di sindacato<sup>5</sup>.

Rispetto alle scelte che caratterizzano i principi costituzionali in materia elettorale un primo interrogativo investe il rapporto tra sistema elettorale e costituzione: come di recente mostrato<sup>6</sup>, in diversi paesi europei si è proceduto alla costituzionalizzazione della formula elettorale proporzionale<sup>7</sup>. Un carattere comune, inoltre, riguarda le disposizioni che sanciscono i principi che informano l’esercizio del diritto di voto, su tutti la generalità, l’eguaglianza e la segretezza<sup>8</sup>. Ora, per un verso, tale quadro lascia emergere significative aderenze tra i testi costituzionali europei, indice della condivisione dei principi fondanti la rappresentanza politica nello spazio europeo; per altro verso, possono rimarcarsi elementi di originalità che specificano e danno ulteriore svolgimento

---

<sup>4</sup> Cfr., ad es., E. Grosso, *Riformare la legge elettorale per via giudiziaria? Un’indebita richiesta di ‘supplenza’ alla corte costituzionale, di fronte all’ennesima disfatta della politica*, in *Rivista AIC*, 4/2013.

<sup>5</sup> Emblematico del rapporto tra trascorsi storici e principi costituzionali in materia elettorale è il complesso confronto nella Germania postbellica con l’esperienza weimariana (su cui è scontato il rinvio a F.A. Hermens, *La democrazia rappresentativa*, Vallecchi, Firenze, 1968) e il peso che essa ha rivestito tanto nell’abbandono di una formula elettorale all’interno della legge fondamentale, quanto negli sviluppi della successiva giurisprudenza costituzionale (presenti, ad es., già a partire dalla prima sentenza del Tribunale costituzionale, del 5 aprile 1952, 2 BvH 1/52, BVerfG, 1, 208, 7,5% - *Sperrklassuel*, e nei numerosi richiami della giurisprudenza dello *Staatsgerichtshof* e della dottrina weimariana).

<sup>6</sup> Cfr. L. Trucco, *Stato costituzionale e democrazia*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 516-518. Attente considerazioni comparatistiche al riguardo possono trovarsi in A. Gigliotti, *Sui principi costituzionali in materia elettorale*, in *Rivista AIC*, 4/2014.

<sup>7</sup> Cfr. *Ibidem* per l’indicazione dei seguenti paesi che non adottano la formula proporzionale in Costituzione: Cipro, Danimarca, Germania, Italia, Lituania, Francia, Regno Unito, Romania e Slovenia.

<sup>8</sup> Cfr. Legge fondamentale, art. 38; Cost. francese del 1958, art. 3; Cost. della Repubblica Ceca, art. 18.1; Cost. danese, art. 31,2; Cost. finlandese, art. 25; Cost. lettone, art. 6; Cost. polacca, art. 96,2; Cost. austriaca, art. 95; Cost. croata, art. 45.

alla protezione costituzionale dei diritti politici: è il caso degli ordinamenti che garantiscono le minoranze nazionali attraverso l'inserimento di apposite garanzie elettorali<sup>9</sup>; o ancora di quelli che allargano la titolarità del diritto di voto agli stranieri a livello locale o per le elezioni degli enti decentrati<sup>10</sup>. Deve a questo riguardo anche segnalarsi un – tardivo e difficile – processo di avanzamento della parità di genere nell'accesso alle cariche elettive: se in alcune costituzioni l'eguaglianza femminile è rinvenibile nelle disposizioni relative al principio d'eguaglianza in generale<sup>11</sup>, altre specificano tale principio nell'ambito della “vita politica”<sup>12</sup>, mentre altre ancora si fanno carico di prevedere già a livello costituzionale strumenti di riequilibrio della rappresentanza di genere<sup>13</sup>. In alcuni testi poi, si è trattato di un risultato raggiunto tramite appositi emendamenti costituzionali<sup>14</sup>, anche a seguito e in risposta alla censura da parte delle giurisdizioni costituzionali rispetto ad interventi legislativi che miravano a rafforzare la rappresentanza femminile nei diversi livelli di governo<sup>15</sup>.

Inoltre, risulta, nell'ottica della riflessione sui principi in materia elettorale, non deve essere sottovalutata la dimensione della Convenzione EDU. Il filone giurisprudenziale sull'art. 3 Protocollo 1, copre ormai una vasta gamma di vicende collegate alle elezioni<sup>16</sup>: dalle limitazioni alla titolarità del diritto di voto<sup>17</sup>, ai rimedi giurisdizionali per il sindacato dei risultati elettorali<sup>18</sup>, fino alla legittimità dei sistemi elettorali stessi<sup>19</sup> e alla loro incidenza sul principio dell'eguaglianza del voto, declinato, tuttavia unicamente nella sua accezione formale<sup>20</sup>. Si tratta di una giurisprudenza di grande interesse nell'ottica della condivisione di un “patrimonio comune di

---

<sup>9</sup> Su tali aspetti cfr. il capitolo comparativo di U. Haider Quercia, *La rappresentanza elettorale delle minoranze nazionali in Europa*, Cedam, Padova, 2014, pp. 41 ss.

<sup>10</sup> Spunti di carattere comparativo in D. Sardo, *I diritti politici dei non cittadini*, in F. Angelini, M. Benvenuti, A. Schillaci (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: diritti, integrazione, sicurezza*, Jovene, Napoli, 2010.

<sup>11</sup> Cfr. ad es. Cost. italiana, art. 3 e 51, co. 1; Legge fondamentale tedesca, art. 3; Cost. austriaca, art. 7; Cost. greca, art. 4.

<sup>12</sup> Così ad es. Cost. polacca, art. 33. Per un quadro comparativo cfr. J. Lowendusky (a cura di), *State, Feminism and political Representation*, Cambridge University Press, 2005.

<sup>13</sup> Cfr. Cost. portoghese, art. 109.

<sup>14</sup> Cost. belga, art. 11bis, introdotto con la revisione costituzionale del 21 febbraio 2002.

<sup>15</sup> Presenta qualche analogia al riguardo la vicenda della modifica dell'art. 51, co. 1 Cost. italiana e dell'art. 3 Cost. francese: il *Conseil constitutionnel*, nella decisione n. 82-146 del 18 novembre 1982 dichiarava l'incostituzionalità di una legge di modifica del codice elettorale, in cui si prevedeva l'inserimento di una quota di genere per le elezioni dei consiglieri municipali. Il superamento di questa giurisprudenza è avvenuto molti anni dopo, con la legge costituzionale n. 99-569 dell'8 luglio 1999, relativa all'*Égalité entre les femmes et les hommes*. Similmente, nell'ordinamento italiano, la revisione Costituzionale del 2003 con cui si è modificato l'art. 51 della Costituzione – anticipata dalla sent. 49/2003 e dalla revisione dell'art. 117, co. 7 nel 2001 – riscatta il principio della parità di genere dopo la sentenza del 1995 n. 422 della Corte costituzionale, con cui era stata dichiarata incostituzionale una azione positiva nell'ambito dell'accesso alle cariche elettive a livello nazionale e locale. Sulla sentenza francese del 1983 cfr. D. Lochak, *Les hommes politiques, les “sages” (?)... et les femmes (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 18 novembre 1982)*, in *Droit social*, 1983, p. 131. Su quella italiana cfr. ora M. G. Rodomonte, *La parità di genere e l'accesso delle donne alle cariche elettive*, in R. Nania, *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 421 ss., e A. Falcone (a cura di), *Verso una democrazia paritaria: modelli e percorsi per la piena partecipazione delle donne alla vita politica e istituzionali*, Giuffrè, Torino, 2011. Anche in Spagna, infine, un intervento legislativo (*Ley Orgánica* n. 3 del 2007) volto a riequilibrare la rappresentanza femminile nelle diverse assemblee elettive è stato oggetto di sindacato da parte del *Tribunal constitucional*: tuttavia, diversamente dal caso francese e italiano, con la STC 12/2008 il Tribunale costituzionale spagnolo non ha rilevato vizi di incostituzionalità.

<sup>16</sup> In generale, sul diritto a libere elezioni nella giurisprudenza della Corte EDU cfr., tra i commentari più recenti, C. Grabenwater, *European Convention on Human Rights. Commentary*, Beck-Hart-Nomos-Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014, pp. 399 ss., e M. Starita, art. 3 Prot. 1 in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 2012, pp. 832 ss.

<sup>17</sup> Cfr. sent. *Scoppola c. Italia*, n. 10249/03

<sup>18</sup> Cfr. sent. *Grosaru c. Romania* n. 78039/01.

<sup>19</sup> Cfr. sent. *Grosaru c. Romania*, par. 44. *Saccomanno c. Italia*, n. 11583/08, par. 27.

<sup>20</sup> Cfr. sent. *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, n. 9267/81, spec. par. 54.

principi” in materia elettorale<sup>21</sup>, in cui il canone della proporzionalità - utilizzato secondo una dottrina in maniera non sempre omogenea<sup>22</sup> - è stato applicato attribuendo una particolare attenzione alla salvaguardia del margine di apprezzamento nazionale e valorizzando la specificità delle esperienze storiche<sup>23</sup> e dei contesti politici. Questa giurisprudenza, ormai, assume un certo peso anche nell’ottica interna, come dimostrano i riferimenti nella giurisprudenza tedesca sulle clausole di sbarramento così come le argomentazioni contenute nell’ordinanza di rimessione della Corte di cassazione che ha condotto alla sentenza n. 1/2014<sup>24</sup>.

Infine, a voler rintracciare tratti di profonda singolarità rispetto alle esperienze a cui si è fatto cenno con riferimento al parametro costituzionale in materia di elezioni e diritto di voto, si deve richiamare la costituzione statunitense in cui, come venne notato, “a tutt’oggi non esiste una disposizione che testualmente attribuisca il diritto di voto al cittadino come un diritto intrinsecamente discendente dalla cittadinanza<sup>25</sup>: ciò non ha impedito tuttavia alla dottrina e alla Corte Suprema di qualificare il diritto di voto come fondamentale; e i principi “classici” in materia di diritto di voto (eguaglianza, segretezza, personalità, libertà), sono stati individuati dal legislatore federale e dalla Corte Suprema. Ciò non vuol dire che la Costituzione del 1787 non contenga indicazioni per il legislatore federale e statale, potendosi riscontrare al contrario disposizioni anche dettagliate sul punto: occorre tener presente tuttavia che le norme costituzionali che rilevano in questa materia sono diffuse in diverse disposizioni della Costituzione e così il rinvenimento di un blocco di principi costituzionali applicabili in questa materia è un’operazione non del tutto agevole, anche per la necessaria e più generale considerazione del ruolo integratore che riveste la giurisprudenza della Corte Suprema. Inoltre, non può essere dimenticato il rapporto tra *structures* e *rights* e cioè tra livelli di governo e garanzie del diritto di voto, per l’ovvia ragione in base alla quale le elezioni per il Presidente e per il Congresso sono mediate dalle votazioni che sono disciplinate e si svolgono a livello statale. L’originaria libertà d’azione riconosciuta da parte della Costituzione agli Stati nel disciplinare le condizioni per l’esercizio del “franchise” si è progressivamente ridotta, grazie all’approvazione di emendamenti che proibiscono la limitazione del diritto di voto. Ne è derivato un corpus di norme costituzionali che valgono tanto per la legislazione statale che per quella federale, il quale impedisce l’*abridgment* del diritto di voto con riferimento alla razza (XV emendamento), al sesso (XIX emendamento), alla ricchezza (XXIV emendamento che vieta di imporre una tassa per l’esercizio del diritto di voto) e all’età (XXVI emendamento)<sup>26</sup>. Peraltro la capacità elastica di alcune clausole della Costituzione statunitense si manifesta anche in questa materia: non mancano infatti, come ha dimostrato la giurisprudenza della Corte Suprema, parametri costituzionali di carattere generale applicabili al diritto di voto quali il *due process of law* e la *equal protection clause*, sulla base della quale, in particolare, è stato fondato

---

<sup>21</sup> Utilizza questa espressione P. Ridola in *Indagine conoscitiva per l’istruttoria legislativa nell’ambito dell’esame in sede referente dei disegni di legge in materia di elezione della Camera dei Deputati*, 25 novembre 2014, p. 41, reperibile in [www.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>22</sup> Per una distinzione del tipo di scrutinio che la Corte realizza sulla titolarità del diritto di voto, da un lato, e sul suo esercizio, dall’altro, cfr. ancora M. Starita, cit., pp. 842 ss. e 849 ss.

<sup>23</sup> Nel suo bel contributo sull’uso della storia nella giurisprudenza CEDU, A. Buratti, *L’uso della storia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Rivista AIC*, 2/2014, spec. 4 ss. dedica particolare attenzione alla giurisprudenza convenzionale in materia elettorale.

<sup>24</sup> Si tratta della sentenza sulla clausola di sbarramento al 3% in Germania per le elezioni dei parlamentari europei spettanti alla Germania (BVerfG, sent. del 26 febbraio 2014, 2 BvE 2/2013). Anche nella sent. 1/2014 la Corte era stata chiamata a confrontarsi con la giurisprudenza della Cedu, anche se la Corte ha ritenuto assorbita la censura e irrilevante il richiamo al caso Saccomanno. In effetti, la valorizzazione del principio di proporzionalità che si rinviene nella giurisprudenza CEDU induceva a ritenere compatibile la legge elettorale 270/2005 con il parametro convenzionale. Cfr. tuttavia, lo stimolante contributo di M. Starita, *Convenzione europea dei diritti umani e problemi di costituzionalità della legge elettorale italiana*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, pp. 689 ss., secondo cui gli guardando al complessivo ingranaggio della legge elettorale allora è possibile ricavare sua incompatibilità con la CEDU.

<sup>25</sup> Così G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, Giappichelli, Torino, 1998, vol. II, p. 68.

<sup>26</sup> Cfr. efficacemente A.A. Amar a proposito del XXVI emendamento: “what the Black Suffrage Amendment had done for race and the Woman Suffrage Amendment had done for sex, the Anti-Poll Tax Amendment did for class”, Id., *America’s Constitution. A Biography*, p. 442.

il principio fondamentale del *one person, one vote* (*Reynolds v. Sims*: cfr. *infra*). È quindi alle pronunce della Corte che occorre far riferimento per orientarsi circa la presenza di ulteriori vincoli di carattere costituzionale per i legislatori, e in particolare per quelli statali<sup>27</sup>.

3. *L'accesso alle Corti costituzionali in materia elettorale.* – Il sindacato sulle leggi in materia elettorale, seppur in via di espansione, non risulta ancora molto diffuso. Inoltre, esso può seguire le strade più diverse e il panorama comparatistico offre molteplici prospettive per osservare l'*enforceability* della conformità delle procedure e delle leggi in materia elettorale alla Costituzione: deve evidentemente distinguersi il caso della verifica delle procedure elettorali eventualmente attribuito agli organi di giustizia costituzionale, come avviene in Francia, e che può portare all'annullamento delle elezioni, dalla possibilità per le Corti di sindacare la costituzionalità delle leggi elettorali, anche se, come ad esempio avviene nell'ordinamento tedesco (ma non solo), i due ordini di giudizio possono sovrapporsi, e cioè il Tribunale costituzionale può, in sede di *Wahlprüfungsbeschwerde*, dichiarare l'incostituzionalità della legge elettorale<sup>28</sup>.

Da un lato, alcune Costituzioni prevedono l'attribuzione alle Corti costituzionali di competenze speciali in materia elettorale. Dall'altro è possibile che le Corti costituzionali si pronuncino sulla legittimità delle leggi elettorali attraverso le ordinarie vie di accesso alla giustizia costituzionale (ad es. mediante il ricorso delle minoranze parlamentari, o in via di ricorso diretto).

Rientrano nel primo dei due profili, tra le altre, le costituzioni di Austria, Germania, Spagna, Portogallo, Romania, Bulgaria, Lituania. L'Austria costituisce la più risalente esperienza di sindacato sulle elezioni e conferisce all'organo di giustizia costituzionale una delle competenze più ampie in materia elettorale nel panorama comparato: tramite la *Wahlgerichtsbarkeit* è possibile, infatti, far valere l'illegittimità delle procedure elettorali relative all'elezione del Presidente federale e degli organi rappresentativi di ogni livello; inoltre il Tribunale costituzionale austriaco si pronuncia sulle richieste di decadenza dei membri delle assemblee rappresentative<sup>29</sup>.

Altrettanto significativa è la *Wahlprüfungbeschwerde* prevista dall'art. 41 della Legge fondamentale tedesca (la disciplina di dettaglio è contenuta all'art. 47 della BWahlG e agli artt. 13, n.3 e 48 della legge cost. del BVerfG) su cui ci si soffermerà nei paragrafi seguenti, quando si esaminerà la giurisprudenza costituzionale del BVerfG con riferimento alla *Gleichheit der Wahl*. Ci si limita a ricordare in questa sede che tale istituto permette di inquadrare l'ordinamento tedesco in

---

<sup>27</sup> Non sono mancate tuttavia controversie circa la costituzionalizzazione di regole in materia elettorale vincolanti gli Stati (cfr. *McPherson v. Blacker*, 146 U.S. 1 (1892)). Di un certo interesse rispetto alla efficacia prescrittiva della Costituzione in materia elettorale è anche la disputa sul voto dei grandi elettori, e cioè se sia costituzionalmente ammissibile una eventuale disciplina di livello federale o statale che vincoli l'elettore presidenziale a votare per il candidato alla Presidenza annunciato durante la campagna elettorale (cfr. sul problema Rotunda Nowak, *Treatise on Constitutional Law: substance and procedure*, vol. 1, 1986, 523 ss.). Quanto ad una disciplina statale, Rotunda e Nowak rinviengono nella sentenza *Ray v. Blair*, 343 U.S. 214 (1952) il precedente in cui la Corte si è più avvicinata ad offrire una risposta sul punto: in quel caso, la Corte si era pronunciata in favore della legittimità costituzionale di una eventuale disposizione statale in tal senso rilevando al contempo la sua non giustiziabilità (al contrario, sosteneva l'*enforceability* di una legge statale del genere il Justice Jackson nel suo *dissent* alla citata sentenza). Quanto alla possibilità che una legge del Congresso introduca un simile obbligo per il grande elettore, cfr. ancora gli autori citati che distinguono tra l'esistenza di una legge statale che preveda già un simile obbligo – nel qual caso una legge del Congresso “concorrente” sarebbe ammissibile – dalla situazione più problematica in cui una tale legge statale non esista (ivi, 528-529). Cfr. anche *Williams v. Rhodes*, 393 U.S. 23 (1968), sul limite imposto dalla legge dell'Ohio sui partiti minori per le elezioni presidenziali.

<sup>28</sup> Cfr. ad es. la sent. BVerfG, del 22 maggio 1963, 2 BvC 3/62 (BverfG, 16, 130, *Wahlkreise*) “Il Tribunale costituzionale federale anche nella procedura di verifica delle elezioni deve valutare la conformità della legge elettorale alla Costituzione“. Cfr. sul punto M. Morlok, *La giustizia elettorale in Germania*, in E. Catelani, F. Donati, M.C. Grisolia (a cura di), *La giustizia elettorale, Atti del Seminario svoltosi a Firenze il 16 novembre 2012*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, pp. 89-90.

<sup>29</sup> Cfr. E. D'Orlando, *La giustizia costituzionale in Austria*, in L. Mezzetti, *Sistemi e modelli, di giustizia costituzionale*, Cedam, Padova, 2009, p. 131; G. Strejcek, *Strukturfragen der Wahlgerichtsbarkeit in Juristische Blätter*, 2000, 736 ss., Id., *Bundesverfassung und Wahlrecht*, Springer, 2006.

un modello “misto” di sindacato sulla disciplina elettorale, che vede cioè coinvolti sia il parlamento che il giudice costituzionale<sup>30</sup>.

L’approccio spagnolo alla giustizia elettorale si distingue dalle esperienze dei paesi di lingua tedesca, dando prevalenza alla dimensione soggettiva del diritto elettorale violato, rispetto alla ricerca di ristoro del pregiudizio oggettivo alla democraticità dell’ordinamento<sup>31</sup>. Ne deriva che il controllo sulle elezioni è stato inquadrato nell’ambito dell’istituto dell’*amparo*. Sono previste due procedure speciali di *amparo* che si affiancano all’*amparo* ordinario, cui può farsi ricorso anche in relazione all’art. 23.2 CE. Le due procedure di *amparo* speciali sono volte ad assicurare forme di tutela dinanzi al *Tribunal constitucional* rispetto a due fasi distinte del procedimento elettorale: infatti si consente di impugnare le decisioni delle giunte elettorali relative alla proclamazione delle candidature, da un lato (fase pre-elettorale) e la proclamazione degli eletti, dall’altro (fase post-elettorale). Da notare che la possibilità per il *Tribunal constitucional* di dichiarare l’incostituzionalità delle norme elettorali in sede di giudizio su tali ricorsi di *amparo* è consentita, ancorché in limitate ipotesi: infatti ai sensi dell’art. 55, comma 2 della *Ley orgánica del Tribunal constitucional*, la *Sala* o la sezione del Tribunale può, sempre che il ricorso sia ammissibile, sottoporre al *Pleno* la questione di costituzionalità nel caso in cui la legge che è chiamato ad applicare violi diritti fondamentali o libertà pubbliche. Secondo quanto consta, tuttavia, in una sola occasione il Tribunale ha dichiarato l’incostituzionalità di una norma elettorale attraverso questa procedura<sup>32</sup>.

Un particolare ruolo è inoltre affidato al *Conseil constitutionnel* in Francia: coerentemente al rafforzamento delle funzioni di quest’ultimo e alla corrispondente diffidenza nei confronti del parlamento, la Costituzione della V Repubblica ha attribuito al *Conseil* la possibilità di pronunciarsi sulla regolarità delle elezioni presidenziali e dei due rami del parlamento (artt. 58, 59) consentendo a tale organo di sviluppare una nutrita giurisprudenza in materia di eguaglianza del voto. In passato il *Conseil* è stato chiamato a pronunciarsi in materia elettorale anche a seguito di *saisine parlementaire* e di controllo obbligatorio sulle leggi organiche. Inoltre, come rilevato<sup>33</sup>, la riforma costituzionale del 2008 incide anche in questa materia, dal momento che tramite l’introduzione della *question prioritaire de constitutionnalité*, il *Conseil* può essere investito di una questione di costituzionalità delle leggi e quindi anche di quelle in materia elettorale. Con tale riforma inoltre il sindacato sulle elezioni si arricchisce mediate l’istituzione di una commissione ad hoc (cfr. nuovo

---

<sup>30</sup> Si vedano al riguardo i lavori di M.L. Mazzoni Honorati, *Osservazioni sulla verifica dei poteri in Francia, Gran Bretagna, Germania federale e Italia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983, pp. 1412 ss.; J. Luther, *La giurisdizione costituzionale sul contenzioso elettorale politico in Germania ed Austria*, in *Quaderni costituzionali*, 1990, 117 ss.; F. Lanchester, *La verifica dei poteri nel diritto comparato: modelli a confronto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, pp. 2859, ss.;

<sup>31</sup> Si vedano al riguardo le attente riflessioni di M. Manetti, *L’accesso alla Corte costituzionale nei procedimenti elettorali*, in A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Atti del seminario di Firenze, 28-29 maggio 1999, Giappichelli, Torino, 2000, p. 125.

<sup>32</sup> Si tratta della questione interna di incostituzionalità: ciò è avvenuto nella STC 149/2000, in cui il TC si è pronunciato in relazione alla STC 103/1996, anche se con riferimento ai rimedi giurisdizionali in materia elettorale; si veda altresì STC 193/1989, FJ 2 e 72/1989 in cui il TC ribadisce che la possibilità di sollevare la questione di costituzionalità è limitata all’ipotesi in cui vi sia stata una lesione diretta del diritto di voto; le ultime due sentenze sono citate da J. C. Duque Villanueva, *Jurisprudencia del Tribunal constitucional en materia electoral (2006-2011)* (cui *adde Elecciones políticas y Tribunal constitucional*, (1980-2005), Aranzadi, Madrid, 2006) cui si rinvia per maggiori dettagli. Di fatto, nella STC 72/1989 non viene sollevata la questione di costituzionalità e il Tribunale chiarisce che “la única declaración de inconstitucionalidad que puede hacerse en un recurso de amparo es aquella que permita restablecer al demandante en el derecho fundamental presuntamente vulnerado, pues, si tal resultado no es posible, la declaración de inconstitucionalidad tendría la condición de abstracta y, por ello, sería incompatible con la naturaleza y finalidad del proceso de amparo”.

