

Nomine, rapporti con i poteri politici e legittimazione delle Corti costituzionali: esperienze di *Civil Law*

di Sabrina Ragone

Abstract: *Appointments, relations with political powers and legitimation of constitutional courts: civil law cases* - The article provides a comparative assessment of elections and appointments of Constitutional Courts belonging to Civil Law jurisdictions, namely, Austria, Belgium, Germany, Italy, Portugal, and Spain. It elaborates an original taxonomy of the different mechanisms and focuses on specific “minor” elements that shall not be underestimated, such as *prorogatio*, selection of the chief justice, or control of the requirements. It examines from a comparative perspective the major issues related to the parliamentary election of justices (delays and political partitions), election by the judiciary, cooptation, and presidential appointment. Adopting such bottom-up approach, it addresses whether praxis counts more than formal rules.

Keywords: Appointments of constitutional courts; Civil law; Legitimacy; Politicization; Taxonomy.

1. Inquadramento

La prima questione definitoria da affrontare riguarda la connotazione dei sistemi di giustizia costituzionale in rapporto alla tradizione di *Civil Law*, categoria assai ampia che comprende (rebbe), specie in prospettiva diacronica, ordinamenti di quattro continenti e forme di Stato diverse, tra cui autocratie e dittature, oltre ai regimi illiberali che ultimamente, soprattutto in Europa, stanno destando interesse in questa prospettiva. A molte di queste esperienze sono dedicate le altre riflessioni di questo numero della Rivista¹. Nel mio contributo, pertanto, le osservazioni saranno circoscritte a ordinamenti dell'Europa continentale caratterizzati da democrazie consolidate.

Una prima questione legata all'appartenenza alla *Civil Law* potrebbe risiedere nella concezione del potere giudiziario e nel valore delle sentenze all'interno del sistema delle fonti del diritto. Anche questo criterio, però, sembra scontrarsi con l'analisi comparativa applicata ai tribunali costituzionali per diverse ragioni: a) da un punto di vista formale, spesso la giurisdizione costituzionale non è inclusa nella disciplina del potere giudiziario, collocandosi invece in una sezione autonoma delle carte

¹ Cfr. A. Di Gregorio, *Tra vulnerabilità politica e possibilità di “cattura”: la selezione dei giudici costituzionali nelle esperienze dell'Europa centrale ed orientale* e L. Mezzetti, *La dialettica tra organi di giustizia costituzionale e poteri politici: le esperienze latinoamericane*.

fondamentali o in una dedicata alle garanzie costituzionali, denotandosi così la sua diversa natura (non è così, ad es., per la Germania²); b) da un punto di vista sostanziale, le giurisdizioni costituzionali svolgono ruoli simili o almeno comparabili indipendentemente dalla tradizione giuridica a cui si ascrive l'ordinamento interessato; c) la convergenza tra sistemi di *Civil Law* e *Common Law* – da più parti evidenziata – in termini di ruolo del potere giudiziario e valore del principio dello *stare decisis* non pare automaticamente trasferibile alla giurisprudenza costituzionale³. Se si cerca, poi, di far corrispondere l'area di *Civil Law* con l'influenza del modello kelseniano di giustizia costituzionale, ci si scontra, data l'ampiezza geografica di tale tradizione giuridica, con la presenza di modelli misti di controllo di costituzionalità, sebbene l'elemento dell'elezione parlamentare sia un *fil rouge* dei meccanismi di nomina⁴.

Con specifico riferimento alla designazione dei giudici costituzionali, la dottrina ha tentato di individuare possibili *bias* dei sistemi di *Civil Law* rispetto a requisiti e procedure di nomina: in tale prospettiva, le nomine di *Common Law* tenderebbero a valorizzare la sussistenza di requisiti di professionalità tecnica, mentre quelle continentali parrebbero costituire l'esito di un processo assimilabile a quelli democratici⁵. Se è vero che la nomina parlamentare rappresenta, almeno per una parte dei giudici, la norma, le Costituzioni attuali prestano grande attenzione anche ai requisiti e ad altri aspetti procedurali, non permettendo di accogliere questa dicotomia nella presente analisi. Altrettanto vero è che molti ordinamenti di *Common Law* lasciano alla discrezionalità politica la selezione dei giudici (basti pensare alla nomina presidenziale dei giudici federali negli USA).

Al di là della dicotomia *Civil Law/ Common Law*, resta sullo sfondo una questione essenziale – o esistenziale – della giustizia (costituzionale), vale a dire la natura stessa dell'atto interpretativo. La teoria dell'interpretazione, infatti, presenta caratteri peculiari per quanto concerne l'esegesi costituzionale. Diverse possono essere le opzioni "ideologiche" di riferimento, dall'"interpretativismo", che esclude l'impiego di fonti extra-

² Cfr. l'art. 92 del *Grundgesetz*.

³ Forse la tricotomia individuata da U. Mattei, *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, in 45(1) *Am. J. Compar. L.* 5 (1997), potrebbe offrire strumenti interessanti per capire la prevalenza della *rule of professional law, political law*, o *traditional law* nel contesto delle giurisdizioni costituzionali comparate (sebbene, come noto, sia pensata per il diritto privato). Sul ruolo costruttivo del diritto giurisprudenziale, cfr. le riflessioni di A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja Branca* (a cura di Francesco Galgano). *Disposizioni sulla legge in generale art. 1-9*, Bologna-Roma, II ed., 2011. Nemmeno la dicotomia *legal constitutionalism/political constitutionalism* sembra rispondere alle questioni qui poste, anche alla luce dei dibattiti circa la sua tenuta. Cfr. A. Latham-Gambi, *Political Constitutionalism and Legal Constitutionalism—an Imaginary Opposition?*, in 40(4) *Oxford J. Legal Stud.* 737 (2020) e L. Papadopoulou, "Political" or "Legal" Constitution? Beyond the Dichotomy, in J. Cremades, C. Hermida (Eds), *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*, Cham, 2021.

⁴ Cfr. M. Caielli, E. Palici Di Suni, *La giustizia costituzionale nelle democrazie contemporanee*, Padova, 2017, 19 ss.

⁵ J. Luther, *La composizione dei Tribunali costituzionali e le autonomie territoriali: esperienze straniere*, in A. Anzon, G. Azzariti, M. Luciani (cur.), *La composizione della Corte costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere*, Torino, 2004, 68.

costituzionali⁶, al suo contrario, che apre a interpretazioni al di fuori della lettera, tenuto conto di valori sovra o extra-costituzionali⁷; dall'attivismo al *self-restraint*. Particolarmente calzante in questo contesto risulta la distinzione tra la concezione dell'interpretazione come atto di conoscenza, quindi circoscritto nelle categorie di verità/falsità, e come atto di volizione, che quindi ne riconosce la natura intrinsecamente discrezionale. Quest'ultimo punto si collega alla *politicalità* della giurisdizione costituzionale, che, come è stato osservato⁸, la dottrina è solita escludere nelle elaborazioni dello Stato costituzionale⁹. Persino nelle costruzioni kelseniane, tuttavia, la questione risiedeva nella quantità di *politicalità* rispetto alla legislazione¹⁰, senza che si escludessero *in toto* i tratti politici della giurisdizione costituzionale¹¹.

È, quindi, la connotazione "maggioritaria-contingente" (e non la politica *tout court*)¹² quella che le disposizioni sugli organi di giustizia costituzionale mirano a prevenire. In particolare, accorgimenti di *constitutional design* vengono adottati per evitare che l'interpretazione costituzionale sia demandata alle maggioranze contingenti, per raggiungere una «composizione disidentificata dalla maggioranza di governo»¹³.

In questo senso, la giurisdizione costituzionale dovrebbe collocarsi al di fuori dell'agone politico, caratterizzato da un elevato tasso di "competizione" tra i vari attori (siano essi forze parlamentari, Governo, partiti politici o altri soggetti che partecipano al confronto elettorale), comunque mantenendo un'anima "politica" come «custode del *pactum societatis*, garanzia delle condizioni d'insieme minime della vita collettiva»¹⁴.

⁶ J.C. Bayón, *La interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana*, in *Rev. Cortes Generales*, 4, 1985, 137 ss. Sarebbero accettabili, quindi, solo le interpretazioni che rientrano «within the four corners of the document»: J. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.), 1980, 1.

⁷ Tra gli altri, cfr. F.J. Díaz Revorio, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, 2018, 213 ss.; Id., *La "constitución abierta" y su interpretación*, Lima, 2004, 160 ss.

⁸ Da ultimo, cfr. L. Pegoraro, "Politico" e "giurisdizionale" a cento anni dal *Verfassungsgerichtshof*, in *DPCE*, 4, 2020, 904. Di "forza politica" parlava già T. Martines, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano, 1957, ora in Id., *Opere*, Milano, 2000, 206 ss.

⁹ Cfr. tuttavia la teorizzazione dell'"indirizzo politico costituzionale", di cui sarebbe titolare la Corte italiana, da parte di P. Barile, *La Corte Costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche*, in *Giur. cost.*, 3/4, 1957, 908 ss.

¹⁰ In teoria, distinguere le due funzioni è intuitivo, ma meno lo è nella pratica. Cfr. G. Pavani, *El poder judicial*, in L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemas constitucionales*, Buenos Aires, 2018, 224 ss.

¹¹ H. Kelsen, *Zur Theorie der Interpretation*, in *Zeitschrift für Theorie des Rechts*, 8, 1934, 9 ss.

¹² Per quanto sia possibile identificarla. Cfr. M. Kumm, *What exactly is political about constitutional adjudication?*, in C. Landfried (Ed.), *Judicial Power: How Constitutional Courts Affect Political Transformations*, Cambridge, 2019, 307 ss.

¹³ R. Toniatti, *La giurisdizione costituzionale nel quadro degli equilibri istituzionali: il rilievo dei profili strutturali*, in M. Calamo Specchia (cur.), *Le Corti costituzionali. Composizione, indipendenza, legittimazione*, Torino, 2011, 412.

¹⁴ G. Zagrebelsky, *La Corte in-politica*, in *Quad. cost.*, 2, 2005, 277. Del rapporto con la società scriveva espressamente anche L. Favoreu, *Cours suprêmes et cours constitutionnelles*, in L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Parigi, 2004, 279. V. anche G. Zagrebelsky, *Diritto processuale costituzionale?*, in AA.VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo*

Gli indirizzi di una Corte sarebbero (*rectius* dovrebbero essere) quindi solo identificabili «in senso retrospettivo, come bilancio a posteriori di un operato che non ubbidisce a disegni prefigurati»¹⁵, diversamente dall'indirizzo politico governativo o dai programmi delle maggioranze parlamentari¹⁶. In questa prospettiva, il vero “elefante nella stanza”, che non verrà affrontato in questa sede, data l'impostazione del lavoro, ma che determina, in buona misura, la politicizzazione della giurisdizione è, senz'altro, la sostanza dei casi su cui le Corti decidono, che le porta a esercitare le loro tre funzioni politiche principali: *law-makers* (non necessariamente negativi)¹⁷, arbitri dei valori morali e stabilizzatori del sistema politico¹⁸. Secondo J. Ferejohn, l'intervento politico delle giurisdizioni può essere così ulteriormente schematizzato: limitazione del potere legislativo; definizione dei contenuti e dell'attuazione di specifiche politiche pubbliche; regolazione dell'attività politica, soprattutto attraverso il controllo elettorale¹⁹. E sicuramente questo intervento è potenziato quando lo realizza una Corte costituzionale o quando si affianca a strumenti ulteriori, quali il *recurso de amparo parlamentario* che, nel caso spagnolo, sta acquisendo rilevanza nelle dinamiche della forma di governo.

2. Nomine e legittimazione delle Corti costituzionali. Un presupposto e alcuni casi rilevanti

Il rapporto tra nomine, composizione e *status* dei giudici costituzionali, è stato detto, rappresenta un argomento di taglio solo apparentemente micro-comparativo, visto che le nomine incidono sul ruolo sistemico delle Corti costituzionali riverberandosi sulla loro indipendenza²⁰ e condizionando la

costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989, Milano, 1990, 118. Cfr. altresì C. Mezzanotte, Processo costituzionale e forma di governo, ivi, 65 ss.; G. Bognetti, La Corte costituzionale tra procedura e politica, ivi, 232. Il problema è comune ad altri ordinamenti costituzionali: v. per la Spagna già J. Salas, Il Tribunale costituzionale spagnolo e la sua competenza in riferimento alla forma di governo. I suoi rapporti con i poteri legislativo, esecutivo e giudiziario, in Quad. cost., 1982, 621 ss.

¹⁵ G. Zagrebelsky, *La Corte in-politica*, cit., 280.

¹⁶ «Per questo, al di là del modello formale, la legittimazione dell'organo di giustizia costituzionale – se non può scaturire da una investitura popolare che la stessa natura neutrale del controllo esclude – nasce pur sempre dalla specifica “dotazione” non solo “tecnica” ma anche “culturale” che l'organo stesso è in grado di esprimere in un rapporto diretto con la storia sociale del proprio paese». Cfr. E. Cheli, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4, 2019, 777.

¹⁷ G. Tusseau, *Les juges constitutionnels comme autorités normatives: éléments d'une taxonomie des sentences constitutionnelles*, in G. Grandjean, J. Wildemeersch (Eds), *Les juges: décideurs politiques? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, 2016, 169 ss.

¹⁸ Cfr. la ricostruzione di G. Grandjean, *Pouvoir politique et audace des juges. Approche européenne et comparée*, Bruxelles, 2018.

¹⁹ J. Ferejohn, *Judicializing Politics, Politicizing Law*, in 65(3) *L. and Contemp. Probs.* 41 (2002).

²⁰ M. Calamo Specchia, *Introduzione. La legittimazione delle Corti costituzionali tra modalità di composizione e principio di indipendenza*, in Ead. (cur.), *Le Corti costituzionali*.

legittimità della giustizia costituzionale. Nelle parole di Louis Favoreu, «la composition des juridictions constitutionnelles conditionne la légitimité de la justice constitutionnelle», per cui «la recherche de la légitimité impose un certain type de composition»²¹. Anche la legittimazione delle singole Corti viene favorita o diminuita in base alle modalità di selezione dei giudici.

La questione si colloca, infatti, all'interno della triade concettuale (e consequenziale) formata da composizione/indipendenza/legittimazione²², che sta alla base della *ratio* dei meccanismi di nomina dei giudici, pur secondo sistemi diversi. Al contempo, l'elezione o la nomina incidono sui rapporti con gli altri poteri (insieme con elementi, quali, *in primis*, la durata del mandato)²³.

