

Il *Bundesverfassungsgericht* come giudice del contenzioso elettorale e la possibile influenza del sistema tedesco di giustizia elettorale sull'ordinamento costituzionale italiano

di Giammaria Milani

Abstract: *The Bundesverfassungsgericht as judge of the electoral disputes and the possible influence of the German system of electoral justice over the Italian constitutional order* – A debate on the need to modify the system of electoral justice, in particular for the parliamentary elections, exists in the Italian debate. In this perspective, an influence, both at academic and at political level, is apparently played by the German constitutional system. Consequently, a deep analysis of the German system of electoral justice is useful to understand if and how the German experience can represent a source of inspiration for an amendment of the Italian system of electoral justice.

Keywords: *Bundesverfassungsgericht*; Constitutional Court; Constitutional justice; Electoral law; Electoral justice.

1. Introduzione

Nell'ambito dell'ordinamento costituzionale italiano esiste, ora in maniera più latente, ora in modo più manifesto, un dibattito sull'opportunità di apportare modifiche al sistema di giustizia elettorale, e in particolare alle garanzie relative alle operazioni elettorali per il rinnovo del Parlamento. Questo almeno da quando, a partire dai primi anni Novanta, i cambiamenti del sistema elettorale e del sistema politico hanno posto maggiore pressione sul sistema delle garanzie elettorali¹.

In tal senso, una certa influenza, sia a livello scientifico sia a livello politico, è stata apparentemente esercitata dall'ordinamento costituzionale tedesco. Echi in tal senso si osservano già dal dibattito sorto sul punto durante i lavori dell'Assemblea costituente. Basti citare due proposte discusse in tal sede. La prima, di Mortati, chiaramente ispirata all'art. 31 della Costituzione

¹ Rispetto ai primi decenni di vita dell'ordinamento costituzionale, la dottrina aveva già avuto modo di sottolineare che il sistema proporzionale, contestualmente all'esistenza di partiti politici forti e strutturati, aveva a lungo sopito il contenzioso elettorale, portando a constatare la «non drammaticità» dei problemi sollevati. L. Elia, *Elezioni. VII) Elezioni politiche. b) contenzioso*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 769.

di Weimar, orientata alla creazione di un tribunale elettorale, presieduto dal Presidente della Corte di cassazione e formato da cinque membri designati dal Parlamento e cinque consiglieri di Stato. La seconda, di Benvenuti e Bettiol, che avrebbe introdotto la possibilità di ricorso alla Corte costituzionale contro le pronunce del Parlamento in materia di verifica dei poteri, sistema già sperimentato negli Stati tedeschi di Hessen e Württemberg e poi adottato dalla Costituzione di Bonn².

Sul finire del XX secolo, nella stagione delle riforme, sarà proprio la *Grundgesetz* tedesca a rappresentare il principale modello di riferimento per le proposte di modifica dell'art. 66 della Costituzione. Secondo il testo licenziato nel 1997 dalla Commissione parlamentare per le riforme costituzionali presieduta da D'Alema, la materia sarebbe stata disciplinata dall'art. 84 della novellata Costituzione, e in particolare dai commi 3 e 4 che così disponevano: «Ciascuna Camera giudica dei titoli di ammissione dei propri componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità. Sulle elezioni contestate ciascuna Camera delibera entro termini stabiliti dal proprio regolamento. Contro la deliberazione o nel caso di decorrenza del termine l'interessato può proporre ricorso alla Corte costituzionale entro quindici giorni»³.

Anche nelle tante proposte più puntuali di modifica dell'art. 66 della Costituzione, presentate a partire dalla XII legislatura, l'attribuzione alla Corte costituzionale delle funzioni di giustizia elettorale risulta la soluzione più ricorrente: in particolare, prevale tra le ipotesi di riforma la preferenza per un controllo condiviso sulle elezioni parlamentari tra Corte e Parlamento, anche se non mancano proposte di attribuzione esclusiva del controllo al giudice costituzionale⁴.

È dunque utile, nel solco di questo dibattito, analizzare più nel dettaglio il sistema tedesco di giustizia elettorale, intendendo quest'ultima come «l'insieme delle tutele a difesa dei diritti elettorali soggettivi e del diritto elettorale oggettivo»⁵, le quali si attivano nel corso e al termine del procedimento elettorale. Da questa definizione resta esclusa la giurisprudenza costituzionale sul sistema elettorale, tema assai rilevante nel sistema costituzionale tedesco e che ha avuto peraltro sul punto una notevole influenza sulla giurisprudenza costituzionale italiana. Pur essendo i due aspetti evidentemente collegati, la giurisprudenza costituzionale sul sistema

² Vedi V. Di Ciolo, L. Ciaurro, *Elezioni. IV) Elezioni politiche: contenzioso*, in *Enc. Giur.*, XIII, Roma, 1989, 5; V. Lippolis, *Art. 66*, in G. Branca (cur.), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1986, 115-119; M. Cerase, *Art. 66*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (cur.), *Commentario alla Costituzione*, II, Torino, 2006, 1270-1271; P. Torretta, *Verifica dei poteri e Stato costituzionale: saggio sull' articolo 66 della Costituzione*, Roma, 2012, 68-77.

³ Vedi L. Ciaurro, *Frammenti di riforme: l'art. 66 cost.*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2019, 12; M. Manetti, *L'accesso alla Corte costituzionale nei procedimenti elettorali*, in A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi (cur.), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, 2000, 119-147.

⁴ Vedi F. Biagi, S. Pennicino, *Proposta di modifica dell'art. 66 Cost.: una Commissione elettorale indipendente*, in *Percorsi costituzionali*, 2012, 246-249.

⁵ Sia consentito rinviare a G. Milani, *Sistemi comparati di giustizia elettorale in Europa*, Padova, 2023, 48.

elettorale rientra infatti nella funzione di sindacato sulla legittimità costituzionale delle leggi riconosciuta alle giurisdizioni costituzionali, e non rappresenta dunque l'espressione di una separata funzione di giustizia elettorale in senso stretto⁶.

Dopo aver inquadrato il tema nel più generale ambito dei rapporti tra giustizia costituzionale e giustizia elettorale (par. 2), si esaminerà il ruolo di giudice elettorale assegnato al *Bundesverfassungsgericht*, il quale è abilitato a intervenire, rispetto alle elezioni del *Bundestag*, sia sul procedimento elettorale preparatorio (par. 3), sia sulle operazioni elettorali in senso stretto (par. 4); in conclusione, si tenterà di comprendere se e in che modo l'esperienza tedesca possa costituire una fonte di ispirazione per una modifica del sistema italiano di giustizia elettorale (par. 5).

2. Il giudice costituzionale come giudice elettorale: elemento ricorrente della giustizia elettorale europea

Lo sviluppo del costituzionalismo democratico, con la definitiva affermazione del suffragio universale, la diffusione della rappresentanza elettorale a diversi organi e livelli di governo e la complessità insita nella competizione elettorale tra partiti politici, ha reso necessaria l'elaborazione di un'articolata normativa elettorale.

Da un lato, si osserva un'estensione della materia elettorale. Se nell'epoca del costituzionalismo liberale le regole sulle elezioni riguardavano essenzialmente il sistema elettorale in senso stretto e le condizioni per l'elettorato attivo e passivo, adesso esse ricomprendono tutti quegli elementi che compongono ciò che è divenuto noto come sistema elettorale in senso ampio o normativa elettorale di contorno: in questo ambito, un ruolo importante è riconosciuto alla campagna elettorale, divenuta oggetto di procedimenti e norme specifiche che regolano segnatamente temi quali la propaganda e le spese elettorali.

