

Tra vulnerabilità politica e possibilità di “cattura”: la selezione dei giudici costituzionali nelle esperienze dell’Europa centrale ed orientale

di Angela Di Gregorio*

Abstract: *Between political vulnerability and risk of ‘capture’: the constitutional judges’ selection in Central and Eastern Europe* - After having outlined the role and models of constitutional jurisdiction introduced in Central and Eastern Europe in different historical moments, the paper focuses on a series of cases with different levels of judges’ politicization. These cases range from a real political capture of the courts to a more independent – though not without risks – condition, to finish with a case of a significant international influence on the composition of the constitutional court. In each of the cases examined the outcome depends only partially from the institutional architecture, being highly influenced by the general cultural and political context.

Keywords: Central and Eastern Europe; Constitutional judges’ selection; Constitutional jurisdiction; Court-packing.

281

1. Le ragioni dell’individuazione di un sottogruppo di paesi dell’“Europa centrale ed orientale”

Negli ultimi 15 anni alcuni paesi dell’Europa centro-orientale sono stati interessati da fenomeni di “cattura” o condizionamento politico delle proprie corti costituzionali. Simili sviluppi hanno rappresentato i primi passi – se non il primo in assoluto – nel percorso di neutralizzazione dei contro-poteri istituzionali ad opera di maggioranze politiche populiste che hanno impresso un deciso cambio di rotta al percorso di democratizzazione intrapreso con buon esito dai rispettivi paesi nel ventennio precedente. Nonostante questi sviluppi negativi, tuttavia, lo sviluppo della giustizia costituzionale in quest’area sia prima, che soprattutto dopo il crollo dei regimi socialisti, è stata un’esperienza di sicuro successo, con riferimento alla generalizzata previsione delle corti costituzionali ed al ruolo complessivo che queste hanno svolto nei rispettivi ordinamenti. Il quadro generale è dunque ambivalente, in merito al rapporto tra potere politico e giustizia costituzionale.

Nel presente lavoro si esamineranno alcune esperienze di politicizzazione o rischio di politicizzazione nella selezione dei giudici costituzionali che rappresentano casi emblematici dal punto di vista della

* La redazione del presente testo è stata terminata a gennaio 2024.

comparazione e che si riferiscono a paesi caratterizzati da uno sviluppo costituzionale di grado diverso. Infatti, se consideriamo l'evoluzione politica e costituzionale dell'Europa centrale ed orientale negli ultimi 35 anni possiamo distinguere tra sistemi autoritari (8 delle 15 Repubbliche ex sovietiche¹), democrazie effettive (e proprio l'indipendenza delle corti costituzionali ne è prova: Repubblica ceca, Lettonia, Lituania, Slovenia, Croazia), democrazie instabili o che hanno attraversato fasi populiste che rischiano di ripetersi (Slovacchia, Romania, Bulgaria, Balcani occidentali), sistemi "illiberali" (Ungheria dal 2010, Polonia tra l'ottobre del 2015 e l'ottobre del 2023), democrazie fragili da poco candidate all'ingresso nell'Unione e sottoposte ad una forte influenza della condizionalità democratica europea (Ucraina, Moldova, Georgia)².

La distinzione tra diversi livelli di sviluppo democratico e costituzionale è necessaria in primo luogo per contestualizzare i fenomeni di degenerazione, evitando di investire di biasimo l'intera area, e dall'altro per giustificare l'individuazione di uno specifico "sistema areale" che si ponga in qualche maniera come separato dalle esperienze sia di *common law* che di *civil law* pur essendo inquadrabile tecnicamente (salvo alcune eccezioni) nei sistemi di quest'ultimo tipo.

Prima di entrare nel vivo dell'esame di queste esperienze è indispensabile procedere ad un inquadramento dei sistemi di giustizia costituzionale e del loro radicamento nella storia, soprattutto quella recente, riferibile agli ultimi 35 anni. Non si tratta sicuramente di paesi ai margini della civiltà costituzionale europea perché in alcuni di essi addirittura risiedono le radici storiche del modello kelseniano di giustizia costituzionale³. In generale, non sono terreni vergini dal punto di vista delle tradizioni di giustizia costituzionale, se pensiamo alla Cecoslovacchia (ed ai precedenti imperiali delle terre parti dell'Impero austro-ungarico), all'esperienza romena di controllo diffuso del 1912-1923-1938 ed al dibattito

¹ Russia, Bielorussia, Azerbaigian, Kazakistan, Kirghizistan, Tagikistan, Turkmenistan, Uzbekistan.

² Per un tentativo di inquadramento dei paesi dell'area sulla base dei livelli di democratizzazione e stabilizzazione costituzionale, con l'avvertenza che si tratta di classificazioni instabili e soggette a continua revisione, sia consentito rinviare a A. Di Gregorio, *Le transizioni alla democrazia nei paesi dell'Europa centro-orientale, baltica e balcanica*, in A. Di Gregorio (cur.), *I sistemi costituzionali dei paesi dell'Europa centro-orientale, baltica e balcanica*, Padova, 2019, 5-8; Id., *La crisi dello Stato di diritto come occasione di perfezionamento del perimetro costituzionale europeo?*, in *DPCE*, 1, 2022, 124-128; Id., *Lo spazio ex sovietico in bilico tra "costituzionalismo" euroasiatico e condizionalità europea*, in *DPCE*, 1, 2023, 5-7 e 16 ss.

³ Ci riferiamo all'esperienza della Corte costituzionale cecoslovacca (ed ai precedenti di un'embrionale giustizia costituzionale nella parte asburgica dell'Impero austro-ungarico), la cui elaborazione concettuale risente delle speculazioni della scuola di Vienna e della dottrina pura del diritto. Vedi J. Osterkamp, *Ústavní soudnictví v meziválečném Československu* (La giustizia costituzionale in Cecoslovacchia tra le due guerre), in *Právník*, 6, 2007. Tra i principali giuristi dell'epoca vi era Frantisek Weyr, professore di filosofia del diritto e diritto pubblico a Brno, tra gli estensori del testo della Costituzione cecoslovacca del 1920 e seguace della dottrina pura del diritto nonché fondatore della Scuola di Brno della "Teoria pura" (o "Teoria normativa") che agiva in parallelo alla Scuola di Vienna di Kelsen. Vedi F. Weyr, *Soustava československého práva státního* (Il sistema del diritto statale cecoslovacco), Brno, 1921.

⁵ Vedi A. Di Gregorio, *La giustizia costituzionale in Russia*, Milano, 2004; F. Biagi, *Corti costituzionali e transizioni democratiche. Tre generazioni a confronto*, Bologna, 2016; Id., *European Constitutional Courts and Transitions to Democracy*, Cambridge, 2020.

evidente problema di coerenza ed omogeneità dello stesso sistema di integrazione sovranazionale.

