



Funded by the
European Union



Jean Monnet Module ENACTING
European Values in Context: Challenges and Comparative Insights

“Cattura” delle corti costituzionali e designazione dei loro componenti: un quadro comparato

Giacomo Delledonne

ENACTING policy paper series No. 1/2022



Funded by the
European Union



Jean Monnet Module ENACTING – European Values in Context: Challenges and Comparative Insights

Jean Monnet Module coordinator: Dr Giacomo Delledonne
(giacomo.delledonne@santannapisa.it)

Module website: www.enacting.santannapisa.it

www.stals.santannapisa.it

“Cattura” delle corti costituzionali e designazione dei loro componenti: un quadro comparato

di Giacomo Delledonne*

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Un punto controverso: le potenzialità del *constitutional design*. – 3. La “cattura” delle corti costituzionali in Ungheria e Polonia. – 4. Il modello europeo delle regole di giustizia costituzionale: il significato delle regole sulla selezione dei giudici. – 5. Modelli ibridi. – 6. Osservazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive

In un articolo sulla campagna per le elezioni presidenziali ceche apparso il 1 gennaio 2023, un quotidiano tedesco dava conto di competenze costituzionali e margini di manovra politici del capo dello Stato ceco, soffermandosi criticamente sull’operato del Presidente uscente, Miloš Zeman. Fra gli altri indici sintomatici della *Personalpolitik* di Zeman, si citava il proposito di «nominare in tutta fretta un nuovo Presidente della Corte costituzionale, sebbene il mandato del Presidente in carica venga a scadenza soltanto quando Zeman avrà già lasciato il suo incarico»¹. Questo progetto non si è finora concretizzato, anche per le obiezioni di principio sollevate dai candidati, in una campagna conclusasi con la vittoria del fronte critico nei confronti di Zeman e dell’ex Primo ministro – e candidato sconfitto al secondo turno – Andrej Babiš².

Fra gli ultimi mesi del 2022 e il gennaio 2023 il tema della composizione del *Tribunal Constitucional* spagnolo – e del procedimento di selezione dei relativi giudici – ha suscitato l’attenzione dell’opinione pubblica anche fuori dei confini spagnoli, oltre a suscitare reazioni da parte della Commissione europea. La situazione di stallo legata al mancato rinnovo di quattro giudici del

* Ricercatore a tempo determinato in Diritto costituzionale nell’Istituto di diritto, politica e sviluppo (Dirpolis) della Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa, coordinatore del Jean Monnet Module ENACTING. Indirizzo di posta elettronica: giacomo.delledonne@santannapisa.it.

¹ S. Löwenstein, *Dreikampf um das tschechische Präsidentenamt*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 1 gennaio 2023 (traduzione mia). Il modello di nomina dei giudici della Corte costituzionale ceca (*Ústavní soud České republiky*) costituisce una *rara avis* nel panorama comparatistico europeo, che ha come unico termine di paragone la vicina Slovacchia e come precedente illustre quello della Corte costituzionale della Prima Repubblica cecoslovacca nel periodo fra le due guerre mondiali. Stando agli artt. 62 e 84, comma 2, della Costituzione ceca del 1993, i quindici giudici sono nominati dal Presidente della Repubblica, per poi essere confermati dal Senato. Al capo dello Stato spetta anche la nomina del Presidente della Corte. Si tratta di un assetto influenzato dal modello statunitense dell’*advice and consent* (cfr. Z. Kühn, J. Kysela, ‘*Nomination of Constitutional Justices in Post-Communist Countries: Trial, Error, Conflict in the Czech Republic*, in *European Constitutional Law Review*, 2006, 184).

² Per una panoramica delle vicende politiche immediatamente precedenti – con l’evocazione dell’uso di «authoritarian tactics similar to those seen in Hungary and Poland» da parte del Governo Babiš – v. J. Rovny, *Populism punished: The 2021 Czech parliamentary election*, in *EUROPP – European Politics and Policy*, 11 ottobre 2021, <https://blogs.lse.ac.uk/europpblog/2021/10/11/populism-punished-the-2021-czech-parliamentary-election/>.

Tribunal Constitucional si è intrecciata con la crisi – in parte analoga, ma di più lunga durata – del *Consejo General del Poder Judicial*. Parallelamente, sono stati sollevati interrogativi e critiche sulle pratiche spartitorie dei partiti politici, sui criteri di selezione dei giudici costituzionali e, conseguentemente, sull'apparenza di indipendenza e imparzialità del *Tribunal Constitucional*³.

Le vicende evocate ora in estrema sintesi hanno prodotto tensioni – assai più gravi in Spagna che nella Repubblica Ceca – che in seguito però si sono raffreddate. I progetti attribuiti al Presidente ceco Zeman non si sono tradotti in decisioni formali, mentre la maggioranza formata da PSOE e Unidas Podemos ha dovuto rinunciare al suo tentativo di modificare la legge organica sul *Tribunal Constitucional* (LOTC). La Spagna è una democrazia consolidata e la Repubblica Ceca, pur partecipando alle attività del gruppo di Visegrád, ha un assetto istituzionale relativamente solido; dal 2021, anzi, le ultime tornate elettorali hanno messo in evidenza un indebolimento dell'eterogeneo schieramento politico che ha guardato con occhio benevolo alla *constitutional retrogression* ungherese. Al tempo stesso, i critici hanno segnalato che i processi di erosione democratica sono particolarmente difficili da individuare, soprattutto nelle loro fasi iniziali: «Por esto hay que estar atentos a cada una de las reformas y ser capaces de valorar cómo afectan en su conjunto a la degradación del Estado de Derecho y la democracia»⁴.

