

CORTE COSTITUZIONALE

SERVIZIO STUDI

Area di diritto comparato

**LE SOGLIE DI SBARRAMENTO PREVISTE PER
L'ELEZIONE DEL PARLAMENTO EUROPEO**

a cura di P. Passaglia

con contributi di

C. Bontemps di Sturco

C. Guerrero Picó

S. Pasetto

M.T. Rörig

C. Torrisi

settembre 2018

Avvertenza

La Corte costituzionale ha la titolarità, in via esclusiva, dei contenuti del presente documento.

La Corte costituzionale fa divieto, in assenza di espressa autorizzazione, di riprodurre, estrarre copia ovvero distribuire il documento o parti di esso per finalità commerciali. Il riutilizzo per finalità diverse è soggetto alle condizioni ed alle restrizioni previste nel contratto di licenza Creative Commons (CC by SA 3.0).

Per informazioni e richieste, si invita a contattare il Servizio Studi, scrivendo al seguente indirizzo email: servstudi@cortecostituzionale.it.

**LE SOGLIE DI SBARRAMENTO PREVISTE PER
L'ELEZIONE DEL PARLAMENTO EUROPEO**

INDICE

INQUADRAMENTO GENERALE

1. La scelta della formula proporzionale	7
2. La previsione di clausole di sbarramento	9
2.1. <i>La normativa eurounitaria</i>	9
2.2. <i>Le soluzioni nazionali</i>	10

CASI ED APPROFONDIMENTI

FRANCIA

La clausola di sbarramento e la sua operatività	15
--	-----------

GERMANIA

1. La clausola di sbarramento prima dei più recenti interventi del Tribunale costituzionale federale	19
2. La giurisprudenza costituzionale e l'incostituzionalità della clausola di sbarramento	20
2.1. <i>Le elezioni interne</i>	20
2.2. <i>Le elezioni europee</i>	26
2.2.1. <i>La giurisprudenza più risalente</i>	26
2.2.2. <i>La sentenza del 9 novembre 2011 (2 BvC 4/10, 2 BvC 6/10, 2 BvC 8/10)</i>	28
2.2.3. <i>La sentenza del 26 febbraio 2014 (2 BvE 2/13, 2 BvE 5/13, 2 BvE6/13, 2 BvE 7/13, 2 BvE 8/13, 2 BvE 9/13, 2 BvE 10/13, 2 BvE 12/13, 2 BvR 2220/13, 2 BvR 2221/13, 2 BvR 2238/13)</i>	32
3. L'impatto della nuova normativa eurounitaria	38

REGNO UNITO

Lo <i>European Parliamentary Elections Act 2002</i>	41
--	-----------

SPAGNA

1. L'assenza finora di clausole di sbarramento	43
2. La circoscrizione elettorale	44
2.1. <i>Il collegio unico nazionale</i>	44
2.1.1. La sentenza del Tribunale costituzionale n. 28/1991	45
2.1.2. Il parere del Consiglio di Stato del 24 febbraio 2009	47
2.2. <i>Le proposte di riforma che introducono un elemento di matrice autonomica nella ripartizione dei seggi</i>	48
2.2.1. Le proposte favorevoli all'introduzione della suddivisione del territorio nazionale in circoscrizioni elettorali (più o meno) coincidenti con le Comunità autonome	48
2.2.2. Le proposte tendenti a conciliare la maggiore proporzionalità tra voti e seggi del collegio unico nazionale con l'introduzione dell'elemento autonomico	50
3. L'impatto della nuova normativa eurounitaria	50
4. Cenni sulla giurisprudenza costituzionale riguardante le clausole di sbarramento	52

Inquadramento generale

di Paolo Passaglia

1. La scelta della formula proporzionale

Il testo originario dell'art. 1 della decisione 20 settembre 1976, n. 76/787/CECA/CEE/Euratom, non poneva alcun vincolo agli Stati in ordine alla formula elettorale, limitandosi ad imporre l'elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto.

Di contro, ai termini dell'art. 1, par. 1, dell'atto elettorale allegato alla decisione n. 76/787/CECA/CEE/Euratom, come sostituito dall'art. 1 della decisione 2002/772/CE/Euratom, «in ciascuno Stato membro, i membri del Parlamento europeo sono eletti a scrutinio di lista o uninominale preferenziale con riporto di voti di tipo proporzionale».

Di recente, è intervenuta la decisione (UE, Euratom) 2018/994 del Consiglio del 13 luglio 2018, la quale apporta qualche modifica di dettaglio al sistema, stabilendo che «[i]n ciascuno Stato membro, i membri del Parlamento europeo sono eletti come rappresentanti dei cittadini dell'Unione con sistema proporzionale, a scrutinio di lista o con voto singolo trasferibile» (art. 1, par. 1, dell'atto elettorale, come modificato), precisando altresì che «[g]li Stati membri possono consentire lo scrutinio di lista con voto di preferenza secondo le modalità da essi stabilite» (art. 1, par. 2).

A livello eurounitario è stata, dunque, imposta l'adozione di un sistema i cui esiti siano di tipo proporzionale, per quanto siano mutevoli, a seconda dei paesi, le forme attraverso le quali la (tendenziale) corrispondenza proporzionale tra il numero di voti ed il numero di seggi si realizza.

Tra gli elementi di differenziazione merita segnalare quello della struttura delle circoscrizioni elettorali. L'art. 2 del vigente testo dell'atto elettorale allegato alla decisione n. 76/787/CECA/CEE/Euratom stabilisce che, «in funzione delle loro specificità nazionali, gli Stati membri possono costituire circoscrizioni elettorali per le elezioni al Parlamento europeo o prevedere altre suddivisioni elettorali, senza pregiudicare complessivamente il carattere proporzionale del voto».

L'esigenza che i risultati dello scrutinio si conformino alla proporzionalità tra voti e seggi non impone, dunque, l'adozione di un collegio unico nazionale, che peraltro rappresenta l'opzione statisticamente più frequente, essendo riscontrabile

in ben 20 paesi¹: Austria, Bulgaria, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Portogallo, Repubblica ceca, Romania, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Svezia ed Ungheria.

A questo elenco deve, presumibilmente, aggiungersi la Germania, ove l'articolazione del collegio elettorale nazionale in vari distretti elettorali ha una rilevanza soltanto sul piano della gestione delle procedure elettorali. Si segnala, peraltro, la possibilità di presentare liste di candidati anche soltanto in un *Land*: di tale opportunità si avvalgono la CDU e la CSU, partiti tra loro collegati, nel senso che la prima si presenta in tutti i *Länder* eccetto quello bavarese, in cui si presenta la seconda; con riguardo agli altri partiti nazionali, la regola consolidata vede la presentazione di una unica *Bundesliste* in tutti i distretti elettorali. Resta, comunque, fermo il carattere unicamente nazionale del computo dei voti, tanto delle *Bundeslisten* quanto delle liste presentatesi in singoli *Länder* (eventualmente tra loro collegate).

In alcuni Stati, si è, invece, ritenuto opportuna una suddivisione del territorio nazionale in circoscrizioni elettorali. Le motivazioni principali che a ciò hanno condotto sono essenzialmente di ordine geografico o di ordine istituzionale.

Nella prima categoria rientrano l'Italia e la Polonia, dove un territorio relativamente esteso ha reso opportuna la suddivisione, rispettivamente, in cinque e, addirittura, in tredici circoscrizioni².

Alla seconda categoria si ascrivono certamente il Belgio e Cipro, paesi segnati da profonde divisioni di matrice linguistica e culturale.

Il Regno Unito, con le sue dodici circoscrizioni, è riconducibile, per certi versi, alla prima e, per altri, alla seconda categoria.

A completare il quadro si pone l'Irlanda, suddivisa in quattro circoscrizioni. Nessuna delle ragioni sopra indicate appare calzante per il caso irlandese: la motivazione della peculiarità pare, semmai, da rintracciarsi nell'opzione per il voto singolo trasferibile, che rende opportuna la scelta in vista della selezione di

¹ Si prescinde, in questa sede, dalla – peraltro tutt'altro che episodica – suddivisione del territorio in circoscrizioni di carattere meramente amministrativo-gestionale.

² Anche la Francia, dal 2004 fino alla novella legislativa del giugno 2018, aveva optato per la divisione del territorio in circoscrizioni (otto): nel nuovo regime, tuttavia, si ha una circoscrizione unica nazionale.

un numero di seggi piuttosto circoscritto, giacché la complessità del sistema cresce in ragione del numero di seggi da coprire³.

2. La previsione di clausole di sbarramento

Come noto, quello della rappresentanza delle formazioni politiche minori al Parlamento europeo è tema sul quale si confrontano, da un lato, l'esigenza di garantire una certa visibilità a partiti o movimenti che abbiano un qualche significativo seguito e, dall'altro, quella di evitare una eccessiva frammentazione politica.

Il bilanciamento tra le due presenta, ovviamente, problematiche assai diverse a seconda dello Stato membro cui si faccia riferimento: in particolare, la compressione dell'esigenza di visibilità cresce al decrescere del numero di seggi assegnati al paese, mentre le istanze contrarie alla frammentazione si rafforzano al crescere dei seggi.

2.1. La normativa eurounitaria

Nell'ottica di una tendenziale omogeneizzazione dei sistemi elettorali adottati nei vari Stati membri, la decisione 2002/772/CE/Euratom ha comunque fissato uno *standard* comune, stabilendo che, se gli Stati – per ovviare alla parcellizzazione della rappresentanza – «possono prevedere la fissazione di una soglia minima per l'attribuzione dei seggi», non possono però elevare tale soglia,

³ Oltre che in Irlanda, questo sistema di voto viene impiegato a Malta e nel Regno Unito, limitatamente ai seggi assegnati all'Irlanda del Nord. In queste tre realtà, la competizione non avviene tra liste, ma tra candidati singoli, nel novero dei quali l'elettore stila una graduatoria di preferenze. In sede di scrutinio, ai fini dell'assegnazione dei seggi deve preliminarmente procedersi all'individuazione del quoziente che corrisponde al numero minimo di voti richiesto per essere eletti. Una tale individuazione è il frutto di un calcolo che, pur nella diversità delle equazioni utilizzate, ha come elemento portante il rapporto tra il totale dei voti espressi ed il numero di seggi da assegnare. In una prima fase, vengono assegnati i seggi ai soli candidati i cui voti raggiungono il quoziente individuato. I voti di questi candidati che risultino inutili, in quanto eccedenti il quoziente, vengono ridistribuiti tra i candidati non eletti che siano stati indicati come destinatari di seconde preferenze. Si procede, dunque, ad una nuova attribuzione dei seggi, di cui beneficiano i candidati che, sommando i voti ottenuti come prima preferenza e quelli recuperati come seconda preferenza, raggiungano il quoziente. L'operazione di nuova assegnazione dei voti eccedenti il quoziente viene iterata finché produce cifre elettorali superiori al quoziente. Quando tutti i candidati residui sono al di sotto, si elimina quello con il minor numero di prime preferenze e le relative schede vengono riassegnate ai candidati indicati come seconde preferenze. L'operazione viene ripetuta (per il penultimo, poi per il terzultimo, etc.), finché la ri-assegnazione delle schede non produce cifre elettorali per i candidati residui superiori al quoziente e finché tutti i seggi non siano stati assegnati.

a livello nazionale, «oltre il 5% dei suffragi espressi» (ciò che è stato ritenuto sufficiente a garantire le formazioni medio-piccole).

Sul tema è di recente intervenuta la suddetta decisione (UE, Euratom) 2018/994, la quale ha introdotto un duplice vincolo:

(a) da un lato, «[g]li Stati membri *possono* prevedere una soglia minima per l'attribuzione dei seggi», la quale, però, «[a] livello nazionale [...] *non può* essere superiore al 5% dei voti validamente espressi» (art. 3, par. 1, dell'atto elettorale come modificato);

(b) dall'altro, «[g]li Stati membri in cui si utilizza lo scrutinio di lista» *debbono* prevedere «una soglia minima per l'attribuzione dei seggi *per le circoscrizioni elettorali che comprendono più di 35 seggi*»; tale soglia *non può* essere «inferiore al 2% né superiore al 5% dei voti validamente espressi nella circoscrizione di cui trattasi, anche nel caso di uno Stato membro con collegio unico nazionale» (art. 3, par. 2).

A tali nuove previsioni gli Stati membri dovranno conformarsi «al più tardi per le elezioni del Parlamento europeo successive alle prime elezioni» che si terranno dopo l'entrata in vigore della decisione del luglio 2018, quindi, in sostanza, per le elezioni del 2024.

Concretamente, queste innovazioni potranno avere ripercussioni negli Stati che esprimono più di 35 seggi al Parlamento europeo. Allo stato, trattasi della Germania, della Francia, dell'Italia, della Spagna e della Polonia.

Perché scatti l'obbligo di conformarsi, peraltro, è necessario tener presente l'esistenza o meno di una segmentazione della rappresentanza tra circoscrizioni, ciò che può presentare difficoltà soprattutto là dove il concetto di circoscrizione venga utilizzato in una accezione non pienamente corrispondente a quanto avviene in altri paesi⁴.

2.2. Le soluzioni nazionali

Alla luce delle previsioni meramente facoltizzanti della normativa eurounitaria anteriore alla novella del luglio 2018, gli Stati hanno adottato soluzioni abbastanza variegate.

Tendenzialmente, negli Stati cui è assegnato il maggior numero di seggi è stata introdotta una clausola di sbarramento. Le eccezioni più significative, al riguardo,

⁴ Cfr. *supra*, par. 1.

sono state il Regno Unito e la Spagna, che, nonostante si vedessero assegnati, rispettivamente, 73 e 54 seggi⁵, nulla prevedevano in tal senso. La Germania, con 96 seggi, è rientrata tra queste eccezioni a seguito dell'imposizione in tal senso da parte del Tribunale costituzionale federale⁶.

Parimenti privi di clausola di sbarramento sono i seguenti paesi: Paesi Bassi (26), Belgio (21), Portogallo (21), Bulgaria (17), Danimarca (13), Finlandia (13), Slovenia (8), Estonia (6) e Lussemburgo (6). Tra gli Stati in cui la clausola non è contemplata figurano, come è chiaro, quelli in cui lo scrutinio avviene integralmente con il voto singolo trasferibile, e cioè l'Irlanda (11 seggi) e Malta (6).

Tra gli Stati nei quali è stata inserita la soglia di sbarramento, l'*id quod plerumque accidit* è stato rappresentato dall'applicazione del livello massimo consentito. Il 5% come clausola di sbarramento è stata, in effetti, adottata nei seguenti paesi: Francia (74), Polonia (51), Romania (32), Repubblica Ceca (21), Ungheria (21), Slovacchia (13)⁷, Croazia (11), Lituania (11) e Lettonia (8). Tale soglia era applicata anche in Germania.