La previsione di specifiche modalità di nomina e quella dei requisiti, di cui si dirà con riferimento particolare ai casi selezionati e classificati in base a una quadripartizione concettuale (Austria, Belgio, Germania, Italia, Portogallo e Spagna), presentano obiettivi comuni che possono essere riassunti secondo tre direttrici: l'indipendenza dei giudici e del collegio nel suo complesso, l'adeguata preparazione dei membri e l'assenza di legami troppo forti con gli organi che li designano²⁴. In una recente analisi sulle nomine dei giudici, le relative norme sono state riportate a due ordini di obiettivi, connotati da altrettanti livelli di astrazione: in prima istanza, tali norme fanno riferimento a *expertise*, esperienza, pluralismo e distanza dai decisori prettamente politici; in seconda istanza, a principi ancor più generali, quali quelli di stato di diritto, legittimità democratica e separazione dei poteri²⁵.

Naturalmente, non è solo la procedura di nomina a incidere sul prestigio delle Corti, come dimostrano i dibattiti recenti e meno recenti sul

cit., X. Sul punto, cfr. anche M. Calamo Specchia, L. Fabiano, *Le Corti costituzionali. Composizione, indipendenza, legittimazione*, in R. Toniatti (cur.), *Magistratura, giurisdizioni ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Trento, 2011, 245. Questo aspetto, comunque, non risulta indispensabile per la classificazione in modelli, come dimostrato dall'ampia ricostruzione critica contenuta in S. Bagni, M. Nicolini, *Giustizia costituzionale comparata*, Padova, 2021. Era presente nella disamina di L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Torino, 2015, 113 ss., che definiva questo aspetto come il più tradizionale nelle analisi comparatistiche, accanto alla dicotomia concentrato/diffuso. È analizzato anche in G. Tusseau, *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Paris, 2021, 459 ss.

²¹ L. Favoreu, *La légitimité du juge constitutionnel*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1994, 571.

²² Sulla Corte italiana, P. Passaglia, *La disciplina della composizione come primo cardine dell'indipendenza e della legittimazione dell'organo: il caso della Corte costituzionale italiana*, in M. Calamo Specchia (cur.), *Le Corti costituzionali*, cit., 205.

²³ Cfr. F. Palermo, M. Nicolini, *Courts and the Legislator: Tensions and Influences in Norway in a Comparative Perspective*, in G.F. Ferrari (Ed.), *Two Centuries of Norwegian Constitution: Between Tradition and Innovation*, The Hague, 2015, 123.

²⁴ P. Passaglia, *La disciplina*, cit., 203, riguardo all'Italia, ma applicabile in maggiore o minore misura a tutte le esperienze considerate.

²⁵ C. Grabenwarter, *Judicial Appointments in Comparative Perspective*, in A. von Bogdandy, P. Huber, C. Grabenwarter (Eds), *The Max Planck Handbooks in European Public Law: Volume IV: Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges*, Oxford, 2023, 117 ss.

tema della politicizzazione, vertenti su aspetti diversi a seconda dell'ordinamento analizzato.

Senza entrare nel merito della maggiore ampiezza o limitazione delle attribuzioni delle Corti²⁶ (così come della loro disciplina specifica²⁷), oppure della possibilità di esprimere una *dissenting opinion*²⁸, diverse sono le questioni discusse di recente. In Spagna, da oltre un decennio ormai il dibattito verte principalmente sull'esposizione politica del Tribunale costituzionale (TC) alla luce dei temi affrontati e particolarmente della situazione catalana, dal momento che il Governo popolare guidato da Rajoy ha "giurisdizionalizzato" il conflitto portando al TC tutte le controversie riguardanti le norme approvate dalla *Generalitat*²⁹ (già in precedenza, la riforma dello statuto catalano era stata impugnata, tra gli altri, proprio dal gruppo parlamentare del *Partido Popular* che era all'opposizione nel 2006). In Portogallo, da più parti è stato contestato l'attivismo del Tribunale costituzionale nella giurisprudenza relativa alla crisi economica e a temi "sensibili", dinanzi ai quali lo stesso non si ritrae. In Germania, tutti gli snodi principali della storia tedesca hanno visto un intervento del *Bundesverfassungsgericht*³⁰, seppure con critiche puntuali a sentenze specifiche³¹. In Austria, la Corte ha svolto un ruolo attivo nella tutela dei diritti a partire dagli anni '80, nonché un'ulteriore funzione, discussa in dottrina, di guardiano del sistema parlamentare e garante della stabilità della

²⁶ A questo proposito, determinante negli equilibri politici risulta la possibilità di giudicare la costituzionalità delle revisioni costituzionali. Cfr. S. Ragone, *I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali. Profili teorici e comparativi*, Bologna, 2011; Y. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, Oxford, 2017, nonché l'importanza riconosciuta a tale funzione da S. Bagni, M. Nicolini, *Giustizia costituzionale comparata*, cit., 360 ss.

²⁷ In Spagna, ad esempio, la progressiva restrizione delle ipotesi di accesso al *recurso de amparo constitucional* ha avuto ripercussioni sull'immagine della giustizia costituzionale, «que parece más ocupada en las cuestiones con repercusión política que en la preservación del sistema de garantía de los derechos fundamentales», prestando il fianco agli strali di forze politiche come Vox. Cfr. I. Gómez Fernández, *Algunas claves sobre las crisis contemporáneas del Tribunal Constitucional*, in *Nuove Autonomie*, 1, 2023, 119.

²⁸ I casi analizzati nel testo presentano soluzioni diverse: l'opinione dissente non è consentita in Austria, Belgio e Italia, mentre è presente in Spagna e in Germania, dove il *Sondervotum* deve essere preannunciato in camera di consiglio e non è usato di frequente. Uno studio recente ne contesta, comunque, il valore fondamentale, almeno rispetto ai tribunali internazionali. Cfr. J. Dunoff, M. Pollack, *The Road Not Taken: Comparative International Judicial Dissent*, in 116(2) *Am. J. Int'l L.* 340 (2022).

²⁹ In realtà, negli ultimi quindici-venti anni, il TC è stato coinvolto in tutte le questioni critiche, dalla riforma del lavoro alle misure anti-crisi, fino alla legislazione approvata durante la pandemia. Cfr. I. Gómez Fernández, *Algunas claves*, cit., 125.

³⁰ Cfr. R. Miller, D.P. Kommers, *Das Bundesverfassungsgericht: Procedure, Practice and Policy of the German Federal Constitutional Court*, in 3(2) *J. Compar. L.* 194 (2009).

³¹ Ad es. negli anni '90 riguardo alla sentenza sul crocifisso nelle scuole bavaresi BVerfGE 93,1 (1995), poi alla legge sulla sicurezza aerea BVerfGE 115,118 (2006), o a tutta la giurisprudenza relativa all'integrazione europea fino alla sentenza del 5 maggio 2020 che ha sostanzialmente sfidato la Corte di Giustizia. Da qui le critiche di "aristocrazia giudiziaria": J. Woelk, *Il Tribunale costituzionale federale tedesco: "guardiano della Costituzione" e Corte dei diritti*, in M. Calamo Specchia (cur.), *Le Corti costituzionali*, cit., 20.

grande coalizione di governo³². Altro tema che si presta a dibattiti circa il rapporto con la politica è quello delle tecniche decisorie, dalla discrezionalità nella determinazione dell'ambito degli effetti delle sentenze di accoglimento o nel differimento nel tempo degli effetti delle pronunce³³, fino alla fissazione di una *deadline* per il legislatore (inaugurata con il caso Cappato, in Italia) e a tutti i “moniti, auspici e richiami” agli attori politici³⁴. In parallelo, la possibilità di determinare le norme processuali dei propri giudizi rappresenta un ulteriore potere essenziale³⁵.

In Italia, grande attenzione è stata dedicata alla “politicizzazione” della Corte costituzionale che avrebbe recentemente cercato di legittimarsi presso l'opinione pubblica anche per mezzo di “attività non funzionali” (come i viaggi nelle scuole e nelle carceri), nonché dell'apertura ai *media*, che porterebbero quasi a un'attività di propaganda³⁶. Secondo alcuni, il protagonismo della Corte è solo l'effetto – peraltro non voluto, ma subito – di un fenomeno più ampio, che vede tutti gli organi della giurisdizione espandersi a fronte di decisori politici – in senso proprio – sempre più deboli³⁷. Può trattarsi comunque di adattamenti della giustizia costituzionale ai tempi dei *social media* e della comunicazione non intermediata, da contestualizzare nel presente³⁸. L'ufficio stampa del Tribunale costituzionale

³² Cfr. U. Heider Quercia, *La forma di governo della grande coalizione: Il modello parlamentare austriaco tra incompletezza e trasformazione*, Padova, 2019, 305 ss.

³³ Sull'Austria, E. D'Orlando, *La legittimazione del Verfassungsgerichtshof e le metamorfosi della giurisdizione costituzionale in Austria*, in M. Calamo Specchia (cur.), *Le Corti costituzionali*, cit., 49.

³⁴ Cfr. il volume del 2023 curato da R. Nevola, C. Giulia, A. Di Giorgio, *Il dialogo con il legislatore: moniti, auspici e richiami nella giurisprudenza costituzionale dell'anno 2022*. Dal 2018, il Servizio Studi della Corte costituzionale predispone annualmente un fascicolo ove compendia le decisioni attraverso cui la Corte si rivolge al legislatore affinché questi intervenga a disciplinare una situazione venuta al suo esame da cui emergono profili di incostituzionalità, o talvolta di inopportunità costituzionale, che per essere risolta necessita di un esercizio della discrezionalità legislativa.

³⁵ Nel loro complesso, le norme porterebbero a «sconfinate praterie» che consentono la sostituzione dei giudici al legislatore, secondo L. Pegoraro, “Politico” e “giurisdizionale” a cento anni, cit., 905.

³⁶ A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, 251 ss. Sull'acquisita dimensione mediatica della Corte, cfr. il recente volume di L. Rullo, *La politica a Corte. L'espansione della Corte costituzionale nell'arena politica*, Napoli, 2022, specie 129 ss.

³⁷ R. Bin, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine a un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4, 2019, 775.

³⁸ E. Cheli, *Corte costituzionale e potere politico*, cit. In questa cornice si colloca la discussione suscitata dalla conferenza stampa del Presidente Giuliano Amato a febbraio 2021, relativa alla decisione sull'ammissibilità di alcuni quesiti referendari su argomenti piuttosto sensibili. Le discussioni emerse, anche sui *social network*, hanno dimostrato la presenza di due posizioni contrapposte: la prima stigmatizza questo approccio, criticando la tendenza della Corte ad accreditarsi presso l'opinione pubblica, così venendo sempre più a sovrapporsi all'attività politica in senso di “conflitto”, come definita da G. Zagrebelsky. Secondo altri (per tutti, R. Mannheimer, P. Pasquino, *Bravo Amato, la conferenza stampa sui referendum utile e necessaria*, in *Il Riformista*, 22 febbraio 2022), invece, questa apertura sarebbe sinonimo di trasparenza. La Corte costituzionale, come le altre istituzioni che incidono sulla vita delle persone, ha il dovere di motivare, ma anche di divulgare le ragioni delle sue pronunce, in modo comprensibile e il più possibile esteso (non quindi ai soli giuristi). Sul punto, cfr. S. Agosta, *Linguaggio della*

federale tedesco, d'altro canto, è stato istituito solo nel 1996 e pure il Tribunale costituzionale spagnolo è "onnipresente" sulla stampa, anche suo malgrado³⁹. La Corte austriaca, che in passato si era caratterizzata per un'estrema riservatezza, ha progressivamente aumentato il numero di comunicati stampa al fine di anticipare il contenuto delle pronunce; il suo Presidente viene intervistato assai spesso dai media⁴⁰.

Più di recente, in Spagna il dibattito si è spostato/è tornato sulla questione delle nomine (e delle proroghe) "politiche" o "politicamente convenienti" per le maggioranze contingenti⁴¹ (cfr. *infra*, § 4.1). Anche in Portogallo, l'ultimo processo di cooptazione ha destato interesse nell'opinione pubblica, peraltro a seguito di notizie trapelate alla stampa ma coperte da segreto (cfr. *infra*, § 4.4).

È sulle norme relative alle nomine che si centrerà l'attenzione, pur tenendo conto di quanto esse rappresentino solo una tessera di un ampio mosaico di fattori che incidono sulla legittimazione delle giurisdizioni costituzionali. L'impostazione del lavoro, infatti, focalizza l'attenzione principalmente sulla legittimazione iniziale e non sulla legittimazione in esercizio.

Nei paragrafi che seguono verrà analizzata la procedura di nomina, elezione o cooptazione dei giudici costituzionali nei sei casi di studio selezionati (§§ 3.1, 3.2, 3.3, 3.4), con speciale attenzione dedicata ad alcuni aspetti, normalmente considerati "minori", che le prassi o determinati scostamenti da esse hanno invece reso di interesse comparatistico (§ 3.5). La sezione successiva sarà dedicata ai problemi concreti emersi nell'applicazione delle norme relative alle nomine, a seconda del soggetto interessato (§§ 4.1, 4.2, 4.3, 4.4). Nella parte conclusiva (§ 5) si cercherà di rispondere a un interrogativo, adottando una prospettiva *bottom up*, partendo, cioè, dalle norme, dalle prassi e dai casi concreti esaminati e tenendo conto del contesto e della cultura politica, cioè quale sia il peso (reale) delle norme sulle nomine.

3. Nomine parlamentari accompagnate eventualmente da altri soggetti

Tutti i casi analizzati coinvolgono nella selezione dei giudici costituzionali *almeno* il relativo Parlamento⁴² (insieme con il Governo, il Capo dello Stato, la magistratura o il suo organo di vertice, fino alla cooptazione)⁴³, a

Corte costituzionale e consenso (a margine di una recente tendenza in tema di comunicazione con l'opinione pubblica), in *Rivista AIC*, 2, 2023; o R. Zaccaria, *Il linguaggio della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2023, 143 e 153-155.

³⁹ I. Gómez Fernández, *Algunas claves*, cit., 2.

⁴⁰ C. Fuchs, *Verfassungsgerichtsbarkeit und (Medien-)Öffentlichkeit*, in C. Grabenwarter, M. Holoubek, V. Madner e J. Pauser (Eds), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Zukunft – Zukunft der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Vienna, 2021, 101 ss.

⁴¹ Sul punto cfr. il volume di J.A. Estrada Marún, *La designación de los magistrados del Tribunal Constitucional en España. Una perspectiva orgánica y empírica*, Cizur Menor, 2017.

⁴² Inteso nella sua natura collegiale, diversamente dal sistema di nomina del *Conseil Constitutionnel* francese, che demanda tale funzione ai Presidenti delle Camere – pur coadiuvati dalle commissioni affari costituzionali –.

⁴³ G. Tusseau, *Contentieux constitutionnel comparé*, cit., 467, parla in proposito di «compétence partagée».

dimostrazione del fatto che i meccanismi di controllo e influenza *ex ante* sui giudici, tramite la loro selezione, sono comparativamente più diffusi di quelli *ex post*, da parte dei controllati⁴⁴.

I *cleavages* presenti nella selezione si snodano anche lungo altre direttrici, che comprendono la considerazione dell'organizzazione territoriale federale (chiarissimo il caso del Belgio, ma anche Austria e Germania⁴⁵ e, in misura ancora minore, la Spagna⁴⁶) o l'intenzione di rendere fortemente "mista" la nomina.