I timori suscitati, in Spagna, dal progetto teso a modificare la legge organica sul *Tribunal Constitucional*, compromettendo il carattere consensuale della selezione dei giudici, e, nella Repubblica Ceca, da un maldestro tentativo di *court-packing* si comprendono meglio se si tiene conto delle crisi costituzionali che nel corso dell'ultimo decennio hanno interessato diversi Stati membri dell'Unione europea, con Ungheria e Polonia come epicentro. Queste crisi sono state lette come una contestazione di quei valori che, secondo l'art. 2 del trattato sull'Unione europea, costituiscono il fondamento dell'Unione stessa e «sono comuni agli Stati membri». Da questo punto di vista, c'è un importante filo rosso che congiunge l'Ungheria alla Polonia: in entrambi questi Stati membri il processo di *constitutional retrogression* – con l'approdo, riuscito o annunciato, a una forma di

³ Sulla crisi legata al difficile rinnovo del *Tribunal Constitucional* e del *Consejo General del Poder Judicial* v., in italiano, J.M. Castellà Andreu, *Reformas legislativas del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional y erosión democrática en España*, in *DPCE online*, n. 4/2022, 2259 ss.; G. Ruiz-Rico Ruiz, *¿Réquiem por el Tribunal Constitucional? Comentario al último caso en el proceso de politización de la justicia constitucional en España (la atribución ilegítima de una competencia para el control preventivo de los actos del Parlamento)*, in *DPCE online*, n. 4/2022, 2273 ss.; C. Vidal Prado, *Crisi istituzionale in Spagna: il rinnovo frustrato del Consejo General del Poder Judicial e del Tribunal Constitucional*, in *federalismi.it*, n. 34/2022; M.A. Simonelli, *Un paso adelante? Una breve riflessione sulla crisi costituzionale spagnola*, in *Diritti comparati*, 25 gennaio 2023, <https://www.diritticomparati.it/un-paso-adelante-una-breve-riflessione-sulla-crisi-costituzionale-spagnola/>. Fra i contributi in spagnolo si segnalano, in particolare, M. Aragón Reyes, *Ataque frontal al TC y al Estado de derecho*, in *El Mundo*, 14 dicembre 2022; J. Tajadura Tejada, *El futuro del Tribunal Constitucional*, in *El Mundo*, 19 gennaio 2023.

⁴ Così J.M. Castellà Andreu, *Reformas legislativas del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional y erosión democrática en España*, cit., 2259 s.

democrazia illiberale⁵ – si è manifestato innanzitutto col tentativo della maggioranza parlamentare di “catturare” la Corte costituzionale⁶. Questo *modus operandi* è doppiamente significativo: da un lato, c’è un elemento di natura, si potrebbe dire, locale. Tanto in Ungheria quanto in Polonia le corti costituzionali costituiscono – o costituivano – un lascito importante della fase preparatoria della transizione postcomunista e, al tempo stesso, un importante elemento di avvicinamento al costituzionalismo liberaldemocratico⁷. In una certa fase storica godette di grande fortuna l’immagine, coniata da Roman Herzog, delle corti «nipoti» del *Bundesverfassungsgericht* tedesco⁸. Per altro verso, c’è un elemento di natura generale e che fa capire l’importanza della posta in gioco, al di là dei due ordinamenti nazionali coinvolti e anche, probabilmente, della stessa UE. Riprendendo in forma aggiornata un’immagine di Piero Calamandrei, si potrebbe dire che le corti costituzionali rappresentano «la cuspide ed il lucernario» dell’edificio dello Stato costituzionale⁹. Fra queste due nozioni – Stato costituzionale e corte costituzionale – c’è un rapporto di vicendevole implicazione: la “cattura” della seconda può avere conseguenze esiziali sulla tenuta del primo.

Obiettivo di questo *paper* è svolgere alcune riflessioni sul tema della selezione dei giudici costituzionali e delle regole che la disciplinano, per mettere in luce alcune soluzioni che possono, se non impedire, perlomeno rallentare l’erosione delle garanzie costituzionali. In ragione della particolare connotazione assunta dalle crisi di cui si è fatto cenno – che hanno una dimensione nazionale e una dimensione europea, fra le quali risulta arduo operare una distinzione –, l’analisi prenderà in considerazione ordinamenti europei. Si tratta, del resto, di una crisi che interessa gli equilibri fra diritto e politica e investe il c.d. modello europeo di giustizia costituzionale¹⁰, che proprio in una particolare accezione della politica ha una delle sue caratteristiche identitarie¹¹.

Prima di passare in rassegna alcune soluzioni concrete, è opportuno soffermarsi sul significato e sulle potenzialità del *constitutional design*.

⁵ Sul punto v. M.A. Orlandi, *La “democrazia illiberale”. Ungheria e Polonia a confronto*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2019, 167 ss.; e, volendo, G. Delle Donne, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all’interno dell’Unione europea*, in *DPCE online*, n. 3/2020, 3999 ss.

⁶ Su questa tendenza, con osservazioni di ordine generale, v. A. Arato, *Populism, Constitutional Courts, and Civil Society*, in C. Landfried (a cura di), *Judicial Power : How Constitutional Courts Affect Political Transformations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, 318 ss.; W. Sadurski, *A Pandemic of Populists*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, 112 ss.

⁷ Come ha segnalato C. Pinelli relativamente a Ungheria e Polonia, «[t]hese regimes do not abolish the constitutional court, nor formally alter the constitutional provisions regarding the rule of law and fundamental rights; they recur to more subtle means, such as court-packing plans, or ad hoc changes of the judges’ age of retirement, with a view to vanish the counter-majoritarian function of constitutional courts and the independence of the judiciary» (in L. Besselink, K. Tuori, G. Halmai, C. Pinelli, *The Rule of Law Crisis in Europe*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 282).

⁸ Cfr. A. Jakab, *European Constitutional Language*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, 79.

⁹ P. Calamandrei, intervento pronunciato presso la Camera dei deputati il 1 aprile 1950 (riportato in P. Pombeni, *La questione costituzionale in Italia*, Bologna, il Mulino, 2016 307).

¹⁰ Su cui v., per tutti, V. Ferreres Comella, *The European model of constitutional review of legislation: toward decentralization?*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2004, 461 ss.