Dall'altro lato, si osserva un incremento dell'utilizzo dell'elezione come strumento per regolare la creazione degli organi politici. Anche in questo caso, è evidente l'evoluzione rispetto al costituzionalismo liberale, dove il principio rappresentativo trovava applicazione essenzialmente rispetto ai parlamenti; nel costituzionalismo democratico, l'elezione popolare è utilizzata per eleggere i vertici del potere esecutivo, in talune forme di governo, e alcuni organi degli enti territoriali, tendenzialmente in tutti i tipi di Stato.

Le elezioni costituiscono dunque oggi una corposa e complessa materia, oggetto non soltanto di una dettagliata normativa legislativa, ma anche di una disciplina costituzionale che delinea principi e regole generali. Ciò non

⁶ Il tema è stato peraltro già attentamente analizzato dalla dottrina italiana, soprattutto a seguito della giurisprudenza costituzionale sui sistemi elettorali per il Parlamento inaugurata con le sentenze della Corte costituzionale n. 1/2014 e n. 35/2017. Su tutti, si vedano G. Delledonne, *Costituzione e legge elettorale. Un percorso comparatistico nello Stato costituzionale europeo*, Napoli, 2019; vedi G. D'Amico, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Napoli, 2018.

può non avere un impatto anche sulle garanzie che corredano tale normativa, ovvero sulla giustizia elettorale, da intendersi come «l'insieme delle tutele a difesa dei diritti elettorali soggettivi e del diritto elettorale oggettivo». Così come i sistemi elettorali, anche i sistemi di giustizia elettorale sono dunque caratterizzati oggi da una accentuata complessità, e segnatamente dalla presenza di una pluralità di organi, di fonti, di procedimenti e di tutele previsti per assicurare la regolarità delle elezioni.

Per questo motivo, è divenuta assai ardua per la scienza costituzional-comparatistica la definizione di classificazioni efficaci nell'intento di razionalizzare la complessità delle forme di giustizia elettorale. Ciò dovrebbe condurre a ritenere insufficienti o parziali quelle classificazioni dei sistemi di giustizia elettorale che distinguono gli ordinamenti riconducibili al modello della verifica parlamentare delle elezioni, quelli che assegnano tali funzioni agli organi giurisdizionali costituzionali, ordinari, amministrativi o elettorali o ad autorità indipendenti, e una serie di sistemi misti o condivisi. Si tratta di classificazioni ancora diffuse e basate su una definizione limitata di giustizia elettorale intesa come controllo o contenzioso sulle operazioni elettorali in senso stretto; una definizione che poteva avere senso in passato, quando effettivamente verifica delle elezioni e giustizia elettorale tendevano a coincidere, ma che non appare nel presente adeguata a rendere la complessità della materia elettorale, delle posizioni meritevoli di tutela e degli strumenti predisposti a tale fine⁷.

Ciò che invece si può rilevare a partire da un'analisi comparata dei sistemi di giustizia elettorale è la presenza di costanti che, se non sono valide a definire classificazioni o modelli, consegnano nondimeno una qualche tendenza o una certa idea condivisa di giustizia elettorale. Nell'ambito europeo, una di queste costanti è senz'altro rappresentata dalla frequente assegnazione alle giurisdizioni costituzionali di competenze in materia elettorale, variamente modulabili quanto a oggetto del sindacato e tipologia di elezione⁸.

L'idea di giustizia costituzionale che si è sviluppata in Europa comprende in effetti in maniera chiara e fin dalle sue origini la funzione di giustizia elettorale, perlomeno nel suo significato minimo di controllo sulla regolarità delle operazioni e dei risultati elettorali. La Costituzione austriaca del 1920, nota per essere stata tra le prime leggi fondamentali, insieme alla coeva cecoslovacca, a prevedere la presenza di un organo specializzato incaricato di giudicare sulla costituzionalità della legge, assegnava infatti alla neoistituita Corte costituzionale, tra le altre, la competenza di

⁷ Vedi, per alcuni esempi di analisi comparate basate su una concezione ristretta di giustizia elettorale e concentrate sull'istituto della verifica dei poteri, L. Elia, *Elezioni, VII) Elezioni politiche. b) contenzioso*, cit.; M.L. Mazzoni Honorati, *Osservazioni sulla verifica dei poteri in Francia, Gran Bretagna, Germania federale e Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 1412-1448; F. Lanchester, *La verifica dei poteri nel diritto comparato: modelli a confronto*, in *Giur. cost.*, 1998, 2859-2873; F. Delpérée, *Le contentieux électoral en Europe*, in *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2002; M. Satrústegui Gil-Delgado, *Las garantías del derecho electoral*, in *Revista de las Cortes Generales*, 1990; M. Morlok, *Art. 41*, in H. Dreier (Ed.), *Grundgesetz. Kommentar*, Tübingen, 2004; J.J. Orozco Henríquez, *Sistemas de justicia electoral en el derecho comparado*, in J.J. Orozco-Henríquez (Ed.), *Sistemas de Justicia Electoral: Evaluación y Perspectivas*, México, 2001.

⁸ Vedi ancora G. Milani, *Sistemi comparati di giustizia elettorale in Europa*, cit., 382 ss.

«pronuncia[re] sulle contestazioni delle elezioni al Consiglio nazionale, al Consiglio federale, alle diete regionali e a tutte le altre assemblee rappresentative, e, su richiesta di una di queste assemblee, sulla dichiarazione della perdita del mandato di uno dei suoi membri» (art. 141)⁹.

Così, a partire dal primo dopoguerra e, con maggior esito, dal secondo dopoguerra, agli organi di giustizia costituzionale, non soltanto in Europa, sono spesso assegnate importanti funzioni di giustizia elettorale, considerate tra le più importanti e ricorrenti “altre” funzioni che tali organi esercitano accanto a quella maggiormente caratterizzante di controllo sulla costituzionalità degli atti¹⁰.

Se si pone l'attenzione sulle elezioni parlamentari, si osserva in particolare come in dodici Paesi dell'Unione europea si attribuisca alla rispettiva giurisdizione costituzionale la competenza a pronunciarsi in unica o in ultima istanza sul contenzioso relativo alla regolarità delle operazioni elettorali. Si tratta, in particolare, di Austria, Bulgaria, Cipro, Croazia, Francia, Lituania, Malta, Slovacchia, Portogallo e Slovenia; oltre alla Spagna e alla Germania, dove il giudice costituzionale può intervenire avverso le decisioni pronunciate in prima istanza, rispettivamente, dal giudice amministrativo e dal *Bundestag*¹¹.

L'attribuzione ai giudici costituzionali di funzioni di giustizia elettorale ha risposto e risponde in effetti all'esigenza di esternalizzare il controllo sulle elezioni parlamentari, affidando questo compito a un soggetto terzo e imparziale che decida secondo diritto; non stupisce, dunque, che in molti altri paesi dell'Unione europea, il controllo sulla regolarità delle elezioni parlamentari sia rimesso a un organo giurisdizionale comune, sia esso ordinario, come in Estonia, Grecia, Irlanda, Lettonia, Polonia e Romania, o amministrativo, come in Cechia, Finlandia e Lussemburgo; in Svezia e Ungheria invece il controllo sulle elezioni parlamentari è svolto in ultima istanza da organi specializzati in materia elettorale¹².

⁹ Vedi J. Luther, *La giurisdizione costituzionale sul contenzioso elettorale politico in Germania e Austria*, in *Quad. cost.*, 1990; G. Pavani, *Centralità e declino dei parlamenti occidentali in tema di controllo elettorale*, in L. Pegoraro, G. Pavani, S. Pennicino (cur.), *Chi controlla le elezioni? Verifica parlamentare dei poteri, tribunali, commissioni indipendenti*, Bologna, 2011, 54-55; G. Milani, *Le giurisdizioni costituzionali come giurisdizioni elettorali: analisi comparata di un modello di giustizia elettorale*, in *Federalismi.it*, 2023, 155 ss.; J.J. Orozco-Henríquez, *Justicia electoral: El manual de IDEA Internacional*, Stockholm, 2010, 73.