Proprio il fatto che si trattava di introdurre corti costituzionali in sistemi politici post-comunisti, ad eccezione di pochi casi in cui queste erano già esistite ma o in momenti remoti o in contesti politicamente condizionati, ha reso i costituenti – e i loro consulenti internazionali – particolarmente attenti alle garanzie di indipendenza ed imparzialità dei giudici. La presenza di giudici comuni privi di una formazione e di una esperienza professionale improntate ai valori del costituzionalismo occidentale ha scoraggiato la scelta di sistemi di giustizia costituzionale di tipo diffuso (con alcune eccezioni come in Estonia, paese che ha risentito dell'influenza delle tradizioni scandinave, tuttavia il sistema estone tecnicamente è "ibrido" come diremo *infra*), benché anche questi ultimi siano stati presi in considerazione in momenti diversi⁶ come possibile alternativa all'introduzione di corti costituzionali di tipo kelseniano o addirittura come "punizione" per corti costituzionali considerate troppo attive⁷ e più di recente per il "ripristino" del costituzionalismo. La questione della selezione dei giudici costituzionali con l'obiettivo di evitarne o ridurne la politicizzazione, o di verificarne l'"integrità" rispetto a fenomeni corruttivi ed a conflitti di interesse, si è posta poi in momenti più recenti in alcuni paesi con l'influenza a diverso titolo degli attori europei ed internazionali sui relativi processi di *vetting*⁸. Si possono infatti distinguere almeno tre cicli di epurazione giudiziaria (con riferimento all'intero corpo dei giudici) ossia quella post-comunista (o lustrazione), l'epurazione post-conflittuale in alcuni paesi della ex Jugoslavia

⁶ La discussione sull'accoglimento del modello diffuso o sull'attribuzione alla corte di vertice delle corti comuni del controllo giurisdizionale di costituzionalità, si è sviluppata in questi paesi già prima dell'avvento del comunismo (ad esempio in Jugoslavia), mentre ben noto alla dottrina è lo sviluppo dell'istituto in via di prassi da parte delle corti comuni fin dal 1912 e poi affidato nelle Costituzioni del 1923 e del 1938 alla Corte di cassazione in Romania. Inoltre in momenti diversi degli ultimi 35 anni nel discutere di riforme della giustizia costituzionale si è riproposta l'idea di eliminare la corte costituzionale e di trasferirne le competenze alla corte suprema. Considerando i precedenti pre-bellici, in Romania nel periodo costituente ci sono state resistenze all'introduzione di una Corte costituzionale (lo stesso in Bulgaria, seppure non ci fossero precedenti) e per alcuni mesi è stata la Corte di cassazione ad esercitare la funzione di controllo costituzionale. Vedi M.T. Karagiozova-Finkova, *La justice constitutionnelle en Bulgarie* (l'Autrice ricorda che vi erano sostenitori del modello americano di controllo diffuso nel periodo di vigenza della Costituzione del 1879) e F. B. Vailescu, *La justice constitutionnelle en Roumanie*, entrambi in M. Verdussen (sous la direction de), *La justice constitutionnelle en Europe centrale*, Bruxelles, 1997.

⁷ Ciò è avvenuto ad esempio in Russia nei dibattiti costituenti tra 1992 e 1993 quando, soprattutto da parte del Presidente Eltsin, si voleva rimediare ad una corte che era stata troppo "attiva" nel periodo 1991-1993, ma anche in Lettonia nel 1999 o in Ungheria nel 2011: è sintomatico che in alcuni casi il dibattito sull'attribuzione alla corte suprema delle funzioni di giustizia costituzionale sia derivato dalla volontà di diminuire l'autorevolezza della funzione di controllo di costituzionalità e dunque per punire corti costituzionali autorevoli.

⁸ Si veda il caso dell'Albania, dove il *vetting* ha riguardato tutti i giudici inclusi quelli costituzionali. Diverso è il caso della Bosnia, sul quale si rinvia a L. Montanari, *La composizione della Corte costituzionale della Bosnia ed Erzegovina tra influenza del fattore etnico e garanzie internazionali*, in M. Calamò Specchia (cur.), *Le Corti costituzionali. Composizione, Indipendenza, Legittimazione*, Torino, 2011.

e il fenomeno del *vetting* per risolvere casi di corruzione e conflitti di interesse di dimensione “sistemica” come quelli avvenuti ad esempio in Albania e Ucraina, in entrambi i casi con l’assistenza internazionale, essendo questi percorsi iscritti nel più ampio percorso di condizionalità pre-ingresso⁹.

La diffusione in quest’area geografica delle più avanzate esperienze di giustizia costituzionale a livello internazionale ha fatto sì che negli ultimi 35 anni si sia assistito ad uno tra i più potenti fenomeni di circolazione di idee costituzionali, che tuttavia combinandosi con le esperienze pregresse ha dato vita ad ibridazioni complesse, anche in conseguenza del fatto che la circolazione non è stata selettiva ma “cumulativa”, creando corti “super dotate”, uno degli errori forse della loro iniziale configurazione. Va altresì considerato che il sistema di giustizia costituzionale cui si è fatto riferimento in maniera preferenziale è quello tedesco, per certe radici culturali condivise – soprattutto nell’area dell’Europa centrale¹⁰ – e per il fatto che il Tribunale costituzionale tedesco costituisce una delle corti costituzionali più autorevoli d’Europa, non da ultimo per il ruolo di democratizzazione e costituzionalizzazione da esso rivestito in un contesto post-autoritario.

⁹ Vedi, tra gli altri, Opinion No. 1064/2021 CDL-REF(2022)005 European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Kosovo Concept Paper on the Development of the Vetting Process in the Justice System*, October 2021, [www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF\(2022\)005-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF(2022)005-e). Subito dopo la transizione dal comunismo si era già posta la questione dell’epurazione del corpo giudiziario, cosa che ha riguardato in minima parte i giudici costituzionali essendo le corti costituzionali per lo più istituzioni nuove i cui componenti venivano tratti dal bacino degli oppositori del regime. Ci sono successivamente state altre forme di transizione vissute da alcuni in paesi il cui percorso di democratizzazione non era stato definito fin dall’inizio o che hanno vissuto periodi di guerra civile o guerra vera e propria o che necessitavano di superare momenti di malgoverno e di corruzione diffusa. Il condizionamento internazionale in questi casi ha avuto risvolti diversi. Se agli inizi degli anni ’90 le istituzioni del Consiglio d’Europa hanno considerato legittime ad esempio le procedure di lustrazione, le cose sono cambiate negli anni successivi a dimostrazione del fatto che dopo un certo periodo di tempo non ha più senso operare simili forme di epurazione che possono essere strumentalizzate da riformisti illiberali come si è visto in Polonia.

¹⁰ In argomento vedi A. F. Tatham, *Central European Constitutional Court in the Face of EU Membership: The influence of the German model in Hungary and Poland*, Leiden, 2013, 45; T.J. Zoltán, *Composition and structure of the East-Central European Constitutional Court*, in *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, n. 2, 2022, 564. Vedi anche G. Delledonne, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all’interno dell’Unione europea*, in *DPCE Online*, 3, 2020, 4004, che ricorda l’immagine di Herzog delle corti “nipoti” del Tribunale costituzionale tedesco. Come notato da M. Verdussen, *La justice constitutionnelle en Europe centrale. Essai de synthèse*, in M. Verdussen (sous la direction de), *La justice constitutionnelle en Europe centrale*, cit., 230, «la giustizia costituzionale in Europa centrale presenta dei tratti di continuità rispetto alla giustizia costituzionale in Europa occidentale. In molti aspetti, le soluzioni prescelte basano la loro ispirazione nelle esperienze austriaca, tedesca, italiana, francese o spagnola. Tuttavia la giustizia costituzionale in Europa centrale offre anche tratti originali, più discontinui, rispetto alle esperienze vicine. Queste particolarità attengono, essenzialmente, alle condizioni storiche che, in questa regione, hanno presieduto all’emergere delle riforme istituzionali».

Dunque, considerando che le caratteristiche della giustizia costituzionale nell'ampia area dell'Europa centro-orientale ed euroasiatica¹¹ risentono dell'influenza di fattori diversi¹², le evoluzioni degli ultimi 35 anni necessitano di un esame accurato non potendosi ridurre tutto al concetto di "fallimento" e "degenerazione".