¹¹ Si veda G. Zagrebelsky, *La Corte in-politica*, in *Quad. cost.*, 2005, 273 ss.

2. Un punto controverso: le potenzialità del constitutional design

In una disamina dedicata a come si possono ridurre i rischi di erosione democratica, Tom Ginsburg e Aziz Z. Huq si chiedono se alcune forme di *constitutional design* siano «more susceptible to the risk of backsliding than others»¹². Nel momento in cui formulano questo interrogativo, i due autori segnalano due importanti obiezioni di cui è sempre necessario tenere conto. In primo luogo, il *constitutional design* è una forma di ottimizzazione che investe trasversalmente varie forme di rischio istituzionale: «By identifying institutions that can slow down democratic erosion, we are privileging that risk over others, such as gridlock, unresponsiveness, and the adoption of substantively bad policies. Complicating matters further, these various risks are not unrelated to each other or to the risk of erosion, in that they might in the mid-term undermine the legitimacy of the democratic system as a whole»¹³. In secondo luogo, la capacità di un determinato assetto istituzionale di arrestare, rallentare o diluire spinte disgregatrici dipende, in ultima analisi, dalla lealtà dei cittadini e dalla vitalità dell'opinione pubblica.

Poste queste premesse, Ginsburg e Huq passano in rassegna le regole relative alla revisione costituzionale e alla forma di governo. La necessità di una doppia deliberazione, lo scioglimento delle assemblee legislative dopo la presentazione di un'iniziativa di revisione – che potrà essere approvata soltanto dal parlamento costituitosi dopo le elezioni – e la possibilità di convocare un referendum sono meccanismi che paiono «well-suited for preventing erosion through constitutional amendment», riducendo il rischio di una «Hungary-tipe erosion, in which a single election with an anomalous outcome leads to the near-complete capture of political power by one party»¹⁴.

Altri autori, come Sadurski, sono più drastici: le istituzioni devono essere sorrette da un consenso ragionevolmente ampio sulle norme e sulle violazioni inaccettabili. L'involuzione costituzionale polacca dal 2015 a oggi non è stata favorita da istituzioni deboli; queste, anzi, hanno dato prova di una (relativa) capacità di resilienza. Il *constitutional design*, insomma, può poco o nulla a fronte dei ritardi della cultura politica e dell'opinione pubblica¹⁵.

3. La “cattura” delle corti costituzionali in Ungheria e Polonia

Il tema del *court packing* è uno spettro ricorrente nella vita istituzionale degli Stati Uniti e ha dato luogo a tensioni particolarmente acute all'epoca del *New Deal* rooseveltiano e poi nella stagione

¹² T. Ginsburg, A.Z. Huq, *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago (Illinois), University of Chicago Press, 2018, 172. Sull'applicazione della categoria del rischio al diritto costituzionale è un riferimento obbligato A. Vermeule, *The Constitution of Risk*, New York, Cambridge University Press, 2014.

¹³ T. Ginsburg, A.Z. Huq, *How to Save a Constitutional Democracy*, cit., 172; v. inoltre A.Z. Huq, *Legal or Political Checks on Apex Criminality: An Essay on Constitutional Design*, in *U.C.L.A. Law Review*, vol. 65, 2018, 1530.

¹⁴ Così ancora T. Ginsburg, A.Z. Huq, *How to Save a Constitutional Democracy*, cit., 175.

¹⁵ Si veda W. Sadurski, *On the Relative Irrelevance of Constitutional Design : Lessons from Poland*, Sydney Law School Research Paper No. 19/34.

inaugurata dalla vittoria elettorale di Donald Trump. Tenuto conto della durata del mandato dei giudici della Corte suprema federale – in media assai lunga –, la discussione verte sia sulla possibilità che una maggioranza occasionale approfitti di una situazione di *united government*, sia, soprattutto, sull’(in)opportunità di aumentare il numero dei giudici della Corte, che non è consacrato in una disposizione costituzionale¹⁶.

Le vicende europee – con particolare riguardo a ciò che è accaduto in Ungheria e in Polonia dal 2011 a oggi – presentano sia affinità sia importanti differenze rispetto al caso nordamericano.

In Ungheria, dove fin dal 1989 tutti i giudici della Corte costituzionale (*Alkotmánybíróság*) sono eletti dal Parlamento unicamerale, Fidesz e i suoi alleati dispongono dal 2010 di una maggioranza dei due terzi dei seggi. Sotto la guida di Viktor Orbán, questa maggioranza è stata riconfermata, con proporzioni pressoché inalterate, nelle successive tornate elettorali del 2014, del 2018 e del 2022. Poiché l’art. 24 della Legge fondamentale – e, prima ancora, l’art. 32/A della Costituzione del 1949, modificata sul punto nel 1990 – prevede che i giudici della Corte costituzionale siano eletti dal Parlamento a maggioranza dei due terzi, Fidesz e i suoi alleati sono tuttora in grado di controllare la designazione di *tutti* i membri della Corte. Parallelamente al tentativo di stabilizzare cospicui segmenti dell’indirizzo politico di maggioranza col frequente ricorso a leggi *cardinali*¹⁷, la durata del mandato dei giudici costituzionali è stata portata da nove a dodici anni. Nel frattempo, ancora una volta allo scopo di massimizzare l’impatto dell’ampia maggioranza parlamentare di Fidesz, il numero dei membri della Corte è stato portato da undici a quindici giudici (art. 24, comma 8, della Legge fondamentale). Il Presidente della Corte non è più eletto per tre anni dagli altri giudici, ma designato dal Parlamento per l’intera durata del suo mandato di giudice (art. 24, comma 8, LF)¹⁸. La commissione incaricata di sottoporre al *plenum* del Parlamento candidati alla carica di giudice costituzionale non vede più la partecipazione di tutti i gruppi politici su base paritaria, ma rispecchia i rapporti di forze interni all’assemblea, con una parziale adesione a un (criticato) modello tedesco¹⁹.