Un dato di un certo interesse è probabilmente quello secondo cui la soglia è generalmente riferita all'intero territorio nazionale; l'eccezione, in proposito, è stata costituita, tra il 2004 ed il 2018, dalla Francia, in cui valeva la cifra elettorale di lista a livello circoscrizionale, prima che si adottasse il sistema della circoscrizione unica nazionale⁸.

⁵ I dati si riferiscono all'attuale composizione del Parlamento europeo, a seguito delle elezioni del 2014; identico è il riferimento operato in ordine ai dati che si riportano nel prosieguo. A seguito del recesso del Regno Unito, una nuova distribuzione dei seggi al Parlamento europeo è stata approvata. Le modifiche numeriche non hanno, tuttavia, ripercussioni significative, almeno ai presenti fini: gli aumenti più marcati, di 5 seggi, riguardano due paesi che già superavano la soglia dei 35 seggi (Francia e Spagna); di un aumento di 3 seggi beneficia un paese che già superava la soglia (Italia) ed uno che resta comunque al di sotto (Paesi Bassi); il caso più "critico" era costituito dalla Romania, cui è stato però aggiunto un solo seggio ai 32 attuali, e quindi rimane al di sotto della soglia dei 35. Aumenti di un seggio sono stati accordati anche a Polonia, Svezia, Austria, Danimarca, Slovacchia, Finlandia, Croazia ed Estonia; per l'Irlanda l'aumento è stato di 2 seggi. Tutti gli altri Stati membri (Germania, Grecia, Portogallo, Repubblica Ceca, Ungheria, Bulgaria, Lituania, Slovenia, Lettonia, Cipro, Lussemburgo e Malta) si sono visti confermare i seggi attuali.

⁶ V. *infra*, nella parte del presente studio dedicata alla Germania.

⁷ Da notare è che, in Slovacchia, la soglia del 5% è prevista sia per le liste di partito sia per le coalizioni.

⁸ V. *infra*, nella parte del presente studio dedicata alla Francia.

In tre Stati, la soglia è stata fissata al 4%: Italia (73 seggi), Svezia (20) ed Austria (18); in Grecia (21 seggi), invece, la soglia è stata ulteriormente abbassata, attestandosi al 3%. Infine, Cipro (6 seggi) ha introdotto una soglia pari all'1,8%.

Tenendo presenti questi dati, combinati con quelli relativi alla struttura delle circoscrizioni nazionali, la riforma del diritto eurounitario intervenuta nel luglio 2018 può porre problemi di compatibilità del diritto nazionale di due paesi in cui la soglia di sbarramento non è stata introdotta o è stata eliminata: la Spagna (in ragione dell'esistenza di una circoscrizione unica nazionale) e la Germania (a seconda di come venga interpretato il concetto di «circoscrizione» venga interpretato). Per gli altri paesi più popolosi, quelli in cui il nuovo art. 3, par. 2, potrebbe imporre la clausola di sbarramento, la Francia, l'Italia e la Polonia hanno già previsto tale meccanismo, mentre in riferimento al Regno Unito la questione dell'adeguamento non dovrebbe, chiaramente, neppure porsi.

CASI ED APPROFONDIMENTI

FRANCIA

di Charlotte Bontemps di Sturco e Céline Torrisi

La clausola di sbarramento e la sua operatività

Ai termini dell'articolo 3, comma 2, della legge n. 77-729, del 7 luglio 1977, sull'elezione dei rappresentanti al Parlamento europeo¹, come modificato dall'art. 6 della legge n. 2018-509 del 25 giugno 2018, “i seggi sono ripartiti tra le liste che abbiano ottenuto almeno il 5% dei suffragi espressi con metodo proporzionale, seguendo la regola della media più alta”.

La clausola è stata prevista nel 1977, e dal 2004 è stata applicata partitamente nelle otto circoscrizioni elettorali in cui era stato suddiviso il territorio nazionale; con la recente riforma, si è dunque optato per la circoscrizione unica nazionale. La clausola non è mai stata soggetta a revisioni, da un punto di vista numerico. Essa, del resto, si rivela non troppo alta, se confrontata con quelle presenti per altre elezioni (non per la partecipazione alla ripartizione dei seggi, ma per l'accesso al secondo turno).

Le clausole di sbarramento, come elementi del sistema elettorale, pongono varie questioni, sotto il profilo della legittimità costituzionale². In particolare, ci si interroga fino a che punto possa spingersi il legislatore, nel disciplinare uno scrutinio di lista, nel perseguire l'obiettivo di assicurare l'esigenza di una

¹ La legge è stata sottoposta all'esame del *Conseil constitutionnel* in via preventiva: i parlamentari ricorrenti avevano impugnato l'art. 9 che stabiliva che la legge sarebbe entrata in vigore all'indomani della sua pubblicazione sul *Journal officiel* senza pregiudizio dell'applicazione delle disposizioni adottate dalle autorità competenti dell'Unione europea che disciplinano l'elezione dei rappresentanti al Parlamento europeo attraverso liste transnazionali all'interno di una circoscrizione europea. Sostenevano che, nella misura in cui sarebbe stato difficile che l'Unione europea adottasse tali disposizioni prima delle elezioni, il riferimento a tali disposizioni operato dalla legge non avesse alcuna portata normativa, violando, di conseguenza, l'art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789 e l'art. 34 della Costituzione. Nella decisione 2018-766 DC del 21 giugno 2018, il *Conseil constitutionnel* ha accolto le doglianze dei ricorrenti, dichiarando l'incostituzionalità parziale della legge. La sentenza è reperibile *on line* alla pagina <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018766DC.htm> e la legge è reperibile *on line* alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068600>.

² Cfr. J.-E. SCHOETTL, *Les nouveaux modes de scrutin régionaux et européens devant le Conseil constitutionnel*, in *Les petites affiches*, 13 maggio 2003, n. 95, 8.

maggioranza stabile³. Al riguardo, il dubbio che viene avanzato è se, una volta conseguito questo obiettivo, possa non considerare l'esigenza di garantire la rappresentanza al maggior numero di partiti possibile. Ancora, se è vero che la rigorosa proporzionalità tra suffragi e seggi può essere derogata, resta da chiarire se il fine di evitare una frammentazione eccessiva delle componenti politiche giustifichi l'eliminazione in radice della rappresentanza dei partiti minori. Sullo sfondo, la domanda fondamentale riguarda la compatibilità in sé della clausola di sbarramento con principi costituzionali quali la libertà dell'elettore, l'uguaglianza del voto, il pluralismo ideologico nonché con lo *status* costituzionale dei partiti.

Il *Conseil constitutionnel*, in materia di clausole di sbarramento, ha precisato che la sua competenza si distingue dal potere discrezionale del Parlamento, con il che il suo controllo si limita – secondo quanto rilevato specificamente per le elezioni nazionali e locali – a sanzionare errori manifesti nell'uso del potere discrezionale⁴. Alla luce di questo *self-restraint*, il *Conseil* ha riconosciuto la costituzionalità di clausole di sbarramento più alte del 5% (il 10% per accedere al secondo turno nelle elezioni locali⁵), sull'assunto che esse sono giustificate dall'obiettivo – non manifestamente irragionevole – di evitare una frammentazione dei voti e di assicurare una maggioranza stabile.

La soglia del 5% posta per le elezioni europee non è mai stata contestata di fronte al *Conseil*; in linea teorica, però, è tutt'altro che scontato che l'esigenza di evitare una frammentazione del voto o quella di assicurare una maggioranza stabile si applichino alle elezioni europee, vista la specificità della composizione dei gruppi parlamentari europei.

È da rilevare, per concludere, che, al fine di garantire il pluralismo ideologico, la legge n. 2003-327 ha previsto che per aver accesso al rimborso delle spese elettorali sia sufficiente il raggiungimento della soglia del 3% dei voti, con il che

³ La questione si era posta per le elezioni regionali, nella decisione in specie, in quanto l'ammissione delle liste rappresentanti il 10% dei suffragi espressi, al secondo turno, poteva condurre (considerando anche il premio di maggioranza del 25% previsto) ad escludere dalla rappresentanza il 70% dei suffragi espressi al primo turno.

⁴ Cfr. la decisione n. 94-341 DC del 6 luglio 1994, *Legge relativa al rinnovo dei consigli municipali*, reperibile *on line* alla pagina <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1994/94341DC.htm> e la decisione n. 98-407 DC del 14 gennaio 1999, *Legge relativa alle modalità di elezione dei consiglieri regionali e dei consiglieri dell'Assemblea della Corsica ed al funzionamento dei consigli regionali*, reperibile *on line* alla pagina <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/98407DC.htm>.

⁵ Decisione n. 98-407 DC del 14 gennaio 1999, reperibile *on line* alla pagina <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-decisions/decision-n-98-407-dc-du-14-janvier-1999-saisine-par-60-deputes>, *considérants* da 3 a 5.

le formazioni politiche minori che abbiano conseguito voti tra il 3 ed il 5%, pur non essendo rappresentate nel Parlamento europeo, beneficiano comunque del rimborso delle spese sostenute (art. 18 della legge n. 77-729 del 7 luglio 1977).

GERMANIA

di Maria Theresia Rörig

1. La clausola di sbarramento prima dei più recenti interventi del Tribunale costituzionale federale

In Germania, al sistema elettorale proporzionale si applicava una clausola di sbarramento, il c.d. “ostacolo del cinque per cento” (*Fünf-Prozent-Hürde* o, appunto, *Sperrklausel*), calcolato a livello nazionale.

Ai fini delle elezioni europee, il territorio nazionale nel suo insieme viene considerato come un collegio elettorale ai fini del calcolo dei voti e dell’assegnazione dei seggi. Tuttavia, il territorio federale viene ripartito in circoscrizioni o distretti elettorali subnazionali (art. 3, comma 2 EuWG), ai fini dell’espressione dei voti (*Stimmabgabe*) e pertanto per scopi puramente amministrativi o organizzativi.

In ogni caso solo le liste che avessero ottenuto almeno il 5% dei voti validamente espressi su scala nazionale potevano partecipare alla ripartizione dei seggi.

La valenza della *Sperrklausel*, che mirava a garantire la compattezza dell’articolazione partitica, non era quindi limitata unicamente al livello federale, dove la clausola del 5% è stata applicata finora in tutte le elezioni del *Bundestag*, di tutti i 16 *Landtage* (in molti *Länder* riceve finanche, sebbene con piccole varianti, una copertura costituzionale) e di alcune assemblee comunali, ma si estendeva anche all’elezione del Parlamento europeo¹.

Nelle elezioni europee, la soglia del 5%, a differenza di quella prevista per le elezioni federali², trovava applicazione anche con riferimento a partiti che

¹ In passato, proprio per il mancato raggiungimento della clausola di sbarramento, sono state escluse forze politiche rilevanti; per esempio, i liberali (*Freie Demokratische Partei* - FDP), nelle consultazioni elettorali europee del 1994 e del 1999 (nel 2004 i liberali hanno superato l’ostacolo ottenendo il 6,1%), ovvero il Partito del socialismo democratico (*Partei des demokratischen Sozialismus* – PDS), escluso nel 1994 ed ammesso nel 1999 (con il 5,8%) e nel 2004 (6,1%) e oggi confluito nel partito La sinistra (*die Linke*).

² A livello federale, un esonero legale dalla *Sperrklausel*, pensato nella sua formulazione originaria del 1953 essenzialmente per la minoranza danese dello Schleswig-Holstein, è costituito dall’art. 6, comma 6, BWahlG (art. 6, comma 4, nella formulazione del 1953) e si riferisce alle minoranze nazionali. La tutela delle minoranze nazionali, linguistiche, religiose e culturali, motivata dalla loro importanza in senso materialmente politico, si è arricchita per via

rappresentano minoranze nazionali (cfr. art. 2, comma 7, EuWG). Alla luce della giurisprudenza costituzionale, tale scelta legislativa era probabilmente da ritenersi conforme alla Legge fondamentale: il Tribunale di Karlsruhe ha, infatti, ritenuto che la misura di favore per le minoranze nazionali può essere costituzionalmente giustificata, ma non è costituzionalmente imposta³.

2. La giurisprudenza costituzionale e l'incostituzionalità della clausola di sbarramento

Il Tribunale costituzionale federale si è pronunciato, sin dal 1952, sulla *Sperrklausel*, fornendo al legislatore, anche nelle fattispecie in cui ha escluso un contrasto con la Costituzione, direttive ed orientamenti ben precisi⁴.

Prima di commentare la giurisprudenza costituzionale relativa alla clausola di sbarramento prevista in Germania per le elezioni europee, si ritiene opportuno soffermarsi brevemente sul percorso tracciato dal *Bundesverfassungsgericht* in merito alla giustificazione di questo istituto nell'ambito delle elezioni interne ed ai suoi rapporti con gli artt. 38, 21 e 3 LF.

2.1. Le elezioni interne

(a) La sentenza “madre” sulla *Sperrklausel* è del 1952. In quell'anno, il Tribunale si è pronunciato su un ricorso diretto avverso la modifica della legge elettorale del *Land* Schleswig-Holstein del 22 ottobre 1951, nella parte in cui prevedeva un aumento della soglia dal 5% al 7,5%. Il Tribunale ha affermato, in tale occasione, il fondamentale significato del principio di uguaglianza del voto. In particolare, ha attribuito all'uguaglianza sfumature eterogenee in funzione del sistema elettorale adottato. Nel maggioritario, si riferisce soltanto al valore numerico dei voti (*Zählwert der Stimmen*), perché conducono ad un risultato effettivo solo i voti espressi a favore del candidato che riesce ad ottenerne la maggior parte. Di conseguenza, i voti degli elettori che non hanno scelto quel

giurisprudenziale attraverso la “*Disqualifizierung*” (“squalifica”) dei gruppi *politisch bedeutsam* (politicamente rilevanti) dal concetto di “partito-scheggia” (*Splitterpartei*). Cfr. V. LOSCO, *Deroghe al principio costituzionale dell'eguaglianza del voto nelle recenti elezioni del Bundestag tedesco*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, p. 400 ss.

³ Cfr. BVerfG, 11 agosto 1954, 2 BvK 2/54, in BVerfGE 4, 31; BVerfG, 11 marzo 2004, in BVerfGE 107, 206, e BVerfG, 5 aprile 1952 – 2 BvH 1/52, BVerfGE 1, 208, 240 s.

⁴ Cfr., per un approfondimento, M.D. POLI, *La clausola di sbarramento nella giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht: tra uguaglianza elettorale e stabilità politica*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, p. 1257 ss.

candidato vanno irrimediabilmente perduti. Nel proporzionale, al contrario, assume rilievo anche il valore efficiente ovvero l'uguaglianza dell'effetto e delle *chances* del voto⁵ (v. anche *supra*).