<sup>33</sup> S. Bagni, *Procedure di controllo esternalizzate e tendenze attuali. Francia*, in L. Pegoraro, G. Pavani, S. Pennicino (a cura di), *Chi controlla le elezioni? Verifica parlamentare dei poteri, tribunali, commissioni indipendenti*, Bologna, Bononia University Press, 2011, p. 133.

comma 3 dell'art. 25)<sup>34</sup>. Occorre precisare tuttavia la peculiare natura del *Conseil* che, nella veste di *Juge electoral*, si pronuncia non in qualità di giudice costituzionale ma alla stregua di un'autorità giurisdizionale ordinaria<sup>35</sup>; al contrario, nell'esercizio delle altre funzioni, il sindacato sulla costituzionalità delle leggi elettorali si riepande e come emerge dalla giurisprudenza del *Conseil* non sono manate pronunce di incostituzionalità in materia elettorale<sup>36</sup>. Un'esperienza, quella del *Conseil*, si può dire per inciso, che ha avuto una certa fortuna anche se si considera l'influenza che ha esercitato in altri ordinamenti; su tutti, nella Costituzione croata sono rinvenibili profili di analogia quanto alle funzioni elettorali della Corte, investita di ampie funzioni: l'art. 126 Cost. le affida numerose competenze sulla conformità delle elezioni alla legge e alle elezioni, investendola della risoluzione dei conflitti elettorali in materia<sup>37</sup>.

Inoltre, in questo primo versante si può richiamare l'attenzione sul fatto che una funzione speciale delle Corti in materia elettorale riveste un ruolo particolarmente significativo nel consolidamento degli ordinamenti democratici: non è un caso che in diversi paesi dell'Est Europa, come anche in America Latina<sup>38</sup> i testi costituzionali abbiano affidato alle corti anche funzioni di controllo della regolarità delle operazioni elettorali<sup>39</sup>. In questa prospettiva, nel quadro delle esperienze latinoamericane, profili di particolare interesse caratterizzano la vicenda del controllo elettorale in Messico<sup>40</sup>: la vicenda delle tensioni tra la Corte Suprema e il *Tribunal de Justicia Electoral*, può essere considerata paradigmatica rispetto ai problemi che si accompagnano alla diffusione dell'autorevolezza della giustizia elettorale nel contesto dei processi di consolidamento

---

<sup>34</sup> È appena il caso di ricordare che la legge organica n. 2009-38, con cui veniva attuata tale riforma, è stata impugnata dinanzi al *Conseil* che con le sentenze 572 e 573 del 2009 ha rilevato alcuni profili di incostituzionalità della legge.

<sup>35</sup> Lo ricorda P. Costanzo, *La giurisprudenza del Conseil Constitutionnel nel biennio 2003-2004*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, 4193 ss.

<sup>36</sup> Per un approfondimento sul punto si rinvia a J.P. Camby, *Le Conseil constitutionnel, juge électoral*, Dalloz, 2009.

<sup>37</sup> La relativa disciplina è contenuta nella legge sulla Corte costituzionale che dedica un intero titolo (IX) al "Controllo della costituzionalità e della legalità delle elezioni, del referendum nazionale e delle controversie in materia elettorale".

<sup>38</sup> In alcuni paesi a tale controllo si aggiunge la possibilità di coinvolgere gli organi di giustizia costituzionale, consentendosi di impugnare le decisioni degli organi di giustizia elettorale dinanzi ai Tribunali costituzionali. Cfr., per tutti, D. Nohlen, D. Zovatto, J. Orozco Henríquez, J. Thompson (a cura di), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, 2007, [http://www.idea.int/publications/electoral\\_law\\_la/upload/inlay\\_tratado.pdf](http://www.idea.int/publications/electoral_law_la/upload/inlay_tratado.pdf).

<sup>39</sup> Parla addirittura di "esportazione" delle esperienze di Francia etc. nei paesi dell'est C. Pistan, *La giustizia costituzionale nell'Europa centro-orientale: le esperienze di Croazia, Slovenia, Polonia, Ungheria*, in L. Mezzetti (a cura di), *Sistemi e modelli*, cit., p. 264.

<sup>40</sup> Infatti, per un verso a partire dal 1994 è dapprima caduta la previsione che proteggeva le leggi elettorali dalla *acción de inconstitucionalidad*, soggetta al termine di 30 giorni dalla pubblicazione della legge e, successivamente, è stata riconosciuta la legittimazione attiva a ricorrere ai partiti politici organizzati a livello federale e alle minoranze parlamentari: ne deriva che la *Suprema Corte de Justicia* mediante la *acción de inconstitucionalidad* ha potuto pronunciarsi sulla legittimità delle leggi elettorali per contrasto con la Costituzione (v. ad es. la sent. 34/2005, in materia di soglie di sbarramento, con cui è stata dichiarata l'infondatezza della questione di costituzionalità sollevata dal *Partido del Trabajo* avverso la legge elettorale dello Stato del Queretaro che aveva innalzato la soglia di sbarramento dal 2,5 al 3%; i ricorrenti avevano eccepito la violazione del principio della rappresentanza proporzionale. La sentenza è segnalata da D. Nohlen, *Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia*, <http://www.corteidh.or.cr>, p. 14). Per altro verso il *Tribunal electoral* e la *Suprema Corte de Justicia Superior de Justicia* hanno ingaggiato un conflitto per il riconoscimento di funzioni costituzionali in materia, il quale trascende la materia elettorale investendo la struttura stessa del sistema di giustizia costituzionale messicano: il *Tribunal electoral* si era autoattribuito la competenza a non applicare leggi elettorali che violassero principi costituzionali mentre la Suprema Corte aveva rilevato la sua incompetenza ad agire in tal senso. Con la riforma costituzionale del 2007, il *Tribunal electoral* si è visto riconoscere la competenza a sindacare la conformità delle leggi elettorali, potendo disporre la disapplicazione in caso di violazione della Costituzione (cfr. art. 99). In questo modo il controllo astratto di costituzionalità attribuito alla Suprema Corte, che può esser fatto valere ad es. tramite la summenzionata *acción de inconstitucionalidad*, convive con una forma diffusa di controllo di costituzionalità che non determina come nel caso del controllo astratto la nullità ma la sua disapplicazione: così A. Herrera García, *La Interacción del poder reformador de la Constitución y la Suprema Corte de Justicia en la construcción de estándares democráticos en México: el caso del control de constitucionalidad en materia electoral*, in <http://www.juridicas.unam.mx/wccl>.

democratico in America Latina. Ciò in quanto l'esperienza messicana segnala l'insorgere di una linea di conflitto interistituzionale in materia elettorale che si aggiunge a quella che coinvolge tradizionalmente il legislatore e gli organi di giustizia costituzionale, riguardando la delimitazione delle sfere di competenza tra quest'ultima e gli organi di giustizia specializzati nel controllo delle elezioni<sup>41</sup>.

Con riferimento al secondo profilo sopra accennato, e cioè alle ipotesi in cui, al di là dei procedimenti speciali previsti per consentire agli organi di giustizia costituzionale di pronunciarsi in materia elettorale, le Corti sono chiamate a pronunciarsi sulle leggi elettorali nell'ambito degli ordinari strumenti di accesso alla giustizia costituzionale. In effetti, in alcuni degli ordinamenti citati, la possibilità che i giudici costituzionali si pronuncino sulle leggi elettorali, deriva anche dalla predisposizione di strumenti "ordinari" di accesso alla giustizia costituzionale: così, ad es., tramite la "saisine parlementaire" e il controllo preventivo sulle leggi in Francia<sup>42</sup>, mediante il *recurso de amparo* ordinario in Spagna e il controllo astratto ai sensi dell'art. 34 della *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (LOTC). In Germania invece occorre segnalare che il BVerfG ha finora negato che tramite la *Verfassungsbeschwerde* si possano lamentare violazioni del diritto di voto attivo e passivo, tuttavia le minoranze parlamentari hanno diritto di accesso al Tribunale per sindacare in via astratta la costituzionalità di una legge con la costituzione (è quanto ad es. accaduto nella sentenza sui mandati in eccedenza o *Überhangmandate*).

Dal canto suo la Corte austriaca ha la possibilità di pronunciarsi in via d'ufficio<sup>43</sup>, come è avvenuto di recente nella pronuncia sul voto elettronico precedentemente ricordata.

Ancora. In Spagna numerose sono le strade che hanno portato in via ordinaria il *Tribunal constitucional* a pronunciarsi su disposizioni contenute nella legge elettorale: oltre alla suddetta ipotesi della questione interna di costituzionalità si possono citare il ricorso di incostituzionalità, caratterizzato da un'ampia legittimazione attiva<sup>44</sup>, così come la via incidentale e il ricorso previo di incostituzionalità<sup>45</sup>. In ogni caso la via principale risulta evidentemente il *recurso de amparo* ordinario (salvo il ricorso alle procedure di *amparo* speciali, di cui *supra*).

Se comparato alle esperienze di altri ordinamenti, il problema delle vie di accesso alla giustizia costituzionale in materia elettorale in Italia risulta caratterizzato da una doppia assenza: manca infatti una specifica competenza in materia elettorale del giudice costituzionale e, al contempo, è risultato particolarmente problematico individuare una via di accesso nei procedimenti ordinari. Come si sa, prima della sentenza del 2014 la possibilità di individuare nel giudice comune il giudice *a quo* legittimato a sollevare una questione di costituzionalità relativa a disposizioni della legge elettorale non è stata sostenuta con particolare convinzione: prevalevano infatti tentativi volti a ricercare la figura del giudice *a quo* ora nelle giunte delle elezioni di Camera e Senato<sup>46</sup>, ora nel Collegio di garanzia elettorale istituito presso la Corte di cassazione<sup>47</sup>.

---

<sup>41</sup> Riflessioni al riguardo in J. Orozco Henríquez, *Evolución y perspectivas de la Justicia electoral en América Latina*, in *Revista mexicana de derecho electoral*, 1/2012, 107 ss. e spec. pp. 123 ss. e 131.

<sup>42</sup> Occorrerà tuttavia attendere se tramite la *question prioritaire de constitutionnalité* si potrà far valere l'illegittimità della legge elettorale in modo simile a quanto avvenuto con la 1/2014; al momento il *Conseil* si è pronunciato in materia elettorale in due pronunce aventi ad oggetto l'ineleggibilità di un consigliere comunale e di un consigliere generale, nelle sentenze rispettivamente 2013/326 QPC e 2012/230 QPC.

<sup>43</sup> Cfr. l'art. 140, comma 1 lett. B), della Costituzione.

<sup>44</sup> Sono legittimati a sollevare il ricorso: il presidente del governo, il difensore del popolo, gli organi rappresentativi ed esecutivi delle comunità autonome, nonché le minoranze parlamentari.

<sup>45</sup> Utilizzato di fatto solo nella STC 38/1983 relativa alla legge organica sulle elezioni locali, respingendo la questione di incostituzionalità.

<sup>46</sup> L. Elia, *Elezioni politiche (contenzioso)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, 1965, pp. 781 ss., p. 789; M. Manetti, *L'accesso*, cit., p. 143; P. Gambale, *Il controllo sulle elezioni politiche in Italia, tra evoluzioni della legislazione elettorale "di contorno" ed esigenze di "manutenzione" dei giudizi costituzionali*, in C. De Caro, N. Lupo, G. Rivosecchi (a cura di), *La "manutenzione" della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 247 ss.; A. Patroni Griffi, *Accesso incidentale e legittimazione degli organi a quo*, Jovene, Napoli, 2012, pp. 72 ss.; G. Rivosecchi, *Il contenzioso post-elettorale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in E. Catelani et al., (a cura di), *La giustizia elettorale*, cit., pp. 197 ss., p. 266. Sul punto v. ad es. S. Ragone,

La sentenza della Corte n. 1/2014 ha avuto pertanto il merito di estendere decisamente il principio di costituzionalità alla materia elettorale<sup>48</sup> e di riattivare il dibattito sulla opportunità di allargare il sindacato sulle elezioni e sulla legge elettorale, oltre la sede parlamentare. Si può forse affermare, in prima approssimazione e nella prospettiva di una riforma degli strumenti di controllo delle elezioni, che la sentenza della Corte potrebbe aver contribuito ad orientare una simile scelta nel senso di favorire una costituzionalizzazione di un tale sindacato, piuttosto che una sua mera giurisdizionalizzazione.

Al riguardo, si può prendere spunto dalla formula, utilizzata dalla dottrina tedesca, della *Entscheidung in eigener Sache* per individuare un ulteriore argomento in favore della necessità del superamento della riserva esclusiva del parlamento in materia elettorale<sup>49</sup>.

---

Italia, in L. Pegoraro et al. (a cura di), *Chi controlla le elezioni*, cit., pp. 72 ss. che citando la sent. della Corte cost. n. 42 del 1961 – che non esclude il carattere di giurisdizionalità delle giunte – afferma: “si potrebbe anche ipotizzare, dunque, il riconoscimento del carattere di giurisdizionalità quanto meno ai fini della sollevabilità delle questioni di legittimità costituzionale”, p. 78.

<sup>47</sup> Così A. Patroni Griffi, *Accesso incidentale*, cit., p. 72. Tale possibilità era però stata esclusa dalla Corte nella sent. 387/1996. Cfr., inoltre, per un’attenta riflessione sul concetto di “incidentalità”, a proposito dell’ordinanza della Corte di cassazione n. 12060/2013 che ha sollevato la q.l.c. sulla l. n. 270/2005, G. Repetto, *Il divieto di fictio litis come connotato della natura incidentale del giudizio di costituzionalità. Spunti a partire dalla recente ordinanza della Corte di cassazione in tema di legge elettorale*, *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, pp. 2465 e disponibile online al sito [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

<sup>48</sup> Così G. Zagrebelsky, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, pp. 2959 ss.

<sup>49</sup> Il concetto, di incerta definizione nella stessa dottrina tedesca, è affine al brocardo *nemo iudex in causa propria* ed evidenzia una diminuzione della imparzialità (*Kontrolldefizit*) di un determinato organo allorché sia chiamato a decidere o a disciplinare una materia che lo riguarda direttamente. Su questa categoria e sulla sua applicabilità alla materia elettorale cfr. i diversi scritti del prof. H.H. v. Armin, tra cui si segnala *Der Staat als Beute. Wie Politiker in eigener Sache Gesetze machen*, München, 1993 e di recente Id., *Wahlgesetze. Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache* in *Juristenzeitung*, 17/2009, pp. 819 ss. (di interesse, anche per un confronto tra le diverse posizioni, il volume contenente gli interventi del convegno celebrato in occasione dei settant’anni di von Armin e curato dallo stesso con un titolo che riprende quello dell’articolo: *Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache. Tagungsband zum Kolloquium anlässlich des 70. Geburtstages von Professor Dr. Hans Herbert von Arnim am 19. März 20*, Duncker & Humblot, Berlin, 2010). Contesta l’applicabilità della categoria in questione al diritto elettorale H. Lang, *Gesetzgebung in eigener Sache*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, pp. 31 ss., spec. p. 35. Più in generale va ricordato che la stessa rilevanza costituzionale della *Entscheidung in eigener Sache* è stata contestata: cfr. ad esempio tra i più critici H.H. Klein, secondo cui le decisioni del parlamento in causa propria rappresentano “eine politische, nicht aber eine verfassungsrechtliche Kategorie” (così Id., *Art. 48*, in Maunz-Durig *Kommentar*, par. 149, in grassetto nell’originale; il problema è più ampiamente sviluppato dall’autore in Id., *Diaeten-Urteil und Diaeten-Streit – Legendenbildung im Verfassungsrecht*, in K. Grupp, M. Ronellenfitsch (a cura di), *Planung-Recht-Rechtshutz. Festschrift für Willi Blümel zum 70. Geburtstag am 6. Januar 1999*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, spec. 253). Lang, al contrario, nella sua poderosa monografia sul tema, sostenendone la validità in diversi ambiti del diritto costituzionale (soprattutto nel campo dell’indennità dei parlamentari, del finanziamento dei partiti ma anche in materia di protezione dell’ambiente, quando cioè la decisione riguarda la propria generazione) teorizza una limitazione del campo di operatività del concetto a partire dal criterio della immediatezza (*Unmittelbarkeitskriterium*) del rapporto tra decisore ed oggetto della decisione (cfr. Lang, *op. cit.* spec. pp. 21 ss. e 515-516) e cioè quando la decisione ha un effetto immediato e diretto sul deputato, o più precisamente quando “la decisione si riflette immediatamente sullo *status* costituzionale (finanziario) dei deputati”. In alcune ma assai rilevanti decisioni la categoria in esame è utilizzata anche dalla giurisprudenza costituzionale federale: così, ad es. in BVerfG, 40, 296 *Abgeordnetediaeten* il Tribunale afferma che poiché in una democrazia è inevitabile che il Parlamento decida in causa propria, il correttivo è rappresentato dalla trasparenza delle decisioni stesse (cfr. anche BVerfG, 85, 264, *Parteifinanzierung II*): in particolare, in materia elettorale il Tribunale vi ha fatto riferimento nelle decisioni sulle clausole di sbarramento a livello comunale (2 BvK 1/07, del 13 febbraio 2008) e per le elezioni del Parlamento europeo: in queste ultime sentenze la questione di un controllo di costituzionalità più stretto (“strikten verfassungsgerichtlichen Kontrolle”) dovuto al fatto che la maggioranza parlamentare agisce come se fosse in causa propria (“die parlamentarische Mehrheit gewissermaßen in eigener Sache tätig wird”) è uno dei profili contestati dai giudici dissenzienti in entrambe le decisioni: in particolare, cfr. nella pronuncia sulla clausola di sbarramento al 3% l’opinione dissenziente del giudice Mueller che aderisce alla problematizzazione svolta in dottrina da Lang e Streit (*Die Entscheidung in eigener Sache*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006) sulla difficile individuazione della nozione della *Entscheidung in eigener Sache*.

Nella direzione del superamento di questa riserva, scegliendo la via della costituzionalizzazione si muove ora il disegno di legge governativo di revisione della II parte della Costituzione, istituendo una procedura eccezionale di sindacato preventivo sulle leggi, valido unicamente per quelle elettorali, legittimando le minoranze parlamentari (anche se con un quorum molto alto) ad investire la Corte della costituzionalità della legge elettorale prima della sua promulgazione<sup>50</sup>. Il progetto del nuovo art. 73 si inserisce in un lungo filone di proposte di riforma del sindacato sulle leggi elettorali che finora non hanno avuto esito positivo<sup>51</sup>, aderendo rispetto al panorama comparatistico, alla funzione attribuita al *Conseil constitutionnel* dalla Costituzione del 1958, anche se solo con riferimento alle leggi elettorali.

Ora, la questione del conferimento alla Corte costituzionale della possibilità di esercitare un controllo di costituzionalità sulla legge elettorale, investe il cuore della legittimazione della Corte costituzionale e l'articolazione delle tensioni tra questa e il Parlamento. È centrale pertanto, nella ricerca della neutralizzazione di un tale conflitto, valutare la concreta modalità di attuazione di un tale sviluppo costituzionale, nonché la relazione di esso con la riconosciuta possibilità di investire la Corte in via incidentale. La soluzione prospettata ha il pregio di evitare di coinvolgere nel conflitto la presidenza della Repubblica, intervenendo prima della promulgazione della legge elettorale e può apprezzarsi l'abbassamento del quorum previsto per le minoranze parlamentari nel progetto attualmente in discussione<sup>52</sup>. In un'ottica sistematica, poi, ci si può chiedere se l'esistenza di un rimedio speciale, quale quello previsto dal riformato art. 73 Cost., non debba accompagnarsi alla configurazione speciale anche della fonte che ad esso può accedere, introducendo ad es. leggi organiche - o prevedendo la legge elettorale quale legge rinforzata - al pari di quanto avviene in altri ordinamenti (Spagna e Francia in cui le leggi elettorali sono appunto leggi organiche).

*3.1. In particolare: il problema della justiciability in materia elettorale nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti.* – Nella prospettiva di analisi del rapporto tra l'efficacia prescrittiva dei principi costituzionali in materia elettorale e il ruolo delle Corti un richiamo al dibattito statunitense sulla *justiciability* delle controversie in materia elettorale può contribuire ad arricchire il quadro delle tensioni tra diritto e processo politico che la giustizia costituzionale è chiamata a gestire: si tratta di un dibattito che investe in pieno il tema della legittimazione delle Corti e che evidentemente rinvia al più ampio orizzonte di riflessione della dottrina statunitense sulla difficoltà contromaggioritaria<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> Cfr. l'art. 13 del disegno di legge costituzionale S-1429 B.

<sup>51</sup> Cfr., ad es. sulla proposta della Commissione Bicamerale D'Alema di istituire un ricorso alla Corte costituzionale avverso le delibere della Camera M. Manetti, *L'accesso alla Corte costituzionale nei procedimenti elettorali*, cit., 129 ss.

<sup>52</sup> Nel testo approvato dalla Camera il ricorso doveva essere presentato da almeno un terzo dei componenti della Camera mentre nella versione attuale (luglio 2015) esso è presentato da almeno un quarto dei componenti della Camera da un terzo dei componenti del Senato.

<sup>53</sup> Secondo la nota formula di Bickel, a partire dalla quale si sono dipanati molteplici percorsi di riflessione circa il ruolo, i limiti e la legittimazione della Corte Suprema: al riguardo, non essendo ripercorribile in questa sede un tale dibattito (cfr. al riguardo C. Pinelli, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema*, in *Annuario 2006. La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Jovene, Napoli, 2010, pp. 61 ss.), ci si limita a segnalare la possibilità di individuare due matrici che delineano il punto di partenza della approfondita riflessione sulla legittimazione del *judicial review of legislation*, a partire dalla seconda metà del Novecento: queste possono farsi risalire, da un lato, al noto volume di Bickel del 1962 (*Supreme-Court-as-a-counter-majoritarian-institution*) e, dall'altro, ad un saggio di Dahl del 1956 (*Supreme-Court-as-a-policy-making-institution*). Il primo poneva in questione la tenuta del principio democratico dinanzi all'attività della Corte Suprema, evidenziando il problematico deficit di legittimazione di quest'ultima in una democrazia maggioritaria, nella misura in cui un organo non elettivo si sostituisce nelle funzioni svolte dalle istituzioni rappresentative, sorrette dalla volontà popolare ed esercita una forza in grado di prevalere sulla maggioranza dell'elettorato (cfr. A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, 1962, spec. p. 16 ss.); il secondo, ricorrendo ad un metodo empirico e da una prospettiva di scienza politica, aveva potuto riscontrare una generale convergenza tra le pronunce della Corte e la "dominant political alliance" (cfr. R.A. Dahl, *Decision-making in a democracy. The Supreme Court as a National Policy-Maker*, in *Journal of Public Law*, 1957, spec. p. 293), rappresentata dall'indirizzo politico di maggioranza del Congresso. Rispetto

La materia elettorale costituisce una prospettiva particolarmente utile per osservare le tensioni intorno al ruolo della Corte Suprema: *Baker v. Carr*, *Bush v. Gore* e la recente sentenza *Shelby County* – su cui Ackerman afferma di aver ispirato gran parte della sua recente riflessione<sup>54</sup> – rappresentano dei passaggi estremamente significativi per valutare il ruolo della Corte e il rapporto tra questa e le trasformazioni costituzionali statunitensi.