Le motivazioni alla base del coinvolgimento dei legislativi sono fondamentalmente tre: la necessità o almeno l'opportunità che la composizione di organi di rilevanza costituzionale (diversamente dal potere giudiziario *tout court*⁴⁷) sia avallata da una legittimazione democratica indiretta tramite l'elezione parlamentare; una manifestazione del potere di controllo delle Camere, che figura tra le attribuzioni classiche dei Parlamenti e che è sicuramente quella in ascesa nel corso degli ultimi decenni, rispetto al declino della funzione normativa e di quella di bilancio; un'estrinsicazione dell'indirizzo politico che condizionerebbe l'operato degli organi designati⁴⁸ (questa la più discutibile, proprio in termini di legittimazione sistemica delle Corti).

La designazione di giudici costituzionali da parte dei Parlamenti (ma non solo) in prospettiva legittimante si accompagna ad alcuni corollari, tra cui a) le maggioranze qualificate richieste⁴⁹; b) i requisiti professionali dei potenziali soggetti eleggibili; c) una durata del mandato diversa – più estesa – di quella delle legislature. Questi aspetti saranno analizzati con riferimento

⁴⁴ A. Stone Sweet, *Constitutional Courts and Parliamentary Democracies*, in 25 *W. Eur. Pol.* 77 (2002). Chiari sono i problemi che emergerebbero ed emergono da dinamiche successive all'operato della Corte: l'approvazione di leggi o addirittura revisioni costituzionali contrarie, per esempio, avrebbe un impatto politico e costituzionale molto maggiore.

⁴⁵ Sebbene in misura minore, come sottolineato anche da C. Grabenwarter, *Judicial Appointments in Comparative Perspective*, cit., 105, che riconosce il maggior peso degli accordi politici. Sul Belgio, già G. Grasso, *L'organizzazione e il funzionamento degli organi di giustizia costituzionale negli Stati federali a base nazionale (le esperienze del Belgio e della Svizzera)*, in P. Costanzo (cur.), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, 514 ss.

⁴⁶ Dove le logiche partitiche prevalgono, anche nelle nomine del Senato e anche dopo la riforma del 2007 (di cui si dirà) che ha conferito ai legislativi regionali la possibilità di proporre candidati: M. Carrillo, *El Tribunal Constitucional: un Balance de Cuarenta años*, in *Rev. der. pol.*, 101, 2018, 634.

⁴⁷ V. Ferreres Comella, *The European Model of Constitutional Review of Legislation: Toward Decentralization?*, in 2(3) *Int'l J. Const. L.* 469 (2004).

⁴⁸ A. Cuenca Miranda, *La intervención parlamentaria en la designación de cargos públicos*, in *Rev. Cortes Generales*, 113, 2022, 275 ss.

⁴⁹ A questo proposito, la logica pluralista del Parlamento sarebbe potenziata per rinnovare il consenso costituzionale. Cfr. F. Tomás y Valiente, *Discurso con ocasión de la renovación del Tribunal en 1989, 23 de febrero de 1989*, in VV.AA., *Tribunal Constitucional. Discursos de sus Presidentes (1980-2005)*, Madrid, 2006, 34. Come correttamente osservato da G. Tusseau, *Contentieux constitutionnel comparé*, cit., 476 ss., la previsione di per sé di una maggioranza qualificata non garantisce nomine non-maggioritarie, sia perché non tiene conto del sistema elettorale né del sistema di partiti, sia perché non considera il possibile effetto controintuitivo della polarizzazione nelle scelte dei "propri" giudici quando le nomine sono lottizzate.

alle esperienze prese in considerazione nel presente paragrafo, secondo una quadripartizione che tiene in considerazione il numero di poteri coinvolti nelle nomine⁵⁰: uno (Germania e Belgio, 3.1); due (Austria, 3.2 e Portogallo, 3.3); tre (Italia e Spagna, 3.4).

3.1 Elezione (solo) parlamentare

In Germania, il Tribunale costituzionale federale è composto da sedici membri, che operano normalmente in due “Senati” formati ciascuno da otto giudici (fino al 1963 erano dodici per *Senat*). I requisiti per l’elettorato passivo comprendono il compimento dei quarant’anni, la cittadinanza tedesca, l’eleggibilità al *Bundestag*, l’abilitazione alla magistratura o il ruolo di professore universitario in materie giuridiche. È stabilito che almeno tre dei componenti di ogni *Senat* provengano dai ranghi delle supreme magistrature federali e abbiano un’esperienza di almeno tre anni⁵¹. Il mandato dura 12 anni, ma comunque non può andare oltre i 68 anni di età.

L’elezione spetta per metà al *Bundestag* e per metà al *Bundesrat*⁵², a maggioranza dei 2/3. Nel *Bundestag*, fino al 2015, si occupava della nomina una commissione elettorale (*Richterwahlausschuss*), composta da dodici membri, eletti a scrutinio segreto, che riflettevano la maggioranza presente nella camera. Era necessario raggiungere la maggioranza di otto membri per la nomina dei giudici costituzionali e la procedura si svolgeva in maniera riservata e nel rispetto di logiche di lottizzazione⁵³. Diverse critiche mosse a tale procedura hanno portato alla riforma del *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*⁵⁴, sebbene il Tribunale stesso ne avesse confermato la costituzionalità⁵⁵. Il voto del *plenum* è segreto ed è richiesta,

⁵⁰ Tale classificazione diverge, ad esempio, da quella proposta rispetto alle sole corti europee da M. De Visser, *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis*, Oxford, 2014, 206 ss.

⁵¹ A. Farahat, *The German Federal Constitutional Court*, in A. von Bogdandy, P. Huber, C. Grabenwarter (Eds), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Volume III. Constitutional Adjudication: Institutions*, Oxford, 2020.

⁵² Sebbene normalmente il caso tedesco sia inserito tra quelli a nomina esclusivamente parlamentare, da notare il ruolo peculiare del *Bundesrat*: cfr. C. Grabenwarter, *Judicial Appointments in Comparative Perspective*, cit., 99: «In Germany, half are elected by the parliament (*Bundestag*) and the other half by the *Bundesrat*, which is also a legislative body but not a second chamber of parliament. Since the *Bundesrat* is made up of members of the *Länder* governments, its powers include government participation as well as a federalist component». Anche G. Tusseau, *Contentieux constitutionnel comparé*, cit., 479, come la presente classificazione, ascrive il sistema tedesco a quelli in cui un solo potere nomina i giudici.

⁵³ Diverse erano state le ipotesi di audizioni per compensare la mancanza di trasparenza della procedura: cfr. U.K. Preuß, *Die Wahl der Mitglieder des BVerfG als verfassungsrechtliches und politisches Problem*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 21, 1988, 394 ss.

⁵⁴ C. Landfried, *Die Wahl der Bundesverfassungsrichter und ihre Folgen für die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in R.C. van Ooyen, M.H.W. Möllers (Eds), *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Berlino, II ed., 2015, 371 ss.

⁵⁵ BVerfGE 130, 230 paras 9 ss.

come anticipato, la maggioranza dei 2/3 dei presenti a patto che rappresentino la maggioranza assoluta dei membri⁵⁶.

Il coinvolgimento diretto nella nomina solo del Parlamento non esclude in radice una qualche influenza indiretta degli altri poteri, come dimostrato dall'elettorato passivo attribuito per una quota dei giudici costituzionali alle altre magistrature. Per gli esecutivi dei *Länder*, la partecipazione passa attraverso il *Bundesrat*, che elegge la metà dei giudici, coerentemente con l'organizzazione federale.

Nel corso del tempo, in base a una convenzione risalente agli anni '70, CDU/CSU e SPD hanno nominato quattro giudici per ciascun *Senat*, con l'accordo che almeno uno di essi non provenisse da un partito⁵⁷. Per prassi, poi, i due gruppi principali hanno demandato la scelta di uno dei quattro giudici di loro spettanza al partito minore loro alleato a rotazione (la FDP e *Bündnis 90/Die Grünen*). La previsione di una maggioranza qualificata non ha quindi portato a scelte pienamente condivise, bensì a un equilibrio tra le principali forze di governo e di opposizione. La prassi è andata in questo senso e sembrano relativamente pochi gli incentivi a raggiungere un consenso politico attraverso la presentazione di candidati prestigiosi e non eccessivamente polarizzati⁵⁸.

Anche in Belgio, le candidature vengono demandate solo alle Camere, all'interno delle quali si svolgono audizioni previe⁵⁹. La Corte costituzionale (già *Cour d'Arbitrage* fino al 2007) si compone di dodici membri, metà dei quali di lingua francese e metà di lingua neerlandese⁶⁰. Uno dei giudici deve conoscere il tedesco. La loro appartenenza a un gruppo linguistico piuttosto che a un altro è determinata, da un lato, dalla lingua in cui è stato portato a termine il proprio percorso accademico (questo in particolare per i giudici scelti fra i giuristi di professione), dall'altro, dal gruppo linguistico parlamentare al momento dell'elezione.

La composizione della Corte si basa su una duplice parità: linguistica e socio-professionale⁶¹, dal momento che sei giudici sono ex parlamentari che abbiano ricoperto tale carica per almeno cinque anni in qualsiasi livello territoriale e sei sono giuristi con almeno cinque anni di esperienza. Almeno uno dei membri deve aver svolto il ruolo di giudice o avvocato generale del Consiglio di Stato; consigliere, procuratore generale, avvocato generale della

⁵⁶ Questa procedura è stata applicata per la prima volta nel 2017, per l'elezione di Josef Christ al primo Senato in sostituzione di Wilhelm Schluckebier. L'iniziale maggioranza dei 3/5 era stata ridotta nel 1956, dopo che si era accumulato un ritardo di due anni per l'impossibilità di raggiungere la maggioranza richiesta. Cfr. W.K.Geck, *Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter*, Baden-Baden, 1986, 25 ss.

⁵⁷ S. Ruppert, § 6, in D.C. Umbach, T. Clemens, F.W. Dollinger (hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Heidelberg, II ed., 2005.

⁵⁸ Per critiche al consociativismo, già J. Luther, *Problemi di organizzazione e funzionamento degli organi di giustizia costituzionale in Germania*, in P. Costanzo (cur.), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, cit., 478.

⁵⁹ L. Sciannella, *La legittimazione delle Corti costituzionali su base etnica: il caso belga*, in M. Calamo Specchia, *Le Corti costituzionali*, cit., 142.

⁶⁰ Sulla sua collocazione nella forma di governo, M. Verdussen, *Les douze juges – La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles, 2004, 28.

⁶¹ C. Behrendt, *The Belgian Constitutional Court*, in A. von Bogdandy, P. Huber, C. Grabenwarter (Eds), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Volume III*, cit., 80.

Corte di Cassazione; un professore universitario e un *clerk* presso la Corte costituzionale. L'intenzione è quella di garantire alla Corte la giusta dose di esperienza pratica e di conoscenze teoriche⁶².

I giudici sono nominati a vita (fino ai 70 anni, in realtà) direttamente dal Re⁶³ sulla base di una doppia lista presentata alternativamente dalla *Chambre des représentants* e dal Senato (di solito il Re sceglie il primo nome della lista) e approvata con la maggioranza dei 2/3, che nei fatti postula l'appoggio di entrambi i gruppi linguistici.

3.2 Elezione parlamentare e intervento del Governo

Nel caso austriaco, le nomine sono chiaramente sbilanciate a favore dell'esecutivo e della maggioranza parlamentare. A partire dalla riforma costituzionale del 1929 (BGBl. 1929/392)⁶⁴, che aveva come obiettivo la depoliticizzazione (*Entpolitisierung*), tutti i membri della Corte austriaca vengono nominati formalmente dal Presidente federale: il Presidente del collegio, il Vicepresidente e la metà dei membri e dei supplenti vengono nominati su proposta del Governo federale; tre membri e due supplenti vengono nominati su proposta del *Nationalrat*; mentre tre membri e un supplente sulla base di una proposta del *Bundesrat*, senza che sia richiesta una maggioranza qualificata particolarmente elevata. L'effetto di tale riforma è consistito in un rafforzamento dell'esecutivo e in generale del centro rispetto ai *Länder*⁶⁵ (anche se si prevede che tre giudici titolari e due supplenti debbano risiedere fuori Vienna), portando a un processo di *Umpolitisierung*, o "ripoliticizzazione" in senso diverso, come definito da Adolf J. Merkl⁶⁶.

Tutti i membri e i supplenti devono aver portato a termine un corso di studi in Giurisprudenza e aver svolto per almeno dieci anni una professione per la quale è necessario aver completato tale tipo di studi. Il Governo federale deve scegliere i propri candidati fra giudici (in servizio), alti funzionari dell'amministrazione e professori universitari di materie

⁶² M. Verdussen, *La Cour Constitutionnelle de Belgique: une juridiction politique?*, in G. Grandjean, J. Wildemeersch (Eds), *Les juges: décideurs politiques?*, cit., 328.

⁶³ Una nomina solo formalmente assegnata al Capo dello Stato. Cfr. *ex alius* R. Orrù, *La Cour d'arbitrage fra Corte dei conflitti e Corte costituzionale a competenza generale*, in F. Delperée, *L'ordinamento federale belga*, Torino, 1994, 87.

⁶⁴ Secondo il modello originario del 1920, il Presidente, il Vicepresidente e metà dei giudici costituzionali erano eletti dal Consiglio nazionale, metà dal Consiglio federale, con carica a vita. Cfr. K. Heller, *Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich von den Anfängen bis zur Gegenwart*, Vienna, 2010, 200. In italiano, già T. Öhlinger, *L'evoluzione della giustizia costituzionale in Austria*, in G. Lombardi (cur.), *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Rimini, 1985, 37 ss.

⁶⁵ C. Grabenwarter, *The Austrian Constitutional Court*, in A. von Bogdandy, P. Huber, C. Grabenwarter (Eds), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Volume III*, cit., 32: «It sought to 'de-politicize' the Court by enlarging the role of the executive in appointing the Justices, strengthening the federalist component (by mandating that individual Justices reside outside of the federal capital of Vienna) (para 2); requiring Justices to be legally qualified (para 3)». Cfr. altresì E. D'Orlando, *La legittimazione*, cit., 48.

⁶⁶ A.J. Merkl, *Der "entpolitisierte" Verfassungsgerichtshof*, in *Der österreichische Volkswirt*, 23, 1930, 509.

giuridiche⁶⁷. Le Camere possono proporre soggetti che esercitano qualsiasi professione legale (avvocati, notai, giuristi impiegati nel settore privato o altro). Fino al 1994, le Camere proponevano delle terne e il Presidente nominava, per prassi, il primo nome; quando il Presidente scelse il secondo nome, venne approvata una legge di revisione costituzionale per formalizzare proposte uninominali eliminando pertanto ingerenze presidenziali sostanziali. Dal 1997, si svolgono audizioni parlamentari dei candidati, forse per rafforzarne la “rappresentatività” o verificarne il profilo ideologico⁶⁸. Quando si rende vacante un posto, il Presidente della Corte deve darne comunicazione al Cancelliere federale, il quale informa immediatamente gli organi preposti alla nomina. Viene data pubblicità all’apertura della selezione.