Si tratta di casi che offrono diversi spunti di riflessione comparatistica per le modalità e caratteristiche della circolazione delle idee costituzionali. Ci si riferisce, ad esempio, alle conseguenze negative di una ricezione acritica di modelli esterni (a volte frutto di imposizione da parte delle organizzazioni sovranazionali) senza considerare le peculiarità dei contesti; alla distorsione o strumentalizzazione politica di alcuni modelli autorevoli come quello tedesco anche in relazione alla selezione dei giudici costituzionali¹³ dando vita a fenomeni di *abusive* o *fake constitutionalism*; ai difetti dell'ingegneria costituzionale post-comunista sia dal punto di vista dell'apparato di *checks and balances* che delle regole per favorire l'equilibrio tra i poteri e il pluralismo politico; alla mancanza o all'insufficiente previsione di misure di protezione militante delle giovani democrazie; ai residui perversi del consensualismo comunista (vedi la maggioranza semplice dell'assemblea parlamentare per la selezione dei giudici costituzionali in Polonia); alla contestazione della transizione post-comunista ed alle misure di *revenge constitutionalism* conseguenza anche dell'eccessivo protagonismo e superdotazione delle corti costituzionali nella prima fase che hanno finito col reprimere i poteri politicamente attivi (con reazioni di vendetta sotto forma

¹¹ Paesi ex satelliti dell'URSS, paesi ex URSS, paesi ex Jugoslavia.

¹² Sia consentito rinviare anche a A. Di Gregorio, *Giustizia costituzionale e diritto internazionale nei paesi dell'Europa centro-orientale e balcanica*, in M. Ganino, G. Venturini (cur.), *L'Europa di domani: verso l'allargamento dell'Unione*, Milano, 2001, 290, dove si fa notare che, pur risultando prevalente la recezione del modello kelseniano/europeo nella variante mista modellata prevalentemente sui sub-modelli tedesco ed austriaco (con una limitata recezione di quello francese in Romania e Moldavia), «rimane aperta la questione dell'origine di tale recezione: imposizione/egemonia culturale, pura e semplice trasposizione per inerzia o in mancanza di alternative (prestiti testuali), precedenti storico-culturali, esistenza di crittotipi latenti nel periodo comunista». Vedi anche S. Bartole, *Modelli di giustizia costituzionale a confronto: alcune recenti esperienze dell'Europa centro-orientale*, in *Quad. cost.*, 2, 1996. Importante è anche riportare le considerazioni di A. Rinella, *Brevi considerazioni su Rule of Law e Corti costituzionali nei paesi dell'Europa centro-orientale*, in G. de Vergottini (cur.), *Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei paesi dell'Europa centro-orientale*, Torino, 2000, 349, secondo cui ci sarebbero tre tipi di imitazione dei modelli occidentali: testuale, per frammenti (disorganicità) e per ibridazione (sistema più diffuso).

¹³ Peraltro non esente da critiche per la mancanza di trasparenza e per la predominanza delle contrattazioni politiche, vedi ad esempio D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, 1998, 55. Vedi anche 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, dove si ricorda che il ruolo della commissione del Bundestag per la selezione dei giudici la cui elezione spetta a tale camera non è prevista dalla Costituzione ma dalla legge sul Tribunale costituzionale. Per un inquadramento critico del sistema tedesco di selezione dei giudici costituzionali si rinvia anche a U. Kischel, *Party, pope and politics? The election of German Constitutional Court Justices in comparative perspective*, in 11(4) *Int'l J. Const. L.* (2013).

di contestazione del *legal constitutionalism* da parte di un presunto *political constitutionalism*)¹⁴.

2. Il ruolo della giustizia costituzionale nella transizione post-comunista e nella stabilizzazione democratica successiva

Va innanzitutto considerato che le corti costituzionali sono presenti ovunque nell'area, ad eccezione dell'Estonia (dove esiste un sistema ibrido in cui la camera costituzionale della Corte suprema funziona come una corte costituzionale potendo invalidare – in ultima battuta – gli atti legislativi¹⁵) e di qualche Repubblica centro-asiatica¹⁶.

In secondo luogo, ci sono corti che hanno continuato il loro funzionamento senza subire grosse modifiche nelle modalità di composizione rispetto agli organi già esistenti nel periodo socialista¹⁷, operando in un ordinamento politico e costituzionale diverso, con un cambiamento di ruolo e di composizione. Si tratta della Polonia e delle Repubbliche della ex Jugoslavia¹⁸. Già in questa fase di passaggio si è posto il problema della rilegittimazione politica dei giudici costituzionali o della sostituzione degli stessi. Nel caso della ex Jugoslavia, con la transitoria parziale eccezione della cosiddetta terza Jugoslavia (dove dopo il 1992 ha continuato a funzionare la

¹⁴ Nonostante la strumentalizzazione populista, non è sicuramente riconducibile alla contrapposizione tra *legal* e *political constitutionalism* quanto accaduto nelle democrazie illiberali di Ungheria e Polonia. In argomento, si rinvia a P. Castillo-Ortiz, *The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe*, in *Eur. Const. L. Rev.*, 15, 2019. Vedi anche A. Di Gregorio, *Regressioni costituzionali e corti apicali*, in *Percorsi costituzionali*, 2-3, 2018 e Id., *La degenerazione delle democrazie contemporanee e il pluralismo semantico dei termini "democrazia" e "costituzionalismo"*, in *DPCE*, 3, 2020.

¹⁵ A ciò si aggiunge la competenza "diffusa" dei giudici di disapplicare leggi ritenute incostituzionali.

¹⁶ In Turkmenistan permane il sistema socialista dell'autocontrollo parlamentare; in Kazakistan dopo una fase in cui è stato in funzione un Consiglio costituzionale di ispirazione francese – dal 1995 al 2022 – con la revisione costituzionale del 2022 si è reintrodotta la Corte costituzionale, già esistita sulla base della Costituzione del 1993; in Kirghizistan la Corte costituzionale era stata abolita dalla Costituzione del 2010, che sostituiva la precedente Costituzione del 1993, ed i suoi poteri trasferiti alla Corte suprema ma la nuova Costituzione del 2021 l'ha reintrodotta.

¹⁷ Per la suddivisione in diverse categorie vedi C. Pištan, *Giustizia costituzionale e potere giudiziario. Il ruolo delle Corti costituzionali nei processi di democratizzazione ed europeizzazione*, in A. Di Gregorio (cur.), *I sistemi costituzionali dei paesi dell'Europa centro-orientale, baltica e balcanica*, cit., 307 ss., che distingue tra paesi che avevano già sperimentato forme di giustizia costituzionale nel periodo pre-socialista o socialista, dove quindi nel momento costituente non ci furono grossi dibattiti sulla reintroduzione o sulla continuazione di esperienze analoghe seppure con finalità diverse, e paesi che presero in considerazione *ex novo* l'introduzione del controllo di costituzionalità, nei quali dunque c'è stato un certo dibattito sul modello concreto da introdurre (diffuso o accentrato o ibrido, ampiezza o meno del controllo, etc.).

¹⁸ Come rileva C. Pištan, *Tra democrazia ed autoritarismo*, cit., 169 «più che altrove sono state però le Repubbliche nate dallo smembramento dello Stato jugoslavo a poter contare sui propri precedenti socialisti, ovvero sull'articolato sistema di Corti costituzionali instaurato dalla Costituzione federale del 1963 e che, pur di fronte ai limiti cui venne sottoposto, era stato già plasmato sulla base del modello europeo-kelseniano».

Corte costituzionale federale dell'epoca socialista)¹⁹, le Repubbliche derivate hanno adottato nuove costituzioni e disciplinato *ex novo* le corti così consentendone una nuova nascita²⁰. C'è stata discontinuità anche nelle modalità di selezione dei giudici costituzionali seppure con qualche continuità di personale (vedi ad esempio in Croazia)²¹.