Il problema dell'accesso delle controversie in materia elettorale alla cognizione della Corte Suprema è stato dibattuto in particolar modo, anche se non esclusivamente<sup>55</sup>, nell'ambito della dottrina della *political question*: già definita da Bickel come uno dei *devices* per l'esercizio delle virtù passive della Corte, si tratta di uno dei limiti più incerti e controversi alla giurisdizione delle Corti federali statunitensi. D'altro canto, proprio un caso in materia elettorale<sup>56</sup> – *Baker v. Carr* – ha rappresentato il momento di cesura tra due fasi della dottrina della *political question* e cioè tra sua una versione *classical* ed una *prudential*<sup>57</sup>: con *Baker v. Carr*, la Corte ha potuto fissare alcuni parametri (i noti sei criteri) che avrebbero dovuto orientare la Corte a riconoscere la natura politica di una questione sottoposta al suo giudizio e declinarne così l'esame nel merito. Al tempo stesso, come notato<sup>58</sup>, proprio nell'occasione dell'elaborazione di uno strumentario necessario per guidare la prudenza delle corti federali, la Corte Suprema risolse, positivamente, il dubbio sulla giustiziabilità del caso, aprendo in questo modo la strada ad un intenso sindacato della Corte sulla disciplina dei sistemi elettorali: fu sulla traiettoria indicata con *Baker*, infatti, che la Corte sviluppò

---

a queste elaborazioni, e ai numerosi contributi che da essi hanno preso le mosse, il discorso sulla legittimazione del *judicial review of legislation* e sulla difficoltà contromaggioritaria si è poi arricchito mediante i più recenti contributi della dottrina del c.d. costituzionalismo popolare e democratico: tra i lavori più originali che hanno indubbiamente dato un nuovo slancio alla riflessione della posizione della Corte Suprema nel sistema costituzionale statunitense, deve essere almeno richiamato il tentativo di Ackerman di rileggere il problema della legittimazione dei giudici, provando ad inserire lo studio delle decisioni della Corte Suprema in un orizzonte di riflessione più comprensivo, valorizzando il “constitutional meaning”, di determinate leggi che sono espressione di un *higher lawmaking*; la proposta è quella di fornire all'attenzione dei giuristi un nuovo “canone costituzionale” (cfr. J. Balkin, S. Levinson, *The canons of constitutional law*, in *Harvard Law Review*, 1998, pp. 964 ss.) che permetta di uscire dalle secche del dibattito sull'attivismo o *self-restraint* della Corte, riformulando lo stesso interrogativo della ricerca del costituzionalista: «instead of asking whether particular decisions were “activist” or “restrained”, we should pale them against the background provided by the higher lawmaking activity of the President, Congress and the American people» (*The civil rights revolution*, Harvard University Press, 2014, spec. p. 317). Immediate appaiono le ripercussioni di questa prospettiva sul terreno dei rapporti tra giudiziario e legislativo: se infatti le decisioni con cui la Corte Suprema imprime una svolta all'interpretazione delle disposizioni costituzionali vengono inserite nel ciclo delle cinque fasi costituzionali individuato da Ackerman, gli avanzamenti giurisprudenziali trovano una nuova fonte di legittimazione nel più ampio circuito in cui essi si inseriscono (cfr. A. Di Martino, *Bruce Ackerman e la civil rights revolution* in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it)). Al contempo, questa prospettiva porta a ritenere prive di legittimazione le pronunce che retrocedano rispetto a quanto sia stato previamente affermato a seguito di un “constitutional moment”, come avvenuto con la sentenza *Shelby County*, alla quale non a caso Ackerman dedica particolare attenzione.

<sup>54</sup> Così B. Ackerman, *The civil rights revolution*, cit., p. 330.

<sup>55</sup> Ulteriori limiti alla “justiciability” delle controversie in materia di “apportionment” sono stati ad es. rinvenuti già in anni risalenti nella *mootnes*, come segnala G. Boggetti, *Malapportionment. Ideale democratico e potere giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 67-68, nt. 90. Certo è però che fu con riferimento alla “political question” che esplose il dibattito sulla giustiziabilità dei casi di *malapportionment*.

<sup>56</sup> Accanto alle controversie in materia di diplomazia e politica estera gli “elecral cases” rappresentano un ambito in cui il tema della *political question* è sorto di frequente.

<sup>57</sup> Che permetteva di eccepire la non giustiziabilità di una questione, quando fossero emersi limiti testuali rinvenibili nella Costituzione; la *prudential doctrine* integra il criterio testuale con i sei criteri contenuti nell'opinione di maggioranza del giudice Brennan: cfr. sulla versione *classical* il contributo di F. Scharpf, *Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis*, in *Yale Law Journal*, 1965, spec. pp. 558 ss.; cfr. inoltre L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, New York Foundation Press, New York, 2000, p. 366 che fa risalire la versione classica a *Marbury v. Madison*. Di recente sulla dicotomia *classical/prudential* R. E. Barkow, *The rise and fall of the political question doctrine* in N. Mourrada et al. *The political question doctrine and the Supreme Court of the United States*, spec. 40 ss., cui adde, Id. *More Supreme than Court*, in *CLR*, 2002, pp. 237 ss. Da ultimo sulla dottrina della “political question” cfr. i casi *Zivotofsky v. Clinton* e *Zivotofsky v. Kerry*.

<sup>58</sup> Così G. Boggetti, *Malapportionment*, cit.

il “blocco giurisprudenziale”<sup>59</sup> sul principio *one person-one vote*, elaborato nelle sentenze *Grey*<sup>60</sup>, *Wesberry*<sup>61</sup> e *Reynolds*<sup>62</sup>.

La “*justiciability revolution*”<sup>63</sup> introdotta dalla sentenza *Baker* permise alla Corte di superare i precedenti giurisprudenziali – il problema della giustiziabilità trova nel noto caso *Colegrove v. Green*<sup>64</sup> una prima sistemazione circa la posizione della Corte – che avevano eretto uno schermo tra la giurisdizione della Corte e le scelte del Congresso e dei legislatori statali in ordine alle formule elettorali da adottare e, in particolare, alla suddivisione dei collegi elettorali<sup>65</sup>. Il problema non era meramente procedimentale – il crinale tra questione politica e questione di costituzionalità, in sintesi, può risultare sottilissimo (e una valutazione circa l’esistenza della prima richiede di considerare la seconda) – in quanto l’interrogativo relativo alla *justiciability* investiva in fondo due diverse concezioni dell’eguaglianza del voto ed era strettamente collegato al processo di trasformazione della società e dell’interpretazione della Costituzione statunitense (e in particolare dell’*equal protection clause*) nella seconda metà del Novecento<sup>66</sup>: ciò emerge in particolare da una lettura “incrociata” delle opinioni di maggioranza e di quelle dissenzienti nelle sentenze *Colegrove*, *Baker* e *Reynolds*, e cioè seguendo la trasformazione della posizione di maggioranze in minoranze e viceversa. Così, per un verso Frankfurter in *Colegrove* afferma che il *malapportionment* non è un problema che riguarda un diritto individuale ma la collettività dello stato interessato<sup>67</sup>; proseguendo su quella linea, più chiaramente in *Reynolds*, lo stesso Justice Frankfurter rigetterà la possibilità di parlare di “*debasement*” o “*dilution*” del voto (“*is circular talk*”) – in quanto il diritto di voto è soddisfatto in presenza di circostanze meno rigide e cioè è sufficiente che agli elettori sia consentito recarsi alle urne e che i loro voti siano conteggiati<sup>68</sup>.

Diversamente sia l’opinione di Black in *Colegrove*<sup>69</sup> che le opinioni di maggioranza in *Baker* (anche se implicitamente)<sup>70</sup> e *Reynolds* (che cita Black)<sup>71</sup>, sostengono la rilevanza costituzionale

---

<sup>59</sup> Così R.A. Rossum, G.A. Tarr, *American Constitutional Law*, vol. I, Thomson-Wadsworth, Belmont, 2007, vol. II, p. 644.

<sup>60</sup> *Gray v. Sanders*, 372 U.S. 368 (1963).

<sup>61</sup> *Wesberry v. Sanders*, 376 U.S. 1 (1964).

<sup>62</sup> *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964).

<sup>63</sup> Così R. Hasen, *The Supreme Court and Election Law: judging equality from Baker v. Carr to Bush v. Gore*, New York University Press, 2003, p. 20.

<sup>64</sup> *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549 (1946).

<sup>65</sup> Cfr. *Challenges to congressional districting: after Baker v. Carr does Colegrove v. Green endure?* In *Columbia Law Review*, 1963, p. 98 ss., per un richiamo delle sentenze pronunciate tra *Colegrove* e *Baker*.

<sup>66</sup> Una contestualizzazione del mutamento di giurisprudenza che conduce alle sentenze *Baker*, *Wesberry* e *Reynolds*, è offerta dal prezioso volume di G. Bognetti, *Malapportionment*, cit.: un simile avanzamento della Corte Suprema è infatti discusso in una più ampia cornice in cui le sentenze sul voto sono inserite nell’ambito di un profondo processo di trasformazione della costituzione americana e dei suoi valori. Una trasformazione che, nella prospettiva dell’autore, si sarebbe via via realizzata attraverso la definizione di uno scarto assiologico tra un primo momento “individualistico-liberale” del costituzionalismo americano ed un suo successivo “arricchimento democratico”: ebbene l’autore, per un verso, intesse i legami delle sentenze sul voto con il cammino contestuale della Corte Suprema in altri ambiti, in particolare nella giurisprudenza sulla desegregazione razziale; al contempo rintraccia “i sintomi principali” (Id., ivi, p. 219) di questo processo rigenerativo della concezione dell’eguaglianza e della protezione dei diritti proprio nella giurisprudenza sul diritto di voto: questa dunque in sintesi una delle tesi dell’a.: “non è arbitrario considerare le sentenze sul *malapportionment* quasi ... la culminazione del processo di arricchimento democratico della Costituzione cominciato al tempo del New Deal” (Id., ivi, p. 223).

<sup>67</sup> Cfr. *Colegrove*: “This is not an action to recover for damage because of the discriminatory exclusion of a plaintiff from rights enjoyed by other citizens. The basis for the suit is not a private wrong, but a wrong suffered by Illinois as a polity”, p. 552.

<sup>68</sup> Cfr. *Baker v. Carr*: “Appellants invoke the right to vote and to have their votes counted. But they are permitted to vote and their votes are counted. They go to the polls, they cast their ballots, they send their representatives to the state councils”, p. 299.

<sup>69</sup> *Colegrove v. Green*, J. Black, diss., pag. 570.

<sup>70</sup> *Baker v. Carr*, pag. 277. Ma v. soprattutto, nel senso di una implicita condanna del sistema elettorale dello Stato del Tennessee per violazione dell’*equal protection clause*, l’opinione concorrente del giudice Clark, spec. par. 202.

<sup>71</sup> *Reynolds v. Sims*, pag. 377.

dell'*equality* in materia di *malapportionment* e l'eguaglianza dei collegi e, quindi, l'eguale peso di ogni elettore come postulato del diritto fondamentale al voto.

Va precisato tuttavia che formalmente non fu *Baker* a realizzare l'*overruling* di *Colegrove*<sup>72</sup> (che avvenne invece con *Wesberry*) e nemmeno poté applicare il principio dell'*equality* (anche se un noto *obiter* dell'opinione di maggioranza afferma implicitamente tale eventualità).

Sarebbe invece stato compito della giurisprudenza immediatamente successiva a *Baker* individuare il parametro costituzionale utilizzabile, distinguendo, in particolare, il problema dell'eguaglianza del voto per le elezioni congressuali da quello relativo alle assemblee rappresentative statali e applicando nella prima circostanza l'art. 1, sez. II e nella seconda il XIV emendamento. La scelta del parametro incise sulla nascita di due filoni giurisprudenziali insistenti sul medesimo problema, il *malapportionment*, ora a livello statale ora congressuale ma dagli esiti diversi, in quanto il sindacato di costituzionalità della Corte sarebbe stato più stringente per le elezioni congressuali e più permissivo per quelle statali<sup>73</sup>.

Inoltre, la partita che si giocò tra l'ala conservatrice della Corte, espressa dall'opinione di maggioranza redatta dal giudice Frankfurter in *Colegrove*, e l'indirizzo opposto, configuratosi dapprima con il *dissent* di Black in quella stessa pronuncia e sfociato nella opinione di Brennan in *Baker*, ebbe effetti ancora più generali, investendo l'interpretazione della *political question*: come segnala Tribe, non si trattava infatti di stabilire se una certa materia fosse prerogativa di un certo organo costituzionale o di un altro, ma di definire se si potesse ritenere "giustiziabile" il diritto che il ricorrente chiede alla Corte di ricavare da un determinato parametro costituzionale, ossia se una determinata disposizione costituzionale consenta alla Corte di individuare un determinato diritto costituzionale<sup>74</sup>. In sostanza, tornando al caso, si chiedeva alla Corte di dire non se l'*apportionment* è in sé materia che deve restare al riparo dalla giurisdizione delle Corti federali (come in *Colegrove*); piuttosto si chiedeva se il XIV emendamento consente di pretendere che i voti degli elettori non siano pesati diversamente, a causa di una ripartizione ineguale della popolazione all'interno dei collegi elettorali.

Proprio in materia elettorale tuttavia, e cioè nella sentenza *Bush v. Gore*, sarebbe riemerso il problema dell'equilibrio precario sul quale si reggono i rapporti tra Corte e legislatore in questa materia e l'interrogativo se la Corte Suprema con *Baker v. Carr* abbia offerto, circa la politicità di una questione, parametri di valutazione non risolutivi e problematici<sup>75</sup>, o se invece la Corte in *Bush*

---

<sup>72</sup> Non si raggiunse infatti la maggioranza necessaria a dichiarare la questione politica, grazie al *justice* Rutledge che condivise il voto di maggioranza in riferimento al "dismissal for want of equity". Cfr. ancora Bognetti per l'intuizione secondo cui già con *Gomillon* vi sarebbe stato un primo allontanamento da *Colegrove* (Id., nota 113).

<sup>73</sup> Cfr. [http://www.senate.leg.state.mn.us/departments/scr/redist/red2000/ch2equal.htm#Legislative\\_Plans](http://www.senate.leg.state.mn.us/departments/scr/redist/red2000/ch2equal.htm#Legislative_Plans).

Cfr. *Mahan v. Howell* del 1973. Si è trattato per la Corte di valutare il principio "one person-one vote" integrando il giudizio di costituzionalità con una valutazione su coefficienti matematici in grado di indicare la misura dell'eguaglianza tra collegi elettorali, comparando cioè il collegio più popoloso con quello meno: a livello federale si è quindi utilizzato il criterio di "strict equality", tollerando (con qualche eccezione) un differenziale della popolazione integrante i collegi pari a zero; a livello degli Stati si è invece adottata la regola del 10%, ritenendo ammissibili, in presenza di giustificate ragioni, differenziali tra popolazioni dei collegi elettorali fino a tale valore. Cfr. in particolare *Gaffney v. Cummings* che ha stabilito che "Minor deviations from mathematical equality among state legislative districts do not make out a *prima facie* case of invidious discrimination under the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment"; si veda in particolare la parte della sentenza in cui afferma: "Although requiring that the population variations among legislative districts in Mahan be justified by substantial state considerations, we did not hold that in state legislative cases any deviations from perfect population equality in the districts, however small, make out *prima facie* equal protection violations and require that the contested reapportionments be struck down absent adequate state justification".

<sup>74</sup> Così Tribe: "... Justice Brennan asked whether the constitutional provision which the litigants invoked could be successfully translated into judicially enforceable rights", p. 371.

<sup>75</sup> Cfr. E. Chemerinsky, *Bush v. Gore was not justiciable*, in *Notre Dame Law Review*, 2001, 1108, che rileva come il fatto che sia *Baker* che *Bush* fossero due casi sulla equal protection clause non implichi che anche *Bush* sia giustiziabile in quanto in *Baker* la Corte si era limitata ad affermare la giustiziabilità dei casi di *malapportionment* e non ogni caso di equal protection relativo alle controversie elettorali; l'a. quindi conclude che *Bush v. Gore* ha contraddetto *Baker*. Cfr. inoltre al riguardo la posizione di M: Tushnet (*Law and prudence in the law of Justiciability: the*

v. *Gore* abbia sostanzialmente disatteso la dottrina della *political question*, intervenendo laddove avrebbe al contrario dovuto autolimitare il proprio sindacato<sup>76</sup>. Il parallelo tra *Baker* e *Bush* ha tuttavia dei limiti, e potrebbe risultare riduttivo considerare il secondo caso come lo svolgimento della medesima critica alla Corte – ovvero l’aggressione di un ambito riservato alla politica – a parti invertite tra progressisti e conservatori.

4. *Effetti del sindacato costituzionale sulle leggi elettorali.* – Restando ancora *in limine* rispetto agli aspetti sostanziali relativi al sindacato costituzionale sulle leggi elettorali, sembra opportuno interrogarsi sugli esiti delle procedure che consentono alle corti costituzionali di pronunciarsi in merito alle elezioni e alle leggi elettorali. Anche un tale profilo, al pari della diversa ma connessa questione dell’accesso, trova un aggancio nella sentenza n. 1 del 2014, laddove la Corte ha precisato gli effetti derivanti dalla dichiarazione di incostituzionalità di alcune disposizioni della legge elettorale (punto 7), negando ogni “incidenza” della sentenza sulla legittimità del Parlamento nonché degli atti da esso adottati nel periodo compreso tra l’elezione dei suoi membri e la declaratoria di incostituzionalità così come di quelli che verranno adottati prima delle successive elezioni.

In effetti, proprio su questo terreno è misurabile uno dei temi principali della ricerca e cioè l’atteggiamento di *restraint* o di *activism* delle Corti, da un lato e contestualmente il grado di incidenza dei principi costituzionali in materia elettorale. Molte delle decisioni in questa materia, pur contenendo argomentazioni e *obiter dicta* ricchi di indicazioni rispetto al legame tra principi costituzionali e materia elettorale, in particolare in ordine ai sistemi elettorali, all’eguaglianza del voto (v. *infra*), hanno cercato di ricorrere allo sviluppo di particolari tecniche decisorie, per ovviare alle conseguenze negative che derivano da una dichiarazione di nullità delle elezioni o da una pronuncia di incostituzionalità della legge elettorale. L’orizzonte comparatistico al riguardo offre molti spunti. Il problema già animò il dibattito in seno alla Corte suprema statunitense nel tornante della ricordata giurisprudenza elettorale degli anni Sessanta (v. *supra*), quando si dovette risolvere la tensione tra l’applicabilità dei rimedi giurisdizionali in materia elettorale (come ad es. la possibilità di adottare una *injunction*) e la necessità di evitare un intervento della Corte troppo pervasivo nell’ambito delle decisioni politiche<sup>77</sup>. Un interrogativo, questo, abilmente risolto nella

---

*transformation and disappearance of the political question doctrine*, in *North Carolina Law Review*, 2002, 1203 ss.) che ha parlato di *Baker v. Carr* come di una “doctrinalization” della *political question* che riducendone i margini di flessibilità ne ha conseguentemente limitato la possibilità di applicazione. Occorre precisare, inoltre che la dottrina della *political question* è tornata recentemente a dividere la Corte con riferimento in particolare al problema del *gerrymandering*: cfr. al riguardo le sentenze *Davis v. Bandemer* e il suo parziale *overruling* in *Vieth v. Jubelirer*, 541 U.S., 267: su questa giurisprudenza cfr. l’ultima edizione di R.D. Rotunda e J.E. Nowak, *Treatise on constitutional law: substance and procedure*, 5th edition, Thomson, 2012, Volume 4, capitolo 18, pp. 347 ss.

<sup>76</sup> Ritene che la Corte avrebbe dovuto negare il proprio sindacato in forza della questione politica L. Tribe, *The unbearably wrongness of Bush v. Gore*, in *Constitutional Commentary*, 2002, pp. 571 ss, spec. pp. 592 ss. Si veda al riguardo ancora la problematizzazione di Tushnet, *Law*, cit., che rileva la sorprendente assenza in *Bush v. Gore* di ogni riferimento alla dottrina della *political question*: “What is most notable about *Bush v. Gore* in the present context is that no one said anything at all about justiciability questions. I do not claim that the case should actually have been dismissed for lack of standing or because it raised a political question. I do claim that the justiciability questions are obvious to someone schooled in the Bickel tradition, and that to such a person, the silence in *Bush v. Gore* about justiciability is quite remarkable”. Si soffermano inoltre sulla rilevanza della *political question* nella sentenza *Bush v. Gore* i numerosi contributi raccolti nel volume a cura di B. Ackerman, *Bush v. Gore: the question of legitimacy*. Nella dottrina italiana invece si può vedere il commento di V. Barsotti, *Bush v. Gore e il mancato esercizio delle “virtù passive”*, in *Il Foro italiano*, 2001, parte IV, pp. 199 ss.

<sup>77</sup> Cfr. al riguardo G. Bognetti, *Malapportionment*, cit., per una casistica delle elezioni che vennero rinviate o sospese ad opera delle Corti statali e federali a seguito della rilevata incostituzionalità dei collegi elettorali, o in cui addirittura le Corti stesse offrirono una riscrittura della ripartizione dei collegi: pp. 91 ss. Tra gli interventi più originali può essere qui ricordata l’opinione concorrente del Justice Clark nella sentenza *Baker v. Carr* e in *Reynolds v. Sims*, il quale ritenendo il sistema di *apportionment* adottato dagli Stati in questione secondo la nota espressione “a crazy quilt” e cioè privo di ogni razionalità, sostenne che la Corte avrebbe dovuto indicare un metodo per la ridefinizione dei collegi elettorali: “One plan might be to start with the existing assembly districts, consolidate some of them, and award the seats thus released to those counties suffering the most egregious discrimination”. Nella giurisprudenza successiva agli

sentenza *Baker*, attraverso la formula dell'invito al legislatore ad intervenire per ovviare ai problemi di incostituzionalità dell'*apportionment* implicitamente rilevati nella sentenza<sup>78</sup>.

Più recentemente, il problema dell'esito della declaratoria di incostituzionalità dell'elezione si è posto in Germania: sia le ultime pronunce sul peso negativo del voto e sui mandati in eccedenza, quanto quelle relative alle clausole di sbarramento per l'elezione dei deputati al Parlamento europeo, delimitano in vario modo la forza proattiva della pronuncia di incostituzionalità, con soluzioni che pongono indicazioni piuttosto stringenti al legislatore circa le conseguenze e i possibili rimedi da adottare in seguito alla dichiarazione di incostituzionalità. In tali casi il Tribunale ha inteso specificare, a conclusione della sua motivazione, la legittimità delle elezioni, ora, più incisivamente, ordinando anche un *dies ad quem* (anche se molto distante rispetto alla pronuncia) entro cui il legislatore avrebbe dovuto modificare la legge, ora precisando che le elezioni non si sarebbero dovute ripetere, in quanto per il Tribunale assume prevalenza il principio di affidamento della conformità costituzionale delle elezioni rispetto alle conseguenze che derivano dalla rilevazione dei vizi costituzionali.

Può essere segnalata come esempio di particolare attivismo giudiziale, invece, una recente sentenza del Tribunale costituzionale (*Landesverfassungsgericht*) dello Schleswig Holstein<sup>79</sup> che, in ragione della declaratoria di incostituzionalità della legge con cui era stato eletto il nuovo *Landtag*, da un lato ha fissato il termine entro il quale la legge elettorale doveva essere modificata e dall'altro ha indicato il termine entro il quale si sarebbero dovute svolgere nuove elezioni<sup>80</sup>.

Il problema della dichiarazione di incostituzionalità della legge elettorale si è posto di recente rispetto all'introduzione del voto elettronico: sia in Germania che in Austria i rispettivi Tribunali costituzionali sono stati chiamati a valutare la potenziale violazione, tra l'altro, dei principi di personalità e proporzionalità del voto indotta dall'innesto della tecnologia nelle operazioni di voto. In Germania, mostrando maggiore cautela rispetto alla pronuncia del Tribunale dello Schleswig Holstein, il Tribunale costituzionale nella sentenza sul voto elettronico non ha disposto l'annullamento delle elezioni. Chiamato a pronunciarsi su un ricorso individuale in cui si eccepiva la violazione dell'art. 38 GG sotto il profilo della violazione del principio di segretezza del voto<sup>81</sup>, il Tribunale ha risolto il problema evitando di dichiarare l'incostituzionalità della legge – anche in considerazione in verità della marginalità dell'errore (par. 163) – ma disponendo l'annullamento del regolamento attuativo, evitando così di dover affrontare la questione di un parlamento eletto in base ad una legge incostituzionale: di grande interesse allora risulta il richiamo di un passo della motivazione, in cui il Tribunale afferma “l'interesse alla tutela della continuità del Parlamento, la cui composizione è determinata sulla base dell'affidamento nei confronti della costituzionalità dell'ordinanza federale sul voto elettronico, prevale sull'errore elettorale” (par. 162).