¹⁶ Sul punto, con particolare riguardo al dibattito alimentato dalla *Presidential Commission* costituita su iniziativa del Presidente Biden, v. C. Bologna, *La Commissione per la riforma della Corte suprema: gli Stati Uniti e il demos basileus*, in *Quad. cost.*, 2021, 691 ss.; G. Delledonne, *Stati Uniti e Regno Unito: due discussioni sugli equilibri fra politica e giurisdizione e sulle possibili riforme*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 1349 ss.; D. Casanova, *Modificare la composizione della Corte suprema? Appunti in tema di life tenure, Court-packing e filibuster*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, n. 3/2022, 157 ss.; A. Sandulli, *La tentazione del Court-packing della Corte suprema e i rischi per la democrazia statunitense*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 3 ss.

¹⁷ Sul punto v. P. Sonnevend, A. Jakab, L. Csink, *The Constitution as an Instrument of Everyday Party Politics: The Basic Law of Hungary*, in A. von Bogdandy, P. Sonnevend (a cura di), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area: Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Hart Publishing, Oxford, 2015, 33 ss.

¹⁸ Nell’opinione n. 860/2016 della Commissione di Venezia del Consiglio d’Europa – riguardante il Tribunale costituzionale polacco – si precisa (par. 27) che «[l]a Commission de Venise a déjà qualifié de bonne pratique l’élection du président de la juridiction constitutionnelle par les juges eux-mêmes, même si une étude comparative montre qu’il n’existe aucune norme européenne définitive en la matière».

¹⁹ A proposito del quale v. U. Kischel, *Party, pope, and politics? The election of German Constitutional Court justices in comparative perspective*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2013, 962 ss. Allo scopo di evitare analogie fuorvianti, però, è opportuno segnalare che il meccanismo di selezione dei giudici del *Bundesverfassungsgericht*

Molte analisi delle tendenze illiberali presenti negli ordinamenti polacco e ungherese muovono dalla constatazione che Diritto e giustizia (PiS), il partito guidato da Jarosław Kaczyński che ha vinto le elezioni politiche del 2015 e del 2019, non si è mai trovato a disporre di una maggioranza parlamentare così ampia da poter promuovere in solitudine una revisione della Costituzione del 1997. La “cattura” del Tribunale costituzionale (*Trybunał Konstytucyjny*), perciò, non è potuta passare dalla via della revisione costituzionale. Nel 2015 ha suscitato molte reazioni, anche a livello europeo, il controverso avvicendamento di cinque giudici – un terzo, quindi, dei membri della Corte – i cui mandati giungevano a scadenza, in momenti diversi, nell’anno in cui si dovevano svolgere le elezioni politiche. Tanto la maggioranza di Piattaforma civica (PO), quanto quella emersa dalle urne, espressione di Diritto e giustizia, hanno tentato di sfruttare a proprio vantaggio quella situazione. A ridosso di quelle vicende, una legge di «risanamento» ha disciplinato minuziosamente il funzionamento della Corte costituzionale, sortendo l’effetto pratico di rallentarla o paralizzarla per qualche tempo²⁰. Al tempo stesso, nel procedimento di designazione del Presidente e del Vicepresidente del Tribunale a fronte del coinvolgimento formale dell’Adunanza generale dei giudici, sono state accresciute le possibilità di manovra del Presidente della Repubblica. Quest’ultimo, poi, può nominare un Presidente del Tribunale *ad interim* – figura sconosciuta al dettato costituzionale – senza dover tenere conto del Tribunale²¹. Negli anni successivi i giudici già in carica prima del 2015 hanno via via lasciato il Tribunale e la maggioranza espressione di Diritto e giustizia e dei suoi alleati ha potuto controllare l’elezione dei nuovi giudici. Non si può sottacere, a questo proposito, il fatto che la Costituzione del 1997 all’art. 194 stabilisca che tutti i quindici giudici del Tribunale costituzionale sono eletti dal *Sejm*, la Camera bassa del Parlamento bicamerale polacco. Il *quorum* per l’elezione è stabilito nel regolamento interno del *Sejm*: per l’elezione dei giudici costituzionali è sufficiente la maggioranza assoluta dei voti, in presenza di almeno la metà dei deputati. A questo proposito la dottrina ha rilevato criticamente che nel corso della transizione dal socialismo reale alla democrazia costituzionale «se da un lato sono stati ampliati a dismisura le funzioni e l’accesso al giudizio delle nuove Corti costituzionali, dall’altro lato poca attenzione è stata rivolta ai procedimenti di formazione di tali organi ancora esclusivamente di origine parlamentare e alla rigidità delle norme che ne disciplinano l’organizzazione interna e l’attività»²².

ha profonde radici in una cultura politica di tipo proporzionalistico e blandamente consociativo: cfr. C. Schönberger, *Anmerkungen zu Karlsruhe*, in M. Jestaedt, O. Lepsius, C. Möllers, C. Schönberger, *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin, Suhrkamp, 2011, 19.

²⁰ Per una presentazione analitica v. J. Sawicki, *Polonia: un tentativo di eviscerazione dello stato costituzionale di diritto*, in *Quad. cost.*, 2016, 115 ss

²¹ Cfr. M.A. Orlandi, *La “democrazia illiberale”*, cit., 186 s.

²² Così, con argomenti condivisibili, M.A. Orlandi, *La democrazia illiberale*, cit., 180; nello stesso senso anche J. Sawicki, *Democrazie illiberali? L’Europa centro-orientale tra continuità apparente della forma di governo e mutazione possibile della forma di Stato*, Milano, Franco Angeli, 2018, 108 s.