La nomina è vitalizia e la qualità di membri cessa quindi, in linea di principio, solo con la morte o con il raggiungimento del limite d’età che, diversamente da quanto avviene per le altre giurisdizioni, è fissato a 70 anni. Per tale ragione, si possono verificare mandati molto lunghi. La Costituzione federale, infatti, non prevede un’età minima di nomina e quella implicitamente desumibile dal requisito dei dieci anni di esercizio professionale, ossia circa 35 anni, consente una durata potenziale del mandato di approssimativamente altrettanti 35 anni⁶⁹.

Le nomine si sono basate finora, con pochissime eccezioni, su accordi tra i due partiti principali, con un parziale allentamento dalla logica fortemente maggioritaria del sistema di nomina (in prospettiva diacronica, ma si veda il recente dibattito circa le nomine governative in § 4.2). Il partito popolare, la ÖVP, e il partito socialdemocratico, la SPÖ, fin dai tempi della prima “grande coalizione” (1945-1966) hanno cercato di selezionare i candidati in maniera globalmente consensuale⁷⁰. I vertici dei partiti principali esercitano poteri sostanziali nella scelta, secondo una logica, non formalizzata, di divisione proporzionale attenuata delle nomine, per la quale i posti vacanti vengono assegnati in maniera coerente con il peso dei partiti, evitando che una forza prevalga nettamente sulle altre⁷¹. Trattandosi di una prassi, naturalmente, è esposta a possibili cambi di rotta in futuro (piccoli scostamenti si sono, in effetti, già verificati nel 2003 con il primo giudice non legato alla grande coalizione, Herbert Haller, e nel 2020 con la prima giudice vicina ai Verdi, Verena Madner, l’attuale vicepresidente).

⁶⁷ Nella composizione della Corte costituzionale austriaca degli ultimi anni c’è stato un aumento relativo di professori universitari, soprattutto di diritto pubblico. Il fenomeno è stato spiegato in base alla combinazione di due fattori: in primo luogo, il prestigio delle figure scelte e, in secondo luogo, i rapporti con soggetti politici instaurati dalle medesime antecedentemente alla nomina.

⁶⁸ J. Luther, *La composizione dei Tribunali costituzionali*, cit., 79.

⁶⁹ Sull’indipendenza del Tribunale, cfr. G. Schernthanner, *Der Verfassungsgerichtshof und seine Unabhängigkeit*, in *Österreichische Juristen-Zeitung*, 58, 2003, 622 ss.

⁷⁰ C. Grabenwarter, *Verfassungsinterpretation, Verfassungswandel und Rechtsfortbildung*, in H. Kopetz (hrsg.), *Soziokultureller Wandel. Phänomene politischer Transformation: Festschrift für Wolfgang Mantl zum 65. Geburtstag*, Vienna, 2004, 61. Di solito le negoziazioni sulle nomine a Presidente e Vicepresidente esulano da questi accordi, forse perché il Presidente non partecipa alla votazione della Corte se non in caso di parità tra gli altri giudici.

⁷¹ U. Haider Quercia, *La forma di governo della grande coalizione*, cit., 315.

3.3 Elezione parlamentare e cooptazione

Nel caso portoghese, dieci dei tredici membri del Tribunale costituzionale sono eletti dall'Assemblea della Repubblica con la maggioranza dei 2/3 dei presenti, a patto che questi rappresentino a loro volta la maggioranza assoluta dei membri. Si tratta di un modello di «monopolio parlamentare attenuato»⁷², in cui il pluralismo tutelato è prevalentemente quello politico (e non quello tecnico-istituzionale, etnico o territoriale⁷³). Questa preferenza per la componente politica, secondo Jorge Miranda, potrebbe trasformare il TC in una bomba a orologeria per lo stato di diritto, sebbene non si siano registrati, nel tempo, molti episodi critici. La maggioranza qualificata, come si è visto in precedenza, intenderebbe sottrarre alla sola maggioranza parlamentare contingente la designazione dei giudici, spingendo le diverse forze politiche rappresentate in Parlamento a raggiungere un accordo. Come nei casi già esaminati, l'accordo non converge sui singoli nomi necessariamente per la loro imparzialità e competenza, bensì si applica una "logica spartitoria" tra i partiti.

Gli stessi dieci giudici eletti dall'Assemblea della Repubblica effettuano la cooptazione degli altri tre giudici del Tribunale costituzionale, scegliendoli fra magistrati di professione e giuristi⁷⁴. La procedura si svolge sotto la direzione del giudice più anziano e ha inizio, entro dieci giorni dalla vacanza, con la redazione della lista dei possibili candidati. Ogni giudice eletto dall'Assemblea della Repubblica propone, a scrutinio segreto, un nome potenziale. Viene redatta una lista riassuntiva di queste proposte, che deve comprendere almeno tanti candidati quanti i giudici da eleggere. Tale procedura è completamente diversa da quella seguita dal Parlamento, nell'ambito della quale i nomi vengono proposti pubblicamente dai deputati. I candidati alla cooptazione sono, invece, indicati a scrutinio segreto dai giudici eletti, in modo tale che non se ne conosca la tendenza politica, almeno in teoria⁷⁵. È richiesta la maggioranza qualificata di sette giudici elettivi su dieci.

⁷² M. Rebelo de Sousa, *Legitimação da justiça constitucional e composição dos tribunais constitucionais*, in AA.VV., *Legitimidade e Legitimação da justiça constitucional*, Coimbra, 1995, 218.

⁷³ R. Orrù, A. Ciammariconi, *Composizione, indipendenza, legittimazione del Tribunal Constitucional portoghese: «mudam-se os tempos, mudam-se as vontades»?*, in M. Calamo Specchia (cur.), *Le Corti costituzionali*, cit., 245. Sulla composizione, M.L. Amaral, R.A. Pereira *The Portuguese Constitutional Court*, in A. von Bogdandy, P. Huber, C. Grabenwarter (Eds.), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Volume III*, cit., 686 ss.

⁷⁴ Sul dibattito previo alla creazione del Tribunale costituzionale, in cui era stato preso in considerazione un modello simile a quello italiano, cfr. A. De Araújo, *A construção da justiça constitucional portuguesa, Análise Social*, vol. xxx, 134, 1995, 918.

⁷⁵ L'intento sembrerebbe quello di stemperare la connotazione politica derivante dalle nomine parlamentari tramite la cooptazione. Cfr. A. Vignola, *L'organizzazione ed il funzionamento del Tribunale Costituzionale portoghese*, in P. Costanzo (cur.), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, cit., 765. Secondo A. Canepa, *Modalità strutturali ed organizzative dell'organo di giurisdizione costituzionale come elementi di tutela della sua indipendenza: osservazioni sul caso portoghese*, *ivi*, 580, ciò sarebbe rafforzato dal fatto che i tre posti, pur numericamente minoritari, sono decisivi per gli equilibri interni del Tribunale, dovendo quindi gli altri giudici «distaccarsi in questa

I requisiti di eleggibilità sono meno rigidi che negli altri casi, visto che, oltre alla cittadinanza e al godimento dei diritti civili e politici, si richiede solo il possesso di una laurea, master o dottorato in diritto o lo *status* di magistrato di altro tribunale. Sei giudici devono essere eletti fra i giudici degli altri tribunali; gli altri devono essere giuristi. Il mandato dura 9 anni e non è rinnovabile.

3.4 I sistemi maggiormente “pluralisti”

In questa categoria si inseriscono Italia e Spagna, dove l'elezione dei giudici costituzionali coinvolge altri due soggetti oltre alle Camere (in seduta comune nel primo caso, separatamente nel secondo), nell'intento di garantire pluralismo politico, tecnico e professionale alle rispettive Corti⁷⁶.

In Italia, un terzo dei giudici (cioè cinque) viene eletto dalle Camere in seduta comune. L'art. 3 della legge n. 87/1953 aveva stabilito che per l'elezione parlamentare dei giudici costituzionali fosse necessaria la maggioranza dei 3/5 dei componenti per i primi due scrutini e dei 3/5 dei presenti per gli scrutini successivi. Tale maggioranza è stata modificata, aumentandola, dalla legge cost. n. 2/1967, che all'art. 3 prevede che «i giudici della Corte costituzionale che nomina il Parlamento sono eletti da questo in seduta comune delle due Camere, a scrutinio segreto e con la maggioranza dei 2/3 dei componenti l'Assemblea. Per gli scrutini successivi al terzo è sufficiente la maggioranza dei 3/5 dei componenti l'Assemblea».

Un terzo viene eletto dalle supreme magistrature, che votano separatamente; elegge tre membri la Corte di cassazione, uno il Consiglio di Stato, uno la Corte dei conti (art. 2 della legge n. 87/1953).

L'ultimo terzo dei giudici viene nominato dal Capo dello Stato con decreto del Presidente della Repubblica controfirmato dal Presidente del Consiglio – controfirma che non inficia la natura di siffatto potere come formalmente e sostanzialmente presidenziale –. Questi gode, infatti, di piena discrezionalità, ma se necessario (e solo in base a una prassi, tendenzialmente uniforme) può riequilibrare le scelte parlamentari, per tenere conto delle diverse sensibilità culturali e politiche. Capo dello Stato e supreme magistrature sono sempre molto solleciti, rispettivamente nella nomina e nell'elezione dei giudici, mentre non si può dire lo stesso del Parlamento (cfr. *infra*, § 4.1).

Possano essere eletti o nominati, senza limiti di età, magistrati, in servizio o a riposo, provenienti dalle “supreme magistrature” (dalla Corte di cassazione, dal Consiglio di Stato e dalla Corte dei conti); professori

sede dalle logiche di schieramento che hanno prevedibilmente presieduto alla loro elezione». Come si vedrà in seguito, recentemente non è stato così.

⁷⁶ Sull'Italia, cfr. le recenti riproposizioni di V. Barsotti, P. Carozza, M. Cartabia, A. Simoncini, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford, 2016, 43 e T. Groppi, I. Spigno, *The Constitutional Court of Italy*, in A. Jakab, A. Dyevre, G. Itzcovich (Eds), *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge, 2017, 524. Su potenziali vantaggi dei modelli misti o ibridi, G. Delledonne, *Appointing and Electing Constitutional Judges: An Evolving Comparative Landscape*, in M. Belov (Ed.), *The Role of Courts in Contemporary Legal Orders*, The Hague, 2019, 169.

universitari ordinari di materie giuridiche; avvocati con un'esperienza di almeno vent'anni di esercizio della professione.

Il mandato dura 9 anni (dalla riforma del 1967, che ha ridotto il mandato di 3 anni) e i rinnovi sono sfalsati, in quanto, se un giudice cessa dal mandato anticipatamente, per morte, dimissioni o decadenza (che può essere disposta dalla stessa Corte per gravissime mancanze e non è mai stata applicata), viene sostituito dallo stesso organo che aveva designato il suo predecessore e il nuovo nominato dura in carica a sua volta 9 anni.

Per quanto concerne le elezioni parlamentari, per tutta la "prima Repubblica" fino al 1994, le nomine venivano divise quasi sempre come segue: due giudici indicati dalla DC, uno dal PCI, uno dal Partito socialista e uno dai partiti laici (una "spartizione per quote"⁷⁷). In seguito, questa prassi non è stata sostituita da una altrettanto solida e negli anni si è assistito a veti incrociati, discussioni e a un aumento consistente dei ritardi nelle nomine⁷⁸ (cfr. *infra*, § 4.1). Il termine, infatti, sarebbe quello di un mese dalla vacanza⁷⁹. In talune occasioni questi ritardi hanno rischiato di impedire il funzionamento della stessa Corte, stante la previsione del numero minimo di undici giudici per la validità delle sedute (art. 16, comma 2, della legge n. 87/1953).

In Spagna, infine, le nomine dei dodici giudici sono ripartite tra le Camere (quattro affidate al *Congreso de los Diputados* e quattro al Senato), il Governo (due) e il *Consejo General del Poder Judicial* – CGPJ (due).

Presso il *Congreso de los Diputados* ogni gruppo parlamentare può proporre fino a quattro candidati e la votazione spetta al *plenum* con una maggioranza dei 3/5 dei membri. Presso il Senato, a partire dalla riforma della LOTC (*Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*) del 2007 vengono coinvolte, nella fase preliminare di individuazione delle candidature, le *Comunidades Autónomas*. Il Presidente del Senato comunica, infatti, l'apertura della procedura di elezione alle assemblee legislative regionali, che possono proporre fino a due nomi. La *Comisión de Nombramientos* (presieduta dal Presidente del Senato e composta dai portavoce dei gruppi parlamentari o da un membro di ciascun gruppo) sottopone al *plenum* un numero di candidati pari al numero di giudici da eleggere, previa audizione degli stessi e valutazione della loro idoneità (l'audizione dinanzi alla Commissione competente è prevista anche per le nomine del Congresso). Se non giunge alla Commissione un numero sufficiente di candidati, la proposta può essere integrata dalla stessa. Anche in questo caso, vota il *plenum* e si deve raggiungere la maggioranza dei 3/5 dei membri.

⁷⁷ Così già G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1977, 74; cfr. altresì A. Pizzorusso, *Art. 135*, in G. Branca (cur.), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, 151. A. Saccomanno, *La Corte costituzionale fra organizzazione e procedimento: principi, norme e regole di organizzazione*, Rimini, 1999, 91, si riferiva ad «accordi spartitori». P. Pederzoli, *La Corte costituzionale*, Bologna, 2008, 116 ss. ricostruisce tutte le nomine fino a inizio degli anni 2000.

⁷⁸ R. Pinardi, *Prime osservazioni sul problema dei ritardi parlamentari nell'elezione dei giudici della Corte costituzionale*, in A. Anzon, G. Azzariti, M. Luciani (cur.), *La composizione della Corte costituzionale*, cit., 226.

⁷⁹ Art. 5, co. 2, della l. cost. 2/1967 (Modificazioni dell'art. 135 della Costituzione e disposizioni sulla Corte costituzionale).

La maggioranza dei 3/5 è richiesta anche per l'elezione da parte del CGPJ, organo a sua volta interamente di elezione parlamentare e composto da venti membri, detti *vocales*, giudici e giuristi di chiara fama, ai quali si aggiunge il Presidente⁸⁰. I due membri designati dal Governo, infine, sono scelti dal Consiglio dei Ministri, con una delibera segreta, sulla base della proposta avanzata dal *Secretariado del Gobierno-Ministro de la Presidencia* e con prevalenza della posizione del Presidente del Consiglio, secondo quanto disposto dalla *Ley del Gobierno*, n. 50/1997, e sue modifiche.

I requisiti per essere nominato giudice costituzionale, con un mandato novennale, rispecchiano le tendenze già illustrate: possono essere selezionati giudici, pubblici ministeri, professori universitari, funzionari pubblici o avvocati con un'esperienza che superi i 15 anni.