Sempre in materia di voto elettronico e sorte dei parlamentari eletti in base ad una procedura incostituzionale, diversa è stata invece la decisione del *Verfassungsgerichtshof* austriaco del 13 dicembre 2011<sup>82</sup>, sia per il peso politico della decisione, in quanto il caso riguardava un regolamento relativo alle elezioni degli organi di rappresentanza all'interno delle Università tramite il voto elettronico, sia per i suoi effetti: pur non ravvisando vizi di incostituzionalità il Tribunale ha

---

anni Sessanta, cfr. *Karcher v. Daggett*, in cui la Corte impone allo Stato l'adozione di un nuovo piano di *apportionment* in modo da raggiungere l'equality tra distretti congressuali “as nearly as possible” o in alternativa di dimostrare la presenza di un obiettivo ragionevole a giustificazione della discriminazione realizzata; cfr. anche *Davis v. Bandemer*.

<sup>78</sup> Va qui ricordato il commento di Bickel alla soluzione prescelta dalla Corte che apprezzò il “dialogo” con il legislatore instaurato da questa giurisprudenza, *The Least Dangerous Branch*, cit. Nello stesso senso cfr. ora anche J. Rosen, *Political Questions and the Hazards of Pragmatism* in B. Ackerman (a cura di), *Bush v. Gore*, cit., p. 146.

<sup>79</sup> LVerfG 1/10.

<sup>80</sup> Su questa sentenza cfr. il commento di M. Morlok, *Wahlrecht auf dem Prüfstand der Verfassungsgerichtsbarkeit: Zwei Entscheidungen des LVerfG Schleswig-Holstein* in *Juristenzeitung*, 2011, 234 ss.

<sup>81</sup> BVerfG, sent. del 3 marzo 2009 (BVerfG, 123, 39 *Wahlcomputer*).

<sup>82</sup> V 85-96/11-15.

annullato il regolamento in quanto non consentiva alla commissione elettorale di valutare eventuali manipolazioni o errori nella procedura di voto<sup>83</sup>.

Tuttavia occorrerà verificare in futuro se la decisione influirà su elezioni di maggior rilievo politico, stante l'affermazione del presidente della Corte secondo cui la decisione avrebbe un "significato cruciale" per tutte le altre elezioni<sup>84</sup>.

Anche in Spagna il problema degli effetti di una eventuale declaratoria di incostituzionalità sulle elezioni svolte ha portato il Tribunale ad adottare decisioni singolari: emblematico al riguardo il dibattito intorno alla sentenza (STC 24/1990)<sup>85</sup>, relativa alla dichiarazione di nullità delle elezioni regionali da parte dell'autorità giudiziaria competente. In tale decisione, il TC anziché sollevare dinanzi a se stesso questione di legittimità costituzionale<sup>86</sup>, invitò il giudice rimettente ad una interpretazione conforme alla Costituzione<sup>87</sup>: tale espediente gli consentì di non confermare l'annullamento delle elezioni disposto dal giudice a quo per irregolarità determinanti nel risultato elettorale. Di interesse in quella pronuncia, nella prospettiva dell'esame del confronto tra Corti e legislatori, il voto dissenziente di Rubio Llorente che, pur riconoscendo i limiti della normativa elettorale, invitò la maggioranza del *Tribunal* ad un maggiore *self restraint* ("me parece evidente que la actual regulación del contencioso electoral es manifestamente inadecuada, pero no es tarea de este Tribunal corregirla")<sup>88</sup>.

Diversamente da tali esperienze, un atteggiamento particolarmente interventista caratterizza, come si è visto, le pronunce delle giurisprudenze latinoamericane: un cenno almeno, al riguardo, merita la sentenza del *Tribunal electoral del Poder Judicial de la Federación* messicano che si è autoattribuito la competenza (nel caso in questione tuttavia dichiarando la validità delle elezioni) ad invalidare le elezioni per irregolarità presenti in una norma di rango sublegislativo (e non nella legge elettorale), applicando direttamente i principi costituzionali e quindi per violazione diretta della Costituzione da parte dell'amministrazione competente a svolgere le procedure elettorali<sup>89</sup>.

Alla luce di tali rilievi può essere utile considerare alcuni passaggi della sentenza n. 1 del 2014. In particolare il punto 7 della decisione precedentemente citato permette di inquadrare la scelta della Corte da un lato in quelle sentenze che si muovono nella direzione di evitare che la pronuncia di incostituzionalità travolga la legittimazione dell'assemblea rappresentativa, come ad esempio avvenuto nella giurisprudenza costituzionale tedesca. Per altro verso, la precisazione della Corte circa le conseguenze della propria decisione hanno attratto presso la Corte critiche di attivismo, nella misura in cui essa avrebbe inteso aggiungere agli effetti automatici che derivano dall'applicazione della legge, in conseguenza della dichiarazione di incostituzionalità, quelli derivanti dalla propria interpretazione della vicenda in questione<sup>90</sup>. Il tema non è certo nuovo e

---

<sup>83</sup> Cfr. per un commento: A. Balthasar, *E-Voting in der „sonstigen Selbstverwaltung“ – Anmerkungen zum Beschluss des VfGH vom 30. Juni 2011, B 1149, und zum Erkenntnis des VfGH vom 13. Dezember 2011, V 85–96*, *Journal für Rechtspolitik*, 2012, pp 47-85; segnala la sentenza E. D'Orlando, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, p. 3904.

<sup>84</sup> Estratto della conferenza stampa riportata in [www.futurezone.at](http://www.futurezone.at), *Verfassungsgerichtshof hebt E-Voting auf*.

<sup>85</sup> STC 24/1990.

<sup>86</sup> Si trattava in estrema sintesi della contestazione da parte di alcuni partiti della legittimità di seggi elettorali ottenuti in presenza di irregolarità.

<sup>87</sup> "Interpretación integradora de la ley a la Constitución".

<sup>88</sup> Per un approfondimento al riguardo cfr. J. J. Solozábal Echevarría, *Sobre la jurisprudencia constitucional en materia electoral* in *Revista española de derecho constitucional*, 1990, pp. 133 ss.

<sup>89</sup> Segnala la sentenza interessantissima F. Garcia Roca, *Irregularidades invalidantes y nulidad de la elección según la experiencia de la jurisdicción constitucional española*, in *Revista mexicana de derecho electoral*, 2014; sul punto v. anche C. Astudillo, *El modelo de organización electoral en México*, in Id., J. Carpizo (a cura di), *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

<sup>90</sup> È questa la critica, particolarmente accesa di G. Zagrebelsky, *La sentenza n. 1 del 2014*, cit. che afferma: "gli effetti delle dichiarazioni di incostituzionalità non dipendono dalla sua volontà, ma dall'invalidità come è definita dalla Costituzione (art. 136) e dalla legge (art. 30 della l. n. 87). In altri termini alla Corte spetta dichiarare l'incostituzionalità e dalla dichiarazione discendono effetti necessari, che sfuggono alle sue determinazioni", p. 2984. Così invece P.A. Capotosti, *Intervento*, in *Dibattito sulla sentenza n. 1 del 2014*, cit.: "sarebbe interessante approfondire quanto il giudice

“taglia” il dibattito sulla legittimazione delle Corti sotto il profilo della ricerca della persuasività e accettabilità delle decisioni, rispetto alle conseguenze da esse prodotte nei confronti del parlamento, attraverso la modulazione dei loro effetti. Nel caso di specie, il punto n. 7 della sentenza non essendo ricompreso nel dispositivo, è stato osservato criticamente<sup>91</sup>, è da intendersi quale mero passaggio argomentativo. Ma forse proprio perciò – e cioè non esercitando un intervento sulla discrezionalità del legislatore, ma anzi precisando i limiti delle conseguenze della propria pronuncia – la sua funzione non pare doversi sminuire e, stante il carattere di profonda novità della decisione, può farsi rientrare nel tentativo della Corte di interpretare dinamicamente il proprio ruolo contribuendo attraverso quanto precisato nel punto della sentenza richiamato alla neutralizzazione del conflitto politico<sup>92</sup>. Sembra al riguardo che la Corte prefiguri gli interrogativi che la propria sentenza è destinata a sollevare nel contesto politico in cui si inserisce: il punto allora è se la corte possa ricomprendere, nella scelta dei propri argomenti, i *backlash* che derivano dall’ingresso della propria decisione nell’opinione pubblica.

## Parte II

5. *Bundesverfassungsgericht, parlamento e materia elettorale nell’ordinamento tedesco: il problema della legittimazione del Tribunale costituzionale.* – Finora, l’analisi del rapporto tra legislatori e corti costituzionali nella materia elettorale è stata svolta tentando di osservare alcune linee di sviluppo del problema – con particolare riferimento ai profili dell’accesso e degli effetti delle decisioni – attraverso il richiamo di alcune esperienze costituzionali. In questa seconda parte, dedicata all’interpretazione dei parametri costituzionali (e in particolar modo al principio d’eguaglianza) in materia elettorale, le tensioni tra parlamento e giudice costituzionale saranno declinate circoscrivendo l’esame all’ordinamento tedesco. Infatti, da un lato, è sembrato che la giurisprudenza costituzionale tedesca in materia elettorale permetta di analizzare più da vicino molti dei temi fin qui solo sfiorati (dal dibattito sulla costituzionalizzazione dei principi in materia elettorale, alla questione dell’attivismo delle corti). D’altro canto, mediante il confronto con la dottrina e la giurisprudenza tedesche riguardo all’interpretazione del principio dell’eguaglianza del voto e della parità di *chances* dei partiti, emergono importanti indicazioni sia per approfondire il significato della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana in materia, e la sua rinnovata lettura dei principi costituzionali in materia elettorale a partire dalla sentenza n. 1 del 2014 – come si vedrà nelle conclusioni – che per il processo di integrazione europea.

Prima di entrare nel merito di questa giurisprudenza è sembrato opportuno considerare in che modo il tema del rapporto tra Corti e parlamento investa il problema della legittimazione della Corte costituzionale tedesca. Ebbene, si tratta di un dibattito che non si è svolto con intensità paragonabile all’esperienza statunitense, seppur di esso vi sia traccia già in risalenti contributi<sup>93</sup>. Diverse le ragioni che sono alla base di tale tendenza. Se si fa riferimento alla dottrina giuspubblicistica, sembra potersi cogliere, sul punto, una conferma della intuizione della c.d. legittimazione da funzione, con cui nella dottrina italiana risalente il tema era stato inquadrato<sup>94</sup>.

---

delle leggi sia il *dominus* della disciplina costituzionale dei processi che si svolgono di fronte ad esso, tanto da poterne derogare talvolta l’efficacia temporale”, p. 654.

<sup>91</sup> Così G. Zagrebelsky, *La sentenza n. 1 del 2014*, cit.

<sup>92</sup> Il tema della neutralizzazione del conflitto politico e in particolare delle interpretazioni di Schmitt e di Kelsen non è in questa sede riassumibile: ci si limita perciò a richiamare due importanti lavori quali C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Tlp. Ven., Roma, 1984, *passim* ma spec. pp. 69 ss. e 109 ss.; R. Nania, *Il valore della Costituzione*, Giuffrè, 1986, in particolare pp. 142 ss.

<sup>93</sup> Cfr. W. Rupp von Brünneck, *Remarks on Judicial Self-Restraint*, in *Ohio State Law Journal*, 1960 tra le prime nella letteratura tedesca negli anni ’60 ad affrontare il problema del *self-restraint* del Tribunale. Si deve in realtà ad Habermas il tentativo più solido di leggere – alla luce del dibattito statunitense considerato “più istruttivo di quello tedesco” – il problema della legittimazione dei giudici costituzionali (cfr. Id., *Fatti e norme*, Laterza, Roma-Bari, 2014, pp. 267 ss.).

<sup>94</sup> Cfr. L. Elia, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali* in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, il Mulino, Bologna, pp. 517 ss. per l’affermazione secondo

Traslando il discorso nell'esperienza tedesca potrebbe parlarsi, in primo luogo, di una sorta di "legittimazione da prestigio" (*Aussehen*)<sup>95</sup>, che trova il proprio fondamento innanzitutto in ragioni di carattere storico: tra queste si è di recente evidenziata una maggiore autorevolezza delle Corti costituzionali all'interno di ordinamenti succeduti ad esperienze di carattere totalitario o autoritario<sup>96</sup>. Al contempo, come si è del pari osservato, deve ricordarsi che l'efficienza del Tribunale è spesso un altro fattore che contribuisce ad arricchire la sua autorevolezza<sup>97</sup>. Occorre poi tener presenti alcuni dati testuali della Legge fondamentale che hanno contribuito a rafforzare la posizione della giurisdizione costituzionale nel quadro della forma di governo tedesca, ridimensionando la conflittualità, in particolare tra il Tribunale e il legislatore<sup>98</sup>. Si deve, inoltre, considerare che nel ridimensionamento della problematica della legittimazione democratica del Tribunale può aver inciso l'interpretazione dei "Grundrechte als Werte". Questa ha spinto, da un lato, il *Bundesverfassungsgericht* a ritenere prevalente l'esigenza di una concretizzazione dei valori e dei principi costituzionali rispetto al rischio di minare l'indirizzo politico di maggioranza; dall'altro la realizzazione del principio dello Stato di diritto di cui all'art. 20, comma 3, sarebbe stato un supporto normativo particolarmente solido per rafforzare e legittimare una tale tendenza<sup>99</sup>. In questo quadro si potrebbe aggiungere e ipotizzare che l'intuizione del patriottismo costituzionale di Sternberger, ripresa come noto da Habermas, sia applicabile al problema in esame, nella misura in cui essa potrebbe contribuire a chiarire come mai abbia prevalso su altre istanze un imperativo di diffondere il più possibile la costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico<sup>100</sup>.

Non è mancata (e non manca), tuttavia, una critica al Tribunale sotto il profilo del suo attivismo e la demarcazione del confine tra politica e diritto nell'attività del *Bundesverfassungsgericht* continua ad interrogare numerosi autori<sup>101</sup>.

In particolare, suscita interesse la declinazione del principio della autolimitazione (*Selbstbeschränkung*) del Tribunale, nella misura in cui si tende a ricalibrare la criticità del problema, quasi a rimarcare una dimensione costituzionale del principio del non liquet: diversamente, rispetto a quanto generalmente si sostiene, sarebbe il diniego di decidere, motivato in

---

cui "le legittimazioni vanno riferite alle funzioni da svolgere ... Le legittimazioni dunque debbono essere *secundum quid*; esse non possono paragonarsi che in relazione alla medesima funzione ed al suo esercizio".

<sup>95</sup> Cfr. K. Hesse, *Estudios en la historia de la jurisdicción constitucional alemana*, in *Teoria y realidad constitucional*, 1/1998, p. 116 (per la versione originale cfr. Id., *Stufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit* in *Jör*, 1998, pp. 1 ss.) che segnalava la necessità per il Tribunale di limitare il suo sindacato "a vulneraciones evidentes y de importancia de la Constitución": ciò in quanto all'estensione della giurisdizione costituzionale nel campo della decisione politica corrisponde una diminuzione dell'autorità delle decisioni del Tribunale e del suo stesso prestigio. Sull'autorevolezza del BVerfG come fonte di legittimazione cfr. K. Schlaich, S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit. pp. 364 ss; cfr., inoltre, H. Simon, *Verfassungsgerichtsbarkeit* in E. Benda, W. Maihofer, H.J. Vogel (a cura di), *Handbuch des Verfassungsrechts*, de Gruyter, 1994, pp. 1661.

<sup>96</sup> Così C. Möllers, *Scope and legitimacy of judicial review in German Constitutional Law – the Court versus the Political Process*, in H. Punder, C. Waldhoff (a cura di), *Debtes in German Public Law*, Hart, 2014, p. 17.

<sup>97</sup> Così F. Palermo, *La legittimazione giudiziaria della Repubblica di Karlsruhe*, in G. Cerrina Feroni, G. Parodi, P. Ridola (a cura di), *I 60 anni della Legge fondamentale tra memoria e futuro*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 111 ss.

<sup>98</sup> Si fa riferimento, oltre che all'art. 93, che espressamente conferisce al Tribunale la competenza a dichiarare l'incostituzionalità delle leggi, al vincolo del legislatore all'ordinamento costituzionale di cui all'art. 20, comma 3; vincolo il cui rispetto spetta proprio al *Bundesverfassungsgericht* garantire: sul punto H. Schulze-Fielitz, *Art. 20, Abs. 3*, in H. Dreier (a cura di), *Kommentar zum Grundgesetz*, Mohr, Tübingen, p. 218.

<sup>99</sup> Cfr. P. Ridola, *Le suggestioni del Grundgesetz nella dottrina costituzionalistica italiana*, in *I 60 anni*, cit.: "il ruolo centrale esercitato dalla giustizia costituzionale è stato fondato sui contenuti di valore della Costituzione prima che sui criteri formali di gerarchia delle fonti. È questa, mi sembra, la grande (e peraltro contestata) lezione del modello tedesco del Bundesverfassungsgericht", p. 47.

<sup>100</sup> Cfr. C. Möllers, *Scope and legitimacy*, cit. "every part of the german legal system has been under strict constitutional review and has been strongly influenced by the Court's jurisprudence", p. 19.

<sup>101</sup> Cfr. U. Wesel, *Der Gang nach Karlsruhe. Das Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik*, Blessing, 2004, che ha rilevato come il BVerfG, non solo sia *Hüter der Verfassungs* ma anche *Lencker der Politik*, adducendo quale esempio le pronunce del Tribunale in materia di finanziamento pubblico dei partiti, p. 219.

base al richiamo ad una *Selbstbeschränkung* a mettere in pericolo l'autorità del BVerfG<sup>102</sup>. Tra gli autori che si sono soffermati su questi profili, deve essere almeno richiamato il contributo di Konrad Hesse e di Böckenförde. Il primo, coerentemente ad un approccio critico nei confronti della teoria dei diritti fondamentali come valori<sup>103</sup>, fornisce uno dei contributi più solidi alla teoria dei limiti funzionali della giustizia costituzionale<sup>104</sup>, in base a cui la Costituzione distribuisce le funzioni costituzionali tra i diversi organi con la conseguenza che l'attività del Tribunale è limitata funzionalmente dal testo costituzionale che non consente al Tribunale di esercitare funzioni assegnate al legislatore. Proprio in base ad una valorizzazione del testo costituzionale non è sufficiente il richiamo ad un mero *judicial self-restraint*, proprio perché ciò trascura il legame esistente tra Tribunale e Costituzione che può richiedere, al contrario, un intervento deciso (“entschlossenes Eingreifen”)<sup>105</sup>. Il secondo, particolarmente critico nei confronti di una tendenza espansiva della Corte, sia nella veste di giudice costituzionale – nella decisione del 22 giugno 1995 si era pronunciato con un'opinione dissenziente, ammonendo il tribunale circa il rischio di un oltrepassamento dei suoi confini<sup>106</sup> – che di studioso ha osservato la necessità di una “determinazione e una delimitazione dei compiti e delle attività proprie alla giurisdizione costituzionale”<sup>107</sup>. Più di recente, si deve a Christoph Möllers<sup>108</sup> lo sforzo di una nuova tematizzazione del problema della legittimazione democratica del Tribunale e la segnalazione di una sostanziale mancanza, nella dottrina tedesca, di un dibattito adeguato riguardo alla legittimazione democratica della Corte, al quale peraltro non sembrano applicabili le posizioni emerse nella letteratura statunitense<sup>109</sup>.

In ogni caso il Tribunale sembra aver fatto valere la forza di un duplice antidoto rispetto alla critica sui limiti della giustizia costituzionale di matrice tedesca. Da un lato, l'ampiezza delle procedure previste dalla Legge fondamentale permette al Tribunale di pronunciarsi su numerose questioni e di attutire la critica, sulla base del rilievo che il Tribunale non agisce di sua iniziativa, ma è chiamato a pronunciarsi in forza dei molteplici ricorsi che giungono al suo cospetto; dall'altro, lo strumentario interpretativo della Corte ha contribuito ad attenuare l'impatto delle sue decisioni<sup>110</sup>.

Come si lega dunque tale dibattito sulla legittimazione democratica della Corte con la giurisprudenza costituzionale in materia elettorale? Al riguardo può rilevarsi, per un verso, che la

---

<sup>102</sup> Cfr. Schlaich, S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, Beck, München, 2012, p. 341 che rilevano come “non decidere nonostante una determinata competenza decisionale equivale per un tribunale ad una violazione delle proprie competenze”.

<sup>103</sup> Su tale critica cfr. G. Repetto, *Costituzione diritti, interpretazione: il contributo di Konrad Hesse al dibattito costituzionale tedesco del dopoguerra*, in A. Di Martino, G. Repetto, *L'unità della Costituzione. Scritti scelti di Konrad Hesse*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 42 ss.

<sup>104</sup> Su cui per un quadro aggiornato delle diverse posizioni si può vedere K. Schlaich, S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., pp. 342 ss.

<sup>105</sup> K. Hesse, *Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel*, in *Juristenzeitung*, 1995, p. 273.

<sup>106</sup> BVerfG, 2 BvL 37/91, in materia di imposta sulle successioni, (BverfGe, 93, 121, *Einheitswerte II*).

<sup>107</sup> Cfr. E. W. Böckenförde, *I metodi dell'interpretazione costituzionale*, in *Stato, costituzione, democrazia*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 109, rilevando l'insufficienza di un “mero appello al judicial self-restraint”.

<sup>108</sup> Cfr. tra i molti lavori di questo autore che affrontano il problema: *Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts*, in M. Jestaedt et al., *Das entgrenzte Gericht, Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Suhrkamp, 2011, pp. 281 ss.

<sup>109</sup> Anche Möllers, come Habermas, cita il pensiero di Ely e Sunstein ma a differenza del filosofo esprime scetticismo circa la possibilità di applicare le teorie statunitensi sulla legittimazione della Corte suprema all'esperienza tedesca: *Scope and legitimacy*, cit. Cfr. dello stesso anche Id., *The Three branches A Comparative Model of Separation of Powers*, OUP, 2013: “there is also an opposite problem: there are constitutional courts like the German one that argue in a widely self-referential fashion, re-interpreting their own decisions with little reference to the political context or other specificities of a case, in order to secure its legitimacy as a truly judicial organ. The legitimacy of these courts suffers from a lack of political and institutional sensitivity towards the political process. They try to act as if they are normal courts that decide conflicts between two insulated parties but they are not”.

<sup>110</sup> Ad esempio mediante l'istituto della *Unvereinbarkeit* (su cui cfr. le belle pagine di A.A. Cervati, *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1986) che consente alla Corte di dichiarare l'incompatibilità di una norma con la Costituzione ma di mantenere in vita la legge fino all'intervento del legislatore.

giurisprudenza costituzionale tedesca, nonostante la mole enorme di ricorsi in materia elettorale che ha investito il *Bundesverfassungsgericht*, ha sempre inteso proteggere la discrezionalità del legislatore. La salvaguardia di quest'ultima accanto all'esigenza di assicurare la stabilità degli esecutivi sono stati i due poli orientativi di riferimento di questa giurisprudenza, i quali hanno contribuito al rigetto di molte delle questioni di costituzionalità presentate. Nel corso della sua lunga giurisprudenza, l'unico episodio in cui l'autorità del Tribunale è stata messa in questione in relazione alla materia elettorale si è avuto in relazione alla pronuncia di incostituzionalità della legge elettorale all'indomani della riunificazione. Per altro verso, in verità, la più recente giurisprudenza costituzionale tedesca in quest'ambito sembra indurre ad un possibile ripensamento circa il mantenimento dell'indirizzo particolarmente deferente in materia elettorale che caratterizza sin dall'origine la giurisprudenza del Tribunale: come si vedrà nella parte finale di questo lavoro, tanto la giurisprudenza più recente in materia di *Überhangmandate* quanto quella sulle clausole di sbarramento europeo, anche se per motivi in parte diversi, potrebbero essere interpretate come l'indice di un più marcato attivismo del Tribunale in questa materia.