Per quanto riguarda la Polonia, c'è invece stata una certa continuità sia di disciplina che di composizione del Tribunale costituzionale nel periodo successivo al 1989 (6 dei giudici della precedente composizione socialista dell'organo sono rimasti in carica fino alla scadenza di 8 anni del proprio mandato). Ciò dipende anche dal fatto che fino al 1997 l'ordinamento costituzionale si è basato su "pezzi" della Costituzione socialista del 1952. Le modalità di selezione dei giudici costituzionali, dal punto di vista delle maggioranze richieste, subiscono così i retaggi del passato quando la composizione politicamente omogenea del parlamento allora monocamerale (il *Sejm*) in un sistema a regime comunista non rendeva certamente sofferta la selezione dei giudici costituzionali. Una continuità "culturale" c'è stata anche in Ungheria, paese che aveva introdotto nel 1984 un Consiglio costituzionale basato sullo studio delle esperienze costituzionali europee cosa che avrebbe facilitato, al momento della transizione politica, l'introduzione di una corte costituzionale di modello occidentale (e sub-modello tedesco) fin dal 1989-1990²². La considerazione di queste continuità di personale pur nella discontinuità delle forme di Stato diventa interessante nel considerare eventuali future "epurazioni" o sostituzioni dei giudici costituzionali pur nella continuità delle istituzioni in caso di cambi politici significativi.

La maggior parte dei paesi ha introdotto dunque *ex novo* le corti costituzionali, con le peculiarità della Lettonia, che ha riportato in vita la Costituzione del 1922, dove non c'era un organo di giustizia costituzionale e la corte è stata dunque introdotta più tardi rispetto al momento della fuoriuscita dalla compagine sovietica, ossia con la revisione costituzionale del 1996. Un caso particolare è anche quello della Cecoslovacchia, che può vantare diverse esperienze di giustizia costituzionale, sia nel periodo pre-comunista che in quello comunista (pur essendo rimasta sulla carta), e finanche in quello post-comunista, con riferimento alla Corte costituzionale

¹⁹ Vedi P. Nikolic, *La justice constitutionnelle en Yougoslavie*, in G. de Vergottini (cur.), *Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei paesi dell'Europa centro-orientale*, cit., 190.

²⁰ Nei paesi della ex Jugoslavia tuttavia, nonostante una sostanziale ricezione del modello socialista, le modalità di composizione delle corti e le garanzie di indipendenza sono quelle che hanno subito maggiori modifiche. Vedi A. Di Gregorio, *Il modello interno nella configurazione della giustizia costituzionale nei paesi della ex Jugoslavia, ovvero delle ascendenze socialiste*, in M. Calamò Specchia, M. Carli, G. Di Plinio, R. Toniatti, *I Balcani occidentali. Le costituzioni della transizione*, Torino, 268-269.

²¹ Il 5 dicembre 1991 il parlamento croato ha proceduto all'elezione dei giudici della Corte costituzionale della Repubblica di Croazia eleggendo i primi 9 giudici su 11. Nella stessa data è terminato il mandato dei giudici della precedente Corte. Con il giuramento nelle mani del capo dello Stato i giudici sono entrati in carica ufficialmente il 7 dicembre. È stato eletto presidente della Corte Jadranko Crnić che era stato giudice costituzionale nella precedente Corte dal 1984 e presidente della stessa dal 1990 (ed è rimasto in carica fino al 1999). Vedi www.usud.hr/en/history-and-development-croatian-constitutional-judicature#fus1.

²² Vedi L. Trócsányi, *La justice constitutionnelle en Hongrie*, cit.

federale che ha funzionato per circa un anno tra la transizione post-comunista e lo scioglimento della Federazione, dando tuttavia un impulso fondamentale ai dibattiti costituenti nelle due Repubbliche che hanno sostanzialmente ripreso il sistema federale post-comunista di giustizia costituzionale.

Le corti costituzionali sono stati attori fondamentali nella transizione post-comunista – come del resto in altre transizioni post-autoritarie – attraversando diverse fasi a partire dai primi dibattiti sulla loro introduzione o reintroduzione al momento del crollo dei sistemi politici comunisti. Essendo nella maggior parte dei casi, come detto, istituzioni relativamente giovani, hanno goduto di attenzioni e garanzie molto importanti nei relativi processi costituenti. Infatti l'apparato di strumenti per assicurare indipendenza ed autonomia dei giudici e delle corti costituzionali si presenta sulla carta solido²³. Praticamente ovunque, persino nell'area ex sovietica, si aveva piena coscienza dell'importanza di questi presidi in un contesto post-autoritario, ragion per cui si guardava in prevalenza al sistema tedesco, ma non solo²⁴. Altri elementi da considerare sono la cultura politica e le tradizioni costituzionali, fattori che spiegano la maggiore autorevolezza ed autonomia politica delle corti in alcuni paesi ma non in altri (significativa a tale proposito la differenza tra le due Repubbliche ceca e slovacca da un lato, dove pure ci sono stati tentativi di politicizzazione delle corti, e Polonia e Ungheria dall'altro, solo per restare nel cosiddetto "gruppo di Visegrád").

Le corti costituzionali sono state protagoniste essenziali del periodo di transizione, svolgendo una funzione di contro-potere rispetto ai neo-eletti parlamenti ma anche di co-poteri, supplendo alle lacune legislative o costituzionali²⁵. Nel primo decennio hanno avuto ovunque un ruolo fondamentale dal punto di vista della rimozione dei residui del comunismo, della tutela dei diritti, poi dell'equilibrio tra i poteri (evitando concentrazioni soprattutto nelle mani degli esecutivi) e nell'avvicinare l'ordinamento ai

²³ Tra i contributi dedicati alle corti di questi paesi, soprattutto nella loro fase iniziale, oltre ai lavori già citati si rinvia a M. Mazza, *La giustizia costituzionale in Europa orientale*, Padova, 1999; J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi, *La giustizia costituzionale nei paesi dell'Europa centro-orientale*, in J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi (cur.), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Tomo II, Torino, 2000; F. Fede, *La giurisdizione costituzionale nelle repubbliche europee della ex Unione sovietica*, Padova, 2001; M. Mistò, *La giustizia costituzionale nei paesi dell'Europa centro-orientale*, in T. Groppi, M. Olivetti (cur.), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, 2003; C. Pištan, *La giustizia costituzionale nei paesi dell'Europa centro-orientale*, in L. Mezzetti (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Tomo II, Padova, 2011.

²⁴ Z. Kühn, J. Kysela, *Nomination of Constitutional Justices in Post-Communist Countries: Trial, Error, Conflict in the Czech Republic*, in *Eur. Const. L. Rev.*, 2, 2006.