I rinnovi del TC avvengono per blocchi di quattro, a seconda dell'organo che deve procedere all'elezione o alla nomina, ogni tre anni (in teoria, dati gli enormi ritardi di cui si dirà in seguito), per evitare (sempre in teoria) che la maggioranza dei giudici del TC sia il riflesso delle maggioranze contingenti⁸¹.

3.5 Aspetti trasversali "minori" da non sottovalutare

Per i tre aspetti che ci si era prefissati di esaminare possono riscontrarsi elementi di convergenza. *In primis*, le maggioranze richieste per le nomine sono particolarmente alte in quasi tutti i casi (2/3 per Germania, Belgio, Portogallo e Italia, dove poi scende a 3/5; 3/5 per la Spagna) con l'eccezione dell'Austria; e lo sono anche per altri organi, come avviene per il CGPJ spagnolo (3/5) e per la cooptazione portoghese (70%). In secondo luogo, i requisiti professionali dei potenziali soggetti eleggibili, con l'eccezione dei giudici di natura politica della Corte belga, attengono al possesso di *status* sostanzialmente coincidenti tra i diversi casi, come quelli di professori universitari, giudici, avvocati ed eventualmente altre professioni legali. Infine, il mandato è più lungo di quello dei Parlamenti e va da 9 anni (Italia, Spagna, Portogallo) a 12 (Germania), fino alle cariche vitalizie di Austria e Belgio.

Vi è, però, una serie ulteriore di elementi normativi che incidono sulla *performance* dei giudici e sulla loro collocazione sistemica e che non sempre vengono presi in considerazione.

Il primo di questi, molto più della possibilità di rielezione (comunque generalmente esclusa) risiede nella presenza o meno della *prorogatio* del mandato (vietata in Italia dopo la legge cost. n. 2/1967), in pendenza della nomina del successore. Uno strumento apparentemente innocuo e volto al mantenimento della funzionalità dei collegi e alla loro continuità, che nella prassi ha avallato ritardi e ostruzionismi da parte delle forze politiche, specie

⁸⁰ Il mandato del CGPJ dura 5 anni e l'elezione da parte di *Congreso de los Diputados* e Senato deve realizzarsi in blocco, senza che sia consentita la rielezione. La scelta dei costituenti di assegnare la nomina al CGPJ e non al potere giudiziario in sé è stata dettata, almeno in parte, dalla diffusa sfiducia nei confronti dei giudici comuni, formati e nominati in epoca franchista.

⁸¹ V. Ferreres Comella, *The Spanish Constitutional Court: Time for Reforms*, in 3(2) *J. Compar. L.* 23 (2008).

quando queste si riconoscono nel giudice scaduto. In Austria, finché il posto divenuto vacante non è occupato, si deve convocare un supplente (soluzione, questa, che è stata a volte richiamata nel dibattito sulle riforme italiane). In Belgio, dal 2001, i giudici uscenti possono portare a termine i casi di cui sono relatori o membri del collegio giudicante, per un massimo di 6 mesi dopo la fine del loro mandato. È prevista la *prorogatio* in Germania, Portogallo e Spagna⁸², Paese in cui si sono verificati i ritardi comparativamente più significativi. Non si tratta certo di una relazione causale, ma sicuramente la consapevolezza che l'organo potrà continuare a funzionare anche in pendenza della nomina alleggerisce le coscienze di chi non sceglie e, a volte, consente loro di portare avanti la propria concezione della Costituzione⁸³.

Un secondo aspetto procedurale di interesse risiede nella designazione dei Presidenti delle Corti costituzionali, che vengono eletti dal collegio in Italia, Portogallo, Belgio (uno per gruppo linguistico⁸⁴) e Spagna, dove la nomina (per un mandato triennale) spetta formalmente al Re a seguito di una proposta del collegio votata a maggioranza. In Germania, il *Bundestag* e il *Bundesrat* eleggono alternativamente il Presidente e il Vicepresidente del Tribunale costituzionale federale. La prassi vuole che il Vicepresidente uscente venga eletto Presidente, in modo da alternare le presidenze tra quelle dei due Senati del Tribunale⁸⁵. Nel caso austriaco, come si è ricordato in precedenza, è invece il Governo a individuare il Presidente.

Un terzo elemento è costituito dall'organo incaricato di verificare la sussistenza dei requisiti di nomina. In Italia, vota il collegio a maggioranza assoluta dei componenti (art. 2 della legge cost. n. 2/67) circa l'esistenza dei requisiti soggettivi di ammissione dei propri componenti (voto peraltro sempre favorevole, pure in qualche caso "delicato"⁸⁶). Anche in Spagna, la valutazione è demandata al collegio che normalmente la esercita «de manera muy rápida, como un acto de puro trámite, confiando seguramente en el buen juicio de los órganos proponentes»⁸⁷. Questa facoltà è assunta agli onori della cronaca due volte nell'ultimo decennio: dapprima quando nel 2013 la metà dei giudici si è espressa in senso contrario alla sussistenza del requisito dei 15 anni di esperienza del magistrato Enrique López López, nominato dal Governo del *Partido Popular* e "salvato" dal voto preponderante dell'allora Presidente del TC⁸⁸. In seguito, il 29 novembre 2022, quando il Governo

⁸² Cfr. il recente contributo di A. Carmona Contreras, *Control parlamentario y designación de órganos constitucionales en España: teoría y práctica*, in *Rev. Cortes Generales*, 113, 2022, 245 ss. In precedenza, cfr. almeno J.A. Santamaría Pastor, *La prorogatio de los órganos constitucionales. Apuntes mínimos sobre un tema que no lo es*, in *Rev. esp. der. const.*, 84, 2008, 11 ss. Una panoramica sulle nomine parlamentari si trova in F. Santaolalla López, C. Pauner Chulvi, *Procedimientos de designación parlamentaria de cargos públicos*, Madrid, 2010.

⁸³ L. Pomed Sánchez, *Prólogo*, in J.A. Estrada Marún, *La designación de los magistrados del Tribunal Constitucional en España*, cit., 33.

⁸⁴ E si alternano nella presidenza: C. Behrendt, *The Belgian Constitutional Court*, cit., 81.

⁸⁵ C. Grabenwarter, *Judicial Appointments in Comparative Perspective*, cit., 100.

⁸⁶ P. Passaglia, *La disciplina*, cit., 207.

⁸⁷ F. Rubio Llorente, *El Tribunal Constitucional*, in Id., *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, vol. III, Madrid, III ed., 2012, 1396.

⁸⁸ J.A. Estrada Marún, *La designación de magistrados del Tribunal Constitucional por el Gobierno. Apuntes con motivo del nombramiento efectuado en 2014*, in *Rev. est. pol.*, 170, 2015, 261 ss., ricorda che la candidatura di Enrique López era già decaduta nel 2007

guidato da Pedro Sánchez ha deciso di nominare, senza attendere (oltre) il CGPJ, l'ex Ministro della Giustizia, Juan Carlos Campo (giudice e già membro del CGPJ), e l'ex direttrice generale della Presidenza del Consiglio Laura Díez (docente universitaria), nella dichiarazione ufficiale del Ministro de Presidencia Bolaños si ribadiva l'idoneità dei due candidati e si affermava assertivamente che il TC non avrebbe potuto che confermarla⁸⁹ (cosa che è avvenuta, all'unanimità, esattamente un mese dopo, successivamente al superamento della crisi istituzionale che si menzionerà *infra*, § 4.2).

Un quarto elemento consiste, infine, nella disciplina (o meno) della ricusazione – e dell'astensione –, non consentita in Italia. In Belgio è prevista e la decisione in merito spetta al *plenum*. Non è automatica se trattasi di un parlamentare che ha partecipato all'approvazione della norma oggetto di giudizio – ipotesi frequente vista la composizione della Corte costituzionale belga –⁹⁰. Anche in Germania, dove è previsto che in tal caso si sorteggi un giudice dell'altro *Senat*, essa non si applica quando il giudice interessato aveva partecipato alla redazione della legge.

Di nuovo, il caso più interessante è quello spagnolo, dove per anni l'istituto non ha rivestito grande rilevanza, nemmeno in casi che avevano a che fare con gli indipendentismi⁹¹. L'esplosione del conflitto tra il centro e la Catalogna, a partire dalle impugnazioni dello statuto catalano, ha portato al centro del dibattito questo strumento⁹² che è stato ripetutamente invocato dal Governo catalano⁹³.

nell'ambito del rinnovo da parte del Senato (poi posposto fino al 2010). La *Mesa* (ufficio di presidenza) del Senato, infatti, aveva ritenuto che il candidato non avesse i 15 anni di esperienza. Lo stesso magistrato, eletto poi nel 2013, peraltro, si dimise un anno dopo a seguito di una vicenda giudiziaria per un reato stradale.

⁸⁹ Cfr. Bolaños, *sobre la elección de Campo y Díez para el Constitucional: "Son dos perfiles absolutamente idóneos"*, in *eldiario.es*, 29 novembre 2022.

⁹⁰ L. Sciannella, *La legittimazione delle Corti costituzionali...*, cit., 148.

⁹¹ Cfr. ad esempio l'ordinanza ATC 226/2002, del 20 novembre, in cui si rigettava la ricusazione del Presidente Manuel Jiménez de Parga, nell'ambito del ricorso di incostituzionalità del Governo basco contro la *Ley de Partidos Políticos* n. 6/2002, a causa delle sue opinioni espresse a mezzi di comunicazione circa l'oggetto e il possibile esito del ricorso.

⁹² Cfr. le ordinanze riguardanti il magistrato Pablo Pérez Tremps, ATC 18/2006, del 24 gennaio, in cui si rigettava la ricusazione in base alla consolidata giurisprudenza sulla valenza accademica/dottrinale di determinate attività svolte dai giudici prima dell'inizio del loro mandato; e ATC 26/2007, del 5 febbraio, in cui invece la ricusazione veniva accolta. Sulla problematicità di questi casi si era già soffermata A. Mastromarino, *La mala temporada del Tribunal Constitucional spagnolo. Brevi note alla luce delle più recenti modifiche della legislazione organica*, in M. Calamo Specchia (cur.), *Le Corti costituzionali*, cit., 225 ss.

⁹³ Cfr. le ordinanze ATC 454/2006, del 12 dicembre (di rigetto), sulla ricusazione da parte dell'esecutivo e del legislativo catalano del magistrato Roberto García Calvo; ATC 177/2007, del 7 marzo, e ATC 253/2007, del 22 maggio (di rigetto), sulla ricusazione da parte del Governo catalano di Jorge Rodríguez-Zapata; ATC 119/2017, del 7 settembre, sulla ricusazione dell'intero collegio proposta dalla Presidente del Parlamento catalano. Non sono mancati anche altri casi, come testimoniano l'ATC 443/2007, del 27 novembre, con cui si rigettava una ricusazione di tre magistrati Aragón Reyes, Sala Sánchez e Pérez Tremps da parte del gruppo parlamentare del *Partido Popular*, e l'ATC 81/2008, del 12 marzo, in cui si accoglieva la ricusazione, da parte dell'Abogado General del Estado, dei giudici Roberto García-Calvo y Montiel e Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

4. Problemi applicativi (e miti da sfatare)

4.1 ...Relativamente alle nomine parlamentari

Le nomine parlamentari, che coprono una quota, la maggior parte o la totalità dei giudici costituzionali nei casi analizzati, sono caratterizzate quasi sempre da una maggioranza qualificata. Secondo la vulgata, tale maggioranza dovrebbe portare quanto meno a un certo consenso tra le forze politiche circa l'elezione dei candidati. In realtà, gli effetti riscontrati sono principalmente due: da un lato, lottizzazione e spartizione delle cariche e, dall'altro, accumulo di ritardi per il mancato raggiungimento della maggioranza richiesta; effetto non necessariamente negativo il primo – anzi, probabilmente, fisiologico –, spesso nefasto, invece, il secondo, che è dipeso comunque, almeno nel caso spagnolo, anche dall'intento di non intaccare una maggioranza all'interno del TC coerente con le preferenze della maggioranza di governo – o persino di una minoranza di blocco –.

Circa il primo effetto, già si è detto della tripartizione delle nomine in Italia durante la “prima Repubblica”, nonché della difficoltà di sostituirla con una prassi diversa, a fronte del passaggio a un sistema elettorale prevalentemente maggioritario e del nuovo assetto partitico. Nei primi dieci anni successivi allo stravolgimento partitico del 1994 e fino al 2006, otto giudici sono stati nominati dal Parlamento, che ha dimostrato un «ulteriore scadimento»⁹⁴ nello svolgimento di tale funzione in termini di deliberazione e di dilatazione dei tempi. Nelle nomine più recenti, la giudice Sciarra è stata eletta nel 2014 grazie a un accordo tra Partito Democratico e Movimento 5 Stelle (che nella stessa seduta aveva eletto il “proprio” candidato al CSM). A dicembre 2015 le Camere, ormai giunte al trentaduesimo scrutinio complessivo, hanno poi eletto un giudice indicato dal Movimento 5 Stelle, uno scelto dal Nuovo centro destra e uno in quota PD. Nel luglio 2018, dopo uno stallo di circa venti mesi dalle dimissioni del giudice Giuseppe Frigo, il successore è stato eletto in quota Lega, con il sostegno degli altri partiti di centro-destra (Forza Italia e Fratelli d'Italia) e del Movimento 5 Stelle.

Il caso tedesco riflette logiche simili di bilanciamento tra diversi orientamenti politici, religiosi e – forse – anche di genere⁹⁵. In particolare, come già menzionato, la maggioranza dei 2/3 ha portato i due partiti principali a concordare le rispettive nomine, eventualmente lasciandone una quota a partiti minori, riducendo le ipotesi di veti incrociati e contestazioni⁹⁶. Nel 1984, ad esempio, CDU e SPD avevano atteso che i posti vacanti diventassero quattro per semplificarne la spartizione. In generale, dopo mezzo secolo dall'istituzione del Tribunale costituzionale federale, la

⁹⁴ P. Pederzoli, *La Corte costituzionale*, cit., 120.

⁹⁵ C. Schönberger, *Anmerkungen zu Karlsruhe*, in M. Jestaedt, O. Lepsius, C. Möllers, C. Schönberger (hrsg.), *Das entgrenzte Gericht: eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin, 2011, 19.

⁹⁶ Di politicizzazione delle nomine parlava anche M. Fromont, *Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 15, 2004.

dottrina ha sottolineato una forte stabilità nel tempo rispetto alle nomine⁹⁷. Non sono mancati casi di disaccordo su candidati specifici, come dimostra la vicenda del candidato proposto nel 2008 dalla SPD, Horst Dreier, sgradito alla CDU, al posto del quale venne nominato Andreas Voßkuhle (*second best* per la SPD). A quest'ultimo, però, fu attribuito il ruolo di Vicepresidente e quindi, allo scadere del mandato del Presidente in carica Hans-Jürgen Papier, nel 2010, la presidenza.