Nel prosieguo, dopo aver illustrato il rapporto tra il dibattito weimariano sui principi costituzionali in materia elettorale e quello postbellico, verranno analizzati tre gruppi di problemi: il tema della costituzionalizzazione del sistema elettorale; la giurisprudenza sui c.d. *Überhangmandate* e quella sulle clausole di sbarramento, con particolare riferimento alle più recenti pronunce del Tribunale costituzionale relative all'*Europawahlgesetz*.

6. *Il dibattito weimariano intorno alla eguaglianza elettorale e il suo sviluppo nel periodo postbellico: le leggi elettorali tra discrezionalità politica e sindacato di costituzionalità* – L'analisi della giurisprudenza tedesca non può prescindere da una contestualizzazione storica, in quanto l'attività del Tribunale costituzionale in materia elettorale non può essere compresa se non la si mette in relazione con la tematizzazione del rapporto tra i principi costituzionali e le leggi elettorali che emerse negli ultimi anni della Repubblica di Weimar, in quanto alcuni dei suoi argomenti intessono una stretta relazione con i dibattiti di quell'epoca. Esiste infatti una linea di continuità tra i problemi relativi all'eguaglianza del voto che la dottrina e la giurisprudenza a cavallo tra gli anni Venti e Trenta affrontarono e la successiva giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*. Tra questi rientrano la definizione del concetto di eguaglianza elettorale e il rapporto tra il principio di eguaglianza in generale e l'eguaglianza in materia elettorale: mentre sul primo aspetto lo *Staatsgerichtshof* aveva offerto la propria interpretazione, ripresa successivamente dal Tribunale costituzionale, fu quest'ultimo a pronunciarsi sul secondo aspetto, dal momento che la giurisprudenza weimariana aveva lasciato invece il problema irrisolto.

Quanto al primo, l'alternativa tra eguaglianza in entrata e in uscita (*Zählwertsgleichheit* ed *Erfolgswertgleichheit*), sostenuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza dello *Staatsgerichtshof*, venne risolta includendo anche la seconda nel concetto di eguaglianza elettorale: il Tribunale, secondo un'espressione frequentemente citata, affermò infatti che l'eguaglianza del voto andava intesa secondo un'accezione ampia ("eine erweiternde Bedeutung")<sup>111</sup>. In una prima fase di questa giurisprudenza (tra il 1926 e il 1929)<sup>112</sup>, tuttavia, esso prese posizione nel quadro della lotta ai c.d. partiti-scheggia ("Bekaempfung der Splitterparteien") dichiarando l'incostituzionalità di alcune leggi dei *Länder* che limitavano l'accesso dei partiti minori alle assemblee rappresentative, aderendo ad una accezione assoluta e radicale della *Erfolgswertgleichheit*<sup>113</sup>, che cioè non riteneva compatibili con tale principio l'introduzione di disposizioni che restringessero il pluralismo

<sup>111</sup> La frase è citata ad es. in Leibholz ed Heller e risale alla sentenza 22 marzo del 1929 sulla legge elettorale del Württemberg.

<sup>112</sup> Cfr. oltre alla sentenza citata alla nota precedente StGH, del 17 dicembre 1927 sulla legge dell'Assia e nella stessa data sulla legge di Amburgo e del Meclemburgo; del 22 giugno 1928 nuovamente sulla legge del Meclemburgo; del 7 luglio 1928 sulla legge del Baden, cit. da M. Wild, *Der Gleichheit der Wahl*, Dunkler & Humblot, Berlino, 54, nota 168.

<sup>113</sup> Così M. Wild, *Der Gleichheit der Wahl*, cit., ivi che rileva l'influenza del presidente Walter Simons di ispirazione socialdemocratica ma v. soprattutto Meyer, *Wahlsystem und Verfassungsordnung*, cit.

partitico. Successivamente, nel 1930, lo *Staatsgerichtshof* mutò il proprio orientamento – non rilevando profili di incostituzionalità nella legge elettorale prussiana – anche grazie al contributo di una parte della dottrina che rifletteva sull’eguaglianza in materia elettorale nel quadro di una più generale critica al positivismo<sup>114</sup>. In particolare si deve ad Heller una delle più compiute ed influenti elaborazioni concettuali dell’eguaglianza elettorale e delle sue limitazioni. Riprendendo la dicotomia tra eguaglianza in entrata e in uscita, distinse quindi due fasi della votazione, al fine di valutarne la conformità rispetto al principio dell’eguaglianza: nella prima in cui solo la *Zählwertsgleichheit* conta, viene in rilievo la dimensione matematica dell’eguaglianza; nella seconda fase in cui cioè i voti vengono “pesati” (*Erfolgswertgleichheit*) deve prevalere la dimensione giuridica dell’eguaglianza (l’eguaglianza elettorale viene in altri termini compresa come *Rechtsbegriff*) e l’introduzione di determinate differenziazioni può essere ritenuta legittima<sup>115</sup>. D’altronde, proseguiva Heller, argomentando la sua posizione tramite il riferimento a numerose esperienze di altri paesi, per un verso occorre rilevare l’inesistenza di una esattezza proporzionale<sup>116</sup> e per l’altro verso deve essere ammessa una relatività dell’eguaglianza, come dimostra il fatto che determinate misure possono essere giustificate in un determinato ordinamento e non in un altro<sup>117</sup>. Ebbene, il contributo di Heller è particolarmente significativo in quanto esso influenzò dapprima il cambio di orientamento dello *Staatsgerichtshof*<sup>118</sup>, contribuendo al passaggio da una concezione assoluta ad una relativa della *Erfolgswertgleichheit*. Inoltre, sia l’introduzione di giustificazioni all’alterazione del peso eguale dei voti, sia l’imperfezione dei sistemi elettorali sotto il profilo dell’eguaglianza, sia infine la relatività di quest’ultima furono ripresi nelle pronunce del Tribunale costituzionale, a partire da quelle sulle clausole di sbarramento, ed utilizzate nell’affrontare la tensione tra “*Handlungsfähigkeit der Gesetzgeber*” e “*Gleichheit der Wahl*”.

Il secondo aspetto, come si è accennato, peraltro connesso al primo, riguardava l’interrogativo se l’eguaglianza elettorale fosse una specificazione del principio di eguaglianza oppure se dovesse essere trattata autonomamente (ciò che si collegava a problemi più generali riguardanti l’interpretazione del principio d’eguaglianza all’epoca di Weimar). L’itinerario di questo problema fu singolare: emerse infatti nei dibattiti weimariani, ma non trovò una soluzione nella giurisprudenza dell’epoca, ricevendo al contrario una immediata risposta nelle prime pronunce del Tribunale, che vennero superate peraltro nella giurisprudenza successiva.

Il dibattito nella fase finale di Weimar vide nei lavori di Heller e Leibholz i contributi più autorevoli e influenti – in particolare per la successiva giurisprudenza del Tribunale costituzionale – per la tematizzazione di quella relazione<sup>119</sup>. Secondo questi autori l’art. 22 della Costituzione di Weimar rappresentava una specificazione del generale principio d’eguaglianza: si trattava di estendere alla materia elettorale il divieto di arbitrio (*Willkürsverbot*) riconosciuto come parte integrante dell’art. 109 della Costituzione di Weimar<sup>120</sup>. Ciò era collegato alla affermazione della inclusione della *Erfolgswertgleichheit* nel concetto di eguaglianza elettorale e alla necessità che

---

<sup>114</sup> Così Heller nel suo contributo citato alla nota successiva includeva un paragrafo sul metodo giuridico in cui criticava la sentenza del 22 marzo del 1929 dello *Staatsgerichtshof* sulla legge elettorale del Württemberg a proposito della distinzione tra considerazioni di carattere politico e giuridico, 18-19. Inserisce questa giurisprudenza nel contesto della reazione antipositivistica anche M. Wild, *Die Gleichheit*, cit., p. 58.

<sup>115</sup> Così Heller, *Die Gleichheit*: “L’eguaglianza assoluta, logico-matematica deve essere distinta nettamente dall’eguaglianza della giurisprudenza che è relativa, sempre definita da determinate relazioni e proporzionale”, p. 12.

<sup>116</sup> *Ib.*, p. 25.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>118</sup> Così come riconobbe lo stesso Leibholz che nei suoi contributi in materia elettorale (“*Gleichheit und Allgemeinheit der Verhaeltniswahl*”, e “*Die Grundlagen der modernen Wahlrechts*”, raccolti ora in *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, Müller, Karlsruhe, 1958, 1 ss., 9 ss.) cita diverse volte il contributo di Heller, così come nella sentenza del 1952 quando Leibholz era componente del Tribunale.

<sup>119</sup> Cfr. G. Leibholz, *Sperrklausel und Unterschriftquoren*, in *Strukturproblemen*, p. 44; H. Heller, *Die Gleichheit*, p. 11 (“die Wahlrechtsgleichheit (ist) als Spezialnorm des Art. 109 RVerf zu verstehen haben”).

<sup>120</sup> Cfr. G. Leibholz, *Strukturprobleme*, cit., p. 2.

ogni limitazione del peso del voto degli elettori dovesse essere giustificata, pena l'arbitrarietà e quindi l'incostituzionalità della misura<sup>121</sup>.

Come anticipato, lo *Staatsgerichtshof* del Reich non prese posizione sul punto, limitandosi ad evidenziare il problema in una delle sue decisioni<sup>122</sup>; fu allora il BVerfG che nella notissima decisione del 1952 affermò: "l'uguaglianza del voto è un campo di applicazione del principio generale di uguaglianza. Ne deriva che un pregiudizio nei confronti dell'eguaglianza elettorale rappresenta al contempo una lesione dell'art. 3 GG". Un tale esito, confermato da numerose pronunce venne però abbandonato a partire dal 1998, non senza importanti conseguenze di carattere procedimentale per la tutela dei diritti elettorali, in particolare a livello dei *Länder* e dei Comuni. Infatti dal momento che l'art. 28 GG – e cioè il parametro costituzionale di riferimento per le elezioni regionali e comunali – non integra un diritto fondamentale, non è più possibile, nel quadro federale, esperire un ricorso individuale dinanzi al Tribunale per violazione dell'eguaglianza elettorale a livello substatale. Ciò non impedisce in ogni caso che un tale rimedio sia previsto a livello dei *Länder*<sup>123</sup>.

Nell'ordinamento costituzionale postbellico, fu il principio di neutralità della Legge fondamentale rispetto alla scelta del sistema elettorale a costituire il presupposto dello sviluppo della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* in materia elettorale. La nota bipartizione tra proporzionalisti (SPD<sup>124</sup> e partiti minori) e maggioritaristi (CDU/CSU) in seno al *Parlamentarischer Rat*<sup>125</sup>, determinò come noto, da un lato, l'assenza di riferimenti costituzionali alla legge elettorale e dall'altro la successiva adozione di una legge elettorale proporzionale. Nonostante la prevalenza della corrente proporzionalista, questa non ebbe la forza sufficiente di affermarsi sui timori di ripetere uno dei più criticati caratteri della costituzione di Weimar. Come anche in Italia, in dottrina rimasero minoritarie le posizioni che hanno invece criticato un simile relativismo della Costituzione rispetto al sistema elettorale. Non si tratta, per la verità, di un dibattito che sembra aver perso di attualità: come si vedrà più avanti, infatti, le recenti proposte di inserire le soglie di sbarramento all'interno del testo costituzionale, in seguito alla sentenza del Tribunale costituzionale che ha dichiarato l'incostituzionalità della clausola di sbarramento del 5% per l'elezione dei deputati al parlamento europeo spettanti alla Germania (si propone tuttavia l'inserimento di clausole relative anche all'elezione del *Bundestag*), pongono di nuovo il problema della eventuale costituzionalizzazione del sistema elettorale.

Uno degli aspetti centrali del dibattito sul rapporto tra materia elettorale e costituzione è rappresentato dalla necessità di definire il sistema elettorale e cioè se esso debba essere qualificato misto oppure proporzionale – questione peraltro di capitale importanza nella giurisprudenza tedesca. Anche a questo riguardo le pronunce del Tribunale contengono indicazioni utili, qualificando il sistema elettorale come proporzionale mentre sono in prevalenza gli studiosi di

---

<sup>121</sup> Cfr. H. Heller, *Die Gleichheit*, cit., p. 23.

<sup>122</sup> Cfr. H. Meyer, *Wahlssystem und Verfassungsordnung*, cit. p. 108 che criticò duramente la posizione di Leibholz.

<sup>123</sup> Già J. Frowein –*Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Wahlrecht*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1974, pp. 72 ss. – nel 1974 aveva invitato tuttavia a non sopravvalutare il problema rilevando che la differenza tra l'una e l'altra tesi risiedeva in profili di carattere processuale, p. 81.

<sup>124</sup> Cfr. H. Meyer, *Wahlssystem und Verfassungsordnung. Bedeutung und Grenzen wahlsystematischer Gestaltung nach dem Grundgesetz*, Hermann Luchterhand Verlag, 1973, per le posizioni sulla proporzionale espresse da parte della SPD enunciate già al Congresso di Erfurt del 1891. Sul rapporto tra questa forza politica e il sistema elettorale proporzionale cfr. il prezioso saggio di F. Schaefer, *Sozialdemokratie und Wahlrecht. Der Beitrag der Sozialdemokratie zur Gestaltung des Wahlrechts in Deutschland*, in *Verfassung und Verfassungswirklichkeit*, Jahrbuch, 1967, pp. 157 ss.

<sup>125</sup> Per una recente riflessione sul dibattito svoltosi in seno al Consiglio Parlamentare in relazione al sistema elettorale cfr. S. Galka, *Parlamentarismus und Grundgesetz. Parlamentarismuskonzeptionen in der Verfassungsdiskussion der Parlamentarischer Rates 1948/1949*, Nomos, 2014, 168 ss "la questione del diritto elettorale è stata una delle più questioni politiche più importanti in seno al Consiglio parlamentare", p. 190. Il lavoro di Galka è citato da A. Di Martino, *La dottrina tedesca in tema di forma di governo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2014, pp. 1027 ss.

scienze politiche anglosassoni a definire misto il sistema tedesco<sup>126</sup>. La prima soluzione appare la più corretta, dal momento che il primo voto (*Erststimme*) non incide sulla quota di deputati di un partito poiché l'intera distribuzione dei seggi avviene in base ad un criterio proporzionale: infatti mentre il secondo voto serve a *quantificare* i deputati che spettano ad un determinato partito, il primo voto ha la funzione di *personalizzare*, almeno parzialmente, tale quota. Così è, almeno, al netto delle "alterazioni maggioritarie" comunque presenti in questo modello<sup>127</sup>: si tratta dei mandati in eccedenza e della clausola dei mandati diretti, da un lato e della clausola di sbarramento, dall'altra. Mentre i primi due istituti consentono di scavalcare l'attribuzione di seggi in via proporzionale, la seconda contribuisce a filtrare l'accesso dei partiti<sup>128</sup>. Su tutti e tre questi aspetti il Tribunale costituzionale è stato chiamato a pronunciarsi.

Oltre alla definizione del sistema elettorale, l'altro grande tema dell'interpretazione costituzionale sui sistemi elettorali è indubbiamente il rapporto tra questi ultimi e il principio d'eguaglianza: nella giurisprudenza costituzionale tedesca, infatti, il contenuto del principio d'eguaglianza in materia elettorale muta a seconda del sistema elettorale adottato, riducendosi alla *Zählwertgleichheit* in caso di adozione del maggioritario e abbracciando invece anche la *Erfolgswertgleichheit* laddove si adotti il proporzionale. Espressamente, infatti, la Corte tedesca ha affermato la legittimità, in astratto, anche di sistemi maggioritari<sup>129</sup>. È noto invece che nel contesto italiano, finora, la Corte costituzionale sin dalla sentenza n. 43 del 1961 – confermata da una costante giurisprudenza e richiamata nella recente sentenza n. 1 del 2014 – ha ristretto il principio dell'eguaglianza del voto al primo profilo<sup>130</sup>.

Il riconoscimento del principio della eguaglianza elettorale in uscita è servita al Tribunale per mantenere insieme il principio di neutralità della Costituzione rispetto al sistema elettorale con un più severo controllo sul rispetto del principio di eguaglianza quando il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, adotti un sistema proporzionale<sup>131</sup>. Tuttavia, come è stato osservato, in questo modo è "il contesto che influenza il principio"<sup>132</sup>. Una simile scelta argomentativa però consente di valutare se un determinato sistema elettorale raggiunga o meno il suo scopo, quale ad es. il rispecchiamento delle posizioni politiche presenti nella società all'interno delle assemblee

---

<sup>126</sup> Cfr., ad es., per la definizione del carattere fondamentalmente proporzionale del sistema elettorale tedesco, sent. del 10 aprile 1997, 2 Bvf, 1/95 (BVerfG, 95, 335, ): "la giurisprudenza del Tribunale federale costituzionale finora non lascia supporre che i mandati in eccedenza possano alterare a tal riguardo il carattere fondamentale del sistema elettorale per il Parlamento come proporzionale", par. 84; nella letteratura politologica tedesca definisce il sistema tedesco come misto (*Mischsystem*) V.M. Haug, *Das Bundesverfassungsgericht als Gesetzgeber anstelle des Gesetzgebers: Ein kritisches Blick auf das Wahlrechtsurteil vom 25. Juli 2012*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 3/2012, pp. 658 ss., spec. p. 673. Anche G. Delledonne, *Corti costituzionali*, cit., afferma che sono gli studiosi di scienze politiche a definire così il sistema; cfr. però tra i costituzionalisti C. Tomuschat, *Germany's Mixed-Member Electoral System: A Victim of its Sophistication?*, in [www.germanlawjournal.de](http://www.germanlawjournal.de), 2013.

<sup>127</sup> Più chiaramente H. Meyer, *Demokratische Wahl und Wahlsystem*, in Isensee, Kirchhof (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. V, C.F. Müller, Heidelberg, 2007, cit., ha parlato al riguardo di neutralizzazione del carattere maggioritario attraverso il meccanismo di sottrazione dei mandati diretti da quelli dei partiti: tale effetto di neutralizzazione del principio maggioritario però perde efficacia nel caso dei mandati in sovrannumero.

<sup>128</sup> Cfr. V. Losco, *Considerazioni sul sistema elettorale tedesco alla luce della consultazione del 27 settembre 1998*, in *Diritto pubblico*, 2000, p. 630.

<sup>129</sup> BVerfG, 5 aprile 1952, 2 BvH 1/52, par. 7 (BVerfG, 1, 208, 7,5% - *Sperrklausele*): "Esistono sistemi elettorali, come il maggioritario, che sono visti come assolutamente democratici, ma in cui le opinioni politiche di una parte consistente del popolo non sono rappresentate in parlamento oppure non sono rappresentate secondo le loro forze", par. 124.

<sup>130</sup> Corte cost., sent. 1961: "il principio di eguaglianza non si estende altresì al risultato concreto della manifestazione di volontà dell'elettore".

<sup>131</sup> Cfr. BVerfG, sent. del 5 aprile 1952, 2 BvH 1/52, par. 3 e 4, (BVerfG, 1, 208, 7,5% - *Sperrklausele*).

<sup>132</sup> Cfr. l'ottimo contributo di M. D. Poli, *La clausola di sbarramento nella giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht: tra uguaglianza elettorale e stabilità politica*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, pp. 1257 ss.

rappresentative<sup>133</sup>. In modo decisivo il Tribunale afferma l'insufficienza dell'eguaglianza numerica nel caso in cui il legislatore adotti un sistema proporzionale<sup>134</sup>. Non che ciò tuttavia risolva ogni problema di costituzionalità in quanto, come riconosce problematicamente lo stesso Tribunale "in che modo questo principio consente delle eccezioni è una questione complessa".

Diversamente nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionale italiana, l'impossibilità di estendere il principio di eguaglianza del voto anche alla fase del risultato è stata argomentata proprio a partire dal rilievo secondo cui la Costituzione nulla dispone circa il sistema elettorale da adottare, rimettendo tale scelta al legislatore; pare quindi che qualora si parli di eguaglianza del voto in uscita si debba anche ammettere l'incostituzionalità di un sistema maggioritario e, dunque, la costituzionalizzazione implicita del proporzionale<sup>135</sup>. L'esperienza tedesca, invece, dimostra la sostenibilità della compresenza di entrambi i principi (eguaglianza del voto in uscita e principio di neutralità della costituzione rispetto al sistema elettorale); si vedrà tuttavia quali problemi una simile conclusione ponga e quali diverse indicazioni emergano dalla giurisprudenza costituzionale italiana più recente.

Innanzitutto, occorre ricordare che, a differenza dell'esperienza italiana<sup>136</sup>, in Germania, come si è visto soffermandosi sull'esperienza weimariana, l'idea della eguaglianza come eguale peso dei voti ha origini risalenti: di conseguenza, quando il Tribunale si trovò a doverla recuperare si confrontò con una tradizione dottrinale e giurisprudenziale già piuttosto solida, anche se nel momento in cui la c.d. "outcome equality" si perfezionò, non venne accolta pacificamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza del periodo weimariano<sup>137</sup>.

Inoltre, rispetto a questo inquadramento del principio di eguaglianza possono individuarsi diversi ordini di critiche, sulle quali può essere utile soffermarsi anche nella prospettiva di valutarne eventuali implicazioni in relazione alla sentenza n. 1 del 2014: si può dire innanzitutto che in questo modo pare spostarsi il baricentro o meglio il parametro di valutazione della costituzionalità della legge elettorale dalle norme costituzionali al sistema elettorale stesso, nella misura in cui determinate limitazioni all'uguaglianza del voto possono essere ammesse in un sistema ma non in un altro: come rilevato, invece, occorrerebbe valutare la conformità costituzionale di un determinato pregiudizio arrecato all'eguaglianza del voto (come può essere ad es. un determinato sistema di calcolo dei resti o la divisione delle circoscrizioni) in relazione allo scopo da esso perseguito<sup>138</sup>.

In un'altra prospettiva si è colpita direttamente la possibilità di far discendere dall'art. 38 GG anche l'eguaglianza di risultato. Si è quindi cercato di contestare alla radice l'utilità della

---

<sup>133</sup> Così espressamente il Tribunale nella prima decisione in materia elettorale, BVerfG, 5 aprile 1952, 2 BvH 1/52, (BVerfG, 1, 208, 7,5% - Sperrklassen): "il Parlamento deve essere il riflesso delle formazioni politiche all'interno dell'elettorato"; sul punto cfr. anche P. Ridola, *Le suggestioni del Grundgesetz*, cit.

<sup>134</sup> "Il principio dell'eguaglianza del voto in un sistema proporzionale non è sufficientemente soddisfatto solamente nel caso in cui ogni voto è conteggiato".

<sup>135</sup> Cfr. ad es. M. Luciani, *Il voto e la democrazia*, Editori riuniti, Roma, 1991, p. 36, per un collegamento del duplice rifiuto della incostituzionalità a priori del sistema maggioritario e dell'ammissibilità dell'eguaglianza del voto in uscita laddove afferma "non è dunque un caso se la stessa giurisprudenza costituzionale abbia escluso ... che i sistemi elettorali maggioritari siano in via di principio costituzionalmente illegittimi. Voto eguale, perciò, sia per la giurisprudenza che per la letteratura giuridica italiana, non significa altro che quanto ha sempre significato per una consolidata tradizione di pensiero, e cioè divieto ... di voto plurimo o multiplo ...". Corsivo aggiunto a sottolineare il nesso eziologico di questa autorevole dottrina tra neutralità della Costituzione e rifiuto del voto in uscita. Per l'opinione contraria cfr. invece il classico lavoro di C. Lavagna *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Rivista trimestrale diritto pubblico*, 1952, p. 849 e ss.

<sup>136</sup> Dove pure non mancano riferimenti dottrinali anche risalenti circa questo tema ricordati da L. Paladin, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1962.

<sup>137</sup> Cfr. per tutti, H. Meyer, *Wahlsystem und Verfassungsordnung*, cit.