²⁵ Come rileva M. Ganino, *Democrazia e diritti umani nelle Costituzioni dei paesi dell'Europa orientale*, in M. Ganino, G. Venturini (cur.), *L'Europa di domani: verso l'allargamento dell'Unione*, cit., 129, essendo state le corti costituzionali introdotte fin dall'inizio (a volte ancora prima dello svolgimento delle prime elezioni libere, come in Ungheria), ciò vuole dire che nel rinnovamento istituzionale dell'epoca «sin dall'inizio hanno funzionato non solo "il motore" (Esecutivo e Legislativo), spinto da maggioranze parlamentari ansiose di esprimere con forza la propria volontà "sovrana", ma pure i "freni" e cioè, almeno, quelli rappresentati dalla Corte costituzionale, e anche, grazie alla Corte, cui ha potuto rivolgersi, dal Presidente della Repubblica nella sua funzione di garanzia».

requisiti europei, oltre che nel gestire la giustizia di transizione²⁶. Alcune corti hanno avuto un ruolo molto attivo, che le ha portate più volte a scontrarsi con i partiti di maggioranza. Tale protagonismo è dovuto ad una serie di motivi. Innanzitutto alla superdotazione di competenze ed all'ampiezza dell'accesso, cosa che ha favorito pronunce relative ai rapporti tra i poteri o ai sistemi elettorali, determinando il concreto funzionamento della forma di governo; in alcuni casi le corti si sono trovate a maneggiare testi costituzionali provvisori, o lacunosi o veri e propri "patchwork costituzionali" (come in Polonia fino al 1997), potendo così avere una maggiore libertà di azione. La legittimazione morale dei giudici costituzionali (spesso figure note della dissidenza e della transizione) è stata in alcuni paesi un fattore rilevante per l'autorevolezza dell'organo. Questa primazia delle corti ha rischiato di indebolire la rappresentanza, già minata dalla debolezza del sistema politico. Inoltre, a differenza delle corti costituzionali europee nate a seguito di precedenti transizioni da regimi autoritari, quelle post-comuniste si sono trovate di fronte ad una forte continuità di *leadership* e strutture.

L'esistenza di caratteristiche comuni alle corti costituzionali cosiddette di quarta generazione non deve però offuscare le differenze tra i paesi. Nelle trattative della tavola rotonda le varie parti erano incerte sul proprio futuro e su chi avrebbe vinto le elezioni per cui vollero un organo forte, un autorevole guardiano delle loro posizioni. Di conseguenza, la Corte costituzionale ungherese è stata davvero l'organo protagonista della transizione, con garanzie molto forti di indipendenza, ampio ricorso al controllo astratto, libertà di definire le regole procedurali, di eleggere il presidente, di andare oltre il *petitum* e di svolgere dunque un ruolo di legislatore negativo e di contrappeso al parlamento. Invece il Tribunale costituzionale polacco è figlio di una concessione comunista alle opposizioni ed è stato contornato da molte cautele e da una serie di limitazioni funzionali fino al 1997. Solo dopo l'adozione della nuova Costituzione e un periodo transitorio di due anni vi è stata la definitiva consacrazione dell'autorità di cosa giudicata per le sentenze di incostituzionalità delle leggi.

Nei dibattiti sulla selezione dei giudici, la questione del rapporto con la politica costituì una forte preoccupazione, scartandosi ad esempio le soluzioni tese ad attribuire ai giudici comuni il controllo di costituzionalità, ipotesi pur presa in considerazione in diversi casi. Viceversa, si omise un approfondimento sulla legittimazione delle corti costituzionali, come limite all'agire degli organi democraticamente eletti. Se ne esaltò invece in maniera quasi acritica il ruolo, in aggiunta alla auto-referenzialità delle stesse, soprattutto nella fase iniziale. Essendo quasi ovunque organi nuovi, le corti non avevano canalizzato lo stesso disfavore manifestato nei confronti di chi si era reso complice di prassi non democratiche. I due gruppi da cui si attingevano i giudici costituzionali, ossia i giudici comuni e i professori universitari, erano percepiti come meno compromessi col regime. Tuttavia

²⁶ Secondo la classificazione proposta da C. Pištan, *Giustizia costituzionale e potere giudiziario. Il ruolo delle Corti costituzionali nei processi di democratizzazione ed europeizzazione*, cit., 325 ss., si distinguono due macro fasi: la fase della democratizzazione tra 1990 e 2000 (giustizia di transizione, risoluzione dei conflitti politici), e quella della protezione dei diritti fondamentali e dell'europeizzazione (dal 2000).

la lunga durata nell'esercizio delle professioni giuridiche richiama testimonianza che questi si erano formati sotto il regime comunista. In alcuni casi tuttavia i primi giudici costituzionali sono stati noti dissidenti o oppositori dei regimi mentre in altri casi trovare persone non compromesse non è stato facile, anche per l'assenza di politiche di epurazione o lustrazione²⁷.

A prescindere dal contesto generale così esposto, un'analisi adeguata del fenomeno, in relazione al ruolo, autonomia e destino delle corti costituzionali non può prescindere da un'accurata differenziazione dei casi.

3. Modalità di selezione dei giudici: i principali modelli alla luce delle classificazioni della dottrina e delle indicazioni della Commissione di Venezia

Considerando il numero elevato di paesi dell'Europa centro-orientale e dello spazio ex sovietico possiamo limitarci ad alcune annotazioni generali sulle modalità di nomina dei giudici costituzionali e sull'influenza delle tradizioni e delle indicazioni delle istituzioni europee. Ci focalizzeremo sulla selezione iniziale, senza approfondire altri aspetti importanti che contribuiscono all'indipendenza dei giudici e delle corti come le regole per la destituzione anticipata, la durata del mandato, i requisiti per la selezione, le modalità di nomina dei presidenti, la divisione in collegi, le maggioranze richieste per l'adozione delle decisioni, la possibilità di esprimere opinioni dissenzianti o altri aspetti perché è soprattutto in relazione alle regole e prassi di selezione che si sono verificate le maggiori crisi costituzionali mentre le caratteristiche di preparazione professionale, immunità e gli altri attributi che determinano l'indipendenza del singolo giudice e dell'organo nel suo complesso sono generalmente di livello elevato ed in linea con le migliori prassi internazionali.

Iniziamo col ricordare quali sono le principali tipologie utilizzate nella comparazione, ad esempio seguendo la sintesi della Commissione di Venezia, sia nella raccolta del 1997 che nel Vademecum sulla giustizia costituzionale aggiornato al dicembre 2022²⁸. La Commissione riconduce la varietà delle esperienze dei paesi "consultati" (che includono anche esperienze *extra* europee di *common law* come Canada, Giappone) a tre macro categorie: la nomina diretta (prevale nei sistemi di *common law* ma è presente anche in Francia), il sistema elettivo (da parte di organi politici, in genere il parlamento o una sua camera) e il sistema ibrido, che sarebbe quello prevalente²⁹. Le varianti sono tuttavia molte ed inoltre va considerato che in

²⁷ Vedi A. Di Gregorio, *La giustizia costituzionale in Russia*, cit., 16 ss.

²⁸ Vedi European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *The composition of constitutional courts*, december 1997; Compilation of Venice Commission Opinions, Reports, and Studies on Constitutional Justice (updated), [www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2022\)050-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2022)050-e). Vedi anche D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, cit., 49-62, che distingue tra sistemi di nomina (Francia), sistemi elettivi (Germania, Portogallo, Ungheria, Svizzera, Polonia, Croazia, Slovenia), sistemi misti (Italia, Spagna, Austria, Belgio, Romania, Bulgaria, Slovacchia, Russia).

²⁹ Va tuttavia dato conto del fatto che il termine inglese "nomination" indica la proposta mentre "appointment" la designazione.

tutte e tre le macro categorie si può verificare una distinzione tra chi propone o sollecita le candidature e chi formalmente nomina o elegge, con situazioni di maggiore o minore discrezionalità, anche per le prassi che si sono create nel tempo. Ad esempio anche nel sistema elettivo il potere di proposta può essere distribuito tra organi parlamentari, dell'esecutivo e del giudiziario. Il panorama è dunque estremamente variegato.