¹⁰ Vedi, tra i molti, A. Pizzorusso, *Giustizia costituzionale (dir. comp.)*, voce in *Enc. dir.*, I, 2007, 702-703; L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Torino, 2015, 143-144; S. Bagni, M. Nicolini, *Giustizia costituzionale comparata*, Padova, 2021, 312-315; S. Baldin, *Le “altre” funzioni delle corti costituzionali. Modelli europei e recezioni con particolare riferimento all'Est europeo*, Trieste, 2000, 95 ss.; G. Tusseau, *Contentieux constitutionnel comparé : une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Paris, 2020, 845-857; R. Marcic, *Verfassung und Verfassungsgericht*, Wien, 1963, 90 ss.; F. Rubio Llorente, *Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa*, in *Rev. esp. de der. const.*, 1992, 10; A.R. Tavares, *Teoria da justiça constitucional*, São Paulo, 2005, 185 ss.

¹¹ Dati reperibili da <https://www.idea.int/data-tools/data/electoral-justice-database>

¹² Dati reperibili da <https://www.idea.int/data-tools/data/electoral-justice-database>

I giudici, in particolar modo quelli costituzionali, hanno in tal senso occupato uno spazio che precedentemente era del parlamento, che secondo il modello della verifica parlamentare si era affermato nel costituzionalismo liberale come giudice delle proprie elezioni e che ancora svolge siffatta funzione in unica o ultima istanza in alcune democrazie dell'Europa settentrionale come il Belgio, i Paesi Bassi e la Danimarca, nonché, com'è noto, in Italia¹³.

3. Il *Bundesverfassungsgericht* come giudice preelettorale

Il sistema tedesco si inserisce proprio in questo processo di esternalizzazione e giurisdizionalizzazione, ancorché parziale, della giustizia elettorale: la Germania federale è infatti stata il primo ordinamento nel costituzionalismo del secondo dopoguerra ad assegnare alla propria giurisdizione costituzionale funzioni di giustizia elettorale.

In particolare, l'art. 41 della Legge fondamentale, dedicato alle modalità di verifica delle elezioni parlamentari, disegna un sistema misto di controllo a carico dello stesso *Bundestag* e del *Bundesverfassungsgericht* e riserva al legislatore federale il compito di integrare la normativa costituzionale¹⁴. Il Parlamento è intervenuto in tal senso con due leggi distinte: la *Wahlprüfungsgesetz* (WahlPG)¹⁵, che regola la fase di verifica parlamentare delle elezioni, e la *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (BVerfGG)¹⁶, che disciplina composizione e funzione del *Bundesverfassungsgericht* e, in questo ambito, proprio il sindacato del giudice costituzionale in materia di elezioni parlamentari.

La *Wahlprüfung* regolata dall'art. 41 della Legge fondamentale si caratterizza per essere un controllo di tipo eventuale e successivo sulle elezioni, caratteristiche intimamente connesse con il carattere oggettivo della verifica delle elezioni¹⁷, il cui fine principale è quello di garantire la regolare composizione dell'assemblea parlamentare più che la tutela dei diritti elettorali dei cittadini¹⁸. Il *Bundesverfassungsgericht* ha in tal senso affermato l'eccezionalità della *Wahlprüfung* rispetto al diritto alla tutela giurisdizionale *ex art. 19* e all'accesso diretto al giudice costituzionale di cui all'art. 93 della

¹³ Dati reperibili da <https://www.idea.int/data-tools/data/electoral-justice-database>. Sulla residualità del sistema della verifica parlamentare delle elezioni e sulle problematiche di tale sistema si veda G. Milani, *Verifica parlamentare delle elezioni e standard europei: un'analisi comparata*, in *Rass. Parl.*, 2021, 369-393.

¹⁴ «Die Wahlprüfung ist Sache des Bundestages. Er entscheidet auch, ob ein Abgeordneter des Bundestages die Mitgliedschaft verloren hat. Gegen die Entscheidung des Bundestages ist die Beschwerde an das Bundesverfassungsgericht zulässig. Das Nähere regelt ein Bundesgesetz».

¹⁵ *Wahlprüfungsgesetz in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 111-2, veröffentlichten bereinigten Fassung*.

¹⁶ *Bundesverfassungsgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl. I S. 1473)*.

¹⁷ Ciò che distingue, tra l'altro, la *Wahlprüfung* dalla *Verfassungsbeschwerde*, che è invece orientata alla tutela dei diritti soggettivi fondamentali. Vedi P. Häberle, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, Milano, 2000.

¹⁸ Il *Bundesverfassungsgericht* ha chiarito siffatti caratteri del procedimento di verifica delle elezioni; vedi *BVerfGE* 11, 329.

Legge fondamentale¹⁹, ma anche, più in generale, la rilevanza soltanto accessoria e indiretta dei diritti elettorali soggettivi nell'ambito del giudizio elettorale²⁰.

Tale conformazione determina una divaricazione tra le tutele attivabili rispetto alla preparazione delle elezioni e quelle che invece sussistono rispetto alle altre fasi del procedimento elettorale, vale a dire lo svolgimento delle elezioni e la determinazione dei risultati elettorali, secondo la tripartizione disposta dalla *Bundeswahlgesetz* (BWahlG)²¹ e dalla *Bundeswahlordnung* (BWahlO)²², atti che regolano siffatto procedimento²³. L'assenza di tutele immediatamente attivabili nel procedimento elettorale preparatorio, come vedremo parzialmente colmata negli ultimi anni, è stata giustificata con l'esigenza di garantire che tale procedimento si svolga nei tempi stabiliti dalla legge e dalla *Grundgesetz* e in modo che non sia compromessa la regolare e tempestiva costituzione del *Bundestag*²⁴. È pur sempre possibile che la verifica postelettorale riguardi atti del procedimento elettorale preparatorio, ma nel concreto il criterio della *Mandatsrelevanz*, che permea l'attività di verifica tanto in sede parlamentare quanto in sede giurisdizionale, limita fortemente tale possibilità²⁵. In base a tale criterio,

¹⁹ *BVerfGE* 22, 277. Si vedano W.R. Schenke, *Der gerichtliche Rechtsschutz im Wahlrecht*, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1981, 2440-2444; G. Roth, *Subjektiver Wahlrechtsschutz und seine Beschränkungen durch das Wahlprüfungsverfahren*, in G. Pfeiffer, U. Bürgermeister, G. Roth (Eds.), *Festgabe für Karin Graßhof*, Heidelberg, 1987, 53-68.

²⁰ *BVerfGE* 22, 277. Si vedano B.-D. Olschewski, *Wahlprüfung und subjektiver Wahlrechtsschutz*, Berlin, 1970; H. Lang, *Subjektiver Rechtsschutz im Wahlprüfungsverfahren*, Berlin, 1997; G. Roth, *Subjektiver Wahlrechtsschutz*, cit.

²¹ *Bundeswahlgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Juli 1993 (BGBl. I S. 1288)*.

²² *Bundeswahlordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. April 2002 (BGBl. I S. 1376)*.

²³ Nella normativa menzionata, che attua l'art. 38 della Legge fondamentale, si distinguono le fasi di *Vorbereitung der Wahl*, di *Wahlhandlung* e di *Feststellung des Wahlergebnisses*.