Il *Bundesverfassungsgericht* ha sottolineato che, qualora il legislatore decida di adottare il proporzionale, anche in una sola parte della procedura elettorale, l'uguaglianza del voto deve essere garantita secondo quella particolare impronta che il sistema proporzionale le attribuisce. La mancanza di una normativa costituzionale e l'assenza di un divieto di maggioritario puro «*non permette, una volta accettato un sistema misto, che il legislatore ordinario giustifichi un trattamento diseguale dei voti nel computo proporzionale, al fine per esempio di escludere i piccoli partiti, sostenendo che con una elezione maggioritaria sarebbero danneggiati in modo ancor più rilevante*»⁶. La *Erfolgswertgleichheit* si traduce, quindi, in un principio a tutela della non esplicitata ispirazione proporzionalista della Legge fondamentale.

Questo impianto argomentativo è stato corroborato dal richiamo alla decisione del *Bayerische Verfassungsgerichtshof* del 18 marzo 1952, la quale ha ricostruito il concetto di uguaglianza del diritto di voto nei seguenti termini: «*il principio di uguale diritto di voto esige che ogni elettore, secondo le norme generali, possa dare il suo voto come ogni altro elettore, e che questi voti validamente espressi siano valutati come gli altri voti; tutti gli elettori devono con il voto che danno avere uguale influsso sui risultati del voto*».

L'evoluzione giurisprudenziale ha condotto ad una vera e propria formalizzazione dell'uguaglianza elettorale alla stregua di una rigorosa e formale uguaglianza⁷. Delineato così il sostrato di riferimento, il *Bundesverfassungsgericht*, in tutte le pronunce sull'argomento, ha descritto la clausola elettorale come un'eccezione alla regola, un temperamento al principio di uguaglianza del risultato finale del voto⁸ che trova la sua ragion d'essere nel

⁵ BVerfGE, 5 aprile 1952, 2 BvH 1/52, cit., p.to 117: «*per il principio di uguaglianza del voto nel sistema proporzionale non è sufficiente che ogni voto abbia un uguale valore numerico*». Giurisprudenza costante: BVerfGE 11, 351 <360 s.>; 82, 322, <337>; 95, 408 <417>.

⁶ Così S. ORTINO, *L'esperienza della Corte costituzionale di Karlsruhe*, Milano, Giuffrè, 1966, 10.

⁷ V. BVerfG, 11 ottobre 1972, 2 BvR 912/71, in BVerfGE 34, 81. Nella sentenza sull'ammissibilità della *Sperrklausel* per le elezioni del Parlamento europeo (v. *infra*), l'uguaglianza del voto è qualificata come un diritto costituzionale non scritto valevole per tutte le votazioni politiche (BVerfG, 22 maggio 1979, 2 BvR 193, 197/79, in BVerfGE 51, 222, p.to 49).

⁸ Il Tribunale ha specificato come eventuali differenziazioni possano effettuarsi solo sulla seconda fase del sistema proporzionale ovvero quella inerente al risultato finale del voto, e non invece sulla prima, riferita al valore numerico dei voti (BVerfG, 5 aprile 1952, cit., p.to 124).

valore della “governabilità”. Il Tribunale si è basato sull’art. 3 LF e sulle limitazioni che esso incontra in presenza di «*un motivo ragionevole derivante dalla natura delle cose o altrimenti oggettivamente evidente*»⁹.

Il Tribunale ha individuato un motivo di tal genere nella funzionalità del Parlamento tedesco, che deve essere messo nelle condizioni di “governare”; e tale funzionalità sarebbe gravemente compromessa dall’eccessivo frazionamento partitico cui il proporzionale, favorendo i piccoli partiti, inevitabilmente condurrebbe (è chiara, al riguardo, la eco del c.d. «*Trauma*» di Weimar).

La clausola di sbarramento è stata anche descritta come il derivato di un bilanciamento tra l’uguaglianza elettorale e l’esigenza di dotare lo Stato di un Parlamento capace, con la sua maggioranza, di formare un governo e di assolvere al lavoro legislativo. D’altronde, «*il voto non ha solo lo scopo di valorizzare la volontà politica degli elettori come singoli, onde creare una rappresentanza popolare che rappresenti lo specchio delle opinioni politiche esistenti nel popolo, ma deve anche produrre un Parlamento come organo statale capace di funzionare*»¹⁰.

La legittimità della clausola è stata essenzialmente fondata sulla necessità di combattere i cosiddetti “partiti scheggia” (ma non tanto i partiti antisistema¹¹) ossia quei partiti che, benché insignificanti dal punto di vista del seguito elettorale o senza un baricentro locale o ancora non politicamente importanti¹², rischiano di bloccare l’attività legislativa o di inceppare il rapporto Parlamento-Governo. Si tratta, dunque, di uno strumento di lotta contro il pericolo di paralisi della macchina statale.

(b) Tra i molti interventi del Tribunale costituzionale in materia di clausola di sbarramento, di notevole importanza è quello del 13 febbraio 2008, con il quale è

Siffatta osservazione è stata ribadita anche in altre pronunce. In BVerfG, 11 agosto 1954, 2 BvK 2/54, in BVerfGE, 4, 31, p.to 36, ad esempio, si legge: «*Mentre differenziazioni nel valore numerico dei voti sono sempre escluse, limitate differenziazioni, nel sistema proporzionale, negli effetti dei voti possono essere giustificate sulla base di un motivo ragionevole, nel quadro del principio generale di uguaglianza. Malgrado si tratti di eccezioni all’assoluta formale uguaglianza degli effetti del voto, esse sono coperte dal principio generale di uguaglianza*».

⁹ BVerfG, 5 aprile 1952, cit., p.to 123.

¹⁰ BVerfG, 23 gennaio 1957, 2 BvE 2/56, in BVerfGE 6, 84, p.to 28.

¹¹ ... in quanto, «*per provvedere a ciò, esiste il procedimento di cui all’art. 21, comma 2, LF. Inoltre le malattie del corpo elettorale non si lasciano combattere con le tecniche elettorali*»: BVerfG, 5 aprile 1952, cit., p.to 154.

¹² Sul concetto di *Splitterpartei* (partito scheggia), v. M.D. POLI, op. cit., p. 1268, nota 56, con ulteriori riferimenti. Sul concetto dei partiti politicamente importanti che possono essere esonerati dallo sbarramento, cfr. BVerfG, 11 agosto 1954, 2 BvK 2/54, cit., p.ti 38-47.

stata dichiarata incostituzionale la *Fünf-Prozent-Hürde* nelle elezioni comunali in Schleswig-Holstein. Il rilievo della decisione risiede, tra l'altro, nel superamento di una giurisprudenza nella quale non venivano proposte significative differenziazioni in rapporto agli ambiti (*Bund, Land, comuni*) nei quali le clausole si trovavano ad operare.

Con questa decisione, invece, si è tracciata una distinzione chiara tra i livelli di governo, andando a precludere l'operatività della clausola di sbarramento relativa alle assemblee rappresentative del livello più prossimo ai cittadini. Ciò è avvenuto dopo molti anni di applicazione, anche se dubbi sulla sua legittimità erano stati avanzati dalle corti costituzionali di diversi *Länder*, che avevano anche proceduto ad alcune invalidazioni. La decisione del 13 febbraio 2008¹³, dunque, non poteva considerarsi del tutto inattesa.

La Corte amministrativa del *Land Nordrhein-Westfalen* e la Corte costituzionale bavarese, già negli anni cinquanta, erano giunte alla conclusione cui è arrivato, sessant'anni dopo, il *Bundesverfassungsgericht*, sostenendo che la stabilità e la funzionalità degli organi comunali non sarebbero state messe in pericolo dalla presenza di *Splitterparteien*, sull'assunto che il consiglio comunale non è un Parlamento, ma semplicemente il supremo organo amministrativo locale con limitate funzioni normative.

Una tale impostazione era stata rigettata, nel 1957, dal Tribunale federale, che aveva avallato le clausole di sbarramento a livello comunale adducendo il carattere "politico" che è tipico delle elezioni, di tutte le elezioni, anche di quelle comunali¹⁴. Si era rilevato, all'uopo, che, pur con tutte le differenze intercorrenti tra i livelli superiori e quello comunale, il postulato della funzionalità valesse anche per quest'ultimo, dovendo il consiglio comunale provvedere a tutte le incombenze amministrative di carattere comunale ed essendo vieppiù competente ad eleggere il sindaco, il direttore generale del comune e gli assessori comunali. In particolare, si era sottolineato come la giustificazione della *Sperrklausel* alla stregua di una «*garanzia di un'amministrazione autonoma e funzionante*»¹⁵ non potesse essere contestata, né a tal fine valeva addurre la sua assenza nelle leggi comunali di tre *Bundesländer*, nei quali non si era riscontrato alcun pregiudizio

¹³ BVerfG, 13 febbraio 2008, 2 BvK 1/07.

¹⁴ «[...] anche le elezioni comunali sono elezioni "politiche", che sono caratterizzate essenzialmente dalla preparazione e dalla realizzazione da parte dei partiti politici, quali "vere forze attive delle elezioni comunali e, inoltre, della politica comunale"»: BVerfG, 23 gennaio 1957, 2 BvF 3/56, in BVerfGE 6, 104, p.to 43.

¹⁵ *Ivi*, p.to 53.

all'efficienza. Ad avviso del Tribunale di Karlsruhe, tali esperienze indicavano, non già l'insussistenza del pericolo paventato, bensì l'assenza, nei tre *Länder*, di situazioni di emergenza. Ma – si proseguiva nella sentenza – il legislatore non avrebbe dovuto affidarsi alla fortuna né avrebbe potuto dar adito a possibili situazioni di incertezza, riservandosi di correre ai ripari solo qualora situazioni (divenute) critiche lo avessero imposto¹⁶.

(c) Dopo il 1957, il *Bundesverfassungsgericht* non è tornato sull'argomento per oltre quaranta anni. Poi, in seguito alla modifica di molte leggi elettorali comunali ed alla previsione dell'elezione diretta del sindaco e dei presidenti dei circondari, la questione si è riproposta. Il *Bundesverfassungsgericht*, dopo aver lasciato intravedere un primo spiraglio nel 2003 (quando, pur dichiarando inammissibili per tardività le domande proposte, ha sottolineato come la riforma del diritto comunale imponesse un riesame della *Sperrklausel* da parte del legislatore¹⁷), ha proceduto, nel febbraio 2008, alla declaratoria di illegittimità costituzionale.

Nonostante il dispositivo adottato, nella motivazione della decisione si è mostrata una certa attenzione a mitigare l'impatto della svolta giurisprudenziale, e si sono altresì ricercati elementi di continuità con il passato. In effetti, il *Bundesverfassungsgericht*, anziché sconfessare apertamente i propri precedenti, ha sottolineato gli argomenti in essi presenti che potevano dirsi preparatori del *revirement*, quali, segnatamente: il diverso significato assunto dal principio di uguaglianza in un sistema proporzionale ed in un sistema maggioritario, i limiti che si impongono alla discrezionalità legislativa, la necessaria sussistenza di un motivo cogente atto a giustificare differenziazioni nell'ambito tratteggiato dal principio dell'uguaglianza del voto, la individuazione di tali giustificazioni nella garanzia della funzionalità degli organi elettivi. Il Tribunale ha sviluppato la sua argomentazione principalmente sulla considerazione per cui l'introduzione dell'elezione diretta del sindaco ha fatto cadere i presupposti della *Sperrklausel*, i quali, del resto, non possono essere giudicati in astratto una volta per tutte, ma

¹⁶ «Dunque, un legislatore non è obbligato ad aspettare per introdurre la clausola del 5% finché uno stato di emergenza non sia divenuto effettivamente riconoscibile, o a trascurare del tutto la sua introduzione perché negli altri *Länder* senza la clausola del 5% uno stato di emergenza non si è verificato. Egli ha piuttosto la facoltà di impedire fin dall'inizio uno stato di emergenza, che verosimilmente potrebbe verificarsi. Il pericolo di un tale stato di emergenza esiste, sempre almeno negli organi rappresentativi comunali delle grandi città, dove si formano gruppi politici e dove – in maniera simile ai Parlamenti dei *Länder* e al Bundestag – i partiti-scheggia potrebbero mettere in pericolo l'adempimento senza ostacoli dei compiti amministrativi comunali affidati al consiglio comunale; rispetto a ciò i “candidati solitari” (ossia i partiti minori) potrebbero giocare un ruolo al massimo nei piccoli comuni»: *ibidem*.

¹⁷ V. BVerfGE del 11 marzo 2003, 2 BvK 1/02, in BVerfGE 107, 286.

vanno valutati in riferimento al particolare contesto storico-politico. L'incostituzionalità della clausola è stata configurata, quindi, alla stregua di un'incostituzionalità sopravvenuta legata al mutamento della cornice legislativa: poiché il consiglio comunale, a seguito delle riforme legislative intercorse, non era più chiamato a designare il sindaco e poiché molte delle sue originarie attribuzioni erano state trasferite a quest'ultimo, il problema degli ostacoli all'efficienza dell'assemblea non si poneva più¹⁸. Così argomentando, il Tribunale ha espunto dall'ordinamento comunale lo sbarramento elettorale senza dover smentire patentemente la propria consolidata giurisprudenza.

(d) La clausola di sbarramento è stata oggetto anche di altre decisioni, che hanno affrontato profili diversi rispetto a quelli sin qui evocati. Da segnalare è la nota sentenza del 29 settembre 1990¹⁹, sulle prime elezioni pantedesche a seguito della riunificazione tedesca. In essa, il *Bundesverfassungsgericht* ha, alla luce delle esigenze particolari nel caso concreto, operato una differenziazione regionale nell'applicazione della clausola di sbarramento²⁰.

¹⁸ «L'elezione diretta del sindaco – e lo stesso vale per il presidente del circondario – garantisce già largamente una amministrazione comunale efficiente, indipendentemente dalla condizione della maggioranza all'interno dell'assemblea comunale. Inoltre, il sindaco ha, tra le proprie competenze esclusive, l'ampia responsabilità per la direzione dell'amministrazione comunale, per il disbrigo oggettivo ed economico dei compiti e per l'andamento dell'amministrazione. Egli esegue le decisioni dell'assemblea comunale e delle giunte. Egli ha un'illimitata competenza ad adottare personalmente decisioni in campo pubblico, lavorativo o tariffario per l'efficacia del servizio comunale. Per i provvedimenti urgenti, che devono essere eseguiti immediatamente, il sindaco ha il diritto di decidere circa la sussistenza dell'urgenza. Nell'espletamento dei compiti fino al loro adempimento secondo quanto prescritto, il sindaco svolge una funzione organica. In definitiva, è il sindaco il legale rappresentante del comune», BVerfG, 13 febbraio 2008, 2 BvK 1/07, cit., p.to 133.

¹⁹ Cfr. BVerfG, 29 settembre 1990, 2 BvE 1, 3, 4/90, 2 BvR 1247/90, in BVerfGE 82, 322, su cui v. M. BRENNER, *Die Entwicklung des Wahlrechts und der Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit im wiedervereinigten Deutschland*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1991, spec. 562-569.