Per completezza è opportuno segnalare, al di là della questione della composizione degli organi di giustizia costituzionale, che in Ungheria sono state oggetto d'interventi del costituente anche l'interpretazione delle disposizioni costituzionali (art. R, comma 3, LF), l'ampiezza dello scrutinio di costituzionalità (art. 37, comma 4) e la giurisprudenza anteriore all'entrata in vigore della Legge fondamentale del 2011 (V disposizione finale). Mentre in Ungheria queste innovazioni hanno lo scopo di avvalorare il significato della svolta costituzionale del 2011 quale soluzione di continuità, in Polonia il disegno della maggioranza parlamentare – fare in modo che gli orientamenti prevalenti in seno alla Corte risultino più favorevoli – si è realizzato lungo due direttrici: affrettare, come detto, un avvicendamento nella composizione della Corte e, nel frattempo, rendere più difficoltosa l'attività dei giudici in carica. La dottrina più recente, però, ha osservato che dopo la stagione della paralisi ha probabilmente preso l'avvio una “fase due”, in cui la Corte «has transformed into a positive, active and seemingly enthusiastic aide of the government and the parliamentary majority»²³.

4. Il modello europeo di giustizia costituzionale: il significato delle regole sulla selezione dei giudici

Le vicende descritte nel paragrafo precedente chiamano direttamente in causa il significato delle regole sulla selezione dei giudici – di natura per lo più costituzionale, ma iscritte anche in fonti organiche, nella legge ordinaria o addirittura nei regolamenti parlamentari – per la fisionomia del modello europeo di giustizia costituzionale. Com'è stato messo in luce, una delle caratteristiche fondamentali del modello europeo – che può altresì essere definito continentale o kelseniano – è che *buona parte* dei membri dell'organo chiamato a svolgere in forma accentrata il controllo di costituzionalità sono eletti dal parlamento oppure nominati dal capo dello Stato o dal governo. Inoltre, sono generalmente previsti alcuni requisiti per la nomina a giudice²⁴. Sulla stessa falsariga, Maartje de Visser ha proposto una classificazione tripartita dei modelli di selezione dei giudici delle corti costituzionali d'impronta continentale:

The first model places the decision on appointment entirely in the hands of the legislature, in many cases involving a special parliamentary election committee. ... Under the second model, selection and appointment are the joint prerogative of the legislature and the (head of the) executive. ... Under the third model, the power

²³ Così W. Sadurski, *Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralysed Tribunal, to a Governmental Enabler*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2019, 77, che porta ad esempio le sentenze sul Consiglio nazionale del potere giudiziario (K 5/17), sul potere presidenziale di concedere la grazia, sullo *status* della Corte suprema (K 3/17) e sulla libertà di riunione (KP 1/17). Sul tema, in generale, v. anche P. Castillo-Ortiz, *The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe*, in *European Constitutional Law Review*, 2019, 48 ss.

²⁴ Si vedano A. Pizzorusso, *Giustizia costituzionale (diritto comparato)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali I, Milano, Giuffrè, 2007, 679; L. Favoreu, W. Mastor, *Les cours constitutionnelles*, II edizione, Paris, Presses universitaires de France, 2016.

to select constitutional justices is distributed among several public institutions which independently of each other appoint a portion of the constitutional bench²⁵.

Si tratta, si potrebbe dire, di un arricchimento del modello austriaco del 1920, che in questo senso ha svolto un ruolo prototipico. Nella sua formulazione originaria, l'art. 147 della Legge costituzionale federale dell'Austria repubblicana prevedeva che tutti i membri della Corte costituzionale (*Verfassungsgerichtshof*) fossero eletti dal Consiglio nazionale oppure dal Consiglio federale, i due rami del Parlamento federale austriaco:

Since the Constitution conferred upon the Constitutional Court a legislative function, i.e. a function which, in principle, was reserved to the Parliament, the Austrian Constitution of 1920 provided that the members of the Constitutional Court had to be elected by the Parliament and not like the other judges, to be appointed by the administration²⁶.

C'è dunque un legame molto stretto fra le regole sulla selezione dei giudici costituzionali e le funzioni che l'organo è chiamato a svolgere. Secondo Kelsen, questo legame si estende a un'altra caratteristica della democrazia parlamentare, cioè la tutela delle minoranze politiche:

constitutional adjudication in parliamentary democracies ... must necessarily put itself into the service of the protection of minorities. ... The control of the functions of the state must be strengthened to the same degree as democratization progresses. ... Insofar as it makes sure that statutes come into existence in conformity with the constitution, and in particular also their content is constitutional, constitutional adjudication serves the function of an effective protection of the minority against assaults on the part of the majority, whose rule becomes tolerable only by virtue of the fact that it is exercised in legal form.²⁷

In linea generale, questo modello di selezione dei giudici consente di ridimensionare le obiezioni sulla possibile contraddizione fra controllo di costituzionalità e democrazia rappresentativa: grazie alla presenza di una corte costituzionale specializzata, «a country may establish special norms for the selection and tenure of judges on the constitutional court»²⁸. Per questa ragione, «[i]n Europe

²⁵ M. de Visser, *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2014, 206 ss.

²⁶ H. Kelsen, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, in *The Journal of Politics*, vol. 4, 1942, 187.

²⁷ H. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 5, 1929, 75 e 80 s. (versione inglese, *Kelsen on the nature and development of constitutional adjudication*, in L. Vinx, *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 66 e 71).

²⁸ V. Ferreres Comella, *The European model of constitutional review of legislation*, cit., 468.

the selection processes for judges of constitutional courts are typically different from, and more political than, those used to choose ordinary judges»²⁹.