Simili logiche di spartizione partitica si riscontrano anche in Portogallo⁹⁸, in Austria e Spagna. In quest'ultima, la lottizzazione, forse favorita anche dal requisito dell'elezione contestuale a blocchi, è stata recentemente criticata⁹⁹ in quanto snaturerebbe, proprio per il funzionamento descritto, la *ratio* della maggioranza qualificata. Pur tenendo conto della rilevanza dei partiti e quindi della ragionevolezza della presenza delle correnti di maggioranza e di minoranza presenti nelle Camere al rinnovo del TC in maniera proporzionale alla loro rappresentanza parlamentare¹⁰⁰, sarebbe criticabile la divisione tramite quote di «unilateral disposición»¹⁰¹, con una sorta di «appuntamenti al buio»¹⁰² indirizzati al mero raggiungimento dei 3/5. Persino in Belgio, dove intuitivamente si penserebbe a una divisione in base ai gruppi linguistici, è invalsa anche la prassi di una spartizione delle nomine tra i partiti politici¹⁰³.

Quanto alla questione dei ritardi nelle nomine, la stessa si potrebbe quasi definire un tema classico, senz'altro ricorrente, nei dibattiti sulla giustizia costituzionale, trattandosi di una «caratteristica distintiva» che accomuna i sistemi che prevedono la partecipazione dei collegi rappresentativi all'elezione dei giudici costituzionali¹⁰⁴, compresa la Germania (anche dopo il già ricordato abbassamento della maggioranza). L'attesa, peraltro, sembra rafforzare la posizione dei partiti nelle negoziazioni, favorendo accordi al ribasso e non il controllo reciproco sulle scelte.

In Italia, fino al 1991, 7 giudici su 17 (escludendo l'elezione del 1955) erano stati eletti in ritardo¹⁰⁵. Nel corso della cd. «seconda Repubblica», ci

⁹⁷ C. Landfried, *The Selection Process of Constitutional Court Judges in Germany*, in K. Malleon, P.H. Russell (Eds), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from around the World*, Toronto, 2006, 202.

⁹⁸ A. De Araújo, *O Tribunal constitucional (1989-1996). Um estudo de comportamento judicial*, Coimbra, 1997; S. Amaral García, N. Garoupa, V. Grembi, *Judicial Independence and Party Politics in the Kelsenian Constitutional Courts: The Case of Portugal*, in 6 *J. Empirical Legal Stud.* 381 (2009).

⁹⁹ A. Carmona Contreras, *Control parlamentario y designación de órganos constitucionales*, cit., 261.

¹⁰⁰ L. López Guerra, *Vexata quaestio: sobre las dilaciones parlamentarias en la designación de titulares de órganos constitucionales*, in *Rev. Cortes Generales*, 108, 2020, 82. Sulle dinamiche maggioranza/minoranza, già J. García Roca, *Selección de los magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones*, in *Rev. gen. der. const.*, 15, 2012, 22.

¹⁰¹ A. Fernández-Miranda Campoamor, *Encuesta sobre la renovación del Tribunal Constitucional*, in *TRC*, 28, 2010, 32.

¹⁰² P. Cruz Villalón, *El estado del Tribunal Constitucional*, in *Claves de razón práctica*, 191, 2009, 10.

¹⁰³ M. Verdussen, *La Cour Constitutionnelle de Belgique: une juridiction politique?*, cit., 329.

¹⁰⁴ J. Luther, *I giudici costituzionali sono giudici naturali?*, in *Giur. cost.*, 1991, 2483 ss.

¹⁰⁵ R. Pinardi, *Prime osservazioni*, cit., 224.

sono voluti undici mesi per la sostituzione dei giudici Casavola e Spagnoli (25 febbraio 1995-24 gennaio 1996); quasi venti mesi per la sostituzione del giudice Caianiello (23 ottobre 1995-18 giugno 1997); oltre diciassette mesi per la sostituzione dei giudici Guizzi e Mirabelli (21 novembre 2000-24 aprile 2002). Nel 2002 è venuto a mancare il numero legale per il funzionamento della Corte, a causa della concomitante assenza, oltre a quella dei due giudici da designare, di tre giudici in carica¹⁰⁶. Ancora nel 2008, dopo diciotto mesi dalle dimissioni di Romano Vaccarella, è stato eletto Giuseppe Frigo. Nel 2015, a causa dell'inattività parlamentare, la Corte è rimasta con soli dodici membri per quasi sei mesi. Dopo le dimissioni a novembre 2016 di Giuseppe Frigo, l'elezione del successore è avvenuta solo a luglio 2018¹⁰⁷.

Come sottolineava già nella sua Relazione annuale 2008 il Presidente Franco Bile, «la variegata provenienza dei giudici risponde all'intento dei Costituenti di creare un organismo composito, formato da personalità appartenenti a varie categorie di operatori del diritto, per assicurare al collegio l'apporto non solo di differenti esperienze "tecniche" maturate nelle singole professioni, ma anche di diverse sensibilità culturali ed ideali. Il protrarsi nel tempo della mancanza anche di un solo giudice – pur non incidendo sulla legittimità delle decisioni [...] – impedisce tuttavia al collegio di avvalersi pienamente di tale apporto previsto dalla Costituzione». Una Corte, quindi, a cui manca una componente "ideologica", non solo tecnica. Simili osservazioni sull'inadempienza delle Camere sono state svolte dal Presidente Paolo Grossi, nella sua relazione dell'anno 2017.

La Spagna, in questo senso, è un esempio emblematico, anche se non si pone il problema del *quorum* perché, come specificato, i giudici proseguono il mandato tramite *prorogatio*. Nel corso dei primi tre decenni di attività del TC i ritardi, comunque, non erano stati eccessivi. Il 2007 rappresenta l'anno in cui la situazione si stravolge (non è un caso che si tratti dell'anno successivo all'approvazione della riforma dello statuto catalano, in pendenza dei giudizi di costituzionalità sullo stesso). Spettava al Senato procedere al rinnovo, ma il gruppo parlamentare del PP bloccò le nomine ritenendo che, dopo la ricusazione del giudice Pérez Tremps, avrebbe goduto di una maggioranza favorevole all'accoglimento del ricorso contro lo statuto. Nonostante questa maggioranza fosse stata intaccata a causa della scomparsa di un altro giudice, le nomine sono avvenute solo dopo la STC 31/2010 sullo statuto catalano (a dicembre 2010, con giuramento a gennaio 2011)¹⁰⁸. Nemmeno il *Congreso de los Diputados*, che avrebbe a sua volta dovuto eleggere quattro giudici nel 2010, ha rispettato la scadenza e le negoziazioni si sono concluse a luglio 2012.

Nell'ambito di quest'ultimo rinnovo, i giudici in proroga da sette mesi hanno presentato le proprie dimissioni (ai sensi dell'art. 23.1 LOTC, che

¹⁰⁶ M. Torrisi, *La Consulta senza numero legale per la prima volta in quarantasei anni*, in *D&G*, 13, 2002, 39.

¹⁰⁷ Cfr. R. Romboli (cur.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, Torino, 2020.

¹⁰⁸ Cfr. già I. Sánchez-Cuenca, *Los retrasos y los sesgos de la composición del Tribunal Constitucional*, in *Informe sobre la democracia en España 2011*, Fundación Alternativas, 283-293. Il blocco delle nomine del 2010 spiega la riforma dell'art. 16, c. 5, LOTC introdotta con la l.org. 8/2010, secondo cui in caso di ritardo, ai nuovi designati si detrarrà dal mandato il tempo di ritardo nel rinnovo.

prevede come causa di cessazione del mandato la «expiración del plazo de su nombramiento»), che non sono state però accettate dal Presidente del TC¹⁰⁹.

Il rinnovo da parte del Senato operato nel 2017 e quello demandato al Congresso nel 2021, quindi, a cascata non corrispondono alle tempistiche originariamente pensate dai Costituenti. Peraltro, quest'ultimo, a seguito del quale sono stati eletti Juan Ramón Sáez Valcárcel (*Magistrado de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional*), Enrique Arnaldo Alcubilla (professore ordinario di Diritto costituzionale), Concepción Espejel Jorquera (*Magistrada de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional*) e Inmaculada Montalbán Huertas (*Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía*), è stato accolto dalla stampa (e da parte della dottrina) con alcune preoccupazioni, nonostante il ritardo fosse solo di pochi mesi. Da un lato, perché si è collocato nell'ambito di una negoziazione più ampia, che ha riguardato anche il rinnovo delle altre istituzioni di garanzia (il *Tribunal de Cuentas*, la *Agencia de Protección de Datos* e il *Defensor del Pueblo*, tranne il *Consejo General del Poder Judicial*, come si vedrà) e, dall'altro, perché si è tradotto in un accordo-accettazione delle candidature altrui, nei termini spiegati da Ana Carmona Contreras¹¹⁰. Anche la presenza preponderante di giudici (e non del *Tribunal Supremo*), tra cui diversi specializzati in ambito penalistico, sembrava pensata per rispondere alle questioni poste dalla giurisprudenza sul *procés*, sottoposta al controllo del TC, e a quelle di diritto penale sostanziale pendenti, ad es. su aborto ed eutanasia¹¹¹.

Gli accorgimenti potenziali per ridurre i ritardi che sono stati prospettati sono diversi.

Il primo consiste nel rinnovo simultaneo dei giudici di derivazione parlamentare, per permettere (e ufficializzare) la spartizione dei posti disponibili tra maggioranza e opposizione¹¹². Tuttavia, come dimostra il caso spagnolo, la nomina congiunta non è affatto garanzia di celerità.

Il secondo è rappresentato dall'elezione prima della scadenza del mandato¹¹³. Di nuovo, l'esperienza mostra che, se non accompagnata da un

¹⁰⁹ Il decreto di Pascual Sala Sánchez venne notificato al Senato, sul cui sito è reperibile (www.senado.es/web/expedientdocblobServlet?legis=9&id=67525) «[...] Teniendo en cuenta que el funcionamiento del Tribunal en Pleno exige la presencia de dos tercios de sus Magistrados (art. 14 de la propia Ley) y dado el volumen de procesos constitucionales pendientes sometido a su conocimiento y, de modo principal, su insustituible función institucional como supremo intérprete de la Constitución y garante máximo de los derechos fundamentales y libertades públicas, y a fin de garantizar la continuidad y estabilidad de este órgano, resuelvo no aceptar las renunciaciones presentadas por los Magistrados Excmos. Sres. Gay Montalvo, Vicepresidente, y Delgado Barrio y por la Magistrada Excm. Sra. Pérez Vera, sin perjuicio de hacer nuevamente presente, en este caso al Congreso de los Diputados, la necesidad de observancia de los plazos de renovación constitucional y legalmente establecidos [...]».

¹¹⁰ A. Carmona Contreras, *Control parlamentario y designación de órganos constitucionales*, cit., 261.

¹¹¹ U. Adamo, *Sulla recente nomina di quattro giudici del Tribunal Constitucional tra nuove e vecchie aporie*, in *Diritti Comparati*, 20 gennaio 2022, 5.

¹¹² A. Pizzorusso, *La Costituzione. I valori da conservare, le regole da cambiare*, Torino, 1996, 141 ss.; S. Staiano, *Intervento*, in R. Romboli, E. Rossi, R. Tarchi (cur.), *La Corte costituzionale nei lavori della Commissione bicamerale*, Torino, 1998, 23. Nel caso italiano si porrebbe il problema di eleggere anche dei sostituti per i casi di cessazione anticipata.

¹¹³ J. Luther, *I giudici costituzionali sono giudici naturali?*, cit., 2488 ss.

termine perentorio – difficilmente immaginabile –, questo meccanismo non sortirebbe gli effetti sperati¹¹⁴.

4.2 ...Relativamente alle nomine governative

Rispetto alla selezione dei giudici costituzionali da parte degli esecutivi, i problemi principali sono due, interrelati, vale a dire che non vengano scelte personalità di prestigio, soprattutto quando si preferiscono soggetti particolarmente vicini al Governo stesso.

Di nuovo, la Spagna rappresenta l'esempio che più chiaramente riflette entrambi i problemi, anche se di recente si è aperto un dibattito in merito anche in Austria, a seguito di un'inchiesta giornalistica su accordi confidenziali, tra i partiti al Governo, per la spartizione delle nomine di competenza dell'esecutivo (tra cui quella dei giudici costituzionali). Il Presidente della Corte costituzionale austriaca, Christoph Grabenwarter, ha rilasciato un'intervista (per il momento senza seguito significativo) alla *Süddeutsche Zeitung* in cui sosteneva l'opportunità di riformare il sistema di nomina, non demandando la maggioranza delle designazioni al Governo, ma affidandone ancor di più alle Camere (le quali eleggono solo sei giudici su quattordici)¹¹⁵.

Non è un caso che soltanto per Enrique López López, nominato dal Governo del PP nel 2013 e per le ultime due nomine, del 2022, da parte del Governo guidato dal PSOE di due figure particolarmente vicine all'esecutivo e al partito (come ricordato nel § 3.5), sia emersa la questione della votazione del collegio del TC sull'idoneità delle nomine stesse, risolta con il voto preponderante del Presidente nel primo caso e all'unanimità nel secondo. Nel dibattito pubblico legato all'ultima nomina governativa, peraltro, il Governo ha esplicitamente rapportato le proprie scelte a quelle precedenti del PP (che all'epoca lo stesso Sánchez aveva aspramente criticato come eccessivamente vicine ai popolari). Per completezza, va comunque sottolineato come in passato le nomine governative fossero spesso ricadute su giuristi di altissimo profilo.

Fino a pochi mesi fa, le designazioni da parte del Governo spagnolo non erano incorse in particolari ritardi, a differenza di quelle parlamentari. Il "blocco delle nomine" del 2022 ha rappresentato, invece, un momento di crisi istituzionale profonda che ha investito anche questa procedura¹¹⁶, intersecandosi con il ritardo – di oltre 4 anni, visto che i mandati erano terminati a dicembre 2018, quasi raddoppiandosene la durata – nell'elezione dei *vocales* del CGPJ¹¹⁷. La crisi (o "sequestro" delle istituzioni, come lo ha definito la stampa) è dipesa, in larga misura, dall'atteggiamento

¹¹⁴ In merito all'Italia, R. Romboli, *La giustizia e la Corte costituzionale*, in AA.VV., *La riforma costituzionale*, Padova, 1999, 455, aveva proposto altresì l'introduzione del voto limitato.

¹¹⁵ *Der VfGH ist auch Schiedsrichter*, 23 settembre 2022.

¹¹⁶ Cfr. riguardo alle nomine "politiche" la pubblicazione proprio nel 2023, a cura di G. Teruel Lozano e F. Jiménez Sánchez, di *Buenas prácticas para los nombramientos políticos de órganos constitucionales de garantía*, in www.hayderecho.com.

¹¹⁷ S. Martín Guardado, *Polarización política y crisis en la renovación del Consejo General del Poder Judicial*, in *Rev. der. pol.*, 117, 2023, 131 ss.

ostruzionistico dei *vocales* scaduti di orientamento conservatore, che hanno ritardato l'elezione dei due giudici costituzionali di loro competenza – come si è ricordato, da nominare con rinnovo congiunto a quello governativo –.