²⁰ Mutato sostanzialmente il territorio nazionale, nel caso concreto il fine che giustificava la clausola di sbarramento poteva essere garantito, ad avviso del Tribunale, solo attraverso «una clausola di sbarramento regionalizzata, che si riferis[s]e, da un lato al territorio [sino ad allora] della Repubblica federale tedesca compresa Berlino (Ovest), dall'altro al territorio della Repubblica democratica tedesca compresa Berlino (Est) e che [era] fissata in uguale entità per entrambi i territori di riferimento». Viceversa, il mero mantenimento della clausola su tutto il nuovo territorio nazionale, a prescindere dalla diversità strutturale delle due zone, «avrebbe certamente leso il principio dell'uguaglianza delle chances fra i partiti: per ottenere la rappresentanza, i partiti attivi solo nella ex-BRD (e che competevano solo in quelle regioni) avrebbero dovuto superare di fatto il 6%, quelli attivi nella sola ex-DDR (e in grado di competere solo là) il 23,75% dei voti di lista». Il *Bundesverfassungsgericht*, tuttavia, non si è fermato a questo punto dell'argomentazione, ma, ritenendo la “regionalizzazione” della clausola incapace da sola di compensare adeguatamente le differenti condizioni di partenza dei partiti, ha ordinato al legislatore di acconsentire ad unioni di liste (*Listenvereinigung*) nel territorio dell'ex DDR. In

(e) Alla luce delle pronunce passate in rassegna, e pur potendosi riscontrare un significativo dinamismo degli orientamenti giurisprudenziali, un punto fermo è individuabile nella soglia massima che può essere posta nella disciplina delle clausole di sbarramento, identificata nel 5%. Un suo eventuale innalzamento, che nella decisione del 5 aprile 1952 era stato negato in concreto, non senza aprire ad una sua legittimità in astratto, in presenza cioè di motivi imperativi del tutto particolari²¹, non si è mai prodotto. Come dire che il *Bundesverfassungsgericht*, in ciò seguito dal legislatore, ha ritenuto che il 5% rappresenti il punto massimo entro il quale sia consentito il pregiudizio al pluralismo²².

2.2. Le elezioni europee

2.2.1. La giurisprudenza più risalente

La clausola di sbarramento posta al 5% era stata dichiarata conforme alla Legge fondamentale anche con riferimento alle elezioni europee. Il Tribunale costituzionale aveva espressamente accertato la costituzionalità di questo correttivo nel 1979, avendo riguardo alla legge elettorale allora vigente. Successivamente, in un'ordinanza dell'8 giugno 2004 (2 BvE 1/04, BVerfGE 110, 403, 406 s.) e, più di recente, nell'ordinanza dell'11 marzo 2009 (2 BvR 378/09), il Tribunale era stato nuovamente sollecitato a prendere posizione sulla *Sperrklausel* prevista nella EuWG, ma fino al 2011 (v. *infra*) non si era più espresso nel merito, in ragione dell'inammissibilità per tardività dei ricorsi presentati.

Fino al 2011, l'unica "vera" pronuncia sulla clausola di sbarramento nelle elezioni europee è quindi stata quella del 22 maggio 1979 (BVerfGE 51, 222). In quell'anno si sono svolte le prime elezioni europee, secondo la procedura predisposta da ciascuno Stato membro. Il Tribunale, adito su ricorso diretto di alcuni cittadini nonché di alcuni partiti, ha affermato la costituzionalità della clausola di sbarramento, nonostante la principale giustificazione che ad essa è

sostanza, la Corte non ha rinunciato alla *Sperrklausel*, considerandola indispensabile alla stabilità governativa, ma ne ha operato una corposa rimodulazione.

²¹ «Dovrebbe sussistere un motivo imperativo del tutto particolare per giustificare l'innalzamento del quorum sopra il principio tedesco comune del 5%», BVerfGE, 5 aprile 1952, cit., p.to 152.

²² È, però, da notare che in nessuna delle sentenze sull'argomento sono stati chiariti i motivi dell'attestazione della soglia su una tale entità e non per esempio intorno al 3% o al 6%. Solo nella pronuncia del 5 aprile 1952 si è inserito un generico riferimento alle riflessioni condotte in merito in sede di lavori preparatori.

stata tradizionalmente data non apparisse di auto-evidenza nel caso del Parlamento europeo: la formazione di un governo capace di agire esulava (ed esula, almeno in buona misura) dalle competenze del Parlamento europeo ed il suo ruolo non era (e non è) paragonabile, se non con qualche riserva, a quello dei parlamenti nazionali²³. Ciò posto, l'utilità della soglia del 5%, ad avviso del *Bundesverfassungsgericht*, non era né inficiata né dimidiata, in quanto il fine di contrastare il frazionamento partitico sussisteva anche in questo caso. All'uopo si sono evidenziati il ruolo importante del Parlamento europeo per la funzionalità e l'ulteriore sviluppo delle Comunità europee, la sua funzione di "integratore politico", le peculiari facoltà deliberative e di controllo del Parlamento europeo (ad esempio in relazione alla politica di bilancio ed al controllo della Commissione), nonché la sua attitudine a lavorare attraverso la forma organizzativa data dai gruppi politici, simile a quella dei parlamenti nazionali. In definitiva, il Parlamento europeo doveva (e deve) essere "funzionante" e, pertanto, la soglia era (ed è), anche nell'ambito delle elezioni europee, un correttivo "giustificato" dalla lotta alla frammentazione eccessiva dei partiti politici rappresentati²⁴.

Il Tribunale ha configurato altresì la *Sperrklausel* come un correttivo all'ampio diritto di presentare candidature di cui all'art. 8, comma 1, EuWG (recante una disciplina più restrittiva di quella presente in altri paesi, tra i quali l'Italia) e come

²³ Sulla decisione, si mostra critica M.D. POLI, *op. cit.*, p. 1273: «Il Parlamento europeo, innanzitutto, non è un legislatore: partecipa sì all'elaborazione degli atti legislativi comunitari ma il suo intervento ha carattere consultivo o, al massimo, codecisivo rispetto a quello del Consiglio. In secondo luogo, non abbisogna, tranne che per la mozione di censura contro la Commissione ex art. 201 TCE, di maggioranze qualificate. Inoltre, una clausola nazionale del 5% per le elezioni di un organo sopranazionale priva evidentemente i gruppi di elettori di quello Stato delle medesime chances di cui godono invece i Bruderparteien (partiti fratelli) dei Paesi aderenti in cui non esiste. Tutt'al più dovrebbe essere creato uno sbarramento "comunitario". Eppure nemmeno in tal modo il principio di uguaglianza sarebbe salvaguardato poiché una clausola così generalizzata, a parte la sua inutilità per le motivazioni sopra addotte, annullerebbe l'eterogeneità dei contesti nazionali e tratterebbe in modo uguale situazioni evidentemente differenti». Per ulteriori riferimenti, v. H. MEYER, *Wahlgrundsätze und Wahlverfahren*, in P. Kirchhof (ed.), *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*, II, Heidelberg, C.F. Müller, 1987, p. 286; D. MURSWIEK, *Die Verfassungswidrigkeit der 5% Sperrklausel im Europawahlgesetz*, in *Juristenzeitung*, 1979, 48-53; D. SCHEFOLD, *Sistema elettorale e sistema parlamentare nella Repubblica federale di Germania*, in M. Luciani, M. Volpi (cur.), *Riforme elettorali*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 472, e G. MOSCHELLA, *Rappresentanza politica e costituzionalismo*, Rimini, Maggioli, 1999, p. 236. In senso favorevole alla clausola di sbarramento, v. C. LENZ-T. GERHARDT, *op. cit.*, p. 37, n. 51, che hanno posto in evidenza l'evoluzione del diritto comunitario ed il suo esplicito riconoscimento della legittimità della clausola.

²⁴ BVerfG, 22 maggio 1979 – 2 BvR 195, 197/79, BVerfGE 51, 222, 249 ss; v. anche HAHLEN, *Europawahlgesetz verfassungskonform*, in DÖV 1979, 282.

uno strumento di coordinamento delle forze rappresentative, in quanto consente l'ingresso nel Parlamento europeo solo a quei deputati che possano esercitare un'influenza determinante sui grandi partiti e sulle decisioni del Parlamento e del Governo tedesco.

Altrimenti detto, la clausola del 5% della legge tedesca per le elezioni europee trovava una sua giustificazione alla luce dei compiti attribuiti al Parlamento europeo "nel sistema costituzionale" della Comunità europea e nel ruolo assegnatogli nel quadro di una "sempre più stretta collaborazione dei popoli europei". Veniva, quindi, collegata al significato attribuito al Parlamento europeo "per l'ulteriore integrazione degli Stati membri riuniti dalla Comunità europea".

Il Tribunale ha ricordato, inoltre, l'esistenza di regole simili anche negli altri Stati membri (ed in particolare in Francia), la transitorietà della legge e l'influenza minima della clausola a causa del ristretto numero di deputati da eleggere (l'ingresso in Parlamento sarebbe stato impedito solo a quei gruppi formati da non più di quattro deputati).

Sebbene la pronuncia del Tribunale risalisse al 1979, non sembravano sussistere soverchi dubbi circa la sua valenza fino al 2009, quando risultava rafforzata, tra l'altro, dalla contemplazione espressa della *Sperrklausel* tra i principi comuni per l'elezione dei membri del Parlamento europeo²⁵. Nell'ultimo decennio, tuttavia, la giurisprudenza costituzionale ha conosciuto un *revirement* che ha condotto infine alla completa eliminazione della soglia nel 2014 (v. *infra*).

2.2.2. La sentenza del 9 novembre 2011 (2 BvC 4/10, 2 BvC 6/10, 2 BvC 8/10)

Nella sentenza del 9 novembre 2011, il Tribunale costituzionale ha cambiato orientamento accogliendo alcuni ricorsi elettorali presentati, onde stabilire che la

²⁵ Indicativa, al riguardo, era stata la posizione espressa dal Ministero federale dell'interno del 23 settembre 2009, nell'atto redatto su richiesta del *Bundestag*, in merito al ricorso elettorale che riguardava la costituzionalità della soglia. Il Ministero aveva affermato l'attualità della decisione del 1979, che non sarebbe stata in alcun modo smentita dalla pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* del 3 febbraio 2008 circa l'incostituzionalità delle soglie a livello comunale (v. *supra*). Inoltre, si era sottolineato l'effetto corroborante per tale tesi che derivava dal Trattato di Lisbona, nella misura in cui è attribuito al Parlamento europeo un ruolo sempre più importante e simile a quello dei parlamenti nazionali, con cui doveva, d'altronde, stabilirsi un rapporto di collaborazione sempre più stretto. Questo tipo di rapporto non poteva, ad avviso del Ministero, essere mantenuto da deputati senza un significativo sostegno nazionale e senza la presenza del partito di appartenenza sia nell'organo rappresentativo nazionale sia in quello europeo.

soglia di sbarramento del 5% che era prevista dalla legge elettorale per le elezioni europee (*Europawahlgesetz*) fosse, quantomeno nella situazione di allora, incostituzionale, in quanto in contrasto con i principi di eguaglianza del voto e di pari opportunità per i partiti politici (Art. 38 LF)²⁶. Lo ha stabilito la Seconda Sezione del Tribunale di Karlsruhe, con cinque voti favorevoli e tre contrari. Alla sentenza sono però state allegate due opinioni dissenzienti.

Il Tribunale costituzionale ha rilevato che il principio dell'uguaglianza del voto esige che il voto di ogni elettore abbia la stessa influenza sulla composizione dell'organo elettivo. Le pari opportunità tra i vari partiti politici esigono, inoltre, che ogni partito abbia, in linea di principio, le stesse possibilità e *chances* durante l'intero procedimento elettorale e dunque anche in relazione alla ripartizione dei seggi.

Ad avviso dei giudici costituzionali, la soglia di sbarramento comportava, allo stato allora attuale (diversamente a quanto ritenuto dal *Bundesverfassungsgericht* nel passato²⁷), uno squilibrio sugli effetti del voto (*Erfolgswert*), poiché i voti a favore dei partiti politici che non avessero superato la soglia di sbarramento sarebbero rimasti privi di effetti. Al contempo, anche il diritto alle pari opportunità per i partiti veniva compromesso.

Il Tribunale ha evidenziato come le regole che comportano differenziazioni in relazione all'uguaglianza del voto e delle opportunità per i partiti politici necessitano sempre di un motivo "cogente", ossia di una legittimazione particolare. Esse devono essere idonee e necessarie ai fini del perseguimento del loro scopo. Al riguardo, il legislatore deve vigilare sul diritto elettorale al fine di assicurarne la conformità alla Legge fondamentale, riformandolo se nuovi sviluppi lo richiedano.

Il margine di manovra che spetta al legislatore è piuttosto limitato. Il diritto elettorale per le elezioni europee è soggetto ad un severo controllo di costituzionalità che tiene conto del pericolo che la maggioranza parlamentare, attraverso formule e meccanismi elettorali (quali, ad esempio, la clausola di sbarramento), miri a garantire l'elezione a livello europeo dei candidati dei partiti che la compongono. L'affermazione astratta e generica secondo cui la formazione della volontà nel Parlamento europeo viene resa più difficile in assenza di una

²⁶ Si segnala che il *Bundesverfassungsgericht* ha predisposto un comunicato stampa in relazione alla sentenza *de qua* in lingua inglese, disponibile *on line* alla pagina <http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressmitteilungen/bvg11-070en.html>.

²⁷ Cfr., per ulteriori dettagli, il contributo di M.T. Roerig nel *dossier* del Servizio Studi su *Le formule elettorali previste per l'elezione del Parlamento europeo*, del giugno 2010.

soglia di sbarramento, che garantisce contro l'ingresso di partiti piccoli, non può di per sé giustificare l'ingerenza nei principi dell'uguaglianza del voto e delle pari opportunità tra i partiti. Per poter giustificare la soglia di sbarramento è, dunque, necessario che possa argomentarsi nel senso (non di una generica difficoltà di decisione, ma) di un probabile pregiudizio per la funzionalità dell'organo rappresentativo.

Alla luce di ciò, la soglia di sbarramento prevista dalla legge elettorale tedesca è stata dichiarata illegittima. Le circostanze fattuali e giuridiche sussistenti durante le elezioni europee del 2009 e quelle ancora sussistenti al momento della decisione non giustificavano, ad avviso dei giudici costituzionali, la grave ingerenza sull'uguaglianza del voto e sulle pari opportunità tra partiti politici che la clausola non poteva non produrre.