²⁴ Evidenza in tal senso M. Morlok, *La giustizia elettorale in Germania*, in E. Catelani, F. Donati, M.C. Grisolia (cur.), *La giustizia elettorale*, Napoli, 2013, 78, che «Siffatta restrizione della tutela giurisdizionale che escludeva quella preelettorale aveva certo anche delle ragioni comprensibili: ogni tutela giurisdizionale richiede del tempo. E quando si garantisce una tutela illimitata dei diritti soggettivi diventa praticamente impossibile garantire lo svolgimento delle elezioni in una data certa». L'esigenza si collega evidentemente alla necessità di rispettare i tempi scanditi dall'art. 39 della Legge fondamentale, come sottolineato da H. Meyer, *Demokratische Wahl und Wahlsystem*, in J. Isensee, P. Kirchhof (Eds.), *Handbuch des Staatsrechts. Band 2*, Heidelberg, 1987, 249-267, che parla di «Die Wahl als bestimmender Rythmus des politischen Lebens», e M. Morlok, *Demokratie und Wahlen*, in P. Badura, H. Dreier (Eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Band 2, Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts*, Tübingen, 2001, 559-608, che fa riferimento a «Die zeitliche Dimension der Volkssouveränität» come a una delle dimensioni fondamentali della sovranità popolare.

²⁵ Sull'applicazione di tale criterio si vedano C. König, *Mandatsrelevanz und Sanktionen im verfassungsrechtlichen Wahlbeschwerdeverfahren*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 1994, 241-253; K. Seifert, *Gedanken zu einer Reform des Wahlprüfungsrechts*, in *Die*

infatti, l'irregolarità elettorale produce effetti sull'elezione soltanto nei casi in cui essa sia in grado di incidere sulla regolare composizione del *Bundestag*²⁶.

È stato rilevato in tal senso il rischio che la tutela giurisdizionale delle elezioni sia carente in termini di effettività, tanto più che i tempi per la definizione dei ricorsi elettorali sono generalmente lunghi e si protraggono per buona parte della legislatura²⁷. In questo quadro, la *Wahlprüfung* non sembra in grado di costituire un rimedio contro violazioni già avvenute, ciò che si riverbera sulla scarsa efficacia della sanzione elettorale come mezzo per ripristinare i diritti elettorali soggettivi e il diritto elettorale oggettivo. Così, risultano maggiormente efficaci, anche se meno utili in termini di giustizia elettorale, le sanzioni di tipo costituzionale, mediante le quali lo stesso *Bundesverfassungsgericht* si è più volte pronunciato, prendendo spunto da procedimenti di *Wahlprüfung*, sull'illegittimità costituzionale della normativa elettorale²⁸, o le sanzioni di tipo penale, comminabili dal giudice comune ma del tutto inefficaci rispetto al giudizio elettorale²⁹.

Tale impostazione non sembra del resto essere scalfita, e anzi è confermata, dall'introduzione, avvenuta nel 2012, nella WahlPG e nella BVerfGG di un ulteriore parametro in virtù del quale operare il controllo sulle elezioni, vale a dire proprio il rispetto dei diritti elettorali degli individui³⁰. Infatti, se è

Öffentliche Verwaltung, 1967, 237; W. Schreiber, *Das BVerfG als Wahlprüfungsgericht*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2010, 612; W. Ewer, *Wahlprüfung*, in M. Morlok, U. Schliesky, D. Wiefelspütz (Eds.), *Parlamentsrecht*, Baden-Baden, 2016, 362; J. Luther, *La giurisdizione costituzionale sul contenzioso elettorale politico*, cit., 543; M. Morlok, *La giustizia elettorale in Germania*, cit., 77-92.

²⁶ Criterio espresso fin da subito con assoluta chiarezza dal *Bundesverfassungsgericht*, in *BVerfGE* 4, 370.

²⁷ Vedi M. Morlok, *La giustizia elettorale in Germania*, cit., 81.

²⁸ Vedi ivi, 89, il quale osserva come il *Bundesverfassungsgericht*, qualora rilevi l'incostituzionalità della normativa elettorale, ha la possibilità di dichiararne l'annullamento ma anche di accertare l'incostituzionalità e invitare il legislatore a intervenire. In dottrina si è altresì dibattuta la possibilità che anche il *Bundestag* o la *Bundeswahlausschuss* potessero esercitare una qualche forma di controllo di costituzionalità sulla legge elettorale nell'ambito dei procedimenti di *Wahlprüfung*, ipotesi che tuttavia non ha trovato fortuna nella prassi di tali organi. Vedi, sul punto, R. Lippold, *Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Wahlrechts durch den Wahlprüfungsausschuß*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1987, 933-936; P. Gross, R. Gross, *Zum Umfang der Prüfungskompetenz im Wahlprüfungsverfahren*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1963, 175-176.

²⁹ Come osserva J. Luther, *La giurisdizione costituzionale sul contenzioso elettorale politico*, cit., 541, «Il contenzioso elettorale offre inoltre vari spunti di contatto con la giustizia penale in ordine ai c.d. reati elettorali (...). Anche a voler ritenere vincolante l'accertamento di tali reati, le sentenze penali non possono pregiudicare il giudizio sulla rilevanza di tali vizi elettorali nella verifica delle elezioni».

³⁰ Ai sensi della *Gesetz zur Verbesserung des Rechtsschutzes in Wahlsachen vom 12. Juli 2012*, la WahlPG afferma adesso all'art. 1 la possibilità di ricorrere per tutelare «die Gültigkeit der Wahlen zum Bundestag und die Verletzung von Rechten bei der Vorbereitung oder Durchführung der Wahl», e in maniera simile la BVerfGG all'art. 48 fa riferimento a «die Gültigkeit einer Wahl, die Verletzung von Rechten bei der Vorbereitung oder Durchführung der Wahl».

vero che la modifica normativa ha espressamente collegato la *Wahlprüfung* alla tutela dei diritti soggettivi, la loro violazione ha come unico rimedio, tanto davanti al *Bundestag* quanto di fronte al *Bundesverfassungsgericht*, la dichiarazione di accertamento della violazione stessa³¹. In altre parole, la novità introdotta non sembra né irrobustire in maniera significativa il sistema delle sanzioni elettorali previste dall'ordinamento, né mettere in discussione, più in generale, il carattere prevalentemente oggettivo della *Wahlprüfung*.

Il difetto di tutele giurisdizionali nel procedimento elettorale preparatorio determina un importante accentramento di funzioni negli organi dell'amministrazione elettorale, ai quali nella fase della preparazione delle elezioni si demanda di assolvere in maniera quasi esclusiva il compito di garantire la regolarità del procedimento elettorale. Nel dettaglio, tale compito si sostanzia nelle competenze dei *Wahlorgane* rispetto al momento fondamentale di tutto il procedimento elettorale preparatorio, ossia la definizione delle candidature, che in virtù del sistema elettorale tedesco avviene a un doppio livello, di collegio (uninominali) e di *Land* (plurinominali)³².

Ai sensi dell'art. 19 BWahlG, tanto le candidature uninominali quanto quelle plurinominali devono essere presentate entro il sessantanovesimo giorno precedente a quello delle elezioni. La legislazione elettorale assegna ai partiti politici un ruolo fondamentale nella fase di presentazione delle candidature; una scelta legislativa che appare coerente con il quadro costituzionale, il quale riconosce tali attori come strumenti necessari per la formazione della volontà popolare, elaborando, per questo stesso motivo, una fitta rete di regole relative alla loro struttura e al loro funzionamento³³. Nell'ambito del

³¹ Sempre ai sensi della *Gesetz zur Verbesserung des Rechtsschutzes in Wahlsachen vom 12. Juli 2012*, l'art. 1 WahlPG prevede ora che «Sofern bei der Vorbereitung oder Durchführung der Wahl Rechte einer einsprechenden Person oder einer Gruppe einsprechender Personen verletzt wurden, stellt der Bundestag die Rechtsverletzung fest, wenn er die Wahl nicht für ungültig erklärt»; l'art. 48 BVerfGG dispone che «Erweist sich bei Prüfung der Beschwerde einer wahlberechtigten Person oder einer Gruppe von wahlberechtigten Personen, dass deren Rechte verletzt wurden, stellt das Bundesverfassungsgericht diese Verletzung fest, wenn es nicht die Wahl für ungültig erklärt».