<sup>138</sup> Questa è in sintesi la posizione di M. Morlok – *Demokratie und Wahlen*, in P. Badura, H. Dreier (a cura di) *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, vol. II, Mohr, 2001, 559 ss. ("Ob und inwieweit Einschränkungen der Wertgleichheit unter dem Gesichtspunkt der Erfolgswertgleichheit rechtfertigungsfähig sind, hängt demnach nicht von der Einordnung als Mehrheits- oder Verhältniswahlsystem ab, sondern allein davon, ob die durch das jeweilige Wahlsystem angestrebten verfassungsmäßig legitimierten Zwecke verhältnismäßig zu den konkreten Einschränkungen sind") p. 607.

distinzione tra maggioritario e proporzionale fatta propria dal Tribunale – e dal quale deriva la diversa interpretazione dell’eguaglianza – affermando che occorre distinguere i sistemi elettorali tra il proporzionale puro, da un lato (“reine Verhältniswahl”) e tutte le deviazioni da quest’ultimo, dall’altro: solo nel primo è quindi realizzabile una eguaglianza di risultato, mentre in tutti gli altri sistemi elettorali la *Erfolgswertgleichheit* può essere interpretata solo in senso potenziale, come possibilità di successo (*Erfolgschance*)<sup>139</sup>.

Gli interrogativi circa la portata del principio dell’eguaglianza elettorale hanno interessato anche la dottrina politologica che ha avanzato ulteriori critiche, insistendo in particolare sulla natura artificiosa della distinzione – troppo slegata dal ruolo dei partiti e dal comportamento degli elettori – e condensando pertanto il problema dell’eguaglianza elettorale in una “fissazione” dei giuristi (e dei matematici)<sup>140</sup>.

Altre aporie della teoria in esame sono state evidenziate da chi ha rilevato che l’assunto secondo cui il principio di eguaglianza muta i suoi contenuti a seconda del sistema elettorale prescelto ha come conseguenza che il contenuto del principio di eguaglianza è determinato dal legislatore anziché dalla Costituzione<sup>141</sup>. Ne deriva che l’art. 38 implica sempre anche l’eguaglianza di risultato, coerentemente alla critica del c.d. “silenzio della costituzione”<sup>142</sup> e con una ritenuta sostanziale costituzionalizzazione del sistema proporzionale.

7. *Zwingende Gründe: la limitazione del principio dell’eguaglianza del voto nella giurisprudenza costituzionale tedesca.* – Dalla proiezione del principio dell’eguaglianza anche al momento finale del voto, potrebbe desumersi un rafforzamento della prescrittività del principio di eguaglianza tale da incidere in misura maggiore nella discrezionalità politica del legislatore. Tale accezione del principio di eguaglianza, tuttavia, non si accompagna necessariamente ad una limitazione eccessiva della discrezionalità del legislatore e la giurisprudenza tedesca ha dimostrato di saper far convivere il *Gestaltungspielraum* del legislatore e la *Erfolgswertgleichheit*. D’altronde le pronunce di incostituzionalità fino ad anni recenti non sono state in fondo molte: infatti, nonostante l’ampia concezione dell’eguaglianza del voto, nella maggior parte di casi il Tribunale ha riconosciuto ragioni imperative (*zwingende Gründe*) per giustificare l’operato del legislatore.

Di recente, tuttavia, sembra potersi delineare un intervento più marcato del Tribunale in materia elettorale, che ha determinato un doppio scostamento rispetto ad orientamenti precedentemente emersi: si tratta per un verso, di affrontare il consolidamento della posizione del Tribunale sui problemi – correlati – del peso negativo dei voti (*Negatives Stimmgewicht*) e dei mandati in eccedenza (*Überhangmandate*) e, per l’altro, di esaminare le recenti pronunce sulla incostituzionalità delle clausole di sbarramento per l’elezione dei membri del parlamento europeo (il discorso invece dovrebbe escludere i *Länder* più frequentemente oggetto di pronunce di incostituzionalità).

L’intensa attività del Tribunale – si contano al momento più di un centinaio di decisioni<sup>143</sup> – in relazione al principio di eguaglianza del voto ha investito numerosissimi aspetti della legge elettorale: le clausole di sbarramento per i diversi livelli di governo, la clausola dei mandati diretti

---

<sup>139</sup> Cfr. C. Lenz, *Die Wahlrechtsgleichheit und das Bundesverfassungsgericht*, in *Archiv des öffentlichen Recht*, 1997, p. 339, posizione espressamente criticata dallo stesso Tribunale costituzionale.

<sup>140</sup> D. Nohlen, *Erfolgswertgleichheit als fixe Idee oder: Zurück zu Weimar*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 1/2009, 179 ss, spec. 187 ss., parla in particolare di paradosso del proporzionale (“Je mehr Proporz desto weniger Erfolgswertgleichheit”) per cui l’eguaglianza elettorale in uscita può essere maggiore in un sistema puro, in cui la limitatezza dei seggi fa in modo che tutti i voti dati ai partiti che non riescono ad accedere ad un seggio vadano persi, rispetto ad un proporzionale con soglie di sbarramento in cui l’elettore può decidere di far valere il suo voto dandolo ad un partito in grado di superare la clausola stessa.

<sup>141</sup> H. Meyer, *Wahlssystem und Verfassungsordnung*, cit., che afferma come ciò equivalga a: “Eine zumindest eigenartige Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung”, p. 119.

<sup>142</sup> Così H. Meyer, *Demokratische Wahl und Wahlssystem*, p. 537.

<sup>143</sup> Il sito [www.wahlrecht.de](http://www.wahlrecht.de) è un agile strumento per verificare le decisioni del Tribunale costituzionale e dei Tribunali dei *Länder* in materia elettorale.

(*Grundmandatsklausel*), il ritaglio dei collegi elettorali (*Wahlkreise*), gli *Überhangmandate*, sono stati alcuni degli aspetti più controversi di questo lungo itinerario giurisprudenziale. Pur trattandosi di istituti differenti, questi compongono un complesso ingranaggio in cui gli effetti degli uni interagiscono con quelli degli altri, e gli *obiter dicta* che si rinvengono in tali pronunce, formano una trama di argomentazioni applicabile oltre il singolo caso. Così, ad esempio, si può richiamare il nesso tra la dimensione del collegio elettorale e gli *Überhangmandate*, o tra questi ultimi e la clausola di sbarramento al 5% per l'elezione dei membri del *Bundestag*, o ancora la relazione tra queste e la *Grundmandatsklausel*.

Una chiave di lettura di questo percorso giurisprudenziale – e del bilanciamento tra discrezionalità legislativa e ancoraggio delle elezioni ai principi costituzionali – può essere il peso della contestualizzazione, vale a dire del legame tra realtà costituzionale e problematiche costituzionali, che sembra aver inciso in modo significativo nella valutazione della compatibilità costituzionale delle alterazioni del principio proporzionalistico. D'altronde il Tribunale, fin dalle sue prime pronunce sulla clausola di sbarramento, ha affermato che la legge elettorale non può essere valutata astrattamente ma immergendola negli effetti concreti che essa genera<sup>144</sup>. Per una lunga fase, la giurisprudenza del Tribunale in materia elettorale ha respinto le eccezioni di incostituzionalità relative alla legge elettorale del *Bundestag* (non invece quelle relative alle leggi elettorali dei *Länder*): laddove la valorizzazione della discrezionalità del legislatore non ha potuto essere mantenuta è stato quando determinati cambiamenti delle condizioni politiche non hanno consentito al Tribunale di mantenere la continuità della sua giurisprudenza prevalendo sull'attaccamento del Tribunale ai due poli della stabilità del governo e della discrezionalità legislativa: non pare un caso allora, se la prima sentenza che ha dichiarato l'incostituzionalità della legge elettorale sia giunta all'indomani della riunificazione e cioè quando il Tribunale giudicò l'estensione automatica della clausola di sbarramento al 5% a tutto il *Bund* pregiudizievole della eguaglianza del voto e della parità di chances dei partiti radicati nella ex-DDR<sup>145</sup>.

Proprio la considerazione della realtà politica è stata in altre occasioni oggetto di interpretazioni differenti tra la giurisprudenza e la dottrina: ciò in particolare emerge nella sentenza sulla legittimità della *Grundmandatsklausel* – che permette al partito che non supera la clausola del 5% ma che ottiene tre seggi nei collegi elettorali di accedere alla suddivisione proporzionale dei seggi (art. 6, co. 6 *BWahlG*) – : in tal caso il peso delle forze politiche coinvolte dall'istituto e, in particolare, considerazioni prognostiche del Tribunale circa l'impatto di questo (cfr. par. 61), non sono state ritenute in grado di pregiudicare la funzionalità del parlamento e giovano pertanto alla preservazione della discrezionalità del legislatore. La scelta del Tribunale si inserisce in un quadro di posizioni emerse in letteratura che già in precedenza avevano avuto modo di criticare l'istituto e

---

<sup>144</sup> Cfr. BVerfG, 5 aprile 1952, 2 BvH 1/52 (BVerfG, 1, 208, 7,5% - *Sperrklausel*): “Le decisioni del Tribunale costituzionale federale sono legate alla realtà politica e il Tribunale non può trascurare lo spazio politico nel quale le sue decisioni si riflettono. Non è qui in discussione un astratto diritto elettorale ma una legge elettorale concreta in un determinato paese e in un determinato momento storico“, par. 162. Cfr. anche, BVerfG, sent. del 7 luglio 1957, 2 BvR 9/56 (BVerfG, 7, 63 *Listenwahl*) e la sentenza BVerfG, del 10 aprile 1997, 2 BvC 3/96 sulla *Grundmandatsklausel*, (BVerfG, 95, 408) su cui subito *infra*.

<sup>145</sup> Dal momento che i partiti erano radicati in parti diverse del territorio ma applicandosi la clausola sull'intero territorio nazionale, secondo le stime citate dal Tribunale – realizzate dal “Bundestagsausschusses Deutsche Einheit” - i partiti dell'ex Germania dell'Ovest avrebbero dovuto superare il 6% mentre per quelli attivi nella sola ex DDR la quota sarebbe in sostanza stata pari al 23, 75%: sent. del BVerfG, del 22 settembre 1990, 2 BvE 1, 3, 4/90, 2 BvR 1247/90 (BVerfG, 82, 322, *Gesamtdeutsche Wahl*), par. 54. La soluzione della Corte al problema della clausola di sbarramento fu la sua “regionalizzazione” e cioè applicando separatamente la stessa per l'Est e l'Ovest, considerando quindi il 5% dei voti dati ad un partito conteggiati in base alla popolazione di una “regione” (Est/Ovest) e non dell'intero territorio nazionale. Un altro profilo giudicato in contrasto rispetto al principio della *Erfolgswertgleichheit*, in quanto attribuiva un peso diverso ai partiti, riguardava il collegamento di liste tra partiti, c.d. *Listenverbindung*, volto a permettere ai partiti dell'Est di superare la clausola del 5% alleandosi con partiti dell'Ovest; il Tribunale offrì l'alternativa di sostituire tale meccanismo con una *Listenvereinigung*, ovvero coalizioni di partiti nell'ambito della stessa Germania dell'Est.

in particolare parte della dottrina criticherà l'esito della pronuncia, proprio in relazione ad una insufficiente giustificazione dei motivi di fatto che sono alla base delle convinzioni del Tribunale<sup>146</sup>.

7.1. *La giurisprudenza sul cd. peso negativo del voto e sui mandati in eccedenza* – Risolta la questione delle clausole di sbarramento, della dimensione dei collegi elettorali e della clausola che consente ad un partito che non supera il 5% di accedere al Parlamento qualora ottenga almeno tre mandati diretti, il problema più complesso da affrontare restava quello del peso negativo del voto e dei mandati in eccedenza, il cui sospetto di incostituzionalità derivava dalla alterazione del carattere proporzionale del voto e dalla violazione dei principi di eguaglianza del voto e della *Chancengleichheit* dei partiti<sup>147</sup>. Di fronte a questo problema sono individuabili tre posizioni: l'incostituzionalità secca dei mandati in eccedenza; la loro compatibilità costituzionale e l'incostituzionalità a partire da un certo numero di mandati in eccedenza.

Anche in questo caso si tratta di questioni che risalgono agli anni della fondazione della giurisprudenza costituzionale in materia elettorale: nella sentenza del 1957 - la "madre di tutti gli errori" per Hans Meyer<sup>148</sup> - la Corte tollerò l'istituto dei mandati in sovrannumero, pur formulando un monito al legislatore ("ist nur in engen Grenzen zulässig"), rilevando che gli *Überhangmandate* si prestano a possibilità di manipolazione (*Manipulationsmöglichkeiten*)<sup>149</sup>.

Ora la giurisprudenza sui mandati in sovrannumero può ben rappresentare quel collegamento tra realtà e profili di costituzionalità della legge elettorale a cui si faceva riferimento, se si considera che è a partire dal loro incremento che la legittimità della disposizione che li autorizza (art. 6, abs. 3) è divenuta precaria<sup>150</sup>.

Un primo cedimento si è avuto nella sentenza del 1997 in cui il Senato si divise in due blocchi: quattro giudici votarono per la preservazione dell'istituto mentre gli altri quattro votarono contro. Si tratta di una sentenza invero centrale per comprendere le tensioni generate da questo meccanismo tollerato dalla legge elettorale e può essere interessante notare il rapporto tra quella pronuncia e il cedimento definitivo dell'istituto – nella sua versione priva di mandati in compensazione – realizzatosi con la sentenza del 2012<sup>151</sup>.

Nel 1997, in particolare, il conflitto tra i giudici ha oltrepassato la questione della costituzionalità degli *Überhangmandate*, investendo nuovamente la problematica definizione degli elementi del sistema elettorale tedesco: i giudici a favore delle disposizioni contestate avevano infatti ritenuto gli *Überhangmandate* essere *Direktmandate*<sup>152</sup>, ricorrendo alla affermazione – utilizzata già in precedenti sentenze dal Tribunale – secondo cui gli *Überhangmandate* sono parte integrante del sistema proporzionale personalizzato ("Teilelement des Wahlsystems der personalisierten Verhältniswahl"); al contrario tale assunto veniva contestato dai giudici dissenzienti, rilevando che i

---

<sup>146</sup> Così ad es. M. Kotzur, *Freiheit und Gleichheit der Wahl*, in Merten, Papier (a cura di), *Handbuch Grundrechte*, vol V, *Deutschland Einzelgrundrechte II*, C.F. Mueller, Heidelberg, 2013, 555 ss., secondo cui l'assunto del Tribunale costituzionale non deriva da "convincenti fondamenti empirici", p. 588. Critico anche M. Morlok, *Art. 38*, cit., in particolare sul passaggio della sentenza in cui il Tribunale trae a fondamento del suo convincimento il radicamento dell'istituto – presente già durante l'epoca weimariana – nella cultura giuridica tedesca, affermando che "possono esserci anche tradizioni incostituzionali", p. 996.

<sup>147</sup> In sintesi il problema risiede nel fatto che per un verso solo per alcuni elettori il loro primo voto ha un peso nella formazione del *Bundestag* è cioè per quelli che contribuiscono alla elezione di un mandato in sovrannumero; inoltre ad un partito che ottiene un mandato in sovrannumero servono meno secondi voti per ottenere un seggio rispetto ad un altro partito che non ottiene un tale mandato.

<sup>148</sup> Cfr. Id., *Die Zukunft des Bundestagswahlrechts*, Nomos, Baden-Baden, 2010.

<sup>149</sup> BVerfG, sent. del 7 luglio 1957, 2 BvR 9/56 (BVerfG, 7, 63 *Listenwahl*), par. 4. Successivamente nella sent. BVerfG, del 22 maggio 1963, 2 BvC 3/62 (BVerfG, 16, 130, *Wahlkreise*) la Corte affermò che il numero di mandati in eccedenza (3) poteva essere evitato qualora i distretti elettorali fossero stati adeguati al cambio di popolazione.

<sup>150</sup> Cfr. la tabella in H. Lang, *Wahlrecht und Bundesverfassungsgericht*, Nomos, Baden-Baden, 2014, p. 44.

<sup>151</sup> BVerfG, sent. del 25 luglio 2012, 2 BvF 3/11.

<sup>152</sup> Così nell'opinione dei quattro giudici a favore, par. 90.

mandati in soprannumero non possono essere paragonati ai mandati diretti<sup>153</sup> e, tornando sulla libertà del legislatore rispetto alla scelta di un sistema elettorale, avevano ricordato come una simile prerogativa incontri sempre il limite del rispetto del principio di eguaglianza<sup>154</sup>. La linea di frattura quindi si può collocare sulla “gravità” della valorizzazione dell’incremento di personalizzazione del voto introdotto dagli *Überhangmandate*, tollerabile secondo i giudici prevalenti e incostituzionale per i giudici dissenzienti, in una prospettiva di valorizzazione del carattere proporzionale del sistema elettorale.

A prevalere è quindi la salvaguardia della discrezionalità del legislatore.

La discontinuità rispetto alla giurisprudenza iniziale che aveva salvato gli *Überhangmandate*, tuttavia, si è verificata non nel 2012, come osservato, ma già in una sentenza precedente<sup>155</sup>, che ha in qualche misura anticipato il definitivo superamento delle iniziali pronunce del Tribunale sui mandati in eccedenza: nel 2008<sup>156</sup>, infatti il Tribunale ha dichiarato l’incostituzionalità del diverso, ma connesso, fenomeno del peso negativo del voto, a cui ha fatto seguito un intervento del legislatore, giudicato inidoneo nella pronuncia del 2012 a determinare il superamento del problema degli *Überhangmandate*. Sulla pronuncia di incostituzionalità del 2008 ha pesato la concreta manifestazione del paradosso del peso negativo del voto in occasione dell’elezione nel collegio elettorale di Dresda del 2005, quando prima dell’elezione si scoprì che qualora i (secondi) voti per la CDU avessero raggiunto una determinata quota (41.225), essa avrebbe ottenuto un seggio in meno, mentre se i voti si fossero mantenuti al di sotto di tale soglia il partito avrebbe avuto un seggio in più<sup>157</sup>. La vicenda può essere una prova ulteriore della influenza degli andamenti politici nella giurisprudenza del Tribunale.

Il peso della realtà costituzionale (*Verfassungswirklichkeit*) può inoltre essere avvertito anche nella sentenza del 2012 e, in particolare, nel passaggio in cui il Tribunale tenta di fondare il “distinguishing” rispetto alla sentenza del 1997, proprio a partire dalle mutate condizioni politiche (si cita ad es. l’aumento dei partiti), che peraltro non lasciano prevedere una diminuzione degli *Überhangmandate* quanto piuttosto un loro potenziale aumento (cfr. par. 48).

Al riguardo può essere interessante notare una linea di continuità tra il *Sondervotum* del 1997 e la decisione più recente, che consiste nella formulazione di un giudizio prognostico circa il probabile aumento degli *Überhangmandate*, prognosi che in entrambi i casi spinge i giudici (quelli dissenzienti nel 1997 e il Tribunale all’unanimità nel 2012) a ritenere incostituzionale un simile fenomeno, per la violazione del principio di eguaglianza del voto in uscita. In entrambi i casi, del resto, la Corte si era trovata di fronte ad un numero di mandati in soprannumero straordinario: alle elezioni del 1994 era stato raggiunto il più alto numero di *Überhangmandate* (16), mentre alle elezioni del 2009, dopo un calo negli anni successivi, i mandati in soprannumero erano improvvisamente risaliti, fino a raggiungere una nuova cifra record (24); ebbene il punto centrale è proprio il peso di questo fenomeno, dal momento che è il contributo al rafforzamento di una maggioranza assoluta ristretta o, addirittura il decisivo aiuto alla formazione di questa ad aver allarmato in entrambi i casi i giudici costituzionali<sup>158</sup>. In particolare, la violazione dell’art 38 GG, sotto forma di violazione della *Erfolgswertgleichheit* è dimostrata attraverso una

---

<sup>153</sup> Cfr. il *Sondervotum*: “I mandati in eccedenza non sono mandati diretti. Essi innalzano la composizione abituale del *Bundestag* e sono suddivisi tra le liste dei partiti”, par. 153.

<sup>154</sup> Cfr. ancora il *Sondervotum*, par. 184.

<sup>155</sup> Questa è la valutazione di J. Ipsen, *Wahlrecht im Spannungsfeld von Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2013, pp. 256 ss.

<sup>156</sup> BVerfG, sent. del 3 luglio 2008, 2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07.

<sup>157</sup> La conseguenza fu che gli elettori furono invitati a realizzare un *Stimmensplitting*, votando cioè per il candidato del collegio, ma affidando il secondo voto ad un altro partito.

<sup>158</sup> Qui tuttavia si potrebbe per assurdo affermare che gli *Überhangmandate* contribuiscono alla stabilità dei governi e quindi potrebbero integrare i requisiti richiesti dalla giurisprudenza costituzionale per tollerare le alterazioni del principio di proporzionalità e di eguaglianza del voto: sul punto anche Ipsen, che tuttavia ritiene che gli *Überhangmandate* possano al contempo mettere in pericolo la maggioranza di governo: cfr. Id., *Wahlrecht in Umbruch*, *Juristenzeitung*, 2002, 472.

contestualizzazione del principio in questione rispetto allo stato della competizione partitica nonché ricorrendo ad un argomento matematico, non inusuale peraltro nella dottrina tedesca in materia di diritto di voto, e cioè illustrando attraverso un calcolo aritmetico (con cui si evidenzia il “costo” in termini di voti di ogni seggio) la disuguaglianza dei voti realizzata dai mandati in sovrannumero e la conseguente intrusione nella *Chancengleichheit* dei partiti<sup>159</sup>. Lo stesso è avvenuto nella decisione del 2012, in cui il Tribunale si è avvalso di esperti matematici per la misura della violazione della *Chancengleichheit* dei partiti.

Pur presentando, quindi, tratti di continuità con l’opinione dissenziente del 1997, nella sentenza del 2012 il Tribunale tenta di collocare la decisione nel solco della propria giurisprudenza, affermando che la dichiarazione di incostituzionalità non contraddirebbe i propri precedenti, in quanto nella pronuncia del 1997 il salvataggio delle disposizioni che consentivano gli *Überhangmandate* era stato motivato anche considerando la misura della sproporzionalità da questi introdotta, mentre sarebbero le mutate condizioni a far ritenere quella misura non più costituzionalmente tollerabile. Il Tribunale così si allinea alle posizioni dottrinali che non avevano ritenuto l’incostituzionalità in sé degli *Überhangmandate*, ma la loro concreta entità e, in particolare aderendo alla soluzione dei mandati compensativi (*Ausgleichmandate*), per cui sono incostituzionali i mandati in sovrannumero se non accompagnati da un meccanismo compensativo che ristori il pregiudizio dei partiti privi di mandati in eccedenza (accettando quindi la possibilità di un aumento dei seggi del *Bundestag*). Va detto, tuttavia, che l’ingerenza nella sfera del legislatore è ora massima, se si considera che il Tribunale non si limita a dichiarare l’incostituzionalità delle disposizioni contestate, invitando il legislatore a stabilire un eventuale tetto al numero di *Überhangmandate* consentiti ma si spinge fino a definire il loro numero massimo: anche considerando il fatto che nella dottrina e nella stessa giurisprudenza tedesca gli *Überhangmandate* sono stati definiti un regalo (*Ipsen*), o un premio (*Starck*), si potrebbe azzardare un parallelo, rilevando che è come se la Corte costituzionale nella sent. 1 del 2014 avesse definito la soglia del premio di maggioranza consentita, anziché limitarsi a dichiarare l’incostituzionalità della mancanza di una tale soglia minima<sup>160</sup>. Come il Tribunale giunga ad individuare in quindici unità il numero limite di *Überhangmandate* non sembra sufficientemente chiaro nella sentenza: al riguardo si adducono un argomento sistematico ed uno che rimanda all’intenzione del legislatore. Per il primo, si tratta di fare in modo che l’accesso di mandati in sovrannumero al *Bundestag* si fermi alla metà dei deputati necessari per costituire un gruppo parlamentare; quanto al secondo si afferma che il legislatore avrebbe inteso ridurre al minimo i mandati diretti.