Il Tribunale costituzionale ha sottolineato come la valutazione del legislatore secondo cui l'abolizione della soglia di sbarramento avrebbe compromesso la funzionalità del Parlamento europeo non si era fondata su fatti-presupposti sufficienti e non aveva tenuto conto delle particolari condizioni di lavoro del Parlamento europeo e dei suoi compiti. L'assunto secondo cui l'abolizione della soglia in Germania (e, come conseguenza, eventualmente anche in altri Stati membri) avrebbe comportato un aumento dei partiti piccoli nel Parlamento europeo, che sarebbero stati rappresentati anche da uno o due deputati era realistico e corretto. Tuttavia, non si poteva sostenere che ciò significasse un probabile pregiudizio per la funzionalità del Parlamento europeo. Le unità centrali di lavoro, ovvero i gruppi parlamentari (*Fraktionen*), hanno una notevole capacità di integrazione e sono riusciti, nel corso degli anni, in particolare durante il processo di allargamento dell'Ue, ad integrare i vari partiti politici nonostante la molteplicità di tendenze politiche. Si poteva pertanto ritenere che, anche in assenza della soglia di sbarramento, i nuovi e piccoli partiti politici riuscissero ad integrarsi nei gruppi parlamentari pre-esistenti.

I gruppi parlamentari sono, inoltre, sempre stati in grado di trovare ed organizzare in tempi adeguati accordi per deliberare con la necessaria maggioranza. Si sono dimostrati vicini alle esigenze della prassi e disposti a cooperare. Da ciò l'impossibilità di ricavare con certezza che, in assenza della clausola di sbarramento, si sarebbero prodotti cambiamenti e che tali cambiamenti avrebbero pregiudicato il regolare processo deliberativo. Anche se si sosteneva, da parte di taluni, che il processo deliberativo sarebbe stato reso più difficile con l'ingresso di molti partiti piccoli nel Parlamento europeo, ciò non era di per sé

sufficiente per poter affermare un “probabile pregiudizio” alla funzionalità del Parlamento europeo.

Ciò – ha sottolineato il Tribunale costituzionale – valeva anche alla luce dei compiti di tale Parlamento, disciplinati dai trattati europei in una maniera che escludeva la sussistenza di motivi cogenti tali da giustificare l’ingerenza sull’uguaglianza del voto e sulle pari opportunità. La situazione del Parlamento europeo non era infatti paragonabile a quella del *Bundestag* tedesco. In proposito si è argomentato che la soglia di sbarramento per le elezioni europee non aveva ragione di essere, poiché i parlamentari europei – a differenza dei colleghi del *Bundestag* – non eleggono un *Governo* dell’Unione che esige un supporto permanente da parte del Parlamento. Né, tantomeno, la legislazione europea dipende da una maggioranza costante nel Parlamento europeo formata da una coalizione stabile di determinati gruppi parlamentari cui si contrappone la c.d. opposizione: la legislazione dell’Ue è piuttosto concepita dal diritto primario in una maniera per cui non dipende da determinate maggioranze nel Parlamento europeo.

Il Tribunale ha precisato, infine, come l’incostituzionalità della soglia di sbarramento, che aveva per conseguenza la nullità della relativa disposizione della legge elettorale, non comportava invece l’inefficacia delle elezioni europee del 2009 e la necessità di nuove elezioni. Nell’ambito di una ponderazione degli interessi coinvolti, l’interesse al mantenimento dell’organo rappresentativo (alimentato dall’affidamento sulla legittimità delle elezioni europee) prevaleva sulla rimozione del vizio elettorale, che non risultava comunque insopportabile. Nuove elezioni in Germania avrebbero perturbato il lavoro del Parlamento europeo, ed in particolare la collaborazione dei deputati nei vari gruppi parlamentari e comitati.

Alla decisione della Corte costituzionale non si è quindi data efficacia retroattiva e la si è applicata solo a partire dalle elezioni europee nel 2014.

I giudici Di Fabio e Mellinshoff hanno redatto opinioni dissenzienti. A loro avviso, la maggioranza aveva applicato criteri di scrutinio formali che non risultavano convincenti. La maggioranza aveva interpretato il margine di manovra del legislatore in maniera troppo restrittiva ed aveva trascurato la possibilità di un pregiudizio per la funzionalità del Parlamento europeo e per la sua responsabilità politica.

I giudici dissenzienti hanno sottolineato come la soglia di sbarramento possa essere configurata come un completamento del sistema proporzionale. Ma tale sistema, pur con lo sbarramento, incide sull’uguaglianza degli effetti del voto e

sulle pari opportunità in misura assai più contenuta di un sistema elettorale maggioritario a turno unico, il quale può comportare che più del 50% dei voti in una circoscrizione elettorale possano risultare privi di effetto sui seggi da distribuire.

I principi elettorali sanciti dall'art. 38 LF, del resto, non esigono sempre ad avviso dei giudici dissenzienti, sistemi elettorali puri, ma consentirebbero sistemi misti e modifiche. Lo scrutinio di costituzionalità non doveva pertanto essere limitato ad un singolo elemento del sistema, estrapolato e misurato isolatamente.

In definitiva, la soglia di sbarramento doveva essere, secondo i giudici dissenzienti, legittimata alla luce dello scopo, vale a dire quello di impedire un frazionamento eccessivo dei partiti politici presenti nell'organo rappresentativo a livello europeo. La Germania (anche perché possiede un gran numero di seggi), assieme agli altri Stati membri, è responsabile della funzionalità del Parlamento europeo. Un motivo che giustificava la soglia del 5% consisteva, pertanto, secondo i giudici Di Fabio e Mellinshoff, già nella riduzione dei rischi di un possibile pregiudizio per la funzionalità del Parlamento, senza doversi necessariamente prospettare un blocco nel funzionamento. Al riguardo, non poteva essere sufficiente il ribadire che il Parlamento sarebbe comunque riuscito a trovare le maggioranze necessarie, anche perché ogni ulteriore frammentazione politica aumenta il dispendio in termini di costi e di personale al fine di ottenere un consenso e riduce la visibilità o la riconoscibilità da parte degli elettori delle principali tendenze politiche.

2.2.3. La sentenza del 26 febbraio 2014 (2 BvE 2/13, 2 BvE 5/13, 2 BvE 6/13, 2 BvE 7/13, 2 BvE 8/13, 2 BvE 9/13, 2 BvE 10/13, 2 BvE 12/13, 2 BvR 2220/13, 2 BvR 2221/13, 2 BvR 2238/13)

Con la sentenza del 26 febbraio 2014, il Tribunale costituzionale tedesco ha fatto un ulteriore passo, stabilendo che pure la soglia di sbarramento alle elezioni europee per i partiti tedeschi, che nell'ottobre 2013 – a seguito della pronuncia del Tribunale del 2011 – era stata abbassata dal 5% al 3%, era incostituzionale²⁸. Ad avviso della maggioranza dei giudici (la decisione è stata resa con 5 voti a favore contro 3), l'incidenza sul principio di uguaglianza del voto e delle pari opportunità alle urne che derivava da uno sbarramento al 3% non era giustificabile alla luce

²⁸ Il testo in inglese del relativo comunicato stampa è disponibile sul sito del Bundesverfassungsgericht: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg14-014en.html>.

delle circostanze giuridiche e fattuali allora vigenti. Il giudice Müller ha però allegato alla sentenza un'opinione dissenziente.

Ad impugnare la soglia di sbarramento erano stati, per un verso, numerosi piccoli partiti (tra cui la NPD, di estrema destra, i Pirati ed i *Freie Wähler*) nell'ambito di ricorsi per conflitto tra poteri e, per l'altro, soggetti privati nell'ambito di ricorsi diretti.

Entro i limiti della loro ammissibilità, i ricorsi sono stati accolti: la soglia di sbarramento del 3% prevista dalla legge elettorale per le elezioni europee (*Europawahlgesetz*), così come del resto ogni soglia di sbarramento, è stata dichiarata, nella situazione allora attuale, incostituzionale, in quanto in contrasto con i principi di eguaglianza del voto (art. 3, comma 1, LF) e di pari opportunità per i partiti politici (art. 21, comma 1, LF).

Il Tribunale costituzionale ha precisato che la norma oggetto del giudizio non poteva definirsi come la reintroduzione di una norma già dichiarata incostituzionale: la precedente sentenza aveva, infatti, inficiato la clausola di sbarramento posta al 5%, ed il legislatore aveva ritenuto di darvi seguito abbassando la soglia al 3%. Né si poteva affermare una violazione del principio che sancisce la fedeltà tra gli organi, visto che il legislatore non aveva scientemente disconosciuto la precedente sentenza del Tribunale costituzionale (sentenza del 9 novembre 2011²⁹), ma aveva anzi cercato di tenerne conto nella nuova normativa.

Il Tribunale costituzionale ha rilevato che l'Atto relativo all'elezione diretta dei rappresentanti del Parlamento europeo concede agli Stati membri un margine di azione per l'emanazione di disposizioni elettorali, che a loro volta devono però essere conformi al diritto costituzionale nazionale. La possibilità prevista in detto Atto di introdurre clausole di sbarramento fino al 5% dei voti espressi non implica necessariamente l'ammissibilità costituzionale di dette clausole nel diritto degli Stati membri.

I requisiti già illustrati nella sentenza del 9 novembre 2011 hanno trovato applicazione anche con riferimento a questo secondo giudizio. Il principio di uguaglianza che deriva per le elezioni dei rappresentanti tedeschi nel Parlamento europeo dall'art. 3, comma 1, LF garantisce l'uguaglianza dei cittadini, che il principio democratico esige e che è un fondamento essenziale dell'ordinamento statale. Da tale principio – in particolare in un sistema proporzionale – deriva che

²⁹ La decisione è stata segnalata nel numero del novembre 2011 del *Bollettino di informazione sull'attualità giurisprudenziale straniera*, a cura dell'Area di diritto comparato del Servizio Studi.

il voto di ogni elettore deve avere la stessa influenza sulla composizione dell'organo elettivo. Il rispetto delle pari opportunità tra i vari partiti politici impone, inoltre, che ogni partito abbia, in linea di principio, le stesse possibilità e *chances* durante l'intero procedimento elettorale e dunque anche in relazione alla ripartizione dei seggi.

Ad avviso dei giudici costituzionali, sussiste uno stretto legame tra l'uguaglianza del voto e le pari opportunità dei partiti politici. In particolare, eventuali limitazioni di detti principi necessitano degli stessi requisiti di giustificazione. Sebbene entrambi i principi non siano assoluti, il legislatore ha al riguardo un margine di manovra molto limitato.

Le regole che comportano differenziazioni in relazione all'uguaglianza del voto e delle opportunità per i partiti politici necessitano, infatti, sempre di un motivo "cogente", ossia di una legittimazione particolare: devono essere idonee e necessarie ai fini del perseguimento del loro scopo, in particolare di quello di garantire la funzionalità del Parlamento da eleggere.

Al riguardo, le circostanze fattuali e giuridiche allora attuali erano determinanti. Sebbene il legislatore possa considerare nella sua valutazione anche sviluppi futuri concretamente ravvisabili, tali sviluppi possono avere un peso decisivo solo se sono prevedibili già nel presente in base a fatti sufficientemente concreti e certi.

Il Tribunale costituzionale ha, tra l'altro, ritenuto di non dover approfondire l'argomento del *Bundestag* secondo cui le clausole di sbarramento erano giustificate per motivi di precauzione, al fine cioè di evitare eventuali futuri pericoli per la funzionalità del Parlamento europeo. Detta argomentazione era da respingere, poiché il legislatore nazionale ha sempre la possibilità di correggere il diritto elettorale e con ciò di intervenire in presenza di un reale pericolo per la funzionalità del Parlamento europeo: l'introduzione di una clausola di sbarramento a soli fini preventivi non era quindi idonea a giustificare la grave incidenza sull'uguaglianza del voto e anzi doveva essere considerata come sproporzionata.

Il diritto elettorale per le elezioni europee è soggetto ad un severo controllo di costituzionalità, che tiene anche conto del pericolo che la maggioranza parlamentare, attraverso formule e meccanismi elettorali (quali, ad esempio, la clausola di sbarramento), miri a garantire l'elezione a livello europeo dei candidati dei partiti che la compongono.

Alla luce di tutto ciò, il Tribunale costituzionale federale ha ritenuto che la clausola di sbarramento del 3% fosse in contrasto con gli artt. 3, comma 1, e 21, comma 1, LF. Il Tribunale ha richiamato al riguardo la pronuncia del 2011, secondo cui le circostanze fattuali e giuridiche sussistenti durante le elezioni europee del 2009 (e tuttora sussistenti nel 2014) non giustificavano la grave ingerenza sull'uguaglianza del voto e sulle pari opportunità tra partiti politici che la clausola non poteva non produrre. Ad avviso della maggioranza, un decisivo cambiamento delle circostanze fattuali non si era prodotto. La clausola del 3% non trovava, quindi, una giustificazione alla luce degli attesi sviluppi politici ed istituzionali ed una conseguente eventuale modifica delle condizioni di funzionalità del Parlamento europeo nel periodo elettorale successivo.

Il Tribunale costituzionale ha rimarcato come il legislatore abbia giustamente postulato che un profilarsi dell'antagonismo tra Governo ed opposizione a livello europeo possa, a determinate condizioni, giustificare l'introduzione di una clausola di sbarramento nel diritto elettorale tedesco per le elezioni europee, qualora sussistano però condizioni di diritto e di fatto paragonabili a quelle presenti a livello nazionale, ove la formazione di una maggioranza stabile è indispensabile per l'elezione di un Governo capace di agire e per fornirgli supporto.

Un tale sviluppo a livello europeo, con il rafforzamento della legittimazione democratica del Parlamento europeo, pur se politicamente auspicato, non era, però, ancora riscontrabile in misura sufficiente, essendo per il momento ad uno stadio solo iniziale. Né era chiaro come detto rafforzamento si sarebbe realizzato, ossia in quale misura la relativa decisione del Parlamento del 22 novembre 2012 si sarebbe potuta attuare. Gli effetti reali di una clausola di sbarramento sulla funzionalità del Parlamento europeo non erano pertanto prevedibili nel dato momento storico.

In base a quanto riscontrato, la tesi secondo cui la funzionalità del Parlamento europeo, in mancanza della clausola di sbarramento, sarebbe stata esposta ad un pregiudizio è apparsa puramente speculativa e quindi priva di fondamento. Non è stato ritenuto convincente l'argomento secondo cui l'intesa democratizzazione a livello europeo non avrebbe dovuto essere messa in pericolo da una frantumazione del Parlamento europeo dovuta al facile accesso di partiti politici piccoli da parte della Germania. Ciò non avrebbe comunque potuto giustificare, infatti, l'incidenza sui principi costituzionali tedeschi e non avrebbe rispettato nemmeno l'apertura del processo politico necessaria per il dibattito parlamentare,

anche in relazione ad una possibile riorganizzazione cui anche i piccoli partiti politici avrebbero potuto fornire un importante contributo.