³² Il sistema elettorale, definito "*Personalisierte Verhältniswahl*" e regolato dagli artt. 1-7 BWahlG, si basa in effetti sul meccanismo della *Zwei-Stimmen-Wahl*, in base al quale l'elettore ha a disposizione due voti, il primo (*Erststimme*) per eleggere il candidato nel collegio uninominale, e il secondo (*Zweitstimme*) per esprimere la preferenza per una lista statale plurinominali. Il sistema è proporzionale in quanto la ripartizione dei seggi avviene sulla base degli esiti dei secondi voti espressi, mentre i primi voti non comportano un correttivo maggioritario al sistema, quanto piuttosto un elemento di personalizzazione dello stesso. Sul sistema elettorale tedesco si vedano, tra i tanti, D. Nohlen, *Wahlrecht und Parteiensystem*, Opladen, 1990; J. Behnke, *Das Wahlsystem der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, 2007; K. Verana Franz, *Das Wahlrecht Zum Deutschen Bundestag. Architektur Eines Organschaftlichen Rechts*, Berlin, 2019.

³³ Vedi in tal senso l'art. 21 della Legge fondamentale. L'espressione "*Parteienstaat*", coniata dalla dottrina per descrivere l'elevato grado di integrazione tra Stato e partiti politici nel sistema costituzionale tedesco, è stata fatta propria anche dal

procedimento elettorale preparatorio, siffatto orientamento costituzionale trova principalmente riscontro nel fatto che, da una parte, i partiti politici sono responsabili, in maniera quasi esclusiva, della presentazione delle candidature, e, dall'altra parte, tale compito si svolge secondo norme che guidano in maniera incisiva i processi decisionali interni dei partiti stessi³⁴. Nella medesima ottica devono essere lette le disposizioni di cui all'art. 18 BWahlG, in virtù delle quali il legislatore si è preoccupato di definire cosa debba intendersi per partito politico ai fini della legislazione elettorale, e, in particolare, del procedimento di presentazione delle candidature. L'articolo, rubricato "*Wahlvorschlagsrecht, Beteiligungsanzeige*", si occupa esattamente di definire quali soggetti abbiano il diritto di presentare propri candidati, distinguendo in tal senso i partiti in base al possesso, o meno, di una stabile rappresentanza parlamentare. I partiti politici con una stabile rappresentanza parlamentare sono quelli che, in maniera continuativa e a partire dalle ultime elezioni, sono stati rappresentati da almeno cinque deputati al *Bundestag* o presso un *Landtag*, nonché i partiti che rappresentano minoranze linguistiche; essi hanno il diritto di presentare candidature uninominali e plurinomiali. In difetto di tale circostanza, l'associazione che intenda presentare propri candidati come partito politico deve notificare tale intenzione al *Bundeswahlleiter* (l'Ufficiale elettorale federale) entro il novantasettesimo giorno prima dell'elezione; la dichiarazione deve essere corredata dalla firma di tre membri del comitato esecutivo, nonché dallo statuto e dal programma del partito. L'ufficiale elettorale verifica immediatamente la dichiarazione, invita a correggere gli errori sanabili e dichiara non valide le dichiarazioni viziata da errori insanabili; contro tale decisione è ammesso ricorso, da parte del comitato esecutivo del partito, di fronte alla *Bundeswahlausschuss* (la Commissione elettorale federale). È tale organo a doversi pronunciare, entro il settantanovesimo giorno prima dell'elezione, sia sul riconoscimento dei partiti politici con stabile rappresentanza parlamentare, sia sulla validità della dichiarazione presentata dai partiti privi di siffatta condizione.

Si tratta, com'è evidente, di operazioni fondamentali per l'intero procedimento elettorale, non soltanto temporalmente ma anche logicamente prioritarie rispetto alla fase di presentazione delle candidature in senso stretto. Proprio in virtù di tale importanza, il legislatore ha deciso di intervenire, nel 2012, introducendo l'unica ipotesi, al momento, di tutela giurisdizionale attivabile prima dello svolgimento dell'elezione³⁵.

Bundesverfassungsgericht, che in *BVerfGE 1, 208*, ha affermato che «Heute ist jede Demokratie zwangsläufig ein Parteienstaat».

³⁴ Si vedano T. Kuhl, P. Unruh, *Materielles Wahlprüfungsrecht und Kandidatenaufstellung*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1994, 1391-1398; M. Morlok, *Kleines Kompendium des Wahlrechts*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2012, 913-919; B. Grzeszick, *Verfassungsrechtliche Grundsätze des Wahlrechts*, in *Juristische Ausbildung*, 2014, 1110-1123; J. Ipsen, *Kandidatenaufstellung, innerparteiliche Demokratie und Wahlprüfungsrecht*, in *ZParl*, 1994, 235-240.

³⁵ Intervento avvenuto con la già menzionata *Gesetz zur Verbesserung des Rechtsschutzes in Wahlsachen vom 12. Juli 2012*, la quale ha modificato diverse disposizioni della BWahlG, della WahlPG e della BVerfGG. M. Morlok, *La giustizia elettorale in*

Ai sensi del novellato testo dell'art. 18 BWahlG, infatti, i partiti e le associazioni cui non è riconosciuto il diritto di presentare candidature alle elezioni possono presentare ricorso, entro quattro giorni dalla decisione della *Bundeswahlausschuss*, davanti al *Bundesverfassungsgericht*, il quale è così investito di una nuova competenza, disciplinata nel dettaglio dagli artt. 96a-96d BVerfGG³⁶. La legge individua chiaramente non soltanto la legittimazione attiva, ma anche quella passiva, riconoscendo la possibilità alla stessa *Bundeswahlausschuss* di presentare la propria posizione.

Tutta la procedura è caratterizzata dalla necessità di contenere i tempi affinché la definizione del contenzioso non pregiudichi il regolare svolgimento del procedimento elettorale. In tal senso, oltre alla menzionata brevità dei termini per la presentazione del ricorso, si segnalano la possibilità riconosciuta al giudice costituzionale di pronunciarsi senza udienza orale, oltre che di emettere la propria decisione senza motivazioni, le quali possono essere redatte in un momento successivo. Non è invece definito alcun termine per la pronuncia del *Bundesverfassungsgericht*; tuttavia, la disposizione di cui all'art. 18 BWahlG, in base al quale i partiti ricorrenti sono riconosciuti come aventi diritto alla presentazione di candidature fino alla decisione del giudice ma non oltre il cinquantanovesimo giorno prima delle elezioni, individua di fatto una data limite indicativa anche se non perentoria.

4. Il *Bundesverfassungsgericht* come giudice postelettorale

Esaurita la fase delle candidature, nucleo del procedimento elettorale preparatorio, le operazioni elettorali proseguono con lo svolgimento delle elezioni e la determinazione del risultato elettorale, attività nel corso delle quali si espandono le tutele giurisdizionali, mentre gli organi elettorali tornano ad avere principalmente un ruolo di gestione, più che di garanzia, del procedimento di elezione. Si è già avuto modo di anticipare che la Legge fondamentale tedesca prevede un procedimento di verifica delle elezioni che può essere definito misto³⁷: in tal senso, l'art. 41 dispone, al comma 1, che la

Germania, cit., 78, evidenzia come un forte impulso a favore della modifica sia stato dato dal caso dal mancato riconoscimento al partito *Die Partei* del diritto di presentare candidature, mediante un'esclusione che, sebbene ritenuta da molti debolmente giustificata, non ha trovato possibilità di rimedio tramite la via ordinaria e successiva della *Wahlprüfung*. Secondo S. Magiera, *Art. 41*, in M. Sachs (Ed.), *Grundgesetz. Kommentar*, München, 2014, 1260, la modifica ha comportato un importante miglioramento della tutela giuridica del procedimento elettorale.