In merito alla insufficiente argomentazione del Tribunale sul punto, pare cogliere nel segno la dottrina che ritiene la soluzione dei quindici mandati, un compromesso tra l’opzione “zero” – cioè l’incostituzionalità tout-court, sostenuta nella letteratura<sup>161</sup> – e il limite dei “trenta” mandati – individuato dall’opinione dei quattro giudici prevalenti nella sentenza del 1997<sup>162</sup>: tale limite (“Orientierungspunkt”) era stato individuato in base a considerazioni di carattere sistematico, e cioè collegando la sproporzionalità introdotta dagli *Überhangmandate* con un altro limite alla proporzionalità, rappresentato dalla clausola di sbarramento del 5%; qualora si consentisse ad un numero pari al 5% (30) dei membri del *Bundestag* di ottenere un seggio, si aggirerebbe la clausola di sbarramento stessa<sup>163</sup>.

Resta quindi l’impressione del peso nella decisione anche di considerazioni di politica costituzionale tese a scongiurare un prossimo aumento dei mandati in eccedenza senza un meccanismo di compensazione, ciò che può far interrogare circa la necessità di raggiungere un

<sup>159</sup> Cfr. il punto ee), sub 4): i quattro giudici dimostrano che per la CDU senza *Überhangmandate* per ogni seggio ci sarebbero voluti 69.353.000 voti mentre con gli *Übergangmandate* 65.942 e per la SPD rispettivamente 69.114 e 68.017.

<sup>160</sup> Il paragone ha tuttavia i suoi limiti, considerato che mentre il premio di maggioranza serve a rendere possibile la formazione di un governo, nel caso degli *Überhangmandate* tale evento è solo potenziale.

<sup>161</sup> Così ad es., M. Morlok, *Art. 38*, (“Sie sind unabhängig von ihrer Anzahl verfassungswidrig”), p. 997.

<sup>162</sup> Cfr. BVerfG, sent. del 9 novembre 2011, 2 BvC 4, 6, 8/10 (, 51, 222), punto IV, par. 115.

<sup>163</sup> Questa soluzione è peraltro criticata nella sentenza del 2012: cfr. il par. 151.

nuovo equilibrio: quello tra *Verfassungswirklichkeit* e *Einschätzungsprärogative*. Le maggiori critiche a questa giurisprudenza sui mandati in eccedenza si incentrano sulla delicata relazione tra legislatore e Tribunale, contestando talora il suo scarso contributo al miglioramento della legislazione<sup>164</sup>, talaltra di aver limitato eccessivamente la discrezionalità del legislatore<sup>165</sup>, talaltra ancora con maggiore veemenza l'aver agito con un intento addirittura punitivo, e cioè sanzionando il parlamento per non aver agito nel 2011 conformemente alla sentenza del 2008<sup>166</sup>: l'invito ad un "judicial self-restraint", che già in passato aveva riguardato altre sentenze del Tribunale in merito alla forma di governo (v. *supra*), investe ora apertamente anche la materia elettorale, come confermano le sentenze sulla clausola di sbarramento al parlamento europeo.

L'esito della vicenda, nonostante alcune persistenti critiche all'operato del legislatore che non investono tuttavia secondo la dottrina (almeno per ora) profili di costituzionalità<sup>167</sup>, e la pedissequa osservanza del legislatore del 2013 riequilibra le tensioni tra legislatore e Tribunale, risolvendo di fatto l'annosa vicenda dei mandati in eccedenza mediante l'istituto dei mandati compensativi<sup>168</sup>. L'aderenza del legislatore a quanto stabilito dal Tribunale invita inoltre ad interrogarsi sulla legittimità, da un lato, e sulle potenzialità, dall'altro, di una "alternativa" offerta dalla giurisdizione costituzionale in sede di sindacato e se cioè essa debba essere interpretata come un ulteriore restringimento della discrezionalità del legislatore oppure come un contributo allo sviluppo di una legislazione costituzionalmente orientata.

*7.2. Le clausole di sbarramento per le elezioni al Parlamento europeo nella giurisprudenza tedesca e nella sentenza della Corte costituzionale n. 110 del 2015.* – L'intreccio tra eguaglianza del voto e rapporto tra giudice costituzionale e legislatore dall'altro si fa ancora più complesso nella giurisprudenza relativa alle clausole di sbarramento per le elezioni del Parlamento europeo: agli interrogativi circa la persistente vigenza di un fondato limite alla eguaglianza del voto, si sovrappongono infatti le incertezze relative al processo di integrazione europea, dalle funzioni dei suoi organi e le relazioni che tra essi intercorrono fino alla natura stessa dell'Unione e alle ricostruzioni del diritto costituzionale europeo. In questo senso, infatti, possono essere lette le sentenze del Tribunale del 2011 e del 2014, con cui sono state dichiarate incostituzionali le clausole di sbarramento, rispettivamente, del 5%<sup>169</sup> e del 3%<sup>170</sup>. Questa giurisprudenza assume particolare

---

<sup>164</sup> Così J. Ipsen, *Wahlrecht im Spannungsfeld*, cit. che definisce la giurisprudenza del Tribunale "Nicht hilfreich".

<sup>165</sup> Cfr. Tomuschat, *German's Mixed electoral system*, cit., che parla di "total elimination of legislative discretion".

<sup>166</sup> Così V.M. Haug, *Das Bundesverfassungsgericht als Gesetzgeber*, cit., p. 673: "Nell'attuale decisione del Tribunale costituzionale si avverte l'irritazione nei confronti del legislatore il quale nonostante il fin troppo generoso termine di adeguamento (alla precedente decisione n.d.a.), non ha realizzato una riforma radicale ma si è limitato ad un intervento minimalista".

<sup>167</sup> Cfr. ad es. J. Behnke, *Das neue Wahlgesetz im Test der Bundestagswahl 2013*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 2014, 17 ss.

<sup>168</sup> Si veda l'intervista di A. De Petris al Prof. Pukelsheim in *Cambiare perché tutto resti com'era? La nuova legge elettorale per il Bundestag*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2013. Sulla giurisprudenza costituzionale tedesca in materia di *Überhangmandate* e l'intervento successivo del legislatore cfr. anche A. Di Martino, *La dottrina tedesca*, cit.

<sup>169</sup> BVerfG, sent. del 9 novembre 2011, 2 BvC 4, 6, 8/10 (BVerfG, 129, 300, *Fünf-Prozent-Sperrklausel EuWG*). Per una valutazione di questa giurisprudenza cfr., per una prospettiva diversa, i lavori pubblicati su *Juristenzeitung*, vol. 2, 2012: M. Morlok, *Chancengleichheit ernstgenommen. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgericht zur Fuenf-Prozent Klausel bei der Europaeischen Parlament*, pp. 76 ss. e C. Schoenberger, *Das Bundesverfassungsgericht und die Fuenf-Prozent-Klausel bei der Wahl zum Europaeischen Parlament*, 2012, pp. 80 ss; molto critico il giudizio di R. Wendt, *Sperrklauseln in Wahlrecht*, cit., 443 ss.; in italiano si veda G. Delledonne, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara incostituzionale la clausola di sbarramento del 5%: un(altro) ritorno al Sonderweg?*, in *Rivista AIC*, 1/2012.

<sup>170</sup> BVerfG, sent. del 26 febbraio 2014 2 BvE 2/13. Cfr. M. Kotzur, *Ein (Bären-)Dienst an der Europäischen Demokratie? Zur Aufhebung der Drei-Prozent-Sperrklausel im Euopawahlrecht*, in *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 2014, 259 ss.; R. Wernsmann, *Verfassungsfragen der Drei-Prozent-Sperrklausel im Europawahlrecht*, in *Juristenzeitung*, 2014, 23 ss; T. Felten, *Durfte das Bundesverfassungsgericht die Dre-Prozent-Huerde bei der Europawahl ueberpruefen?* in *Europarecht*, 2014, 298 ss.; B. Grzeszick, *Wahlrecht: ist das Reform vor dem Reform?* in *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 2014, 239 ss.; utili anche i commenti pubblicati in [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de) di Lensky, Steinbeis, Ruffert, Mayer, nonché gli interventi su [www.mehrdemokratie.de](http://www.mehrdemokratie.de).

rilievo in una prospettiva comparata e di riflessione sulle interdipendenze istituzionali che si sviluppano nel costituzionalismo europeo: occorrerà quindi seguirne gli eventuali sviluppi negli altri Stati membri dell'Unione che adottano clausole di sbarramento per le elezioni europee. Per quanto concerne l'ordinamento italiano, invece, la recente sentenza della Corte costituzionale n. 110 del 2015, avendo deciso per l'inammissibilità della questione, non offre, rispetto alla giurisprudenza tedesca che si analizzerà, ulteriori elementi di riflessione sul principio della eguaglianza del voto tra discrezionalità legislativa e sindacato di costituzionalità e sulla relazione di quel principio con gli assetti istituzionali europei<sup>171</sup>. Ci si limiterà dunque a richiamare l'attenzione sul rifiuto di sollevare il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia che accomuna le decisioni della Corte italiana del 2015 e del Tribunale tedesco del 2014.

In Germania, peraltro, l'*overruling* della decisione del 1979<sup>172</sup> realizzato dalla sentenza del 2011 – anche in considerazione della infrequenza dei mutamenti giurisprudenziali da parte del Tribunale – potrebbe essere un ulteriore segnale di un cambio di passo del Tribunale costituzionale in materia elettorale che da qualche anno a questa parte avrebbe abbandonato l'approccio prudente<sup>173</sup> che caratterizza i suoi interventi in materia elettorale per limitare più energicamente la c.d. *Einschätzungsprärogative* del legislatore<sup>174</sup>.

Un intervento maggiore del Tribunale in questa materia in effetti pare riconoscibile<sup>175</sup>. Occorre tuttavia rilevare che nella “macroarea” della materia elettorale pare opportuno continuare a distinguere l'attivismo della Corte a seconda del problema di incostituzionalità trattato<sup>176</sup> (o meglio a seconda dell'assemblea elettiva coinvolta), potendosi tuttora riscontrare interventi più marcati in merito agli *Überhangmandate* e più deferenti in relazione alle clausole di sbarramento, la cui abolizione o riduzione in nome dell'eguaglianza del voto rischia di pregiudicare la stabilità dell'indirizzo politico<sup>177</sup>: l'attivismo sui mandati in eccedenza quindi pare distinguibile da quello sulle clausole di sbarramento, che pregiudicano la stabilità dei governi. Anche perché se di un rinnovato attivismo può parlarsi, si potrebbe giungere ad intravedere un intervento del Tribunale sulle clausole di sbarramento a livello nazionale, ciò che invece sembra del tutto non ipotizzabile al momento, ancorché il ragionamento del Tribunale non sia ineccepibile. Allora se in relazione a questa nuova giurisprudenza sulle elezioni europee di attivismo si vuole parlare, ci si può domandare se esso più che essere vicino a quello in materia elettorale, non sia semmai espressione di quello relativo alle pronunce del Tribunale sul processo di integrazione europea in cui, come si è

---

<sup>171</sup> Con la sentenza n. 110 del 2015, la Corte ritiene che il giudice rimettente non abbia adeguatamente motivato la sua ordinanza (Tribunale di Venezia, ord. del 9/05/2014, Reg. ord. n. 136 del 2014), com'era stato, peraltro, già attentamente rilevato in dottrina (cfr. S. Lieto, *Sulla questione di legittimità costituzionale della «soglia di sbarramento» della legge elettorale per il Parlamento europeo*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2014, p. 2 e S. Staiano, *La vicenda del giudizio sulla legge elettorale crisi forse provvisoria del modello incidentale*, in *Rivista AIC*, 2/2014, p. 5).

<sup>172</sup> BVerfG, sent. del 22 maggio 1979, 2 BvR 193, 197/79 (BVerfG, 51, 222, *5%-Klausel*) in cui il Tribunale non rilevava l'incostituzionalità della clausola del 5% per le prime elezioni del parlamento europeo, duramente criticata da Meyer, *Wahlgrundsätze, Wahlverfahren, Wahlprüfung*, in Isensee, P. Kirchhof, (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts*, cit., p. 567-568; cfr. nt. 153 per una indicazione dei commenti alla sentenza.

<sup>173</sup> Ancor più netto il giudizio di F. Palermo, *La giurisprudenza costituzionale tedesca nel biennio 2003-2004, Giurisprudenza costituzionale*, pp. 4278, che, nel 2005, parlava di “assoluta deferenza” da parte del Tribunale rispetto alle scelte del legislatore

<sup>174</sup> In tale ordine di idee si colloca di recente G. Delledonne, *Il Bundesverfassungsgericht*, cit., laddove si sofferma sul tema dell'attivismo della Corte in questa materia affermando che “la sentenza rappresenta una sicura conferma della tendenza attivista dei giudici costituzionali nella materia elettorale”. Cfr. tuttavia F. Palermo, cit., il quale anche in relazione alle ultime pronunce parla di deferenza del Tribunale.

<sup>175</sup> Si pensi alle sentenze sull'incostituzionalità della legge elettorale dello Schleswig Holstein, e la conseguente ripetizione delle elezioni e il cambio di giurisprudenza sugli *Überhangmandate*.

<sup>176</sup> Così G. Strohmeier, *Das Bundesverfassungsgericht zwischen judicial restraint und judicial activism – Eine kritische Analyse am Beispiel der Rechtsprechung zum Wahlrecht*, in A. Gallus, T. Schubert (a cura di), *Deutschen Kontroversen: Festschrift für Eckhard Jesse*, Nomos, Baden-Baden, 2013, pp. 283 ss.

<sup>177</sup> Distingue gli interventi in materia elettorale tra giudizi in merito agli *Überhangmandate* e *Sperrklauseln*, G. Strohmeier, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit.

segnalato, l'approccio è stato "quite activist and relatively unusual"<sup>178</sup>: si potrebbe quindi parlare, accogliendo tale prospettiva, di una proiezione dell'interventismo del Tribunale nelle questioni che riguardano i rapporti tra diritto costituzionale interno e diritto europeo nella materia elettorale. In altri termini il dubbio sul recente attivismo del Tribunale sulle clausole di sbarramento europee è che esso rappresenti non tanto un'esigenza di approfondimento dei principi costituzionali in materia elettorale, quanto il portato della sua giurisprudenza sull'integrazione europea. In questa prospettiva pare inquadrabile anche il dubbio di Kotzur e Heidrich che affermano plasticamente: "Ist das Gericht seither [dal 1979 n.d.a.] mutiger in Sachen Demokratie, oder kritischer in Sachen europäischer Integration geworden?"<sup>179</sup>.

Difficilmente la decisione potrà avere effetti nell'ottica di un riequilibrio del deficit di *Erfolgswertgleichheit* a livello nazionale determinato dalla presenza dell'alta clausola di sbarramento: è sufficiente ricordare, a tale proposito, che entrambe le sentenze si basano, in sostanza, su una comparazione tra le funzioni del *Bundestag* e del Parlamento europeo ed è segnatamente in ragione del fatto che il secondo è diverso dal primo che la clausola di sbarramento non giustifica il pregiudizio all'eguaglianza del voto e alla *Chancengleichheit*.<sup>180</sup> Si potrebbe, tuttavia, segnalare che il mantenimento di due regimi di sbarramento diversi per le elezioni europee e per quelle del *Bundestag* pare alquanto problematico; in particolare ci si può interrogare sulla opportunità e sulle conseguenze che derivano dalla introduzione di due forme di rappresentanza politica, europea e nazionale, composte da soggetti politici potenzialmente distinti.

Inoltre, sempre in merito al rapporto tra legislatore nazionale ed europeo, invitano ad una seria riflessione le recenti proposte di revisione costituzionale avanzate da parte della dottrina<sup>181</sup> e da alcune forze politiche<sup>182</sup>, volte da un lato a garantire l'incolumità dello sbarramento per le elezioni al *Bundestag* (che tuttavia, come si è detto, non paiono in verità correre pericoli) e dall'altro a reintrodurre uno sbarramento al Parlamento europeo, a seguito della seconda sentenza del 2014 che ha dichiarato l'incostituzionalità anche della clausola del 3%: ebbene, se si seguisse la strada di una revisione costituzionale per superare il vizio di incostituzionalità, il pregiudizio delle minoranze potrebbe essere notevole. Infatti, una eventuale modifica alla costituzione potrebbe essere approvata, almeno in seno al *Bundestag*, senza lasciare alcuno spazio alla minoranza, che occupa attualmente meno del 20% dei seggi in ragione della duplice forza che opera in senso maggioritario composta dalla clausola di sbarramento del 5% (che impedisce a priori l'accesso dei partiti minoritari) e del governo di grande coalizione (che emargina a posteriori, cioè dopo le elezioni, le minoranze).

Si possono sintetizzare le linee di frattura tra le sentenze del Tribunale e suoi critici, in due gruppi di problemi principali: l'intensità del sindacato di costituzionalità nella discrezionalità del legislatore e il rapporto tra questa giurisprudenza e gli assetti istituzionali dell'Unione. Una valutazione del primo aspetto richiede di considerare quali condizioni hanno reso possibile il mutamento di giurisprudenza del Tribunale: da questo punto di vista, con riferimento alla prima sentenza, ora si elogia il Tribunale per la sua *Wirklichkeitsorientierung*<sup>183</sup> – e cioè per aver prestato attenzione alla prassi della vita politica all'interno del Parlamento europeo – ora al

---

<sup>178</sup> Cfr. C. Möllers, *Scope and legitimacy of Judicial Review*, cit., che considera la giurisprudenza in materia di integrazione europea, accanto alle sentenze sull'aborto e lo scioglimento del *Bundestag* (, 2 BvE 1, 2, 3, 4/83, , 62,1 *Bundestagsaufloesung I*), dei *case studies* per una valutazione dell'attivismo di Karlsruhe.

<sup>179</sup> [Dal 1979 ad oggi il Tribunale è divenuto più coraggioso nelle questioni attinenti alla democrazia oppure è divenuto più critico negli aspetti relativi all'integrazione europea" ] M. Kotzur, F. Heidrich, *Ein(Bären) Dienst*, cit., 261,

<sup>180</sup> BVerfG, sent. del 9 novembre 2011, 2 BvC 4, 6, 8/10 (BVerfG, 129, 300, *Fünf-Prozent-Sperrklausel EuWG*), il punto centrale si trova al par. 118. Cfr. anche la decisione del 2014 spec. par. 72 ss.

<sup>181</sup> Cfr. l'intervista ad H. J. Papier, su *Die Welt*, 8.3.2014, *Papier sieht Fünf-Prozent-Klausel in Gefahr*, che afferma rispetto al Parlamento europeo: "con una revisione costituzionale si potrebbe reintrodurre anche la soglia di sbarramento del 3%".

<sup>182</sup> Cfr. FAZ del 10 marzo 2014, G. Banas, *Verfassungsänderung Fünfprozenthürde ins Grundgesetz?*, www.faz.net.

<sup>183</sup> Così M. Morlok, *Chancengleichheit ernstgenommen*, cit., p. 78.

contrario, si ritiene insufficientemente giustificato il cambio di indirizzo e una non sufficientemente giustificata limitazione della discrezionalità del legislatore<sup>184</sup>. Comune alle sentenze del 2011 e del 2014 lungo questo versante è un altro profilo problematico e cioè quello della c.d. “Gesetzgebung in eigener Sache”<sup>185</sup>, per cui quando il Parlamento è chiamato a disciplinare materie che lo riguardano direttamente, come la legge elettorale, l’interesse della collettività corre il rischio di essere sacrificato e ciò impone, secondo il Tribunale, uno “strikt(en) verfassungsrechtlich(en) Kontrolle”<sup>186</sup>. In effetti, il sospetto che i partiti più forti intendano mantenere una posizione di vantaggio sui partiti più piccoli coglie nel segno – ed è coerente con l’approccio realista del Tribunale – e non pare sufficientemente scalfito dal voto particolare del giudice Müller che rileva l’imprecisione dell’accostamento di quella dottrina al caso di specie, dal momento che la legge in questione disciplina le elezioni per il Parlamento europeo.

Quanto al secondo aspetto, invece, il Tribunale afferma che la compressione del principio di eguaglianza del voto e pari partecipazione dei partiti non può essere giustificata solo in base ad un giudizio prognostico secondo cui il Parlamento europeo possa subire un pregiudizio rispetto alla sua capacità di funzionamento<sup>187</sup>.

Rispetto alla valutazione delle funzioni del Parlamento europeo, nonostante le contrarie premesse del Tribunale, sembra in effetti profilabile il rischio di una sovrapposizione di categorie costituzionalistiche al sistema istituzionale dell’Unione europea, laddove il Parlamento europeo viene analizzato e confrontato con le funzioni e il ruolo di un parlamento nazionale (rilevando ad esempio l’assenza di un vero dualismo opposizione/maggioranza e il mancato conferimento della fiducia ad un governo)<sup>188</sup>. Al netto della fondatezza dei rilievi espressi nelle sentenze<sup>189</sup>, ci si può chiedere infatti se la capacità di funzionamento del parlamento europeo possa ridursi ad una valutazione “intraorganica”, e cioè limitata allo stesso organo parlamentare e non debba invece estendersi ai rapporti tra il Parlamento europeo e le altre istituzioni: nell’ambito del triangolo decisionale dell’Unione<sup>190</sup>, un indebolimento della capacità di funzionamento del Parlamento, infatti, anziché contribuire a parlamentarizzare il sistema politico europeo, rischia di affievolire l’istanza democratica dell’organo rappresentativo dei cittadini europei di fronte a quella dell’Unione (Commissione) e degli Stati (Consiglio)<sup>191</sup>.

Un lungo filone di critiche lamenta quindi una interpretazione immatura del processo di integrazione europea da parte del Tribunale, la cui pronuncia rappresenterebbe il proseguimento naturale della sentenza sul Trattato di Lisbona sul terreno elettorale<sup>192</sup>, rilevandosi in primo luogo una raffigurazione errata del ruolo e delle funzioni del Parlamento europeo<sup>193</sup> e, più in generale, la

---

<sup>184</sup> Cfr. il *Sondervotum* di Di Fabio e Mellinshoff al par. 155.

<sup>185</sup> Su cui cfr. *supra* nota 49. Si soffermano su questo profilo M. Kotzur, F. Heidrich, *Ein(Bären) Dienst*, cit., p. 269. Come afferma H. Meyer, *Demokratische Wahl und Wahlsysteme*, cit., “Nell’ambito della legislazione, la maggioranza elettorale non è mai così tanto legata a disciplinare una materia di proprio interesse come nella legislazione elettorale; in quest’ambito, infatti, è in questione la sua stessa esistenza in quanto maggioranza”, p. 540.

<sup>186</sup> BVerfG, sent. del 9 novembre 2011, 2 BvC 4, 6, 8/10 (BVerfG, 129, 300), par. 59.

<sup>187</sup> Cfr. il par. 112 della decisione del 2011 e il par. 65 della decisione del 2014.

<sup>188</sup> Peraltro, nel medesimo errore pare essere incorso il Tribunale di Venezia nella sua ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale.

<sup>189</sup> Su cui v. C. Schoenberger, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit.

<sup>190</sup> Cfr. S. Roland, *Le triangle décisionnel communautaire à l’aune de la théorie de la séparation des pouvoirs: Recherches sur la distribution des pouvoirs législatif et exécutif dans la communauté*, Bruylant, 2009, *passim*.

<sup>191</sup> In questo senso anche T. Felten, *Das Bundeversfassungsgericht* cit., p. 318.

<sup>192</sup> Così C. Schoenberger, *Das BVerfGe*, cit., spec. 85-86 (“Die fehlende wahlrechtliche Institutionsorge im vorliegenden Urteil ist das *praktische Gegenstück* zum damaligen (riferendosi alla sent. Lissabon) staatstheoretischen Abwertungsversuch”).

<sup>193</sup> Cfr. A. Manzella che parla di un “parlamento europeo minorato”, in *La Repubblica*, 11 marzo 2014 e conclude con un giudizio durissimo: “Al posto della “responsabilità per l’integrazione” di cui parla l’articolo 23 della costituzione tedesca, batte oggi in Germania (persino contro il Bundestag e la sua Cancelliera) un cuore di tenebra antieuropeo: minaccia molto più grave, per l’Unione, degli elettori che a maggio le voteranno contro”.

sua “introversione”<sup>194</sup>, nonché la sua mancata assunzione di responsabilità per il proseguimento del cammino europeo, verso il quale anzi dimostrerebbe una manifesta resistenza<sup>195</sup>.