Inoltre, ad avviso dei giudici costituzionali, non era stato provato che la formazione di una maggioranza nel Parlamento europeo ovvero la collaborazione dei due grandi gruppi parlamentari (unità centrali di lavoro – *Fraktionen*) sarebbe stata compromessa a seguito della politicizzazione perseguita. Eventuali crescenti contrasti politici tra i singoli gruppi parlamentari avrebbero anche potuto rafforzare la loro intesa interna. Inoltre, gli stessi elettori avrebbero potuto cercare di contrastare una frantumazione con un loro atteggiamento elettorale strategico. Infine, alla luce della forza integrativa dei gruppi parlamentari, i nuovi eletti appartenenti a piccoli partiti avrebbero potuto entrare a far parte di gruppi parlamentari più grandi già presenti o di un nuovo gruppo importante ancora da istituire. Come evidenziato già nella precedente sentenza, i gruppi parlamentari hanno una notevole capacità di integrazione e sono riusciti, nel corso degli anni, ad integrare i vari partiti politici nonostante la molteplicità di tendenze politiche: non si poteva quindi escludere che, anche in assenza della soglia di sbarramento, i nuovi e piccoli partiti riuscissero ad integrarsi nei gruppi parlamentari preesistenti.

Da tutto ciò si è derivata l'impossibilità di dedurre con certezza che, in assenza della clausola di sbarramento, si sarebbero prodotti cambiamenti e che tali cambiamenti avrebbero pregiudicato il regolare processo deliberativo.

Il Tribunale costituzionale ha evidenziato inoltre che il legislatore ha sempre la possibilità di intervenire al prospettarsi di tendenze pregiudizievoli. Come già evidenziato nella precedente pronuncia del 2011, il legislatore deve vigilare sul diritto elettorale al fine di assicurarne la conformità alla Legge fondamentale, riformandolo se nuovi sviluppi lo richiedano.

Sebbene la soglia di sbarramento del 3% incidesse senz'altro meno di quella del 5% sull'uguaglianza del voto e sulle pari opportunità dei partiti politici, l'incidenza non era comunque trascurabile ed era dunque non giustificata. Poiché una clausola di sbarramento per le elezioni europee da parte dell'elettorato tedesco non risultava necessaria, le questioni relative all'adeguatezza della soglia non richiedevano un ulteriore approfondimento. Ad avviso del Tribunale mancava, infatti, il fondamento che giustificasse una qualsiasi soglia elettorale.

Peraltro, il Tribunale costituzionale federale ha rimarcato come l'obbligo di una soglia di sbarramento non fosse prevista dalla normativa europea (in base all'art. 223, comma 1, TFUE). Esisteva soltanto la facoltà degli Stati Membri –

compatibilmente con il loro rispetto ordinamento nazionale – di prevedere una soglia di sbarramento.

Il giudice Müller ha redatto un'opinione dissenziente. A suo avviso, la maggioranza aveva applicato requisiti troppo severi in relazione all'accertamento del pregiudizio per la funzionalità del Parlamento europeo, non tenendo sufficientemente conto del compito del legislatore di disciplinare il diritto elettorale. Secondo Müller, spettava al legislatore la valutazione dell'opzione tra una mera possibilità ipotetica e la sicura realizzazione di un pregiudizio per la funzionalità del Parlamento europeo. Non spettava invece al Tribunale costituzionale sostituire una sostenibile valutazione del legislatore con il proprio convincimento. Infine, la decisione del Tribunale conduceva all'accettazione del rischio di un pregiudizio per la funzionalità del Parlamento durante la legislatura.

La decisione del Tribunale, come lo stesso aveva chiaramente espresso, aveva come conseguenza l'inammissibilità di qualsiasi soglia di sbarramento. Alla luce di ciò, lo scrutinio costituzionale della norma elettorale avrebbe imposto la valutazione relativa al pregiudizio per la funzionalità del Parlamento europeo derivante da una generale rinuncia alla soglia di sbarramento nell'intero ambito dell'Ue. La valutazione del legislatore secondo cui una frantumazione nel Parlamento può ostacolare la formazione delle maggioranze necessarie, da questo punto di vista, sarebbe stata da ritenere plausibile e non criticabile, ad avviso del giudice Müller. Se la forza integrativa dei gruppi parlamentari cui la maggioranza aveva fatto cenno poteva contrastare un'ulteriore frantumazione era questione tanto incerta quanto la formazione di nuovi gruppi parlamentari. In merito ad un'eventuale collaborazione con i gruppi più grandi, il giudice dissenziente ha rilevato che appunto il perdurare della loro maggioranza assoluta avrebbe potuto non risultare più garantita, donde l'impossibilità di obbligare il legislatore a tener conto di tali circostanze nella sua valutazione. Il pregiudizio per la funzionalità del Parlamento europeo era, secondo Müller, sufficientemente importante per giustificare l'incidenza sui principi dell'uguaglianza del voto e sulle pari opportunità dei partiti politici. Sebbene il Parlamento europeo sia un parlamento *sui generis*, le differenze tra quest'ultimo ed il *Bundestag* non erano da ritenersi tali da giustificare una differenziazione significativa nella valutazione della loro funzionalità.

Il giudice ha osservato infine di non avere dubbi significativi in merito alla legittimità ed all'opportunità della normativa elettorale oggetto della decisione ed ha rilevato al riguardo che tutti gli Stati membri, con l'eccezione della Spagna, avevano previsto una soglia del 3%. Inoltre, a suo avviso, la necessità

dell'incidenza sull'eguaglianza non poteva venir meno alla luce della possibilità del legislatore nazionale di correggere il diritto elettorale, in quanto una tale modifica avrebbe potuto esplicare i suoi effetti solo per la legislatura successiva.

3. L'impatto della nuova normativa eurounitaria

La nuova normativa europea è stata politicamente voluta e anzi stata promossa dal Governo federale (ed in particolare dai partiti politici CDU, CSU e SPD) al fine di evitare che partiti politici piccoli ed estremisti potessero entrare nel Parlamento europeo. Proprio alla luce delle illustrate decisioni del *Bundesverfassungsgericht* del 2011 e 2014, in cui la soglia di sbarramento a livello nazionale è stata ritenuta incostituzionale, quantomeno alla luce delle circostanze e dei fatti all'epoca sussistenti, si è cercato di imporre un "ostacolo d'ingresso" per i partiti ritenuti anti-sistema da quelli più grandi direttamente tramite la normativa a livello europeo.

La dottrina non sembra ancora essersi espressa nei particolari sull'impatto di tale normativa europea sull'ordinamento costituzionale tedesco³⁰. È comunque presumibile che ben presto qualche ricorso verrà promosso presso il Tribunale costituzionale, che dovrà quindi prendere posizione in particolare sulla questione se l'introduzione della soglia a livello europeo possa essere in contrasto con la *Ewigkeitsgarantie* (nucleo intangibile della costituzione) di cui all'art. 79, comma 3, Legge fondamentale (LF), e quindi in particolare con i principi sanciti nell'art. 1³¹ e nell'art. 20 LF³². Il Servizio Studi del *Bundestag*³³, che ha esaminato la

³⁰ Al riguardo, v. qualche prima osservazione su un blog costituzionalistico reperibile alla pagina: <https://verfassungsblog.de/bringt-das-eu-recht-den-europawahlen-in-deutschland-die-5-klausel-zurueck/>, v. anche: ROßNER, *Verfassungswidrigkeit der Fünf-Prozent-Sperrklausel im Europawahlrecht*, in NVwZ 2012, 22, 25; GRZESZICK, *Weil nicht sein kann, was nicht sein darf: Aufhebung der 3 %-Sperrklausel im Europawahlrecht durch das BVerfG und dessen Sicht auf das Europäische Parlament*, in NVwZ 2014, 537, 541; WERNSMANN, *Verfassungsfragen der Drei-Prozent-Sperrklausel im Europawahlrecht*, in JZ 2014, 23, 28; WILL, *Nichtigkeit der Drei-Prozent-Sperrklausel bei Europawahlen*, in NJW 2014, 1421, 1424; RATHKE, in: VON ARNAULD/HUFELD (ed.), *Systematischer Kommentar zu den Lissabon-Begleitgesetzen*, 2. Ed. 2018, § 7 n. 115; HEINIG, *Sperrklausel im Direktwahlakt: Darf der Deutsche Bundestag zustimmen?*, in DVBl. 2016, 1141.

³¹ Articolo 1 [Dignità umana – diritti umani – vincolo al rispetto dei diritti fondamentali]: (1) La dignità della persona è intangibile. Al suo rispetto e alla sua protezione è vincolato l'esercizio di ogni potere statale. (2) Il popolo tedesco riconosce pertanto i diritti umani inviolabili e inalienabili come fondamento di ogni comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo. (3) I seguenti diritti fondamentali vincolano i poteri legislativo, esecutivo e giurisdizionale in quanto norme dotate di diretta efficacia.

ratifica della modifica dell'Atto elettorale, ha evidenziato come tale ratifica dell'introduzione della soglia nella normativa elettorale europea (come parte del diritto primario dell'Ue) sia assoggettata all'art. 23, comma 1, LF, che disciplina il trasferimento di poteri sovrani. Di conseguenza, i parametri di scrutinio costituzionale sarebbero limitati alla compatibilità con la suddetta "garanzia d'eternità". In questa logica, i primi commentatori hanno suggerito che l'introduzione di una soglia di sbarramento moderata possa difficilmente considerarsi incompatibile con il nucleo della Costituzione tedesca.

³² Articolo 20 [Principi dell'ordinamento statale – diritto di resistenza]: (1) La Repubblica Federale di Germania è uno Stato federale democratico e sociale. (2) La sovranità dello Stato promana dal popolo, che la esercita mediante elezioni e votazioni, attraverso specifici organi legislativi, esecutivi e giurisdizionali. (3) Il potere legislativo è vincolato al rispetto dell'ordinamento costituzionale, il potere esecutivo e il potere giurisdizionale al rispetto della legge e del diritto. (4) Contro chiunque tenti di sovvertire questo ordinamento, tutti i tedeschi hanno il diritto di opporre resistenza, quando altri rimedi non siano possibili.

³³ Cfr. il relativo *dossier* reperibile *on line* alla pagina: <https://www.bundestag.de/blob/560958/12cd4cc0c2e08c8f8c5e82d3e56279de/wd-3-127-18-pdf-data.pdf>.

REGNO UNITO

di Sarah Pasetto

Lo European Parliamentary Elections Act 2002

Lo *European Parliamentary Elections Act 2002* ha previsto la suddivisione del territorio del Regno Unito in dodici circoscrizioni elettorali, per un totale di 73 europarlamentari. La Scozia, il Galles e l'Irlanda del Nord costituivano ciascuno un'unica circoscrizione, alle quali spettavano rispettivamente 6, 4 e 3 seggi, mentre l'Inghilterra era suddivisa in nove articolazioni: le Midlands Orientali (alle quali spettano 5 seggi), l'Est (7 seggi), Londra (8), il Nord-Est (3), il Nord-Ovest (8), il Sud-Est (10), il Sud-Ovest (6), le Midlands Occidentali (7) e lo Yorkshire and the Humber (6)¹.

Lo *European Parliamentary Elections Act 2002* riprendeva lo *European Parliamentary Elections Act 1999*, onde ribadire che il sistema elettorale da impiegare per l'elezione degli europarlamentari provenienti dal Regno Unito era un sistema basato sulle liste regionali (*regional list system*)².

Nonostante l'auspicio di poter aumentare l'affluenza alle urne fosse uno dei motivi principali per il passaggio al sistema elettorale proporzionale, i dati raccolti sulle elezioni svoltesi a partire dal giugno 1999 non hanno offerto alcun riscontro probante sul piano statistico all'ipotesi della maggiore attrattività del sistema proporzionale *tout court*. Infatti, l'affluenza alle urne è rimasta notevolmente bassa, attestata tra il 30 ed il 40%. Un sondaggio del *Department for Constitutional Affairs*³ ha evidenziato che l'introduzione di un nuovo sistema elettorale non è stato in grado, di per sé, di incidere sulla decisione di recarsi o meno a votare del 95% degli aventi diritto intervistati; piuttosto, la presenza alle urne era dipesa da ragioni personali dell'individuo, oltre che dalla conoscenza o meno del ruolo del Parlamento europeo e delle motivazioni su cui si basava lo svolgimento delle elezioni europee.

¹ *European Parliamentary Elections Act 2002, section 1 e Schedule 1*, come aggiornati da *The European Parliament (Number of MEPs and Distribution between Electoral Regions) (United Kingdom and Gibraltar) Order 2008*.

² *European Parliamentary Elections Act 2002, section 2(1)*.

³ Un dipartimento governativo attivo dal 2003 al 2007, anno nel quale la sua denominazione è stata mutata in *Ministry of Justice*.

Nel sistema proporzionale, la clausola di sbarramento non è mai stata introdotta, né si sono avute significative iniziative volte ad introdurla.

Può essere interessante notare che, nonostante l'Esecutivo britannico stia procedendo con i piani per la *Brexit*, attualmente prevista per il 29 marzo 2019, la *Electoral Commission* ha comunque stanziato una somma di £ 829.000 per far fronte all'eventualità che la data del recesso dall'Ue debba essere posticipata e, pertanto, che le elezioni per il Parlamento europeo si debbano svolgere comunque. Nel febbraio 2018, il Parlamento europeo ha votato a favore della proposta di eliminare 46 dei 73 seggi che attualmente spettano al Regno Unito e di ridistribuire i rimanenti 27 agli Stati membri leggermente sotto-rappresentati; la proposta si applicherà, ovviamente, soltanto nel momento in cui il Regno Unito avrà effettivamente lasciato dall'Unione.

SPAGNA

di Carmen Guerrero Picó

1. L'assenza, fino ad oggi, di una clausola di sbarramento

La Costituzione spagnola del 1978 non prevede alcuna clausola di sbarramento elettorale, ma i legislatori statale ed autonomici hanno previsto il loro utilizzo in tutte le elezioni cui si applica una formula elettorale proporzionale¹, con la sola eccezione delle elezioni al Parlamento europeo.

L'art. 216 della legge organica n. 5/1985², del 19 giugno, sul regime elettorale generale (d'ora in avanti, LOREG) sancisce che, per le elezioni europee, l'attribuzione dei seggi tra le liste che abbiano ottenuto voti validi si realizzi con le modalità previste dall'art. 163, comma 1, lettera *a*), LOREG per le elezioni alla Camera dei deputati, cioè secondo la formula D'Hondt. Tuttavia, ha escluso l'applicabilità della soglia di sbarramento del 3% ivi prevista.

Nonostante ciò, per quanto attiene alla rappresentanza delle formazioni politiche minori, i cosiddetti partiti nazionalisti hanno sistematicamente denunciato un grave pregiudizio (derivante anche, se non soprattutto, dall'esistenza di una circoscrizione unica), in quanto il sistema creerebbe una sotto-rappresentazione delle Comunità autonome nelle quali essi sono più forti, penalizzando così i loro elettori e sacrificando il principio della rappresentanza politica a favore dell'applicazione del metodo proporzionale.