Nel corso delle varie ondate di transizione alla democrazia costituzionale, numerosi ordinamenti europei hanno recepito, in forme diverse, il modello austriaco originario, nel quale le assemblee legislative eleggono *tutti* i giudici della corte costituzionale: è il caso della Germania, ma anche, come detto nel paragrafo precedente, dell'Ungheria e della Polonia. Naturalmente, il fatto che tutti i membri dell'organo di giustizia costituzionale siano designati dal parlamento dice relativamente poco su come si caratterizzi questa elezione: è importante verificare se il parlamento sia monocamerale o bicamerale – anche con la possibilità di una seduta comune delle due assemblee – e quali maggioranze siano richieste per l'elezione dei giudici. Se è innegabile che il modello tedesco ha costituito un importante punto di riferimento per i riformatori ungheresi e polacchi dopo il tramonto delle democrazie popolari, tuttavia la ricezione del modello del *Bundesverfassungsgericht* è stata perlomeno incompleta. L'art. 94, comma 1, della Legge fondamentale tedesca prevede infatti che i sedici giudici del *Bundesverfassungsgericht* siano eletti per metà dal *Bundestag* e per l'altra metà dal *Bundesrat*, l'organo federale nel quale gli esecutivi dei *Länder* partecipano all'esercizio della funzione legislativa a livello federale. Inoltre, la legge (ordinaria) sul *Bundesverfassungsgericht* (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*) stabilisce che l'elezione avvenga a maggioranza dei due terzi. Su queste regole si è innestata una prassi politica di natura consensuale, che vuole che i giudici siano eletti tenendo conto dei rapporti di forza tra i partiti. La cooperazione fra i due storici partiti di massa – l'Unione cristiano-democratica (CDU), con l'Unione cristiano-sociale bavarese (CSU), e il Partito socialdemocratico di Germania (SPD) – ha contribuito ad assicurare un certo equilibrio nella composizione della Corte – non solo politico, ma anche confessionale, territoriale e da ultimo di genere – e, in ultima analisi, ha confermato l'adeguatezza di questo sistema di selezione dei giudici³⁰.

Considerazioni analoghe valgono per l'Austria, anche dopo che la riforma costituzionale del 1929 attribuì al Governo federale il potere di proporre al Presidente federale la nomina di ben otto dei quattordici giudici della Corte. Le grandi coalizioni fra cattolici (ÖVP) e socialdemocratici (SPÖ) che col loro stile consensuale hanno caratterizzato buona parte della storia politica dell'Austria postbellica³¹ hanno finito col disinnescare il potenziale “maggioritario” insito nella riforma del 1929, che mirava dichiaratamente ad avvicinare la Corte costituzionale alla maggioranza di allora.

²⁹ V. Ferreres Comella, *The European model of constitutional review of legislation*, cit., 469.

³⁰ Cfr. . Schönberger, *Anmerkungen zu Karlsruhe*, in M. Jestaedt, O. Lepsius, C. Möllers, C. Schönberger, *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin, Suhrkamp, 2011, 19.

³⁰ See Schönberger, 2011, p. 19

³¹ Sul punto v. U. Haider-Quercia, *La forma di governo della Grande coalizione. Il modello austriaco tra incompletezza e trasformazione*, Milano, Wolters Kluwer Cedam, 2019.

Come si vede, perciò, un importante elemento di riequilibrio può derivare dal fatto che i giudici siano eletti da entrambe le assemblee di un parlamento bicamerale. Da questo punto di vista, la seconda Camera può svolgere un'importante funzione di riequilibrio. Come si è visto nel paragrafo precedente, sebbene il Parlamento polacco sia bicamerale, i giudici del Tribunale costituzionale sono eletti dal solo *Sejm*. Non meno importante è l'ampiezza delle maggioranze richieste per l'elezione dei giudici, che risultano tanto più significative in contesti caratterizzati dal deciso predominio di formule elettorali proporzionali. Si può dire, insomma, che il caso tedesco si sia caratterizzato, almeno fino a oggi, per una virtuosa interazione fra regole e prassi politiche.

5. Modelli ibridi

Altre corti costituzionali riconducibili al modello europeo, pur riconducibili al prototipo austriaco (e kelseniano), presentano però una struttura più complessa. Il potere di designare i giudici costituzionali è ripartito fra più organi costituzionali, ciascuno dei quali agisce indipendentemente dagli altri. Qual è la *ratio* di sistemi di questo tipo? In continuità con quanto si è detto nei paragrafi precedenti, si può dire che in questo caso i costituenti abbiano operato per ridurre i rischi derivanti da un'eccessiva concentrazione di potere – fra cui, evidentemente, il potere di nomina dei giudici – in capo a un partito o a un gruppo politico. Corti costituzionali i cui membri sono designati sulla base di un modello ibrido riducono i rischi di “cattura” da parte della maggioranza del momento. Un'altra possibile chiave interpretativa, che non pare radicalmente alternativa a quella ora segnalata, fa leva sul carattere pluralistico di questo metodo di selezione, nel quale sono coinvolte diversi organi costituzionali: è così possibile rispecchiare in maniera più fedele il pluralismo intrinseco delle democrazie costituzionali contemporanee³².

La composizione della Corte costituzionale italiana offre un'importante esemplificazione di questo modello che si è definito ibrido. La dottrina costituzionalistica italiana ha affermato in più occasioni che la partecipazione di più organi – il Parlamento in seduta comune, il Presidente della Repubblica e le supreme magistrature ordinaria e amministrative – alla nomina dei giudici costituzionali è un portato non tanto della separazione dei poteri, quanto della peculiare natura del controllo di costituzionalità delle leggi³³. La *ratio* che informa di sé l'art. 135 della Costituzione repubblicana può essere rintracciata nel tentativo di combinare competenze giuridiche ed *expertise*

³² Così F. Palermo, *Spunti per una futura ricerca su giustizia costituzionale ed equilibri istituzionali*, in R. Toniatti, M. Magrassi (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Padova, Cedam, 2011, 316 ss.

³³ Cfr. ad es. M. Calamo Specchia, L. Fabiano, *Le corti costituzionali: composizione, indipendenza e legittimazione*, in R. Toniatti M. Magrassi (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali*, cit., 278.

politica, evitando una separazione troppo rigida fra ragione giuridica e volontà politica³⁴. Non meno importante è il ruolo equilibratore del Presidente della Repubblica, capo dello Stato e rappresentante dell'unità nazionale: nominando cinque dei quindici giudici della Corte, il Presidente può incidere sugli equilibri interni alla composizione della Corte, in termini tanto di orientamenti politico-culturali quanto di esperienze professionali (magistrati di professione, professori universitari, avvocati, giuristi con una rilevante esperienza politica e così via). Diversamente da quanto accade in Germania, poi, il Presidente della Corte è eletto dai giudici stessi.