Altre classificazioni, pur partendo dalla tripartizione della Commissione di Venezia, risultano un po' più articolate. Ad esempio K. Kelemen³⁰ distingue tra "modello diviso" (*split model*), in cui più poteri dello Stato si dividono il potere di selezione dei giudici in maniera indipendente tra loro, ossia alcuni organi nominano una quota di giudici o propongono una quota di candidature all'organo che adotta la decisione finale come il parlamento (Lettonia) o il capo dello Stato (Spagna). Questo sistema sarebbe tipico di paesi come Bulgaria, Lettonia, Italia, Spagna, Francia, Romania. Il secondo modello individuato dalla Kelemen è quello "collaborativo", in cui il potere di nomina è frutto di una collaborazione tra potere legislativo ed esecutivo (Presidente della Repubblica, per lo più) e si distingue da quello precedente per il fatto che i diversi organi non agiscono in maniera indipendente ma devono appunto collaborare (USA, Repubblica ceca, Slovenia, Slovacchia, Austria). Il terzo modello è quello "parlamentare" (Germania, Ungheria, Polonia), il più semplice di tutti ma non, come si potrebbe pensare, il più diffuso nell'Europa centro-orientale (perlomeno non allo stato puro). A proposito di quest'ultimo modello, contrariamente a quanto si afferma in merito al lascito della centralità parlamentare nel sistema comunista³¹, si può tuttavia ritenere che le motivazioni che hanno spinto, almeno all'inizio, ad orientarsi verso questo modello sono sostanzialmente tre, ossia il favore per il sistema tedesco, la sfiducia verso i giudici comuni che all'inizio erano decisamente compromessi col passato e dunque non si volevano coinvolgere nella selezione dei giudici costituzionali, nonché la sfiducia verso un ruolo di eccessivo protagonismo del capo dello Stato³².

Kühn e Kysela pure distinguono tre modelli: potere di nomina o elezione diviso tra due o più organi che agiscono separatamente ed

³⁰ K. Kelemen, *Appointment of Constitutional Judges in a Comparative Perspective – with a Proposal for a New Model for Hungary*, in *Acta Juridica Hungarica*, vol. 54, 2013, 12-17.

³¹ Secondo L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata*, Torino, 2007, 104, in questi paesi il collegamento con il parlamento sarebbe più stretto a causa di retaggi culturali che vedono con sfiducia il potere giudiziario inclusi i giudici costituzionali. In verità per i paesi in questione anche la selezione solo ad opera del parlamento è una modalità che si declina in modalità diverse la cui resa politica può essere estremamente differente (considerando il coinvolgimento di una o di entrambe le camere, le maggioranze, gli organi che devono proporre le candidature, etc.). Va inoltre considerato che i requisiti richiesti per i candidati giudici costituzionali sono in generale molto elevati.

³² Si veda anche quello che sostiene M. Mistò, *La giustizia costituzionale nei paesi dell'Europa centro-orientale*, cit., 292, secondo cui il collegamento stretto tra le assemblee parlamentari e le corti costituzionali si giustificerebbe per diversi motivi: il principio socialista del primato del parlamento, le concezioni ideologiche e politiche della costituzione e della giustizia costituzionale, la diffidenza nei confronti dei giudici comuni, ed anche «la preoccupazione di legittimare democraticamente *ab initio* gli organi di vertice dell'apparato statale», il tentativo di tutelare la separazione dei poteri e il loro equilibrio.

indipendentemente tra loro (Francia, Romania, Italia, Spagna, Austria, Ucraina), elezione dei giudici solo in via parlamentare (Germania, Polonia, Ungheria), modello cooperativo, in generale tra parlamento e Presidente (Russia, Slovenia, Slovacchia, Repubblica ceca)³³.

Ogni ripartizione tuttavia, oltre a considerare la partecipazione di diversi poteri dello Stato, va integrata considerando il ruolo degli organi proponenti nei confronti di quelli di nomina, le diverse maggioranze parlamentari per la selezione dei giudici, a loro volta da commisurare alla situazione politico-partitica del paese in questione. Va inoltre ricordato il ruolo della prassi³⁴. Dalla combinazione di tutte queste variabili emerge più chiaramente la situazione di ciascun paese la quale nel tempo subisce cambiamenti a seconda del mutare degli equilibri politici. Una certa incidenza rivestono anche la personalità e il comportamento del capo dello Stato, che in diversi casi ha interpretato il proprio ruolo di nomina su proposta o sollecitazione di altri organi come discrezionale (vedi certi comportamenti del Presidente slovacco) oppure, come nel caso del Presidente polacco Duda, ha considerato vincolante il passaggio della prestazione del giuramento dei neo-eletti giudici nelle sue mani (mentre in precedenza il giuramento era considerato come una formalità priva di valore costitutivo, come confermato dallo stesso Tribunale costituzionale prima della cattura populista nella decisione K 34/15) mentre l'architettura costituzionale può cambiare proprio per tenere conto di alcune problematiche prevalenti e degli interessi correnti delle maggioranze politiche. Un problema non secondario è stato ed è ovunque nell'area quello della difficoltà dei rinnovi dei giudici scaduti, una delle conseguenze negative della previsione di meccanismi troppo complicati per la selezione (ad es. maggioranze parlamentari assolute o qualificate). Le motivazioni dei ritardi peraltro sono dovute a problemi diversi. Tuttavia solo in pochi casi (Lettonia, Slovenia, Bulgaria, Croazia³⁵) si prevede l'istituto della *prorogatio* per evitare di minare la funzionalità dell'organo³⁶.

³³ Z. Kühn, J. Kysela, *Nomination of Constitutional Justices in Post-Communist Countries: Trial, Error, Conflict in the Czech Republic*, cit., 185-188.

³⁴ Per i casi di Germania, Austria, Spagna e Italia, vedi G. Delledonne, "Cattura" delle corti costituzionali e designazione dei loro componenti: un quadro comparato, ENACTING policy paper series No. 1/2022. Anche L. Fontaine, *Les enjeux éthiques et démocratiques de la désignation des gardiens de la Constitution. Etude comparée*, n. 1, www.ledroitdelafontaine.fr/les-enjeux-ethiques-et-democratiques-de-la-designation-des-gardiens-de-la-constitution-etude-comparee-1-3/.

³⁵ Tuttavia in Bulgaria la Corte costituzionale con una decisione del 7 marzo 2006 ha annullato la disposizione della legge sulla Corte costituzionale che prevedeva la proroga del mandato del giudice scaduto fino alla nomina del suo successore in quanto violerebbe la disposizione costituzionale che si limita a prevedere un mandato di 9 anni per i giudici costituzionali. In Slovenia la *prorogatio* è prevista direttamente dalla Costituzione mentre in Lettonia la Costituzione tace sulla durata dei giudici costituzionali. In Croazia la *prorogatio* è stata prevista dalla revisione costituzionale del 2010.

³⁶ Istituto consigliato dalla stessa Commissione di Venezia oltre ad altri, come l'abbassamento del quorum elettivo dopo i primi turni di elezione senza esito: *Compilation of Venice Commission Opinions, Reports, and Studies on Constitutional Justice* (updated), dicembre 2022, 28-31, [www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2022\)050-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2022)050-e).

La dottrina che si è occupata specificatamente dei paesi dell'Europa centro-orientale conferma la tripartizione generale già individuata dalla Commissione di Venezia nel 1997. Le variabili presenti però in ciascuna di queste categorie sono tante da rendere difficile la semplificazione. Inoltre i diversi autori inseriscono gli stessi paesi in categorie diverse. Dopo aver premesso che la selezione dei giudici costituzionali nei paesi dell'Europa centro-orientale è alquanto "politica", benchè si prevedano elevati requisiti professionali, Sadurski distingue un sistema di tipo collaborativo tra Presidente e parlamento sull'esempio statunitense, un sistema "split" tra i tre poteri dello Stato *pro quota* secondo il modello italiano e un sistema puramente parlamentare (quest'ultimo esistente in Ungheria, Polonia e Croazia e definito "rischioso")³⁷.