Su posizioni diverse, alcuni autori³ e lo stesso Consiglio di Stato⁴ ritengono che proprio l'assenza di una soglia nelle elezioni al Parlamento europeo, unita alla scelta per un collegio nazionale unico, facilitino la proporzionalità della rappresentanza politica, potenziando il pluralismo politico: per un verso, i partiti nazionali hanno uguali *chances* di successo, indipendentemente dal loro volume o

¹ Per ulteriori approfondimenti, v. J. OLIVER ARAUJO, *Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017.

² Il testo consolidato della legge è reperibile *on line* alla pagina <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-11672>.

³ Cfr. J. OLIVER ARAUJO, *Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad*, cit, 67-68.

⁴ V. il parere del Consiglio di Stato del 24 febbraio 2009 (su cui v. *infra*, par. 2.1.1.), 212-242, reperibile *on line* alla pagina <http://www.consejo-estado.es/pdf/regimen-electoral.pdf>.

dal loro disuguale radicamento nel territorio; per altro verso, i partiti di matrice autonómica non subiscono gravi pregiudizi.

In questo senso, e sulla base dei dati risultanti dalle cinque elezioni al Parlamento europeo celebrate in Spagna prima del 2009, uno studio⁵ ha simulato i risultati che si sarebbero ottenuti con la formula elettorale vigente nel caso in cui il collegio unico nazionale fosse stato sostituito da circoscrizioni elettorali corrispondenti alle singole Comunità autonome. I maggiori beneficiari sarebbero risultati i due grandi partiti nazionali (partito popolare e partito socialista), che avrebbero visto aumentare i loro seggi. Solo le due o tre formazioni politiche di ambito autonomico più grandi avrebbero visto aumentare – ma solo occasionalmente – la loro consistenza in seggi. I partiti maggiormente pregiudicati sarebbero i partiti nazionali minori e gli altri partiti nazionalisti, che non sarebbero stati rappresentati nel Parlamento europeo. Dallo studio si evince che l’inserimento di modelli che riducono la dimensione della circoscrizione, e con ciò il numero di seggi da ripartire, aggrava il problema della mancanza di proporzionalità tra voti e seggi, specialmente se si prende in considerazione il limitato numero di seggi che sono attribuiti nelle elezioni europee.

2. La circoscrizione elettorale

2.1. Il collegio unico nazionale

Come accennato, la scelta della circoscrizione elettorale unica per le elezioni al Parlamento europeo è stata – ed è tuttora – una questione largamente dibattuta in dottrina ed in sede parlamentare. Fin dalla riforma della LOREG con cui sono state introdotte le modifiche necessarie per lo svolgimento di elezioni europee, la discussione si è incentrata principalmente sulla scelta tra la circoscrizione unica nazionale e la divisione delle circoscrizioni in base alle Comunità autonome⁶. Il legislatore ha preferito adottare una circoscrizione nazionale unica (art. 214 LOREG), il che non ha evitato successive iniziative tese a stabilire come

⁵ Si veda, J. R. MONTERO – G. CORDERO, “Elecciones europeas en España: partidos nacionalistas y circunscripción única”, in *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, n. 89/2009, del 01/06/2009, <http://biblioteca.ribei.org/1608/1/ARI-89-2009.pdf>.

⁶ Si veda, M.V. GARCÍA-ATANCE, “Crónica parlamentaria de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General y de la Ley orgánica de modificación de la ley Orgánica del Régimen Electoral General, para la regulación de las elecciones al Parlamento Europeo”, in *Revista de Derecho Político*, n. 25, 1987, 271-291, in <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8367/8003>.

circoscrizioni elettorali le Comunità autonome⁷, sull'assunto che una tale riforma avrebbe comportato un migliore adattamento del sistema elettorale alle peculiarità della struttura territoriale della Spagna quale *Estado de las Autonomías*.

2.1.1. La sentenza del Tribunale costituzionale n. 28/1991

Quando il legislatore spagnolo ha stabilito che la circoscrizione per l'elezione dei deputati del Parlamento europeo doveva essere il territorio nazionale, il Parlamento dei Paesi Baschi ha adito il Tribunale costituzionale, ritenendo che gli artt. 211, comma 2, lettera *d*), e 214 della legge organica n. 1/1987, del 2 aprile, di modifica della LOREG per la disciplina delle elezioni al Parlamento europeo, fossero incostituzionali. È significativo che il ricorrente non identificasse i singoli vizi di legittimità, né sviluppasse una argomentazione propria, limitandosi a trascrivere gli interventi che i capigruppo dei partiti *Eusko Alkartasuna*, *Euskadiko Ezkerra* e *Nacionalistas Vascos* avevano presentato all'assemblea autonoma in occasione della riforma della LOREG.

Con la STC 28/1991⁸, del 14 febbraio, il Tribunale costituzionale ha respinto il ricorso del Parlamento basco, in primo luogo, per l'esistenza di difetti formali, in quanto la trascrizione degli interventi parlamentari nel ricorso comporta che esso non possa definirsi uno "scritto motivato", ai sensi dell'art. 85, comma 1, della legge organica sul Tribunale costituzionale (d'ora in avanti, LOTC): nei ricorsi in via principale è infatti d'obbligo segnalare con precisione i precetti costituzionali che si ritengono violati (art. 33 LOTC).

⁷ In questo senso, può citarsi, a titolo di esempio, la *Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, para establecer circunscripciones electorales de ámbito autonómico en las elecciones al Parlamento Europeo*, presentata dal Grupo parlamentare catalano *Convergència i Unió* (BOCG, *Congreso de los Diputados*, n. B-25-1, dell'11 aprile 2008, 1 ss., http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/B/B_025-01.PDF#page=1).

All'inizio del 2018, un deputato catalano del gruppo misto ha presentato un'interrogazione al Governo sulla volontà di novellare la circoscrizione unica che, a suo avviso, allontanerebbe l'elettore dagli eletti. Nel mese di aprile, il Governo ha ritenuto la novella non necessaria alla luce del diritto eurounitario, invitando il deputato a presentare un'iniziativa legislativa affinché la proposta potesse essere dibattuta e, se del caso, approvata col massimo consenso possibile (http://www.congreso.es/l12p/e8/e_0082563_n_000.pdf).

⁸ Il testo della decisione è reperibile *on line* alla pagina <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1667>.

Questo rilievo preliminare avrebbe permesso al Tribunale costituzionale di non entrare nel merito del ricorso; ciò nonostante, il Tribunale ha deciso di farlo, manifestando perplessità circa la sussistenza di riguardi di fronte al contrasto tra la norma impugnata e gli artt. 1 e 2 Cost.⁹, evocati dai deputati autonomici nei loro discorsi:

“In effetti, nel primo degli interventi parlamentari citati si riconosce che il Parlamento europeo non è una camera di rappresentanza territoriale, poiché in essa non hanno rappresentanti gli Stati – e neanche le unità territoriali infra-statali, possiamo aggiungere ora – ma i cittadini, a seconda delle loro preferenze ideologiche; nel secondo intervento riportato, si ammette che nella nostra Costituzione non vi è un mandato esplicito su come debba configurarsi la circoscrizione elettorale e, infine, nel terzo degli interventi parlamentari si rimprovera alla circoscrizione nazionale unica predisposta dalla LOREG solo il fatto di non essere lo strumento più adatto al principio di autonomia politica delle nazionalità e regioni, ma non si afferma che sia incostituzionale. Tutto ciò mette in rilievo che, nel quadro delle legittime preferenze per l’uno o per l’altro modello di circoscrizione elettorale, la configurazione del territorio nazionale come circoscrizione unica nelle elezioni al Parlamento europeo è, quanto meno, un’opzione lecita costituzionalmente come può esserlo quella che sostengono i deputati autonomici – cioè, le circoscrizioni corrispondenti alle singole Comunità autonome –, senza che questa seconda opzione debba essere necessariamente adottata in ragione delle esigenze della struttura autonoma dello Stato riconosciuta e garantita nell’art. 2 della Costituzione, interpretato in funzione del valore superiore del pluralismo al quale fa riferimento l’art. 1, comma 1, dello stesso testo costituzionale, contrariamente a ciò che credono tali deputati.

“Perciò, nonostante l’assenza di ostacoli – almeno fin quando persista l’autonomia istituzionale di cui ora godono gli Stati membri della Comunità europea (art. 7 dell’Atto elettorale europeo) – a che il legislatore statale, facendo uso della sua libertà, disponga in futuro l’organizzazione territoriale del corpo elettorale nei comizi europei avendo riguardo al disegno autonomistico, dobbiamo ribadire che una tale misura non sarebbe un qualcosa di costituzionalmente

⁹ Art. 1, comma 1, Cost.: “La Spagna si costituisce come Stato sociale e democratico di diritto che propugna come valori superiori del suo ordinamento giuridico la libertà, la giustizia, l’uguaglianza ed il *pluralismo politico*”.

Art. 2 Cost.: “La Costituzione si basa sulla indissolubile unità della Nazione spagnola, patria comune e indivisibile di tutti gli spagnoli, e riconosce e garantisce il diritto alla *autonomia delle nazionalità e regioni* che la compongono e la solidarietà fra tutte le medesime” (i corsivi sono aggiunti).

obbligato, bensì il frutto di una decisione politica, sulla cui opportunità e sui cui risultati non spetta giudicare a questo Tribunale” (*fundamento jurídico* 8).

In definitiva, si conferma la legittimità dell’art. 214 LOREG, ma anche quella di un’eventuale suddivisione del territorio in circoscrizioni elettorali sulla base delle Comunità autonome. Si tratta, però, di una scelta che spetta unicamente al legislatore.

2.1.2. *Il parere del Consiglio di Stato del 24 febbraio 2009*

Uno dei temi più ricorrenti nell’agenda politica è quello della possibile riforma del sistema elettorale generale. In questo contesto, il 27 giugno 2008, il Governo spagnolo ha chiesto al Consiglio di Stato un suo parere sulle principali proposte di riforma. Si richiedeva, in concreto, l’analisi della loro compatibilità con il quadro costituzionale, nonché una prognosi circa la loro funzionalità per l’insieme del sistema. La questione della circoscrizione elettorale nelle elezioni al Parlamento europeo non era menzionata nella richiesta dell’Esecutivo, ma proprio in considerazione del fatto che è tra i temi che sono stati più frequentemente trattati, il Consiglio di Stato ha ritenuto opportuno sottoporla a valutazione¹⁰.

A proposito della circoscrizione nazionale unica, ha segnalato che il suo più grande pregio è quello di produrre risultati altamente proporzionali, anche perché non è accompagnata da alcuna soglia di sbarramento (*v. supra* par. 2). E questo notevole effetto proporzionale si traduce in un maggior pluralismo politico, poiché non si preclude la presenza di partiti minori di ambito statale o di partiti radicati nelle Comunità autonome. D’altro canto, il Consiglio di Stato considera che sia questa l’opzione che si armonizza meglio con il carattere di rappresentanti del popolo spagnolo nel suo insieme che è proprio dei deputati spagnoli chiamati a svolgere i loro compiti in un organo di natura sovranazionale, qual è il Parlamento europeo. E, a questo riguardo, ricorda che il diritto comunitario vigente continua a fare accenno alla rappresentanza dei *popoli* degli Stati membri.

¹⁰ V. l’*Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación del régimen electoral general*, cit., 234-241.

2.2. Le proposte di riforma che introducono un elemento di matrice autonoma nella ripartizione dei seggi

Le proposte di riforma della LOREG che sono state presentate finora si concretizzano generalmente nell'adozione della Comunità autonoma come circoscrizione elettorale o, almeno, come base per la divisione del territorio nazionale in più circoscrizioni. Altre proposte, pur senza abbandonare l'opzione per la circoscrizione elettorale unica nazionale, cercano di porre in maggiore risalto l'elemento autonomistico. Di seguito, si passeranno in rassegna i pregi e i difetti di queste opzioni come sono stati evidenziati dal Consiglio di Stato.

2.2.1. Le proposte favorevoli all'introduzione della suddivisione del territorio nazionale in circoscrizioni elettorali (più o meno) coincidenti con le Comunità autonome

L'argomento cui si fa ricorso con maggiore frequenza per giustificare le proposte che hanno ad oggetto la costituzione di circoscrizioni plurinomiali di ambito autonomico è che si tratta dell'opzione più rispettosa della struttura territoriale raffigurata nella Costituzione. In effetti, il Consiglio di Stato conferma il valore aggiunto dell'utilizzo come circoscrizioni elettorali delle unità politiche che integrano la struttura territoriale della Spagna e che, in quanto tali, esercitano competenze di natura normativa e di attuazione del diritto comunitario. Orbene, questo vantaggio iniziale si scontra con un ostacolo impegnativo, qual è l'elevato numero di circoscrizioni che deriverebbe da quella divisione (17 Comunità autonome, alle quali bisognerebbe aggiungere le Città autonome di Ceuta e Melilla), rispetto al ridotto numero di seggi da ripartire. Tutto ciò avrebbe un'incidenza negativa sulla proporzionalità tra voti e seggi: il sistema elettorale si trasformerebbe di fatto in un sistema maggioritario, poiché in molte circoscrizioni potrebbero designarsi, probabilmente, solo uno o due deputati. Inoltre, si produrrebbe un accentuato numero di voti inutili in ogni circoscrizione e questo potrebbe disincentivare gli elettori, già di per sé restii a partecipare alle elezioni europee.

Come si dirà tra breve, in alcune di queste proposte si tenta di attenuare questa incidenza negativa sul piano della proporzionalità agendo sulla formula per l'assegnazione dei seggi alle circoscrizioni o attraverso i criteri che fungono da base per la suddivisione territoriale, cercando di conciliare l'elemento autonomico con l'esistenza di circoscrizioni di "dimensioni ragionevoli", che permettano

un'adeguata articolazione del principio di proporzionalità e, al contempo, consentano una maggiore identificazione personale dei cittadini con i "loro" deputati. Le proposte che vengono avanzate sono le seguenti:

i) Stabilire tante circoscrizioni quante Comunità autonome vi sono, ma introdurre un meccanismo correttivo per limitare gli effetti negativi in termini di proporzionalità, per esempio, assegnando un numero predeterminato di deputati ad ogni circoscrizione (di solito si suggerisce come minimo 3); si propone altresì l'attribuzione di un numero minimo iniziale di deputati uguale per ogni Comunità autonoma, in modo che il fattore demografico acquisti un ruolo solo in un secondo momento¹¹. Pur con questi accorgimenti, questa opzione non elimina il pregiudizio per i partiti minori di ambito statale.

ii) Operare una divisione artificiale del territorio, ad esempio in quattro o cinque circoscrizioni, che raggruppino diverse Comunità autonome. Questa soluzione presenta significativi inconvenienti: a) su un piano politico, non è in linea con la finalità di proiettare la struttura territoriale dello Stato nella rappresentanza della Spagna nel Parlamento europeo e diluisce il riferimento territoriale reclamato dai partiti autonomici; b) aumenta il rischio di aprire ad un ritaglio politicamente arbitrario delle circoscrizioni (fenomeno conosciuto negli Stati Uniti come *gerrymandering*).