In pendenza di rinnovo del CGPJ e prima della scadenza dei quattro giudici del TC, era stata approvata una riforma della legge organica del potere giudiziario (LOPJ) al fine di limitare le competenze del “Consiglio in carica”, escludendo, tra le altre, quella di nomina dei giudici del TC. La l.org. n. 8/2022 ha poi restituito questa funzione al CGPJ al fine di superare l'*impasse*.

Viste le resistenze del CGPJ a procedere alle nomine e le ripetute esternazioni del segretario del PP circa la volontà di bloccarle a oltranza, il Governo guidato dal PSOE a novembre ha comunque presentato i suoi candidati, dichiarando colma la misura (nomine scisse erano avvenute solo per la prima composizione del TC, ma solo perché il CGPJ non si era ancora formato; in seguito, le operazioni si erano sempre svolte in maniera fisiologica). Al di là delle possibili discussioni teoriche sulla rispondenza di tale atto alle norme costituzionali, il Presidente del TC (Pedro J. González-Trevijano Sánchez, di nomina governativa del 2013) ha deciso di non inserire la decisione sull'idoneità dei candidati nell'ordine del giorno fino a che non fossero pervenuti quelli eletti dal CGPJ.

In tutta risposta, la maggioranza del PSOE ha presentato due emendamenti alla *Ley Orgánica de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso*, volti a modificare sia la LOTC sia la LOPJ, eliminando tutti i nodi problematici, vale a dire a) la presentazione congiunta dei giudici del TC da parte di Governo e CGPJ (questa, però, dettata dalla Costituzione); b) la decisione del TC sull'idoneità dei suoi membri (che sarebbe stata demandata all'organo proponente); nonché c) abbassando il *quorum* per l'elezione da parte del CGPJ (da 3/5 nella prima votazione, nella seconda avrebbero vinto i due candidati più votati).

In questo “botta e risposta” poco consona a una cultura istituzionale matura, tredici membri del *Congreso* appartenenti al gruppo del PP hanno presentato un *recurso de amparo* al TC chiedendo come misura cautelare la sospensione del procedimento di approvazione degli emendamenti ancora in discussione al Senato, in quanto estranei all'oggetto della legge e inseriti in una procedura che avrebbe violato i diritti dei parlamentari. A sorpresa (per molti), il TC, nell'ordinanza ATC 177/2022, il 19 dicembre ha sospeso il procedimento, con un esito della votazione che chiaramente palesa la frattura interna al collegio: sei voti a favore (dei conservatori) e cinque contrari (dei progressisti)¹¹⁸.

¹¹⁸ Per l'ordinanza e i *votos particulares*, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-1773. Cfr. le analisi di M. Castellá Andreu, *Reformas legislativas del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional y erosión democrática en España*, in *DPCE Online*, 4, 2022, 2259; e 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)*, *ibidem*. Su queste vicende, cfr. altresì M. Carrillo, *Crisi giurisdizionale in Spagna: un clamoroso deficit di cultura istituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2023, 23 ss., che ha criticato «la resurrezione

Né questo ricorso né la potenziale riforma della LOTC e della LOPJ sono andati avanti, visto che la questione è stata superata dall'elezione, da parte del CGPJ, dei suoi due giudici, a fine 2022.

4.3 ...Relativamente alle nomine presidenziali

A questo proposito, l'ordinamento che riconosce un potere di nomina "diretta" dei giudici costituzionali – un terzo – al Capo dello Stato è quello italiano, mentre negli altri casi in cui è previsto un suo intervento si tratta semplicemente di una presa d'atto di scelte ad altri demandate (anche in Austria, dove è stata eliminata all'uopo la lista e in Belgio, dove il Re normalmente seleziona il primo nome della lista)¹¹⁹.

Il convincimento più diffuso a livello dottrinale inserisce la *ratio* delle nomine presidenziali in prospettiva sistemica, rimarcandone l'obiettivo di garantire nella selezione dei giudici costituzionali un'armonica compresenza dell'istanza politica (il Parlamento in seduta comune), di quella giuridico-giudiziaria (le supreme magistrature) e di quella intermedia, strumentale a garantire una composizione dell'organo di giustizia costituzionale più equilibrata possibile (il Presidente della Repubblica)¹²⁰. Il ruolo riequilibratore delle scelte presidenziali sarebbe anche testimoniato dal fatto che il Presidente nomini "per ultimo" nell'ordine teorico, sebbene, come si è già detto, le nomine nel caso italiano siano sfalsate¹²¹.

Se risulta certo superata l'idea che la non-politicità delle nomine dipenda anche dalla non-subordinazione della scelta presidenziale al Ministro della Giustizia¹²² (né al Presidente del Consiglio che controfirma), resta comunque da chiedersi in che direzione questo (presunto) ruolo riequilibratore dovrebbe rivolgersi: a compensare le connotazioni ideologico-politiche dei membri? A integrare soggetti portatori di qualifiche professionali diverse? A provvedere alla nomina di qualche giudice donna (è stato così fino al 2014, quando la – quinta – donna è stata eletta dal Parlamento, mentre la prima giudice donna eletta dalle supreme magistrature lo è stata nel 2020)? A bilanciare le scelte del suo predecessore?

Si potrebbe anche ipotizzare che l'opera selettiva presidenziale abbia un'ulteriore finalità, quella di garantire il funzionamento della Corte come istituzione. Lo testimonierebbe la vicenda delle nomine effettuate dal Presidente Napolitano nel 2014, quando lo stesso anticipò di tre settimane la nomina dei giudici in sostituzione di quelli non ancora giunti alla scadenza naturale del mandato (nominati dal Presidente Ciampi) perché nel frattempo era pendente anche la nomina di due giudici da parte delle Camere. Senza

incostituzionale del controllo preventivo di costituzionalità attraverso il ricorso de amparo».

¹¹⁹ G. Tusseau, *Contentieux constitutionnel comparé*, cit., 472 ss.

¹²⁰ G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., 94.

¹²¹ R. Romboli, *Presidente della Repubblica e Corte costituzionale*, in M. Luciani, M. Volpi (cur.), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997, 314.

¹²² Basti qui ricordare che nella discussione della legge n. 87/1953 era stato presentato l'emendamento Fumagalli, che avrebbe subordinato la scelta presidenziale alla proposta del Ministro di grazia e giustizia, attraendo così nell'orbita governativa e, di conseguenza, della maggioranza parlamentare contingente, una quota aggiuntiva di nomine.

quattro giudici, il *quorum* di 11 giudici sarebbe stato potenzialmente a rischio¹²³.

Le nomine presidenziali italiane hanno ricevuto, in linea generale¹²⁴, valutazioni positive in termini di equilibrio, prestigio e carattere istituzionale dei nominati. Vale la pena di osservare, tuttavia, come si tratti di un potere discrezionale del Presidente, che non presenta garanzie di coinvolgimento di nessun altro organo, come avviene invece in altri sistemi. È pur vero che si tratta di un Presidente di un sistema parlamentare, eletto a sua volta dal Parlamento con maggioranze molto elevate, il cui ruolo ha una solennità e una istituzionalità quasi senza pari nel disegno costituzionale, ma è altrettanto vero che Presidenti meno attenti agli equilibri istituzionali avrebbero potuto – e potranno – fare un uso meno encomiabile di tale potere.

4.4 ...Relativamente alle nomine del potere giudiziario e degli stessi giudici costituzionali

Le nomine da parte delle supreme magistrature¹²⁵, previste in Italia, hanno dato adito a qualche critica puntuale. In passato, se ne è contestata la poca rappresentatività del potere in sé, trovandosi al loro interno soprattutto esponenti del settore più conservatore della magistratura¹²⁶.

Il caso italiano differisce, va detto, anche da quello spagnolo, nella misura in cui il potere di nomina è affidato a soggetti tecnici, tendenzialmente svincolati dal circuito politico. I membri del CGPJ, invece, sono eletti dalle *Cortes Generales* secondo logiche politiche, che mai, prima del “sequestro” del 2022, si erano riverberate così drammaticamente sulle nomine.

¹²³ Questo il comunicato del Presidente in merito: «Il Presidente della Repubblica, provvedendo prontamente alla nomina dei due nuovi Giudici costituzionali, ha inteso confermare la più alta considerazione per la Corte costituzionale e per l'esigenza che essa possa svolgere le proprie fondamentali funzioni nella pienezza della sua composizione. Il Presidente della Repubblica auspica pertanto che le sue nomine possano essere rapidamente seguite dall'elezione dei due Giudici costituzionali di nomina parlamentare, per la quale si sono già tenacemente impegnati i Presidenti delle due Camere».

¹²⁴ Fanno eccezione le riflessioni di G. Di Federico, *L'anomala struttura della Corte costituzionale italiana: giudici e assistenti di studio: proposte di riforma*, in *Archivio Penale*, 2021, 2, che critica le nomine di Scalfaro e Ciampi di nove giudici di orientamento marcatamente progressista, quattro dei quali erano stati anche Ministri nei Governi presieduti dallo stesso Ciampi e da Prodi.

¹²⁵ Su cui E. Rossi, S. Vuoto, *I giudici della Corte costituzionale di nomina delle supreme magistrature*, in P. Ciarlo, G. Pitruzzella, R. Tarchi (cur.), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 1997, 343 ss.; M. Buquicchio, *L'elezione dei giudici costituzionali da parte delle supreme magistrature, tra norme e prassi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 201 ss.

¹²⁶ Tant'è che era stata proposta la nomina da parte di tutti i magistrati, «senza distinzione di grado e di funzione»: già G. Amato, F. Bassanini, *La Corte costituzionale, un istituto da riformare*, in *Pol. dir.*, 1972, 815. Di nuovo critico G. Di Federico, *L'anomala struttura*, cit., che ritiene che la presenza di giudici magistrati, ma soprattutto di assistenti di studio provenienti dal potere giudiziario, abbia come effetto la difesa di interessi corporativi.

Il caso della cooptazione, previsto in Portogallo, sembrerebbe orientato a contribuire agli equilibri all'interno del Tribunale, tanto se non più della nomina presidenziale italiana. Di recente, invece, anche questa procedura è stata inficiata da questioni politiche – e soprattutto mediatiche – poco edificanti. A maggio 2022 è sorta la necessità di cooptare un giudice al termine del mandato novennale di quello uscente, e il nome di António Almeida Costa, proposto dall'“ala conservatrice” del TC, è apparso sulla stampa come candidato giudicato non idoneo (specie per le sue posizioni anti-aborto) a ottenere i 7 voti su 10 necessari. Si è trattato di una violazione della segretezza degli *interna corporis* del TC, oltre che di una manifestazione di scarso *fair play*. La maggioranza dei giudici in carica riteneva, infatti, che questo comportamento avrebbe stravolto i rapporti all'interno del collegio¹²⁷.

Le scelte effettuate ad aprile 2023 per coprire i posti vacanti sembrano essere ispirate proprio alla garanzia degli equilibri interni e a un bilanciamento anche tra le professioni di provenienza: João Carlos Gonçalves Loureiro ha sempre insegnato presso l'Università di Coimbra, è specializzato in diritto costituzionale e biodiritto, ed è un conservatore che alcuni hanno definito “classico”; Rui Guerra da Fonseca, docente di diritto pubblico presso l'Università di Lisbona, avvocato e consulente di diverse entità, è stato segretario di stato nel primo Governo del socialista José Socrates; Carlos Luís Medeiros Carvalho è giudice dal 1990 e membro del *Supremo Tribunal Administrativo*.

5. Più che la norma, poté la prassi

Come si è cercato di dimostrare nei paragrafi precedenti, le norme costituzionali, organiche e legislative sulle nomine vanno necessariamente affiancate alle prassi e all'applicazione delle stesse, per individuare linee di tendenza e nodi problematici. Il contesto risulta determinante, e numerosi elementi culturali, politici e istituzionali incidono sugli esiti applicativi delle norme¹²⁸, più della loro formulazione testuale. Interessante è la considerazione che quando la prassi cambia, si cerca di cambiare la norma per ripristinare la prassi stessa, come è avvenuto in Austria circa il ruolo del Presidente o in Spagna durante la crisi istituzionale del 2022.

La frattura sociale dovuta alla crisi catalana (poi protrattasi nei rapporti maggioranza/opposizione), lo dimostra, con i suoi effetti divisivi tra le forze politiche. Più che di lottizzazione del TC, infatti, sarebbe opportuno parlare di polarizzazione. In Italia, nelle nomine effettuate nella “prima Repubblica” si era consolidata una sorta di *fair play*, nel senso che «nel concreto funzionamento del sistema la proposta fatta dal singolo partito non ha ottenuto l'appoggio delle altre forze politiche di fronte a quelle personalità

¹²⁷ Il Presidente del TC, João Caupers, si è recentemente espresso in questi termini: «Os processos de cooptação fazem-se há 40 anos, eu próprio fui cooptado, e nunca houve um problema destes. Porque é que neste caso isto aconteceu? Provavelmente porque ocorreram factos na tentativa falhada de cooptação que adulteraram as relações».

¹²⁸ P. Carrozza, *La giustizia costituzionale e i suoi modelli: il problema delle regole su organizzazione e funzionamento. Sintesi di un dibattito*, in P. Costanzo (cur.), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, cit., 449 ss.

ritenute troppo connotate in senso politico, per cui alla fine sono stati eletti come giudici costituzionali quasi sempre soggetti graditi non solo al partito che li aveva designati, ma ad un numero più ampio di gruppi politici»¹²⁹. Ciò è successo in parte, con clamore mediatico, anche in seguito, pur con le difficoltà che si sono ricordate. La tendenziale stabilità politica di Germania e Austria ha portato, invece, a nomine sostanzialmente ripartite tra gli stessi partiti¹³⁰ (nella seconda, le “eccezioni” riportate *supra* non sembrano intaccare sostanzialmente l’impianto di base). In Portogallo, la spartizione delle posizioni di giudice fa parte delle logiche della competizione politica.

Ci sono elementi, infatti, che cambiano nel tempo nonostante la costanza delle norme procedurali. Si può trattare di fonti normative – prima fra tutte la legge elettorale, come nel caso italiano, oltre alle norme che disciplinano le Corti stesse –, ma più spesso di equilibri politici, prassi e concezioni cangianti del ruolo della giurisdizione costituzionale. La *selection policy* varia a seconda delle forze politiche in campo e le prassi, accompagnate dagli episodi riportati nei paragrafi precedenti, dimostrano come siano fondamentali la presenza o la mancanza di senso delle istituzioni, la configurazione del sistema partitico e la sua polarizzazione, oltre ai diversi sentimenti di appartenenza (o meno) al quadro costituzionale e alle situazioni contingenti dell’alternanza politica.