Secondo la classificazione di C. Pišťan, si potrebbe distinguere tra sistema "misto" dove la designazione dei giudici è ripartita tra più organi dello Stato (vi include Bulgaria, Romania, Serbia e Bosnia-Erzegovina); un secondo caso è quello in cui la nomina dei giudici spetta al Presidente su proposta o consenso del parlamento (Repubblica ceca, Slovacchia e Albania) e un terzo quello che presceglie l'elezione solo parlamentare (Polonia, Ungheria, Slovenia, Croazia, Montenegro e Macedonia: qui la scelta per la selezione parlamentare risentirebbe sia del modello kelseniano nei sub-modelli tedesco e portoghese che dei residui del sistema socialista ma con garanzie e maggioranze aggravate)³⁸. Mistò distingue tra elezione dei giudici da parte del solo parlamento o dal parlamento su designazione del capo dello Stato, nomina compartecipata da capo dello Stato, parlamento e giurisdizioni superiori o altri organi specifici (es. Bosnia, Estonia)³⁹.

Come vediamo, a causa della grande variabilità dell'area una tassonomia tripartita rischia di non rendere conto adeguatamente della realtà. Se non integrata da ulteriori elementi che tengano conto della partecipazione complessiva dei diversi attori nelle diverse fasi del procedimento di selezione potrebbe risultare di scarsa utilità scientifica. Si potrebbe operare anche una classificazione totalmente diversa, visto che ci troviamo di fronte a corti di più recente istituzione, ossia distinguere le modalità di selezione dei giudici in base all'influenza culturale che vede un avvicinamento al sub-modello austriaco originario o tedesco (elezione parlamentare), a quello francese (capo dello Stato e camere del parlamento) o a quello italiano (distribuzione del potere di nomina tra i tre poteri dello

³⁷ W. Sadurski, *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Dordrecht, 2005, 15-17.

³⁸ C. Pišťan, *Giustizia costituzionale e potere giudiziario. Il ruolo delle Corti costituzionali nei processi di democratizzazione ed europeizzazione*, cit., 312-313. Vedi anche C. Pišťan, *Tra democrazia e autoritarismo. Esperienze di giustizia costituzionale nell'Europa centro-orientale e nell'area post-sovietica*, cit., 197, dove si distinguono quattro tipologie: elezione esclusiva da parte dell'Assemblea parlamentare (Ungheria, Polonia, Croazia, Montenegro), elezione parlamentare su proposta di altri organi (i tre paesi baltici, Russia, Azerbaijan, Tagikistan, Uzbekistan, Kirghizistan, Slovenia, Macedonia), nomina da parte del Presidente della Repubblica su proposta o consenso di altri organi (Repubblica ceca, Slovacchia, Albania), sistema misto (tra Presidente e parlamento come Romania, Bielorussia, Armenia, Kazakhstan e tra Presidente, parlamento e giurisdizioni superiori come Bulgaria, Serbia, Moldova, Ucraina, Georgia, Bosnia-Erzegovina).

³⁹ M. Mistò, *La giustizia costituzionale nei paesi dell'Europa centro-orientale*, cit.

Stato). Si potrebbe ulteriormente articolare la tripartizione tradizionale per distinguere tra sistema a quote separate che coinvolge i tre poteri dello Stato (Bulgaria, Serbia, Albania con la revisione costituzionale del 2016⁴⁰, Ucraina, Moldova, Georgia), sistema a quote separate che coinvolge capo dello Stato e parlamento (Romania, Bielorussia, Armenia, Kazakhstan), elezione parlamentare – da parte di una sola camera o del parlamento monocamerale – su proposta di commissioni o altri organi parlamentari (Polonia, Ungheria, Croazia), elezione parlamentare su proposta del capo dello Stato o di altri organi (Slovenia, Montenegro, Macedonia del nord, Lituania, Lettonia, Russia, Azerbaigian, Tagikistan, Uzbekistan, Kirghizistan), elezione da parte del capo dello Stato col consenso della camera alta (Repubblica ceca) o su proposta del parlamento monocamerale (Slovacchia). Un'ulteriore importante distinzione riguarda la maggioranza parlamentare richiesta per la selezione o la proposta dei giudici costituzionali che può variare da quella semplice (Polonia, Slovacchia, Repubblica ceca, Lituania, Bulgaria), a quella assoluta (Montenegro, Romania, Serbia, Macedonia del nord, Slovenia, Lettonia, Russia, Ucraina), dei tre quinti (Albania) o dei due terzi (Ungheria, Croazia dal 2010). Del tutto peculiare è il sistema della Bosnia-Erzegovina, dove ai sensi dell'art. VI cost. dei 9 giudici costituzionali 4 sono eletti dalla Camera dei rappresentanti della Federazione di Bosnia-Erzegovina, 2 dall'Assemblea parlamentare della Repubblica srpska e 3 nominati dal Presidente della Corte europea per i diritti umani previa consultazione con la presidenza della Federazione (questi ultimi non possono essere cittadini della Bosnia-Erzegovina né di paesi confinanti).

In alcuni paesi è previsto un bando di concorso per selezionare i giudici e in altri delle audizioni o *hearings* parlamentari sul modello americano.

4. Selezione dei giudici costituzionali e condizionamento politico: alcune esperienze significative

Per quanto riguarda i rischi di politicizzazione nella formazione delle corti costituzionali, va innanzitutto detto che la perdita di autonomia delle corti nell'Europa centro-orientale rappresenta un problema specifico se pensiamo ad una situazione di patologia e non di fisiologia, essendo dunque riferita a pochi casi. Tuttavia il rischio di politicizzazione è alto per una serie di motivi: la previsione di maggioranze non qualificate per la selezione dei giudici, la mancanza di un riconoscimento reciproco dei ruoli di maggioranza e opposizione (che produce problemi nel rinnovo delle cariche, sia per una eccessiva polarizzazione delle forze politiche che per l'assenza di meccanismi anti-blocco), alcune contingenze politiche sfortunate, sintomo tuttavia di sistemi istituzionali non equilibrati. Bisogna inoltre distinguere per questi paesi tra il funzionamento delle prime corti costituzionali, nel periodo immediatamente successivo alla transizione, e i rinnovi successivi.

I casi presi in considerazione sono posti su una scala che va da un livello massimo di politicizzazione in Ungheria e Polonia, dove si è di fatto prodotta la "cattura" politica delle corti, ai casi di Repubblica ceca e

⁴⁰ In precedente i giudici costituzionali erano tutti nominati dal capo dello Stato col consenso dell'Assemblea monocamerale.

Slovacchia, dove esiste un certo rischio di politicizzazione per le regole di selezione dei giudici previste e per le condizioni politiche del contesto ma il sistema è stato finora in equilibrio, ed infine ad una democrazia “fragile” come l’Ucraina in cui negli ultimi anni la politicizzazione della corte si è prodotta nonostante regole sulla carta garantiste a causa di un sistema politico polarizzato e dominato dalla corruzione e da influenze geo-politiche esterne. In questo paese la condizionalità europea, dopo che si è formalmente accolta l’istanza di adesione all’Unione, ha particolarmente insistito sulla necessità di prevedere meccanismi di pre-selezione dei giudici di fatto sottratti alla disponibilità delle autorità nazionali.

La tripartizione dei casi corrisponde anche, grosso modo, a quella distinzione tra nomine parlamentari, collaborative e miste che abbiamo individuato in precedenza, con l’avvertenza che proprio lo scollamento tra il garantismo di certe procedure e gli esiti politici concreti dimostrano i limiti dell’ingegneria costituzionale in contesti in cui la cultura politica e costituzionale non è sufficientemente stabilizzata. L’obiettivo è quello di dimostrare se, come e in che ampiezza la scelta dell’uno o dell’altro sistema di selezione dei giudici abbia avuto riflessi sulla degenerazione illiberale. Inoltre va considerato che non c’è solo il rischio di “cattura” ma anche quello di paralisi, come si è visto nei casi esaminati, essendo entrambe queste situazioni causate da tentativi di politicizzazione delle corti costituzionali.