Più specificamente, si è suggerito di creare circoscrizioni corrispondenti alle c.d. "*comunidades históricas*" (Paesi Baschi, Catalogna e Galizia)¹² da aggiungere ad un'altra circoscrizione per il resto del territorio dello Stato. Molte Comunità autonome si sono espresse in senso negativo, perché si darebbe luogo a differenze difficilmente giustificabili, e la proposta farebbe nascere interrogativi sull'assegnazione di seggi alle distinte circoscrizioni; in alcuna di esse, poi, il sistema potrebbe trasformarsi in un sistema maggioritario.

iii) Subordinare l'esistenza della circoscrizione autonoma all'accordo della rispettiva assemblea legislativa autonoma ed al fatto che il numero di abitanti della Comunità autonoma rispetti il criterio della rappresentanza proporzionale¹³.

¹¹ Nel dibattito parlamentare che aveva preceduto la LOREG del 1987, il gruppo catalano *Convergència i Unió* (CIU) aveva proposto di attribuire un seggio a tutte le Comunità autonome ed un altro a Ceuta-Melilla, e di ripartire il resto tra tutte le Comunità autonome in funzione della loro popolazione. Essendo 60 i seggi allora da ripartire, in base al calcolo realizzato, solo 3 Comunità autonome avrebbero superato i 5 seggi (Madrid, con 6, e Catalogna ed Andalusia, con 8).

¹² Tale proposta è stata inclusa nel programma elettorale del partito nazionalista basco (PNV) per gli anni 2004 e 2008.

¹³ Una simile proposta era presente nel programma elettorale di CIU per 2004 e nella proposta presentata nell'aprile 2008. Alle Comunità autonome che avessero deciso di diventare

L'assegnazione dei seggi dovrebbe avvenire proporzionalmente alla popolazione di ciascuna delle circoscrizioni di ambito autonomico. Il principale svantaggio di questo sistema risiede nella mancanza di stabilità della circoscrizione elettorale, la cui dimensione finirebbe per variare a seconda della decisione di ciascuna Comunità autonoma.

2.2.2. Le proposte tendenti a conciliare la maggiore proporzionalità tra voti e seggi del collegio unico nazionale con l'introduzione dell'elemento autonomico

Altre proposte che sono state presentate fino a questo momento hanno tentato di conciliare la maggiore proporzionalità tra voti e seggi del collegio unico nazionale con l'introduzione dell'elemento autonomico sulla base di due idee fondamentali: in primo luogo, che la circoscrizione elettorale unica è quella che garantisce al meglio la proporzionalità del sistema; in secondo luogo, che la divisione del territorio spagnolo deve avere un riflesso nel disegno delle circoscrizioni elettorali. Sono state proposte "circoscrizioni a due livelli", secondo il modello tedesco. L'idea è stata quella di operare una prima ripartizione dei seggi a livello nazionale in base al metodo D'Hondt (senza alcuna clausola di sbarramento) e, una volta determinati i seggi spettanti ad ogni formazione politica, di realizzare – sempre con il metodo D'Hondt – una distribuzione tra le distinte circoscrizioni di secondo livello.

Il principale inconveniente di questa proposta è che la sua complessità esige interventi normativi cospicui sull'organizzazione dell'amministrazione elettorale e sul sistema dei ricorsi elettorali.

3. L'impatto della nuova normativa eurounitaria

In seguito all'approvazione della decisione (UE, Euratom) 2018/994 del Consiglio, del 13 luglio 2018, che modifica l'atto relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto, allegato alla decisione 76/787/CECA, CEE, Euratom del Consiglio del 20 settembre 1976, è diventata

circoscrizione elettorale si sarebbe concesso un minimo iniziale di due seggi. Le Comunità autonome che non avessero deciso di costituirsi in circoscrizione o quelle che non avessero ottenuto il minimo iniziale di deputati necessario (cioè le Comunità la cui popolazione non avesse coperto due volte la quota di ripartizione risultante da dividere per la cifra totale degli elettori per il numero di seggi assegnati alla Spagna) avrebbero continuato a far parte della circoscrizione elettorale nazionale.

imperativa la riforma della disciplina spagnola delle elezioni europee, poiché il nuovo art. 3, comma 2, impone che gli Stati membri in cui si utilizza lo scrutinio di lista prevedano una soglia minima compresa tra il 2% ed il 5% per l'attribuzione dei seggi per le circoscrizioni elettorali che comprendono più di 35 seggi.

La novella non si applicherà alle prossime elezioni europee del 2019 e, quindi, ancora non si avverte, in sede politica, l'urgenza di approfondire lo studio della questione.

Gli europarlamentari dei partiti nazionalisti Esquerra Republicana, Partit Demòcrata de Catalunya (PDECAT), Partido Nacionalista Vasco (PNV), Bildu, Compromís e Bloque Nacionalista Galego (BNG) si sono già espressi in senso molto critico¹⁴ riguardo alla normativa eurounitaria, poiché metterebbe a rischio la presenza delle minoranze nell'assemblea¹⁵, in contrasto con i valori democratici europei.

I rappresentanti del partito socialista, attualmente al Governo, sembrano inclini a fissare una soglia minima del 2%¹⁶, onde evitare di pregiudicare le forze politiche nazionaliste che, almeno per il momento, sono orientate alla formazione di coalizioni, una prassi che non è nuova¹⁷. Tuttavia, resta l'incognita se la novella

¹⁴ V. *Propuestas para que las nacionalidades históricas sigan en el parlamento europeo*, del 04/07/2018, <https://www.izaskumbilbao.eus/2018/07/propuestas-para-que-las-nacionalidades-historicas-sigan-en-el-parlamento-europeo/>.

¹⁵ V. *La Eurocámara aprueba la reforma electoral que podría excluir al PDeCAT o ERC a partir de 2024*, in *La Vanguardia*, del 04/09/2018, <https://www.lavanguardia.com/politica/20180704/45639905656/eurocamara-reforma-electoral-europea-umbral-minimo-pdecat-erc-pnv-bildu.html>.

¹⁶ Cfr. *El PSOE «indultará» a los nacionalistas en la Eurocámara*, in *La Razón*, del 05/07/2018, <https://www.larazon.es/internacional/el-psoe-indultara-a-los-nacionalistas-en-la-eurocamara-DE18943077>.

¹⁷ “En los resultados de 2014 hasta cuatro formaciones obtuvieron representación, pese a haber obtenido menos del 5% de los votos. Una de ellas logró incluso un eurodiputado con apenas un 1,91 %. En resumen, seis eurodiputados consiguieron su puesto situándose por debajo de ese 5%. A lo anterior se añade que alguna de esas formaciones estaba compuesta por partidos que se aliaban con el único fin de optar a un escaño, objetivo totalmente inalcanzable si se presentaban en solitario. Por esa vía se han venido creando grupos tan artificiales como «Los pueblos deciden», que aglutinaba siglas tan diversas como Bildu, Bloque Nacionalista Gallego y Alternativa Nacionalista Canaria, con la única intención de «rascar» alguna representatividad que, a posteriori, debían compartir a través de la pintoresca figura del «eurodiputado time-sharing», repartiéndose el escaño en cuestión por periodos de tiempo” (G. PÉREZ SÁNCHEZ,

sarà circoscritta all'introduzione di una clausola di sbarramento o se comporterà un più ampio dibattito, che comprenda anche eventuali proposte di modificare della circoscrizione elettorale nazionale unica.

4. Cenni sulla giurisprudenza costituzionale riguardante le clausole di sbarramento

In previsione della necessaria introduzione della clausola di sbarramento nella disciplina spagnola delle elezioni europee, si è ritenuto opportuno precisare che, fino a questo momento, il Tribunale costituzionale ha confermato la legittimità delle scelte operate dal legislatore sottoposte al suo vaglio¹⁸.

In sintesi, il massimo interprete costituzionale ha ritenuto che l'introduzione di soglie del 3% e del 5% (nonché, in casi particolari, del 6%) rientrano nell'ambito di libertà che la Costituzione riconosce al legislatore. Non violano, quindi, la proporzionalità voluta dal Costituente per l'elezione della Camera dei deputati e delle assemblee delle Comunità autonome (rispettivamente, artt. 68, comma 3¹⁹, e 152, comma 1, Cost.²⁰), né il diritto all'esercizio delle cariche pubbliche in condizioni di eguaglianza (art. 23, comma 2, Cost.). Infatti, la Costituzione non ha imposto un sistema proporzionale "puro", né tantomeno ha dettagliato in modo compiuto le regole che devono presiedere alla disciplina del momento elettorale. La proporzionalità è, in sostanza, un orientamento o un criterio tendenziale, poiché nella sua attuazione pratica sarà sempre modulata o corretta da molteplici fattori del sistema elettorale, e le cc.dd. *barreras electorales*, previste anche in altre esperienze comparate (si fa riferimento, in particolare, a quella tedesca), nonostante siano clausole limitative, rispondono ad una finalità legittima, cioè che la rappresentanza sia proporzionale ma non eccessivamente frammentata.

Sistemas electorales y representatividad, del 21/07/2018, <http://www.gerardoperez.es/sistemas-electorales-y-representatividad/#more-1000>).

¹⁸ Per un riassunto della giurisprudenza costituzionale, ritenuta "accondiscendente" nei confronti del legislatore, con indicazione delle critiche dottrinali, v., per tutti, J. OLIVER ARAUJO, *Las barreras electorales. Gobernabilidad versus representatividad*, cit., 163-180.

¹⁹ Per quanto riguarda la formula elettorale, la Costituzione dispone soltanto che l'elezione del Congresso dei deputati avvenga sulla base di "criteri di rappresentanza proporzionale" a livello circoscrizionale.

²⁰ Gli Statuti di autonomia devono contenere il regime elettorale, con regole che assicurino "un sistema di rappresentanza proporzionale che garantisca, inoltre, la rappresentanza delle varie zone del territorio" (*sic*).

Le basi di questa giurisprudenza sono state poste dalla STC 75/1985, del 21 giugno²¹, che ha giudicato il ricorso di *amparo* presentato da una coalizione elettorale e da un partito politico contro l'atto di proclamazione degli ottantacinque deputati al Parlamento catalano del 9 maggio 1984, poiché in quelle elezioni si applicava in via transitoria la clausola di sbarramento del 3% prevista dall'art. 20, comma 4, lettera *b*), del regio decreto-legge n. 20/1977, del 18 marzo, sulle norme elettorali, il che aveva precluso ai ricorrenti l'accesso alla ripartizione dei seggi, garantito se fosse stata applicata soltanto la formula D'Hondt.

L'orientamento espresso in questa decisione è stato successivamente confermato nelle seguenti pronunce:

- STC 72/1989, del 20 aprile²², che si è pronunciata sull'art. 8, comma 2, della legge organica n. 10/1982, del 10 agosto, recante lo Statuto di autonomia delle Canarie, che prevedeva lo sbarramento del 3% dei voti validi espressi nella regione o del 20% dei voti validamente espressi nella rispettiva circoscrizione elettorale;
- STC 193/1989, del 16 novembre²³, che ha giudicato sullo sbarramento del 5% dei voti validi espressi nella regione previsto dall'art. 15, lettera *a*), della legge elettorale della regione di Murcia (legge n. 2/1987, del 12 febbraio);
- STC 265/1993, del 26 luglio²⁴, che ha escluso, in applicazione della giurisprudenza precedente, la illegittimità dello sbarramento del 3% dei voti validi espressi in una circoscrizione previsto dall'art. 163, comma 1, lettera *a*), LOREG;
- STC 225/1998, del 25 novembre²⁵, che si è pronunciata sulla modifica delle clausole di sbarramento operata dalla legge organica n. 4/1996, del 30

²¹ V. in particolare i FFJJ 4 e 5 della decisione, reperibile *on line* alla pagina <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/455>.

²² V. il FJ 3 della decisione, reperibile *on line* alla pagina <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1278>.

²³ V., in particolare, i FFJJ 4-6 della decisione, reperibile *on line* alla pagina <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1399>.

²⁴ V. i FFJJ 2-3 della decisione, reperibile *on line* alla pagina <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2394>.

²⁵ V. i FFJJ 4-7 della decisione, reperibile *on line* alla pagina <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3727>.

dicembre, che ha novellato lo Statuto di autonomia delle Canarie, aumentando la soglia regionale al 6%.

La STC 225/1998 presenta la peculiarità di riferirsi ai limiti alle clausole di sbarramento. Partendo dal presupposto che, nonostante si sia pronunciato sulla legittimità di soglie del 3 e 5%, il Tribunale costituzionale non ha mai innalzato a *standard* una determinata percentuale, il fatto che il legislatore abbia superato di un punto la clausola massima su cui il Tribunale si era pronunciato in precedenza non determinava di per sé l'incostituzionalità della disposizione. Il Tribunale costituzionale ha dichiarato che, “in linea di principio, non risultano costituzionalmente ammissibili clausole di sbarramento che stabiliscano percentuali superiori a quelle indicate [3% e 5 %], salvo che, eccezionalmente, vi siano stringenti ragioni che lo giustifichino”²⁶. Nel caso di specie, il Tribunale ha ritenuto che l'elemento insulare e l'esistenza di due soglie alternative a livello di circoscrizione attenuassero la durezza della clausola del 6%, senza contrasto con le esigenze di proporzionalità costituzionali.

La dottrina ha criticato il fatto che il Tribunale costituzionale non abbia chiarito quali possano essere le stringenti ragioni idonee a giustificare l'imposizione di soglie più elevate, ad esempio, nelle più recenti SSTC 197/2014²⁷, del 4 dicembre, e 15/2015²⁸, del 5 febbraio, che hanno giudicato la legittimità delle novelle nello Statuto di autonomia di Castiglia-La Mancha e nella legge elettorale autonoma, che hanno ridotto significativamente il numero di deputati dell'assemblea autonoma. In quest'ultima pronuncia, il Tribunale si è limitato a dichiarare che l'essenza della proporzionalità può essere stravolta con l'imposizione di clausole di sbarramento che, per la loro entità, possano essere smisurate o esorbitanti per le pari opportunità tra candidature²⁹.

In ossequio alle anzidette considerazioni, è dunque molto probabile che se il Tribunale costituzionale verrà chiamato a pronunciarsi su una clausola di sbarramento per le elezioni europee che, ai sensi del diritto eurounitario, dovrà necessariamente oscillare tra il 2% ed il 5%, giungerà ad una dichiarazione di legittimità.

²⁶ Cfr. FJ 5.

²⁷ Il testo della decisione è reperibile *on line* alla pagina <http://hj.tribunalconstitucional.es/pl/Resolucion/Show/24226>.del

²⁸ Il testo della decisione è reperibile *on line* alla pagina <http://hj.tribunalconstitucional.es/pl/Resolucion/Show/24314>.

²⁹ Cfr. FJ 8, parte b).