³⁶ Al fine di dare copertura costituzionale a tale nuova competenza, si è proceduto altresì a modificare la Legge fondamentale, introducendo un nuovo punto 4c all'art. 93, comma 1, in base al quale rientra tra le funzioni del *Bundesverfassungsgericht* la decisione «über Beschwerden von Vereinigungen gegen ihre Nichtanerkennung als Partei für die Wahl zum Bundestag». Vedi B. Grünewald, *Verfahren in den Fällen des 13 Nr. 3a*, in C. Walter, B. Grünewald (Eds.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, München, 2020, 637-642; H. Lechner, R. Zuck, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, München, 2019, 637-642.

³⁷ Vedi S. Magiera, *Art. 41*, cit., 1259: «Damit entspricht die Ausgestaltung der Wahlprüfung im GG einem Mischsystem»; così anche L. Brocker, *Art. 41*, in V. Epping,

competenza sul controllo delle elezioni è del *Bundestag*, e, al comma 2, che avverso le decisioni dell'Assemblea è possibile ricorrere al *Bundesverfassungsgericht*³⁸. Lo stesso art. 41 delinea, in realtà, due modalità differenti di verifica della regolarità dell'elezione, cosicché, in senso lato, la *Wahlprüfung* è un termine che comprende sia il controllo da svolgersi a seguito dello scrutinio (*Wahlprüfung* in senso stretto), sia il giudizio successivo sulla perdita del mandato parlamentare (*Mandatsprüfung*)³⁹.

Sia in un caso che nell'altro, la verifica delle elezioni prende le mosse dal controllo operato dal *Bundestag*, le cui forme sono disciplinate dalla menzionata WahlPG. Si tratta, in ogni caso, di un controllo eventuale, dal momento che, ai sensi dell'art. 2 WahlPG, la verifica non è svolta d'ufficio, bensì soltanto a seguito di ricorso⁴⁰. In particolare, la *Wahlprüfung* in senso stretto è caratterizzata da una legittimazione attiva molto ampia, potendo essere promossa mediante istanza presentata entro due mesi dalla pubblicazione dei risultati dell'elezione da parte di ogni elettore o gruppo di elettori, oltre che dal presidente del *Bundestag*, e dagli ufficiali elettorali, ovvero il *Bundeswahlleiter* e i *Landeswahlleiter*⁴¹. Scaduto tale termine, la legittimazione si restringe al solo presidente del *Bundestag* e a una minoranza di cento deputati⁴², i quali possono proporre l'avvio della *Mandatsprüfung* in qualsiasi momento nel corso della legislatura, entro un mese dalla presa

C. Hillgruber (Eds), *Grundgesetz. Kommentar*, München, 2013, 985, secondo cui «Die Wahlprüfung ist daher ein organisatorische „Mischform“».

³⁸ Sul procedimento di verifica delle elezioni si vedano Ewer, *Wahlprüfung*, cit., 341-364; G. Kretschmer, *Wahlprüfung*, in H.P. Schneider, W. Zeh (Eds), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, Frankfurt, 1989, 441-465.

³⁹ Vedi S. Magiera, *Art. 41*, cit., 1259: «Art 41 überträgt die Wahlprüfung (i. e. S.) und die Mandats(verlust)prüfung, die zusammen als Wahlprüfung (i. w. S.) bezeichnet werden können»; M. Morlok, *Art. 41*, cit., 1062: «Das Wahlprüfungsrecht des Bundestages umfasst die Kontrolle der Wahlen zum Bundestag gemäß Art. 41 I 1 GG (Wahlprüfung) sowie die Überprüfung des nachträglichen Verlustes der Mitgliedschaft in Bundestag nach Art. 41 I 2 GG (Mandatsprüfung), herkömmlich auch als Wahlprüfung im engeren (Art. 41 I 1) und im weiteren Sinne (Art. 41 I 2) bezeichnet».

⁴⁰ Così L. Brocker, *Art. 41*, cit., 987: «Das Wahlprüfungsverfahren insgesamt erfolgt damit nicht von Amts wegen, sondern folgt dem Anfechtungsgrundsatz (...). Wahlmängel müssen im Übrigen von der Einspruchsberechtigten konkret und substantiiert innerhalb gesetzlichen Ausschlussfrist vorgetragen werden, um zulässig zu sein (...);» vedi anche P. Badura, *Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, München, 2018, 632: «Die Prüfung erfolgt nur auf Einspruch, den jeder Wahlberechtigte, jede Gruppe von Wahlberechtigten und in amtlicher Eigenschaft jeder Landeswahlleiter, der Bundeswahlleiter und der Präsident des Bundestages einlegen kann».

⁴¹ La WahlPG si collega in questo senso alla disposizione di cui all'art. 81 BWahlO, in base al quale è assegnato agli ufficiali elettorali della Federazione e degli Stati il compito di vigilare sul buon andamento del procedimento elettorale: «Die Landeswahlleiter und der Bundeswahlleiter prüfen, ob die Wahl nach den Vorschriften des Bundeswahlgesetzes, dieser Verordnung und der Bundeswahlgeräteverordnung vom 3. September 1975 (BGBl. I S. 2459) in der jeweils geltenden Fassung durchgeführt worden ist. Nach dem Ergebnis ihrer Prüfung entscheiden sie, ob Einspruch gegen die Wahl einzulegen ist (§ 2 Abs. 2 des Wahlprüfungsgesetzes)».

⁴² Minoranza dal peso relativo indefinito, considerato che il numero complessivo dei deputati è notoriamente variabile da una legislatura all'altra.

conoscenza di elementi in grado di far dubitare della regolarità dell'elezione⁴³.

In sede parlamentare, peraltro, la legge individua due ulteriori e distinte fasi di verifica, da svolgersi rispettivamente presso la commissione parlamentare competente, ovvero la *Ausschuss für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung*, e davanti al *plenum* del *Bundestag*. La commissione svolge un ruolo fondamentale per garantire la giuridicità del controllo svolto in sede parlamentare in quanto, seppur composta da deputati⁴⁴, opera secondo criteri e procedure tese a garantire che la decisione sulla validità dell'elezione sia assunta sulla base della legge e del diritto e non di logiche politiche⁴⁵.

Nel dettaglio, il procedimento in commissione prende avvio con la nomina di un relatore da parte del presidente e con l'esame preliminare della domanda da parte della commissione stessa, la quale raccoglie in questa fase prove, documenti e testimonianze (art. 5 WahlPG). L'esame preliminare riveste un'importanza sostanziale, in quanto, sulla base dei relativi esiti, la commissione può decidere di convocare un'udienza orale e pubblica, ovvero di procedere direttamente con la decisione sul ricorso (art. 6 WahlPG).

Si tratta di una scelta evidentemente vincolata alla probabilità che il ricorso abbia successo, in quanto la possibilità di pronunciarsi senza udienza è ristretta ai casi di rigetto per manifesta infondatezza o inammissibilità⁴⁶. Qualora la commissione proceda con l'udienza, devono essere tempestivamente convocati il ricorrente e il deputato la cui elezione è contestata; notizia dell'udienza è altresì indirizzata al presidente del *Bundestag*, al ministro degli Interni, al *Bundeswahlleiter*, ai *Landeswahlleiter* interessati e al partito politico di appartenenza del deputato la cui elezione è

⁴³ Cfr., in tal senso, art. 2 WahlPG: «Werden dem Präsidenten des Bundestages nach Ablauf dieser Frist in amtlicher Eigenschaft Umstände bekannt, die einen Wahlmangel begründen könnten, kann er innerhalb eines Monats nach Bekanntwerden dieser Umstände Einspruch einlegen»; e art. 14 WahlPG: «Ergeben sich Zweifel, ob ein Abgeordneter im Zeitpunkt der Wahl wählbar war, so kann auch nach Ablauf der Einspruchsfrist (§ 2 Abs. 4) der Präsident des Bundestages Einspruch gegen die Gültigkeit der Wahl einlegen. Er muß dies tun, wenn eine Minderheit von einhundert Abgeordneten es verlangt».