Si può aggiungere rispetto a tali condivisibili perplessità, che diversa sarebbe stata la valutazione di questa giurisprudenza qualora si fosse argomentato a partire dal rafforzamento delle istanze di democraticità dell’Unione europea e di un approfondimento dei diritti costituzionali in un’ottica multilivello e neppure sembra sostenibile che la decisione rafforzi il principio democratico: anzi con un colpo solo il Tribunale blindava nuovamente la clausola di sbarramento per le elezioni nazionali e sradica definitivamente quella per le elezioni europee. Del resto si tratta di una giurisprudenza in cui la diffidenza per il processo di costituzionalizzazione dell’Unione europea appare funzionale a rafforzare gli strumenti costituzionali interni.

Dalla giurisprudenza del Tribunale tedesco (non solo quella relativa alla materia elettorale ma anche quella relativa all’integrazione europea) emergono infine segnali di rilievo in vista di una ipotetica adozione di “rimedi europei” in relazione alla disomogeneità delle formule elettorali per l’elezione del Parlamento europeo: la prima riguarda l’eventualità di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia mentre la seconda l’adozione di una procedura uniforme ai sensi dell’art. 223 TFUE.

Con riguardo alla prima, il Tribunale costituzionale, nella sentenza del 2014, esclude la possibilità di sollevare il rinvio pregiudiziale sostenendo che l’art. 3 del c.d. atto di Bruxelles<sup>196</sup> – così come modificato dalla Decisione 202/772 CEE<sup>197</sup> – prevede chiaramente che gli Stati “possono” e non “devono” introdurre delle clausole di sbarramento fino al 5%. Al riguardo è interessante notare che tanto il Tribunale di Venezia, nell’ordinanza di rimessione, quanto la Corte costituzionale, nella sentenza n. 110 del 2015, hanno del pari rigettato la richiesta di un rinvio pregiudiziale avanzata dai ricorrenti: in particolare, la Corte italiana, similmente a quanto rilevato dal Tribunale tedesco, ribadisce la facoltatività delle soglie di sbarramento e per l’effetto rigetta la richiesta, “non sussistendo dubbi di sorta sull’esatto significato dell’evocata previsione del diritto dell’Unione europea, né integrando la previsione stessa in alcun modo il parametro di costituzionalità”. Al contrario, secondo i ricorrenti, la facoltatività della clausola di sbarramento non elimina la pregiudizialità della questione, posto che una eventuale – ancorché remota – dichiarazione di incompatibilità dell’art. 3 dell’atto di Bruxelles da parte della Corte di giustizia con i principi del diritto dell’Unione europea impedirebbe agli Stati membri di continuare a far ricorso alla soglia di sbarramento in questione. Ebbene, il dubbio sollevato dai ricorrenti non appare del tutto peregrino e trova conforto anche nella dottrina tedesca che ha criticato la scelta analoga fatta dal Tribunale del 2014<sup>198</sup>: esso, invero, investiva non già l’interpretazione della norma nazionale rispetto alla disciplina europea, né dell’art. 3 dell’atto di Bruxelles in sé (che come detto è disposizione facoltizzante per gli Stati membri) ma la conformità di tale ultima disposizione rispetto ai principi rilevanti dell’Unione europea<sup>199</sup>. Posta in questi termini, la richiesta di investire di un rinvio pregiudiziale (di validità) la Corte di Giustizia pare tutt’altro che superflua e avrebbe potuto

---

<sup>194</sup> Così ancora C. Schoenberger, *Das BVerfG*, cit., p. 85.

<sup>195</sup> Cfr. R. Wendt, *Sperrklauseln*, cit., p. 448 che parla di “una sentenza contro il Parlamento europeo”.

<sup>196</sup> Atto relativo all’elezione dei rappresentanti al Parlamento europeo a suffragio universale diretto, allegato alla decisione 76/787/CECA, CEE, Euratom.

<sup>197</sup> Cfr. l’art. 2 bis della Decisione del Consiglio, del 25 giugno 2002 e del 23 settembre 2002.

<sup>198</sup> Cfr. T. Felten, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., spec. p. 316, secondo cui, in particolare, l’art. 3 dell’atto di Bruxelles, viola il principio di eguaglianza del voto così come è desumibile dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri ai sensi dell’art. 6 TUE. Secondo R. Wernsmann, *Verfassungsfragen*, cit. p. 24 la clausola di sbarramento violerebbe l’art. 10 TUE. Infine, anche M. Kotzur, F. Heidrich, *Ein (Bären) Dienst*, cit., p. 266, si sono pronunciati in favore di un possibile rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

<sup>199</sup> In particolare vengono in considerazione il principio dell’eguaglianza del voto, ancorché non esplicitamente previsto, ricavabile attraverso alcune disposizioni del TUE (cfr. spec. art. 6, art. 10, par. 2, art. 14, par. 2 e 3) e della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (cfr. spec. art. 39, par. 2). I ricorrenti, nella memoria di costituzione (<http://www.felicebesostri.it/wp-content/uploads/2015/02/MEMORIAcostituzioneconsultaeuropellumveneziadef.pdf>) dinanzi alla Corte costituzionale, avevano sostenuto che la natura della clausola, facoltativa e variabile a seconda dei contesti nazionali, determina una discriminazione tra cittadini dell’Unione, penalizzando gli Stati più popolosi.

essere di beneficio per l'intera Unione. Pur non essendo questa la sede per un approfondimento sul merito della questione, una eventuale pronuncia del giudice europeo sul punto avrebbe potuto contribuire ad illustrare i principi europei in materia elettorale e, eventualmente, senza comprimere eccessivamente il margine di apprezzamento nazionale, a profilare alternative di disciplina delle soglie di sbarramento per le elezioni del Parlamento europeo ulteriori rispetto alla mera clausola abilitante per gli Stati membri di fissare tali soglie fino alla misura massima del 5%<sup>200</sup>.

Quanto al secondo rimedio, se la possibilità di una disciplina uniforme per le elezioni del Parlamento europeo, ancorché remota, prendesse effettivamente corpo e si adottasse una procedura tendenzialmente omogenea con clausola di sbarramento obbligatoria per gli Stati membri, il Tribunale potrebbe essere nuovamente chiamato a pronunciarsi: a quel punto, la possibilità di azionare l'art. 79, comma 3 GG, potrebbe costituire un nuovo limite ad una tale evoluzione del Parlamento europeo e, più in generale, al processo di democratizzazione degli assetti istituzionali europei<sup>201</sup>.

8. *Considerazioni conclusive: la recente giurisprudenza costituzionale italiana in materia elettorale alla luce della esperienze straniere.* – Il percorso sin qui condotto ha affrontato temi e vicende anche molto distanti e la scelta sarebbe senza dubbio potuta ricadere su altri problemi, altre esperienze, altri conflitti. Tuttavia, la diversità dei temi trattati può ritrovare una unità di fondo nei molteplici profili di novità contenuti nella trama argomentativa della sentenza n. 1 del 2014, la quale davvero pare rappresentare uno stimolo fecondo per chi voglia approfondire secondo un approccio di tipo comparativo, il sindacato di costituzionalità sulla materia elettorale. Percorre trasversalmente il vasto materiale esaminato, la tensione tra il “principio di costituzionalità”<sup>202</sup>, che preme affinché possa esercitarsi un controllo delle norme elettorali rispetto ai parametri costituzionali e il riconoscimento della discrezionalità legislativa, in pericolo quando quel tentativo irrigidisce eccessivamente lo svolgimento del processo politico. Nel corso del lavoro si è visto come le tensioni che ruotano intorno al dibattito sulla legittimazione dei giudici costituzionali si snodino nei diversi stadi del sindacato di costituzionalità, dalla possibilità di accesso delle questioni elettorali alla giustizia costituzionale, alla interpretazione dei parametri costituzionali, fino agli effetti che derivano dalle pronunce sulle norme elettorali. A questo riguardo il confronto con altre esperienze costituzionali permette di arricchire il dibattito sulle funzioni e i limiti del sindacato di costituzionalità in materia elettorale che appare soggetto a ripetute potenzialità trasformative. Del resto, le due esperienze costituzionali a cui si è prestata maggiore attenzione, gli Stati Uniti e la Germania, sono indicative degli assetti provvisori che in questa materia si raggiungono: nel caso statunitense, nonostante la risalente affermazione della *justiciability* della materia elettorale<sup>203</sup>, in anni non lontani si è tornati a discutere della legittimazione della Corte suprema proprio su una controversia attinente le elezioni<sup>204</sup>. Ancor più di recente, peraltro, la Corte Suprema ha eliminato un importante istituto volto a contrastare la discriminazione razziale in materia elettorale negli Stati del Sud<sup>205</sup>. Nell'ordinamento tedesco, al contrario, l'iniziale deferenza dimostrata dal Tribunale nelle questioni attinenti l'elezione dei membri del *Bundestag*, pare rivelare di recente uno slittamento verso un più marcato intervento in tale materia.

---

<sup>200</sup> Peraltro, ulteriori perplessità rispetto al rifiuto di sollevare il rinvio possono profilarsi qualora si acceda alla tesi che ritiene configurabile la Corte costituzionale alla stregua di un'autorità di ultima istanza. Sul punto cfr. quanto rilevato da G. Repetto, *La Corte costituzionale effettua il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE anche in sede di giudizio incidentale: non c'è mai fine ai nuovi inizi (sull'ordinanza n. 207 del 2013 della Corte costituzionale)* in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it).

<sup>201</sup> In questo senso si esprime T. Felten, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., pp. 319-320.

<sup>202</sup> Così G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, 1988, p. 57. L'espressione ritorna, per la verità, in poche sentenze della Corte costituzionale: 387/1996, 206/2004; 1/2014; 162/2014; 110/2015.

<sup>203</sup> Cfr. *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

<sup>204</sup> Cfr. *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

<sup>205</sup> Cfr. *Shelby County v. Holder* 570 U.S. (2013).

Nel contesto italiano, per quanto attiene ai profili dell'accesso, l'innovazione compiuta dalla sentenza n. 1 del 2014 e l'apertura del sindacato di costituzionalità ad un ambito normativo ad esso tradizionalmente sfuggente, non consente di sottovalutare la persistenza del problema dell'ammissibilità delle questioni di legittimità vertenti sulle leggi elettorali. Nella prima occasione successiva alla sentenza sulla legge n. 270/2005, la Corte ha escluso la ricevibilità della questione di legittimità costituzionale relativa alla soglia di sbarramento per l'elezione dei parlamentari europei spettanti all'Italia (Corte cost. 110/2015). Ebbene, se è vero che con tale pronuncia il giudice costituzionale si è potuto riallacciare alla giurisprudenza precedente, si può forse resistere alla tentazione di leggere una discontinuità tra le due pronunce. A prima vista, invero, nella sentenza sulle elezioni per il parlamento europeo, trova conforto la tesi dell'eccezionalismo che ha condotto allo "sblocco" dell'annosa vicenda relativa alla costituzionalità della legge elettorale previgente. In questa prospettiva, si è quindi sostenuto che il diverso esito della pronuncia del 2015 rispetto a quanto deciso l'anno precedente, sia funzionale a "ridimensionare il valore di precedente della sentenza relativa alla legge Calderoli" e ad allontanare il rischio di un eccesso di ordinanze di rimessione in materia elettorale<sup>206</sup>. Senz'altro, a seguito di questa pronuncia, le future ordinanze di rimessione in materia elettorale dovranno sottoporsi ad uno sforzo argomentativo maggiore in punto di rilevanza rispetto a quanto fatto nell'ordinanza del Tribunale di Venezia<sup>207</sup>.

A ben vedere, tuttavia, non possono essere facilmente evasi i dubbi circa la diversità della censura e dell'oggetto che sono alla base della pronuncia del 2014 e di quella del 2015. In effetti, nella sentenza sull'elezione del parlamento europeo, la Corte lascia intendere lo stretto legame che sussiste tra la lesione del diritto di voto la disciplina elettorale di cui si discute. Così il controllo sull'ammissibilità diviene più penetrante nel caso in cui non esistano rimedi giurisdizionali (potrebbe parlarsi in tal caso di uno "strict scrutiny")<sup>208</sup>. A tal riguardo è opportuno richiamare l'attenzione sull'analisi della Corte sulla c.d. "zona franca", considerata la decisività che essa assume per determinare l'accesso di una questione al sindacato di costituzionalità: infatti, si legge nella sentenza 110/2015 che nel caso della elezione dei parlamentari europei spettanti all'Italia eventuali doglianze sulle vicende elettorali possono esser fatte valere mediante i rimedi giurisdizionali previsti dalla legge<sup>209</sup> e in quella sede sollevare una questione di costituzionalità. Diversamente, nel caso delle elezioni per la Camera e il Senato, l'art. 66 Cost. impedisce al giudice comune il controllo dei risultati elettorali, incidendo tale parametro negativamente sul principio di costituzionalità. In sostanza, la Corte, a chiare lettere, include la possibilità che una determinata questione possa giungere al vaglio della Corte nell'ambito della valutazione dei requisiti di ammissibilità della stessa: "ai fini dell'ammissibilità della questione occorre, così, non soltanto che l'oggetto del giudizio principale e quello del giudizio di legittimità costituzionale non coincidano (ordinanze n. 56 del 2011, n. 17 del 1999), ma altresì che l'incertezza sulla effettiva portata del diritto di voto, derivante da una normativa elettorale in ipotesi costituzionalmente illegittima, sia destinata, altrimenti, a restare insuperabile, a causa dell'impossibilità che la relativa questione di costituzionalità venga sollevata secondo l'ordinaria via incidentale in un giudizio avente ad oggetto la vicenda elettorale" (cons. in dir. n. 3)<sup>210</sup>.

Se poi si volge lo sguardo alla interpretazione dei parametri costituzionali in materia elettorale, la sentenza n. 1 del 2014 introduce significativi elementi di discussione intorno al contenuto del principio di eguaglianza in materia elettorale, in particolare quando ad essere oggetto di scrutinio da

---

<sup>206</sup> Così S. Lieto, P. Pasquino, *Porte che si aprono e che si chiudono. La sentenza n. 110 del 2015*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it). Diversa invece la valutazione di M. Villone, *La legge 52/2015 (Italicum): da pochi voti a molti seggi*, in [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it), 1/2015 secondo cui "la sentenza 110/2015 da questo punto di vista non si pone in antitesi rispetto alla precedente 1/2014, anche se ne sottolinea in qualche modo l'unicità", p. 9.

<sup>207</sup> *Ibidem*.

<sup>208</sup> Cfr. il cons. in dir. n. 3.

<sup>209</sup> Cfr. artt. 41 e ss., legge 24 gennaio 1979, n. 18.

<sup>210</sup> Al riguardo si è sostenuto che una simile statuizione appare tanto più rilevante e di attualità, al punto che la decisione avrebbe aperto la strada ad una futura pronuncia sulla legge elettorale n. 55/2015 (così G. Buonomo, *Legge elettorale: l'Italicum e la Corte* in <http://www.mondoperaio.net/legge-elettorale-litalicum-e-la-corte/>).

parte delle Corti sia un sistema proporzionale. Il riferimento alla giurisprudenza costituzionale tedesca, innanzitutto – il cui richiamo deve aver rappresentato un passaggio particolarmente significativo nella scelta delle motivazioni, considerati i rarissimi riferimenti alle argomentazioni di giudici stranieri nelle sentenze della Corte<sup>211</sup> – è evidentemente funzionale a sostenere l'avanzamento della Corte sul problema della considerazione della eguaglianza del voto anche in uscita, negato da una giurisprudenza solida (la sent. 43 del 1961 citata dalla Corte) e carsicamente fattosi strada nelle pronunce più recenti, seppur con riferimento a questioni diverse da quelle oggetto della pronuncia 1/2014<sup>212</sup>: è con questa pronuncia tuttavia che i contorni della sua applicabilità in sede di valutazione delle limitazioni al diritto di voto di un sistema proporzionale si rendono più nitidi, aderendo all'ipotesi che l'eguaglianza elettorale possa avere "sfumature diverse" a seconda del sistema elettorale adottato e mediante l'enucleazione dei criteri per valutare l'ammissibilità della distorsione del rapporto voti/eletti<sup>213</sup>.

La Corte, dunque, offre alcuni parametri di valutazione della assenza di proporzionalità del voto, mentre sul nervo della questione, e cioè sulla misura della diseguaglianza costituzionalmente accettabile<sup>214</sup>, nell'argomentazione non si rintracciano indicazioni particolarmente esaustive, essendo la decisione rimessa alla discrezionalità politica; il tutto quindi pare reggersi sull'enunciato iniziale: "Il sistema elettorale, tuttavia, pur costituendo espressione dell'ampia discrezionalità legislativa, non è esente da controllo, essendo sempre censurabile in sede di giudizio di costituzionalità quando risulti manifestamente irragionevole".

Similmente a quanto argomentato dal Tribunale tedesco, la Corte cala la valutazione del principio di eguaglianza elettorale nella concretezza del contesto elettorale prefigurato dal legislatore, in modo da sindacare la *ratio* di un sistema elettorale e la sua razionalità interna<sup>215</sup>. Così la Corte afferma che se il legislatore adotta un sistema proporzionale non può essere compressa l'aspettativa di un certo risultato elettorale, falsato dalla modalità di attribuzione del premio di maggioranza. Tale esito permette alla Corte di ritenere compatibile l'estensione del sindacato anche all'eguaglianza del voto in uscita con il principio di neutralità della Costituzione rispetto al sistema elettorale<sup>216</sup>.

Ci si può interrogare, in conclusione, sul rapporto tra questa sentenza e la giurisprudenza tedesca. Come notato infatti nella sentenza "non si afferma un generale principio di eguaglianza del voto in "uscita" finora negato da una giurisprudenza costituzionale consolidata. Semmai si pretende

---

<sup>211</sup> Cfr. P. Ridola, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, cit.

<sup>212</sup> Cfr. spec. le riflessioni molto efficaci di E. Lehner, *Il diritto di voto dopo la conquista della "zona franca"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, pp. 54 ss., con riferimento alle sentenze 189 e 273 del 2012 che avrebbero determinato l'apertura della "breccia nel dogma dell'eguaglianza del voto" e G. Lodato, S. Pajno, G. Scaccia, *Quanto può essere distorsivo il premio di maggioranza? Considerazioni costituzionalistico-matematiche a partire dalla sent. n. 1 del 2014*, in *federalismi.it*, nota 10, con riferimento alla sentenza n. 189 del 2012. La Corte è tornata di recente a chiarire il significato della propria decisione in occasione della sent. 275/2014.

<sup>213</sup> Cfr. F. Lanchester, *Intervento*, in *Dibattito*, cit. che afferma: "per la prima volta la corte ha esplicitato alcuni parametri per confrontare qualsiasi innovazione al sistema elettorale risultante dall'opera di ablazione del precedente". Cfr. per una critica di questo sviluppo della giurisprudenza costituzionale A. Morrone, *L'eguaglianza del voto anche in uscita: falso idolo o principio?* in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, pp. 47 ss., secondo cui la Corte avrebbe prodotto un "overruling senza motivazione".

<sup>214</sup> Cfr. G. Lodato, S. Pajno, G. Scaccia, *Quanto può essere distorsivo il premio di maggioranza?*, cit.

<sup>215</sup> Così anche G. Brunelli, *Intervento*, in *Dibattito*, cit. che invita a ridimensionare le preoccupazioni circa la compressione della discrezionalità legislativa, p. 649. Cfr., inoltre G. Azzariti, *ivi*, in particolare per l'efficace espressione secondo "Dopo la sentenza n. 1 del 2014, la necessità di guardare oltre la governabilità "a tutti i costi" non rappresenta più solo una richiesta politica delle minoranze, ma costituisce un vincolo costituzionale imposto dalla necessità di garantire il rispetto della funzione rappresentativa dell'assemblea, nonché dell'eguale diritto di voto", p. 632.

<sup>216</sup> Cfr. invece A. Morrone, *L'eguaglianza del voto*, cit., secondo cui "una simile concezione dell'eguaglianza del voto renderebbe discrezionale qualsiasi decisione in materia di legge elettorale e costituzionalmente necessarie solo formule proporzionali", p. 53.

dal legislatore coerenza tra premesse assunte e conseguenze normative tratte”<sup>217</sup>. Ora, fermo restando che il passo in avanti verso il riconoscimento dell’eguaglianza in uscita è stato comunque fatto dalla Corte, in effetti il suo iter argomentativo non pare interamente sovrapponibile all’applicazione del principio dell’eguaglianza del voto che se ne è fatta in Germania. Innanzitutto la sentenza cita anche la consolidata giurisprudenza che esclude il voto in “uscita” e inoltre l’aggettivo “sfumature” riguardo all’eguaglianza induce a ritenere che la Corte abbia voluto applicare meno rigidamente il sistema binario adottato dalla Corte tedesca (maggioritario/*Zählwertgleichheit* vs. proporzionale/*Erfolgswertgleichheit*). Infatti le disposizioni impugnate sospette di incostituzionalità sono dichiarate incostituzionali in quanto “dettano una disciplina che non rispetta il vincolo del minor sacrificio possibile degli altri interessi e valori costituzionalmente protetti” (Corte cost. sent. 1/2014, cons. in dir., n. 3.1) e non superano il controllo di proporzionalità e di ragionevolezza. Se c’è stato un avvicinamento alla giurisprudenza del Tribunale tedesco, la Corte sembra aver trovato un autonomo itinerario argomentativo probabilmente più adatto ad una forma di governo caratterizzata da una maggiore mobilità del sistema elettorale<sup>218</sup>. Il tema richiama quanto era stato già osservato da Paladin<sup>219</sup> quando, a proposito del rapporto tra il principio d’eguaglianza in generale e l’eguaglianza in materia elettorale, affermava l’esigenza che “misure speciali adottate dal legislatore presentino un minimo di ragionevolezza, di attitudine al fine, d’interna coerenza” e a proposito della sentenza tedesca sulle clausole di sbarramento del 1952 rilevava come non fosse necessario il richiamo alla prevalenza, rispetto al principio di eguaglianza elettorale del “buon funzionamento del sistema democratico”: infatti, proseguiva Paladin, “quest’ultima istanza può farsi valere, non già perché si tratti di un principio più alto di quello dell’eguaglianza ... ma semplicemente perché l’eguaglianza in esame è relativa, vale a dire consente alle giustificate differenziazioni”<sup>220</sup>. Ci si domanda allora se ciò possa contribuire a chiarire il percorso della Corte visto in controluce rispetto alla giurisprudenza costituzionale tedesca: l’eguaglianza in uscita, infatti, appare il punto di arrivo eventuale della decisione che può scaturire all’esito del controllo di proporzionalità e ragionevolezza della misura elettorale particolare adottata. Essa, in altre parole, prende forma come conseguenza dell’applicazione dei criteri di proporzionalità e ragionevolezza anziché essere, come appare nelle pronunce tedesche, il punto di partenza del sindacato della Corte e l’immediato risvolto della scelta del legislatore di adottare un sistema elettorale.

---

<sup>217</sup> Così G. Brunelli, *Intervento*, in *Dibattito sulla sentenza n. 1 del 2014 dichiarativa dell’incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, p.

<sup>218</sup> Sul punto cfr. in particolare le considerazioni di M. Morlok, *Demokratie und Wahlen*, cit. p. 606.

<sup>219</sup> L. Paladin, *Il principio costituzionale di eguaglianza del voto*, cit., p. 312; pare interessante notare che Paladin si soffermò sulla conformità costituzionale dei limiti all’eguaglianza elettorale – pur negandone la accezione “in uscita”, aderendo alla dottrina italiana dominante – tra cui il premio di maggioranza rilevando che “non è forse impedita la possibilità di stabilire premi di maggioranza meno esorbitanti” (rispetto alla legge acerbo) e tuttavia riconoscendo che “tutti i premi in quanto tali diano (danno) luogo a manipolazioni dei sistemi elettorali e dunque rappresentino sensibili incoerenze del legislatore rispetto alle proprie premesse generali”, p. 314.

<sup>220</sup> *Ivi*.