Non è troppo dissimile, almeno a prima vista, l'esperienza del *Tribunal Constitucional* spagnolo. Il potere di proporre al Re la nomina dei giudici costituzionali è ripartito fra le *Cortes* – con quattro giudici designati dal Congresso dei deputati e altri quattro dal Senato –, il Governo e il *Consejo General del Poder Judicial*. In queste regole si riflette la complessità della *Transición* costituzionale postfranchista. Si possono citare, in primo luogo, le diffidenze nei confronti della magistratura spagnola, troppo compromessa col passato regime agli occhi del Costituente del 1978³⁵. In secondo luogo, il *Tribunal Constitucional* è previsto da una Costituzione che ha posto le basi del processo di edificazione dell'*Estado autonómico*: per questa ragione quattro dei dodici giudici sono proposti dal Senato, che la Costituzione definisce «Camera di rappresentanza territoriale» (art. 69, comma 1). Il *Tribunal Constitucional* viene rinnovato per un terzo ogni tre anni: questa circostanza, unita alle maggioranze elevate richieste – dalla Costituzione per il Congresso dei deputati e per il Senato, dalla legge organica per il *Consejo General del Poder Judicial* – per la designazione dei giudici³⁶, dovrebbe ridurre i rischi di “cattura” dell'organo da parte della maggioranza politica³⁷. Il modello spagnolo si presta ad almeno due critiche. La prima è legata alla significativa trasformazione cui è andato incontro, già negli anni Ottanta del secolo scorso, il *Consejo General del Poder Judicial*, i cui componenti sono tutti designati dalle *Cortes*. Dal punto di vista della composizione del *Tribunal Constitucional*, questo dà indubbiamente luogo a un più forte controllo politico sulla selezione dei giudici costituzionali. Sebbene il compito di eleggere il Presidente e il Vicepresidente del *Tribunal Constitucional* sia attribuito ai giudici, questi sono spesso accusati di limitarsi a ratificare accordi

³⁴ V., per tutti, C. Mortati, *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità* (1949), ora in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, Giuffrè, 1972, 683 s.

³⁵ Cfr. F. Biagi, *Corti costituzionali e transizioni democratiche. Tre generazioni a confronto*, Bologna, il Mulino, 2016, 151 ss.

³⁶ Il tentativo di modificare la legge organica sul *Tribunal Constitucional* da parte della maggioranza di sinistra mirava proprio a ridurre le maggioranze richieste per la designazione di due giudici costituzionali da parte del *Consejo General del Poder Judicial*, così compromettendo, secondo i critici, il carattere consensuale del procedimento di nomina.

³⁷ Si vedano V. Ferreres Comella, *The Spanish Constitutional Court: Time for Reforms*, in *Journal of Comparative Law*, n. 2/2008, 23 s.; A. Torres del Moral, *El Tribunal Constitucional español en negativo: cuestiones disputadas, inéditas, irresueltas y de lege ferenda*, in E. Ferrer Mac-Gregor, A. Zaldívar Lelo de Larrea (a cura di), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, México, UNAM-Marcial Pons-IMDPC, 2008, 600 s.

preesistenti fra i due partiti maggiori o addirittura i *desiderata* del Governo in carica. La seconda critica ha a che fare con la relativa vaghezza – per lo meno all’esito di un confronto con l’esperienza italiana che tenga conto delle norme e della prassi successiva – delle disposizioni relative ai requisiti per la nomina a giudice costituzionale. L’art. 159, comma 2, della Costituzione del 1978 fa infatti riferimento a «giudici e magistrati del pubblico ministero, professori universitari, funzionari pubblici e avvocati, tutti giuristi di provata competenza e con almeno quindici anni di esercizio della professione».

Diverso e più problematico è il caso del *Conseil constitutionnel* francese, che si presenta come un *outlier* nel panorama comparato degli organi di giustizia costituzionale. Il potere di nomina dei nove membri del *Conseil* – che non sono definiti giudici – è ripartito fra il Presidente della Repubblica, il Presidente dell’Assemblea nazionale e il Presidente del Senato³⁸. In virtù del c.d. *fait majoritaire*, propiziato dall’applicazione di un sistema elettorale maggioritario, il Presidente della Repubblica ha contato assai spesso sul sostegno di un’ampia maggioranza in seno all’Assemblea nazionale. Per questa ragione, la presenza di figure vicine all’opposizione fra i membri del *Conseil* è stata talora soprattutto il frutto di uno scrupolo del Presidente della Repubblica. Ancora più problematica risulta l’assenza di requisiti per la nomina a membro del *Conseil*, come dimostra la nomina da parte del Presidente Macron, nel 2022, di un ministro del Governo Castex, Jacqueline Gourault, insegnante di storia e filosofia nei licei. La partecipazione al procedimento delle *Commissions des lois* dell’Assemblea nazionale e del Senato, prevista da una modifica dell’art. 13 della Costituzione del 1958 approvata nel 2008³⁹, non sembra avere apportato miglioramenti significativi⁴⁰.

6. Osservazioni conclusive

La crisi della democrazia rappresentativa, in Europa e nell’Occidente, ha implicazioni significative rispetto alla selezione dei giudici costituzionali. Ne sono lambite – talora investite in

³⁸ Bisogna tenere conto, inoltre, della (discussa) previsione del secondo comma dell’art. 56 della Costituzione della Quinta Repubblica francese, stando al quale «gli ex Presidenti della Repubblica fanno parte di diritto e a vita del *Conseil constitutionnel*».