⁴⁴ Ai sensi dell'art. 3 WahlPG, la commissione è eletta dal *Bundestag*; è composta da nove membri titolari, distribuiti tra i diversi gruppi parlamentari proporzionalmente alla loro dimensione; è altresì prevista l'elezione di nove membri supplenti, oltre che di membri consultivi in rappresentanza dei gruppi non rappresentati dai membri ordinari. Vedi N. Paschmanns, *Ausschuss für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung*, in M. Morlok, U. Schliesky, D. Wiefelspütz (Eds), *Parlamentsrecht*, cit., 796-808; W. Zeh, *Gliederung und Organe des Bundestages*, in J. Isensee, P. Kirchhof (Eds), *Handbuch des Staatsrechts. Band 2*, cit., 391-423.

⁴⁵ La dottrina è ormai concorde nel riconoscere carattere giurisdizionale al controllo parlamentare sulle elezioni. Sottolinea, ad esempio, L. Brocker, *Art. 41*, cit., 985: «Durch die letztverbindliche gerichtliche Entscheidungszuständigkeit wird die Wahlprüfung gleichzeitig (politisch) mehrheitsunabhängig. Trotz der gleichsam "erstinstanzlichen" Zuständigkeit des Bundestages ist die Wahlprüfungsentscheidung aber auch dort keine politische, sondern auch in diesem Stadium eine reine Rechtskontrolle». Definiscono la *Wahlprüfung* come *Rechtskontrolle* S. Magiera, *Art. 41*, cit., 1262; M. Morlok, *Art. 41*, cit., 1062.

⁴⁶ Vedi J. Luther, *La giurisdizione costituzionale sul contenzioso elettorale politico*, cit., 538.

contestata⁴⁷. Tutti i soggetti coinvolti hanno il diritto di presentare mozioni e di accedere agli atti presso il *Bundestag*, nonché di prendere la parola nel corso dell'udienza, porre domande ai testimoni e commentare i documenti presentati (art. 7 WahlPG).

L'ultima fase della procedura in commissione avviene in camera di consiglio, alla quale partecipano tutti i membri del collegio presenti durante l'udienza (art. 10 WahlPG). La decisione così adottata assume la forma di una proposta, scritta e motivata, da inoltrare al *Bundestag* affinché si pronunci sulla fondatezza del ricorso e sugli effetti dell'eventuale irregolarità riscontrata (art. 10 WahlPG).

L'ambito di azione dell'Assemblea è ben più limitato rispetto a quello della commissione, anche a tutela della giuridicità del procedimento di verifica, dal momento che le garanzie previste nella fase istruttoria difficilmente potrebbero essere traslate di fronte al *plenum*. In ogni caso, il *Bundestag* mantiene una certa discrezionalità nel procedimento, potendo rifiutare la proposta della commissione o chiedere un'ulteriore istruttoria sugli elementi fattuali e giuridici della questione. Ciononostante, una nuova proposta della commissione potrebbe essere rigettata soltanto mediante la contestuale approvazione di una proposta alternativa, una sorta di mozione di rigetto costruttiva tesa a salvaguardare la razionalizzazione del procedimento di verifica (art. 13 WahlPG).

Parimenti a tutela della giuridicità della *Wahlprüfung* sussiste, a maggior ragione, la già menzionata possibilità di ricorrere al *Bundesverfassungsgericht* avverso le decisioni del *Bundestag* in materia di controllo sulle elezioni. La normativa di riferimento si rinviene qui nella BVerfGG, la quale, nell'ambito della disciplina delle funzioni del giudice costituzionale, regola la competenza di quest'ultimo a esprimersi ai sensi dell'art. 41 della Legge fondamentale⁴⁸.

Le norme sul procedimento sono contenute nell'art. 48 BVerfGG, essendo valido, per quanto non espressamente regolato in tale sede, quanto stabilito dalla Parte II, Capitolo 1, della legge, che definisce i principi generali del processo costituzionale. L'art. 48 BVerfGG chiarisce, innanzitutto, l'oggetto del giudizio del *Bundesverfassungsgericht*, limitato ai ricorsi contro le decisioni

⁴⁷ I partiti politici, dunque, non hanno legittimazione attiva, ma possono comunque partecipare al procedimento di verifica delle elezioni; in questa sede, la loro posizione appare analoga a quella degli organi elettorali e delle istituzioni coinvolte nell'organizzazione delle elezioni, coerentemente con l'impostazione generale della normativa elettorale che assegna ai partiti politici importanti funzioni nello svolgimento del procedimento elettorale, specialmente quello preparatorio, e in virtù della quale gli stessi partiti politici possono essere ritenuti responsabili di irregolarità nel corso del procedimento elettorale. Si vedano H. Jarass, *Art. 41*, in H. Jarass, M. Kment (Eds), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, München, 2020, 790; H. Jarass, B. Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, München, 2006, 789.

⁴⁸ Vedi C. Walter, *Verfahren in den Fällen des 13 Nr. 3*, in C. Walter, B. Grünewald (Eds), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, cit., 241-254; H. Lechner, R. Zuck, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, cit., 436-454.

del *Bundestag*, non potendo pronunciarsi né su questioni non già decise da quest'ultimo, né tanto meno d'ufficio⁴⁹.

Da siffatta limitazione derivano evidenti conseguenze tanto sul piano dei tempi del ricorso, quanto su quello della legittimazione attiva. In tal senso, lo stesso art. 48 BVerfGG dispone che il ricorso può essere presentato, entro due mesi dalla decisione del *Bundestag*, dal deputato la cui elezione è contestata, dall'elettore o dal gruppo di elettori la cui istanza di verifica elettorale è stata rigettata, da un gruppo parlamentare o da una minoranza parlamentare comprendente almeno un decimo dei membri del *Bundestag*⁵⁰. Analogamente a quanto osservato in relazione al controllo parlamentare, anche il *Bundesverfassungsgericht* può decidere che non si tenga un'udienza pubblica per dibattere il caso, qualora non ritenga tale adempimento utile per la definizione della questione. L'art. 48 BVerfGG specifica in realtà, in questo caso, la possibilità già prevista agli artt. 24 e 25 della medesima legge, in virtù dei quali il *Bundesverfassungsgericht* può procedere senza udienza ove la questione sia manifestamente infondata o inammissibile, ovvero se le parti decidano di non avvalersi di tale udienza⁵¹. Ai sensi dell'art. 29 BVerfGG, la decisione assunta dai giudici in camera di consiglio deve essere scritta e motivata.

5. Conclusioni

Il ruolo dei giudici costituzionali come giudici elettorali è di primario interesse, se osservato dalla prospettiva italiana: un coinvolgimento della Corte costituzionale, in virtù degli esempi forniti dagli ordinamenti europei più prossimi a quello italiano, potrebbe rappresentare una via da percorrere per riformare un sistema delle garanzie elettorali ritenuto da molti ineffettivo ed inefficace⁵².

Il coinvolgimento della giurisdizione costituzionale, in effetti, potrebbe contribuire positivamente in termini di effettività ed efficacia del sistema di giustizia elettorale, non soltanto per via dell'esternalizzazione e giurisdizionalizzazione delle tutele, ma anche perché comporterebbe una progressiva concentrazione o comunque una tendenziale uniformizzazione dei criteri di verifica delle elezioni. Non meno importante, la giurisdizione costituzionale potrebbe rivelarsi la sede adatta, da un lato, a valorizzare il significato costituzionale della materia elettorale, e, dall'altro lato, a bilanciare la dimensione oggettiva e quella soggettiva che caratterizzano la giustizia elettorale al pari della giustizia costituzionale.

⁴⁹ Come ha precisato il *Bundesverfassungsgericht* in *BVerfGE* 121, 266.