Risulta rilevante, inoltre, riflettere su quali siano le categorie professionali più rappresentate negli organi costituzionali¹³¹. Frequente è la presenza maggioritaria di accademici nei collegi (così in Italia, Germania e Portogallo). In Austria c’è una sostanziale parità tra professori universitari (spesso con un curriculum variegato, che comprende esperienze nelle istituzioni e nel settore privato) e altre professioni legali, coerentemente con i requisiti di nomina. Si annoverano anche avvocati in esercizio, visto che l’appartenenza alla Corte costituzionale non preclude il mantenimento della propria attività professionale, con l’eccezione di incarichi nell’amministrazione (non consentiti neanche in Italia, Germania, Portogallo e Spagna). In Belgio fanno parte della Corte ancor di più rappresentanti dell’(alta) amministrazione e politici, naturalmente. In Italia, la seconda categoria più presente è quella dei giudici, così come in Germania, dove è loro riservata una quota di tre per ciascun *Senat*, e in Portogallo, dove la quota è di 6 su 13. Giudici delle altre giurisdizioni che, dopo le nomine in Spagna del 2021 e del 2022, rappresentano la maggioranza del collegio (maggioranza che ha destato preoccupazioni in dottrina circa il “tono costituzionale” delle future sentenze, specialmente per la provenienza di diversi giudici non dalle giurisdizioni apicali¹³²).

Ora, al di là della qualifica professionale, nessuno si aspetta da questi giudici (né da altri), una stretta «verginità ideologica»¹³³, ma spesso per

¹²⁹ A. Pizzorusso, *Art. 135*, cit., 147.

¹³⁰ C. Grabenwarter, *The Austrian Constitutional Court*, cit., 38.

¹³¹ C. Grabenwarter, *Judicial Appointments in Comparative Perspective*, cit., 113. Si interessava di questo tema J. Bustillos, *El juez constitucional en el mundo: perfil, carrera judicial, nombramiento, remuneración, desempeño y costos*, Città del Messico, 2011.

¹³² I. Gómez Fernández, *Algunas claves...*, cit., 137.

¹³³ T. Groppi, A. Harding, P. Leyland, *Constitutional Courts: Forms, Functions and Practice*, in *J. Compar. L.* 11-12 (2008).

preservare l'immagine di neutralità¹³⁴ non viene consentito loro di esercitare ruoli in partiti politici o relative attività pubbliche¹³⁵. Peculiare il caso del Belgio, nella cui Corte la metà dei giudici deve, invece, aver ricoperto cariche elettive¹³⁶.

In Austria, non possono essere nominati membri del Governo federale o di un *Land*, né parlamentari nazionali o del Parlamento europeo in corso di mandato (e comunque fino alla fine del mandato stesso), né dipendenti di partiti politici¹³⁷. Per assumere le cariche di Presidente o Vicepresidente è altresì richiesto un intervallo di cinque anni. I giudici con i collegamenti più netti con la politica sono quelli che hanno lavorato nei gabinetti dei Ministri federali¹³⁸ (mentre è stato eletto soltanto un ex Ministro). Vista l'apertura in termini di requisiti, nelle nomine parlamentari possono essere selezionati anche avvocati o notai con esperienza decennale, nonché soggetti che abbiano svolto attività di consulenza per i Governi dei *Länder* o abbiano rappresentato interessi particolari anche davanti alla stessa Corte costituzionale¹³⁹.

La (previa) affiliazione a un partito politico di per sé non è stata considerata un problema¹⁴⁰, ad es. per il Tribunale costituzionale federale tedesco¹⁴¹ o quello spagnolo¹⁴². Anzi, la vicinanza a un partito (o persino l'aver fatto parte di un esecutivo) tendenzialmente favorisce la selezione. Ex Ministri dei Governi dei *Länder* sono stati eletti giudici diverse volte in Germania, anche come dimostrazione del peso del *Land* nell'elezione quando un partito non fa parte della coalizione di governo a livello federale. Più di recente un membro del *Bundestag* è stato eletto Vicepresidente e poi Presidente del Tribunale.

Nel caso italiano, come sottolineava già dottrina risalente, c'è una tradizionale tendenza a nomine *lato sensu* endogamiche: sicuramente per

¹³⁴ A. Farahat, *The German Federal Constitutional Court*, cit., 304 si riferisce al desiderio dei giudici tedeschi di dimostrare la propria estraneità da motivazioni di parte.

¹³⁵ C. Grabenwarter, *Judicial Appointments in Comparative Perspective*, cit., 111.

¹³⁶ Le declinazioni di indipendenza e imparzialità per questi giudici erano già state analizzate dalla *Cour d'Arbitrage*, secondo la quale l'aver espresso un'opinione su un atto normativo in precedenza e in un altro ruolo non le intaccava automaticamente (cfr. la decisione n. 32/1987), ma era necessaria una valutazione caso per caso. Nella sentenza n. 157/2009, la Corte costituzionale, poi, ha precisato che se anche un giudice è stato un politico di professione, il mandato vitalizio lo rende imparziale (punto B.7.4) e che gli equilibri sul piano linguistico, politico e professionale voluti dal legislatore rappresentano le garanzie di imparzialità del collegio (punto B.6). Su questa questione, cfr. C. Behrendt, *The Belgian Constitutional Court*, cit., 81.

¹³⁷ Art. 147 (4) «[...] Endlich können dem Verfassungsgerichtshof Personen nicht angehören, die Angestellte oder sonstige Funktionäre einer politischen Partei sind». Sul punto, G. Scherthanner, *Der Verfassungsgerichtshof und seine Unabhängigkeit*, in *Österreichische Juristen-Zeitung*, 58, 2003, 621 ss.

¹³⁸ C. Grabenwarter, *Judicial Appointments in Comparative Perspective*, cit., 105.

¹³⁹ Di «mix of all law-related professions» parla C. Grabenwarter, *The Austrian Constitutional Court*, cit., 38.

¹⁴⁰ Anzi, per G. Zagrebelsky, *La Corte in-politica*, cit., questi giudici devono difendere il loro passato "politico" in senso alto.

¹⁴¹ Cfr. la sentenza 2 BvR 343/09 dell'11 agosto 2009, in cui si affermava che l'esperienza politica può anche arricchire la giurisprudenza costituzionale.

¹⁴² Cfr. ad esempio le ordinanze ATC 180/2013; ATC 208/2013; ATC 237/2013; ATC 238/2013, in merito all'affiliazione a partiti politici e sindacati.

quanto riguarda le supreme magistrature, che eleggono propri membri, ma anche per le nomine parlamentari, sebbene questa tendenza, evidente per la “prima Repubblica”¹⁴³, sia scemata successivamente¹⁴⁴. Nella storia della Corte, ci sono stati anche quattordici giudici ex Ministri (senza contare i casi di giudici costituzionali che sono stati nominati Ministri o sono stati eletti deputati o senatori *dopo* il termine del novennato).

In Spagna, tra le nomine più recenti, quella del 2022 di Juan Carlos Campo, ex Ministro della Giustizia scelto dal Governo del PSOE tra le polemiche riportate, è stata la seconda di un Ministro dopo quella di Manuel Jiménez de Parga nel 1995 da parte del Governo di Felipe González (circa 20 anni dopo il suo incarico come Ministro del Lavoro).

È la cultura politica dei soggetti che eleggono o nominano i giudici, in ultima istanza, a determinare nella sostanza il significato contestuale delle norme di riferimento. Si pensi solo alle già ricordate maggioranze qualificate per le designazioni parlamentari, che favoriscono spartizioni e non accordi di merito in Italia, Germania, Spagna e Portogallo; e avviene lo stesso anche in Austria, dove invece la maggioranza non è più elevata, o in Belgio, dove si tiene conto pure dei requisiti linguistici. Le norme sull’elezione in blocco non hanno evitato i ritardi né semplificato automaticamente gli accordi tra partiti (cfr. la Spagna), che invece si basano, appunto, sulle prassi.

Sulle nomine parlamentari non sembra aver inciso neppure, dal punto di vista materiale, la previsione di audizioni (in Austria, Belgio e poi in Spagna) che contribuiscono comunque poco allo scrutinio pubblico delle candidature, né la formalizzazione del potere di avanzare le proposte da parte di un gruppo parlamentare. Anzi, in certe ipotesi – ad esempio in Germania, dove prevale una visione formalista e tecnica del Tribunale costituzionale federale –, potenziali audizioni, focalizzate sugli orientamenti ideologici dei

¹⁴³ A. Pizzorusso, *Art. 135*, cit., 154. Cfr. sulle nomine fino al 2018 P. Pederzoli, *I giudici della Corte costituzionale*, in C. Guarnieri, G. Insolera, L. Zilletti (cur.), *Anatomia del potere giudiziario: la giustizia costituzionale*, Roma, 2019, 19 ss. che riscontra nelle nomine parlamentari una “de-politicizzazione” degli eletti.

¹⁴⁴ Le Camere hanno eletto ex parlamentari nel 1955 (Gaspere Ambrosini; Giuseppe Cappi; Mario Bracci, che era stato anche Ministro; Giovanni Cassandro, già membro della Consulta nazionale); nel 1967 (Enzo Capalozza; Vincenzo Trimarchi; Ercole Rocchetti, che era stato anche vicepresidente del CSM); nel 1972 (Leonetto Amadei); nel 1977 (Alberto Malagugini; Brunetto Bucciarelli-Ducci e Oronzo Reale, che era stato anche Ministro); nel 1985 (Renato Dell’Andro); nel 1986 (Ugo Spagnoli); nel 1991 (Francesco Guizzi); nel 2005 (Luigi Mazzella); nel 2011 (Sergio Mattarella, che era stato anche Ministro e vicepresidente del Consiglio); nel 2015 (Augusto Barbera, che era stato anche Ministro per una settimana). I Presidenti della Repubblica, dal canto loro, hanno nominato i deputati Tommaso Perassi e Giuseppe Castelli Avolio, insieme a Enrico De Nicola, ex Presidente della Repubblica e senatore a vita e Gaetano Azzariti, ex Ministro, nel 1955; Costantino Mortati nel 1963; Paolo Rossi, che era stato anche Ministro, nel 1969; Edoardo Volterra, che era stato membro della Consulta nazionale, nel 1973; Mauro Ferri, che era stato anche Ministro, nel 1987; Giuliano Vassalli, che era stato anche Ministro, nel 1991; Fernanda Contri, che era stata Ministra, nel 1996; Giovanni Maria Flick, che era stato Ministro, nel 2000; Franco Gallo, che era stato Ministro, nel 2004; Sabino Cassese, che era stato Ministro, nel 2005; e Giuliano Amato, che era stato anche Ministro e Presidente del Consiglio, nel 2013. Nel 2021, il Consiglio di Stato ha eletto Filippo Patroni Griffi, ex Ministro.

candidati, potrebbero avere effetti controproducenti sul prestigio del Tribunale, in qualche modo svelandone l'anima politica¹⁴⁵.

Risulta rilevante, in parte, solo il ruolo delle commissioni specifiche preposte alle nomine, come avviene nel *Bundestag* tedesco e nel Senato spagnolo. Ma anche il loro contributo alla scelta va ridimensionato, visto che la gran parte delle negoziazioni si svolge al di fuori delle aule parlamentari o comunque delle sedi istituzionali preposte alla scelta¹⁴⁶.

Le norme sulla *prorogatio* hanno favorito i ritardi (insieme con le maggioranze qualificate nel caso dell'elezione parlamentare), soprattutto quando i giudici uscenti erano graditi a chi doveva eleggerne i successori, ma non sembrano determinanti, visto che tali ritardi si sono verificati anche in sistemi di giustizia costituzionale dove questo istituto non è previsto.

Sui sistemi che si snodano anche sul *cleavage* federale/territoriale, questo si è rivelato meno pregnante di quello partitico in Austria (dove, comunque, la maggioranza dei giudici viene proposta dal Governo), in Germania (dove solo alcuni ex Ministri dei *Länder* sono stati proposti)¹⁴⁷ e in Spagna (dove le proposte del Senato dipendono in maggior misura da equilibri politici che territoriali).

Le norme che hanno attribuito a figure di garanzia le scelte – siano esse gli stessi giudici costituzionali (Portogallo) o il Presidente della Repubblica (Italia) – hanno dato adito a esiti positivi in termini di prestigio delle nomine e (ri)equilibrio all'interno del collegio. Tuttavia, come mostra il caso portoghese del 2022/2023, e come non è difficile immaginare se venisse eletto in Italia un Presidente con minor senso istituzionale – ipotesi remota, ma possibile –, la *performance* di questo potere di nomina cambierebbe drasticamente.

Forse le norme che hanno sortito maggiori effetti pratici sono quelle concernenti i requisiti, vista la pluralità di figure in almeno due dei sistemi che hanno maggiore apertura, vale a dire l'Austria, che ammette diversi profili professionali, con un'esperienza di "soli" 10 anni; e il Belgio, che prevede espressamente la presenza di politici. Ciò è vero in parte anche per il Portogallo, dove, a fronte di un'estensione dell'"elettorato" passivo, c'è stata una discreta diversificazione nei *background* dei giudici.

Le norme sulle nomine, sia per la loro stessa formulazione che per l'interpretazione che ne viene data, rappresentano soltanto una cornice, all'interno della quale le dinamiche delle scelte dipendono in larga misura da fattori extragiuridici legati prevalentemente alla cultura politica, difficilmente imbrigliabili nelle maglie di una classificazione rigida.

Non si può non considerare, in conclusione, che la cultura politica, l'auto-percezione anche dei giudici, nonché la loro

¹⁴⁵ U. Kischel, *Party, Pope, and politics? The election of German Constitutional Court Justices in comparative perspective*, in 11 *Int'l J. Const. L.* 977 (2013).

¹⁴⁶ Sul caso tedesco, F.K. Fromme, *Verfassungsrichterwahl*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 53, 2000, 2977; U. Kischel, § 69 – *Amt, Unbefangenheit und Wahl der Bundesverfassungsrichter*, in J. Isensee, P. Kirchhof (hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band III Demokratie – Bundesorgane*, Heidelberg, III ed., 2005, 1245.

¹⁴⁷ Dello stesso avviso A. Farahat, *The German Federal Constitutional Court*, cit., 301.

interazione/socializzazione nell'ambito delle Corti¹⁴⁸ (favorita, ad esempio, dalla durata del mandato o dalla continuità nell'apparato di supporto ai giudici) rimangono chiavi fondamentali per capirne il ruolo nell'equilibrio tra poteri, anche se solo *dopo* che sono stati eletti o nominati¹⁴⁹, incidendo quindi sulla loro legittimazione in esercizio.

Sabrina Ragone
Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali
Università di Bologna
sabrina.ragone2@unibo.it

¹⁴⁸ M. Jestaedt, *Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist*, in M. Jestaedt, O. Lepsius, C. Möllers, C. Schönberger (hrsg.), *Das entgrenzte Gericht*, cit., 108.

¹⁴⁹ U. Kranenpohl, *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses: Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*, Wiesbaden, 2010, 33 ss., sottolinea come dalle sue interviste a ex giudici non sia emerso un intento "politico" nelle loro decisioni.