³⁹ Sulla base del combinato disposto degli artt. 13 e 56 della Costituzione, il potere di nominare i nove membri del *Conseil constitutionnel* può essere esercitato previo parere pubblico delle *Commissions des lois* dell’Assemblea nazionale e del Senato. Se sul soggetto nominato si pronunciano negativamente almeno i tre quinti dei membri delle commissioni, non si può procedere alla nomina. Per le nomine effettuate dal Presidente dell’Assemblea nazionale e dal Presidente del Senato è consultata soltanto la *Commission des lois* del ramo del Parlamento interessato.

⁴⁰ V. ad es. la critica di T. Hochmann, *Les carpes du Luxembourg. A propos du Sénat et du Conseil constitutionnel*, in *JP Blog*, 2 novembre 2017, <http://blog.juspoliticum.com/2017/11/02/les-carpes-du-luxembourg-a-propos-du-senat-et-du-conseil-constitutionnel-par-thomas-hochmann/>; e, più di recente, P. Wachsmann, *Le cru 2022 des nominations au Conseil constitutionnel: en dessous du médiocre*, in *JP Blog*, 23 febbraio 2022, <https://blog.juspoliticum.com/2022/02/23/le-cru-2022-des-nominations-au-conseil-constitutionnel-en-dessous-du-mediocre-par-patrick-wachsmann/>.

pieno – alcune delle caratteristiche fondative del modello europeo di giustizia costituzionale. Come si è detto in precedenza, fin dall’inizio c’è stato un legame genetico fra l’elaborazione kelseniana e la democrazia parlamentare, venuta a maturazione in un momento in cui le carte costituzionali erano chiamate a fare i conti col pluralismo della società di massa. È un legame che è risultato confermato e addirittura rafforzato – pur con molte differenze fra gli ordinamenti presi in esame – dall’evoluzione successiva.

Al di là della presenza di una matrice comune – quella austriaca del 1920 – i casi evocati in questo scritto presentano diverse significative differenze. Contano le culture politiche, in particolare lo sviluppo di prassi di natura consensuale-consociativa. Contano anche altri aspetti della disciplina delle corti costituzionali, ad esempio la possibilità di ammettere opinioni dissenzienti. Ciò che si può affermare è che la concentrazione del potere di nomina in capo a un solo organo, magari con *quorum* non particolarmente esigenti, favorisca la “cattura” dell’organo di giustizia costituzionale, anche in tempi brevi. Naturalmente, l’adeguatezza delle maggioranze richieste si misura tenendo conto delle caratteristiche della legislazione elettorale: è il caso dell’Ungheria, dove la legge elettorale, storicamente di tipo misto, è stata arricchita da previsioni che avvantaggiano direttamente il partito più forte⁴¹.

Nel complesso, pare corretto affermare che modelli “ibridi”, come quello italiano, presentano diverse caratteristiche positive. Sebbene non vadano esenti da obiezioni o dal rischio della paralisi – come mostrano, nel caso italiano, i frequenti, gravi ritardi del Parlamento in seduta comune nel nominare i cinque giudici di sua spettanza, col rischio non peregrino di una paralisi della Corte⁴² –, ci sono almeno due tratti distintivi che fanno presumere che modelli ibridi possano reagire meglio di fronte a possibili involuzioni. Per un verso, la composizione degli organi di giustizia costituzionale dovrebbe tenere conto, almeno in certa misura, del crescente pluralismo delle società europee; nella sua configurazione odierna la rappresentanza politica non sempre pare in grado di abbracciare le manifestazioni del pluralismo sociale e politico. Di qui, appunto, l’opportunità di congegnare procedimenti di selezione dei giudici in cui non siano coinvolte soltanto le assemblee parlamentari. Per altro verso, le corti costituzionali operano ormai in una complessa trama di interazioni, di natura formale o informale, che le vedono misurarsi col legislativo e l’esecutivo, con l’opinione pubblica e con le altre corti, nazionali, internazionali e sovranazionali⁴³. L’ex Presidente della Corte

⁴¹ Sul punto si rinvia, volendo, a G. DelleDonne, *Constitutional courts dealing with electoral laws: comparative remarks on Italy and Hungary*, in *DPCE online*, n. 2/2019, 1558 s.

⁴² Stando all’art. 16, secondo comma, della legge n. 87/1953, la Corte costituzionale «funziona con l’intervento di almeno undici giudici». Sul punto – e sui possibili rimedi – v. U. Adamo, *L’elezione dei giudici costituzionali fra ritardi parlamentari e possibili rimedi*, in *Giur. cost.*, 2017, 1429 ss.

⁴³ È l’ipotesi, proposta da J. Isensee, dei tre campi di tensione della giustizia costituzionale (*Spannungsfelder der Verfassungsgerichtsbarkeit*): si veda J. Isensee, *Bundesverfassungsgericht – quo vadis?*, in *JuristenZeitung*, 1996, 1087.

costituzionale Marta Cartabia in più occasioni ha sottolineato l'importanza della dimensione relazionale nella disciplina della Corte italiana:

relationality is imprinted into the very structure of the Court. Let us consider the composition and fabric of the Court. Of its 15 judges, five are elected by the Parliament, five are appointed by the President of the Republic and five are elected by the other branches of the judiciary ... Therefore, all the other branches of the State have a say in the appointment of the Constitutional Court's 15 members. Although the members of the Court are fully independent and do not answer to their 'constituencies', they proceed from different bodies. This fact matters.⁴⁴

Da questo punto di vista – e in continuità con quanto si è osservato nel par. 3 – c'è continuità tra le funzioni svolte dalle corti costituzionali e le regole riguardanti la selezione dei loro membri. Regole che prevengono o ritardano la “cattura” di un organo di giustizia costituzionale hanno naturalmente ripercussioni sul modo in cui lo stesso organo interpreta il suo ruolo anche *in tempi ordinari*.

⁴⁴ M. Cartabia, *Of Bridges and Walls: the “Italian Style” of Constitutional Adjudication*, in *The Italian Journal of Public Law*, n. 1/2016, 45.,