⁵⁰ Anche in questo caso, dunque, i partiti politici in quanto tali non sono inclusi tra i soggetti legittimati a proporre ricorso, come ricordato più volte proprio dal *Bundesverfassungsgericht*, ad esempio in *BVerfGE* 2, 300.

⁵¹ Vedi W. Schreiber, *A-limine-Entscheidungen in Wahlprüfungsangelegenheiten*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2018, 144-152.

⁵² Vedi, recentemente, G. Piccirilli, *Il disallineamento del sistema italiano di verifica dei poteri rispetto al «patrimonio elettorale europeo»*, in *Filangieri*, 2019, 193-204, che parla di «isolamento dell'esperienza italiana di verifica dei poteri».

In questo quadro, l'esperienza tedesca risulta di particolare interesse per il dibattito italiano, ove peraltro negli ultimi anni si è delineata con maggiore chiarezza l'opportunità di trattare in maniera distinta il contenzioso preelettorale da quello postelettorale. In tal senso, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 48/2021, ha infatti chiarito che l'art. 66 della Costituzione si applica soltanto alle operazioni elettorali in senso stretto, stabilendo la necessità di individuare garanzie alternative per il procedimento elettorale preparatorio⁵³.

Proprio rispetto a questa fase del procedimento elettorale, il sistema tedesco, caratterizzato a partire dal 2012 dalla possibilità di adire il giudice costituzionale per quanto riguarda una particolare ma importante operazione qual è il riconoscimento dei soggetti abilitati a presentare candidature, appare più difficilmente replicabile. Da un lato, la competenza assegnata al *Bundesverfassungsgericht* esprime la peculiarità dell'ordinamento tedesco, che attribuisce al giudice costituzionale un'altra importante funzione di regolazione del sistema politico, vale a dire il controllo sulla costituzionalità dei partiti politici. Dall'altro lato, l'ordinamento italiano sembra sul punto guardare in un'altra direzione: la Corte costituzionale, nella menzionata sentenza n. 48/2021, ha assegnato al giudice ordinario, quale giudice naturale dei diritti, la competenza a pronunciarsi sul contenzioso preelettorale, salva la possibilità di attribuire per legge la competenza al giudice amministrativo in via di giurisdizione esclusiva; ed è proprio in quest'ultimo senso che sembrano orientarsi le proposte di riforma di siffatto contenzioso presentate negli ultimi anni⁵⁴.

Un richiamo alla soluzione tedesca pare invece più utile rispetto al contenzioso postelettorale, anche alla luce dell'interpretazione da ultimo data dalla Corte costituzionale circa l'ambito di applicazione dell'art. 66 della Costituzione. In questo senso, rispetto ad altre esperienze europee, l'introduzione di un sistema misto, simile a quello tedesco, preserverebbe il ruolo del Parlamento, senza dunque stravolgere la tradizione costituzionale italiana, prevedendo tuttavia al contempo una chiusura del sistema che

⁵³ Si veda in dettaglio M. Mancini, *Procedimento elettorale preparatorio ed effettività della tutela giurisdizionale*, Padova, 2022; vedi anche M. Mancini, *Tre manifesti a Palazzo della Consulta, Roma: la Corte traccia la via, del legislatore e dei giudici l'onere di percorrerla (a margine della sentenza n. 48 del 2021)*, in *Rivista AIC*, 2021; A. Pisaneschi, *Gli effetti della sentenza n. 48 del 2021 della Corte costituzionale sulla tutela giurisdizionale elettorale: brevi considerazioni*, in *Giur. cost.*, 2021; A. Saitta, *Alla ricerca del giudice delle controversie preelettorali: la Corte completa il rammendo per coprire l'inerzia del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2021; G. Delledonne, *Procedimento elettorale preparatorio, elezioni politiche e tutela giurisdizionale: chiarimenti, discontinuità e problemi aperti*, in *Giur. cost.*, 2021.

⁵⁴ Su tutte, si vedano la legge 18 giugno 2009, n. 69, Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile, e in particolare l'art. 44, che delegava il Governo ad adottare decreti legislativi per il riordino di tutto il contenzioso sulle operazioni elettorali e l'introduzione della «giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie concernenti atti del procedimento elettorale preparatorio per le elezioni per il rinnovo della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica» (delega scaduta inutilmente); e, in maniera analoga, al c.d. disegno di legge Parrini (A.S. XVIII, n. 2390). Vedi ancora M. Mancini, *Procedimento elettorale preparatorio ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit.

garantisca una qualche tutela giurisdizionale rispetto a un momento fondamentale per l'esercizio dei diritti elettorali dei cittadini e per lo svolgimento del principio democratico. Ciò che appare oggi necessario anche alla luce degli standard sovranazionali, che individuano nella tutela giurisdizionale delle elezioni un principio cardine del patrimonio costituzionale europeo in materia elettorale⁵⁵.

Certamente la scelta di attribuire funzioni di garanzia elettorale all'organo della garanzia costituzionale non è scevra di problemi. Basti pensare, in tal senso, al rischio che il giudice costituzionale sia coinvolto nella competizione politica, ma anche al potenziale sovraccarico di lavoro che graverebbe sul giudice e che metterebbe in pericolo il regolare e tempestivo esercizio delle altre funzioni. Problemi che già interessano, in maniera più o meno evidente, le giurisdizioni costituzionali europee, che pure, in quegli ordinamenti che attribuiscono loro funzioni di giustizia elettorale, hanno dimostrato di saper gestire in maniera tutto sommato funzionale tali pressioni⁵⁶.

Giammaria Milani
Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Siena
milani@unisi.it

⁵⁵ Vedi, in particolare, in particolare, il Codice di buona condotta in materia elettorale adottato nel 2002 dalla Commissione di Venezia, ai sensi del quale «The appeal body in electoral matters should be either an electoral commission or a court. For elections to Parliament, an appeal to Parliament may be provided for in first instance. In any case, final appeal to a court must be possible». Vedi G. Piccirilli, *L'aggiramento del "codice di buona condotta elettorale" nel sistema di tutele del procedimento elettorale italiano*, in E. Catelani, F. Donati, M. Grisolia (cur.), *La giustizia elettorale*, cit., 151-162. Meno netta la posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo, che in Corte EDU (Grande Camera), *Caso Mugemangango v. Belgio* (App. no. 310/15), 10 luglio 2020, sembra far salva la giurisdizione esclusiva dei parlamenti, qualora siano assicurate la presenza di garanzie di imparzialità dell'organo giudicante, la delimitazione per legge della sua discrezionalità e la presenza di una procedura in grado di garantire una decisione giusta, obiettiva e sufficientemente motivata. Si vedano L. Trucco, *Italia avvisata? La verifica dei poteri torna (dal Belgio) a Strasburgo*, in *Quad. cost.*, 2020, 241-244; E. Holmøyvik, *Strasbourg slams old democracies on elections*, in *verfassungsblog.de*, 2020; M. Leloup, *Mugemangango v. Belgium: finally a Grand Chamber judgment on post-election disputes*, in *strasbourgobservers.com*, 2020.

⁵⁶ Per alcune riflessioni sulle problematiche connesse al ruolo dei giudici costituzionali come giudici elettorali si vedano M. Manetti, *L'accesso alla Corte costituzionale nei procedimenti elettorali*, cit.; A. Vidal-Naquet, X. Magnon, *Quel(s) « juge(s) » pour les élections : le chemin dyspraxique de la modélisation à la mise en œuvre pratique*, in *Ann. intern. de justice const.*, 2019, 23-34; H. Fix-Zamudio, *Justicia constitucional y judicialización de la política*, in J.J. Orozco-Henríquez (Eds.), *Sistemas de Justicia Electoral*, cit., 11-38; L.D. Brenes Villalobos, *Judicial Politics y tribunales electorales*, in *Justicia electoral*, 2012, 293-316.