4.1 La “cattura” delle corti costituzionali in Ungheria e Polonia come prodromo verso l’eliminazione delle garanzie contro-maggioritarie

Il processo che ha condotto a quella che è stata definita “cattura” delle corti costituzionali da parte di maggioranze politiche populiste costituisce ormai un evento che è giunto a compimento dopo una fase contrastata durata pochi anni e la cui reversibilità potrà essere valutata nei prossimi anni in Polonia (dove il PiS ha perso le elezioni politiche del 15 ottobre 2023) mentre nel caso dell’Ungheria al momento non si presagiscono immediate evoluzioni. L’interesse per lo studio di queste vicende risiede nella necessità di capire come avviene la cattura in modo da fungere da monito in altri casi nonché per avanzare ipotesi sul ripristino della normalità costituzionale.

Per indicare la cattura delle corti costituzionali si è anche usato il termine “court packing”, che tuttavia nella sua concezione originaria, ossia in relazione alla Corte suprema americana ai tempi di F.D. Roosevelt, si riferiva più specificatamente all’aumento del numero di componenti della Corte per produrne uno spostamento verso posizioni più progressiste (analoghe proposte, tra le altre, sono state avanzate dalla commissione istituita nel 2021 su iniziativa dell’amministrazione Biden, sempre con la stessa finalità)⁴¹ mentre con riferimento ad altri paesi, ed ancor più specificatamente a quelli dell’Europa centro-orientale come Ungheria e

⁴¹ Le proposte della commissione sono state alquanto variegate, in particolare prevedendo tecniche di *packing*, *term-limits*, *selection* e *jurisdiction stripping*. Vedi Membership and Size of the Court, White House (Oct. 15, 2021), www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/10/MEMBERSHIP-AND-SIZE-OF-THE-COURT_.pdf.

Polonia, il termine cattura assume un significato sicuramente negativo, ed include varie tecniche che non si limitano all'aumento del numero dei giudici ma includono vari tipi di manipolazioni della composizione delle corti costituzionali per neutralizzarne il potenziale anti-maggioritario o addirittura per renderle uno strumento di supporto delle politiche governative⁴². A quest'ultimo proposito, si nota come le corti "catturate" dopo la resistenza iniziale non appaiono formalmente molto diverse da quelle precedenti, quello che cambia è la giurisprudenza e il ruolo complessivo, essendo del tutto discreditate come contro-poteri e istanze contro-maggioritarie⁴³. Tuttavia, in genere, le regole di selezione dei giudici costituzionali non cambiano.

Da quanto detto si deduce che le tecniche di *court packing* si propongono obiettivi di valenza differente a seconda del contesto politico in cui si applicano, pur risultando in ogni caso processi discutibili per la violazione dei principi dello stato di diritto formale e materiale. Sempre per restare nel novero delle considerazioni generali, che però valgono soprattutto per i paesi qui analizzati, si potrebbe far riferimento a concetti più complessi per indicare la democratizzazione di una corte costituzionale o meglio la sua de-politicizzazione ossia riferirsi al *court vetting*, fenomeno che si è già verificato più volte in questi paesi a seguito di diversi cambi di regime e che ben potrebbe essere riportato in auge anche per il futuro, proprio con riferimento ai due paesi illiberali, per rispondere al *court packing* con un *court vetting*.

Per quando più specificatamente riguarda la cattura politica delle corti costituzionali, si è già scritto molto su quello che è accaduto agli inizi della "degenerazione illiberale" in Ungheria e Polonia e precisamente tra il 2010 e il 2013 in Ungheria e tra il 2015 e il 2016 in Polonia, essendosi la dottrina focalizzata sia sulle vicende costituzionali interne che sulla prospettiva esterna, ossia sulla violazione dello stato di diritto nel contesto europeo⁴⁴. I

⁴² Ben individuate da D. Kosař, K. Šipulova, *Comparative Court-Packing*, in (1) *Int'l J. Const. L.* 80, 83 (2023), che parlano di tre sostanziali strategie ossia "expanding", "emptying" e "swapping" (esempio di *expanding strategy* è l'aumento del numero dei giudici; esempi di *emptying strategy* sono la riduzione del numero dei giudici, le ferie forzate, e il *benching*; esempi di *swapping strategy* sono la riduzione dell'età pensionistica o della nomina a vita, della durata del mandato, meccanismi di lustrazione o *vetting*; la sottoposizione a procedimenti disciplinari o penali o ad *impeachment* abusivi, le destituzioni forzate, la nomina a diverse funzioni – il cosiddetto *golden parachute* –, minacce di violenza, interferenza nella proprietà privata). Vedi anche G. Delledonne, "Cattura" delle corti costituzionali e designazione dei loro componenti: un quadro comparato, cit.

⁴³ In argomento J. Petrov, *(De-)judicialization of politics in the era of populism: lessons from Central and Eastern Europe*, in 26 *Int'l J. Hum. Rts.* (2022). Come rilevato da P. Castillo-Ortiz, *The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe*, cit., 67 ss., il ruolo che rivestono le corti costituzionali "illiberali" dopo la cattura è peculiare conducendo ad una de-normativizzazione della costituzione in un regime che viene definito "ibrido" (si distinguono quattro ruoli peculiari delle nuove corti: "*opportunistic instrumentalism*", "*transformation of a constitutional constraint into a legitimising tool*", "*tool of constitutional mutation*", "*creation of perverse constitutional incentives*").

⁴⁴ Numerosi sono i contributi dei costituzionalisti ungheresi e polacchi sui rispettivi paesi con opere di pregevole livello qualitativo. Tra le opere più recenti T. Drinóczi, A. Bień-Kacała. *Illiberal Constitutionalism in Poland and Hungary: The Deterioration of*

range temporali indicati si riferiscono al breve periodo in cui, grazie a modifiche costituzionali o legislative, insieme a nomine “forzate”, anticipate, o intervenute a scadenza naturale del mandato, le nuove maggioranze di governo sono riuscite a dominare la composizione della corte costituzionale, ossia a nominare giudici ad esse graditi o meglio scelti senza alcun accordo o partecipazione dell’opposizione, così contravvenendo a prassi del passato.

Nonostante si tratti di questioni ormai datate – che hanno meravigliato per la velocità e relativa facilità non priva di forzature o palesi violazioni della legalità costituzionale in cui queste “sostituzioni” sono avvenute – vale la pena di ricordare cosa è successo per poi fare qualche ipotesi finale sul ripristino, ma anche per mettere in guardia su degenerazioni che dovessero avvenire altrove dal momento che sia in Ungheria che in Polonia la sottomissione politica delle corti costituzionali ha seguito un percorso simile, nonostante le differenze di strumenti e processi.

Vale la pena altresì ricordare che prima della degenerazione politica e costituzionale avvenuta nei due paesi, le rispettive corti costituzionali godevano di elevato prestigio ed autorevolezza, anche a livello internazionale, essendo considerate attori importanti del processo di democratizzazione. Questo anche grazie alla selezione di giudici costituzionali di elevata cultura e professionalità ed al concorso nella procedura di selezione delle forze di maggioranza ed opposizione secondo il modello consensuale tedesco⁴⁵. In entrambi i paesi alla cattura delle corti costituzionali (e supreme) ha poi fatto seguito la naturale evoluzione del loro ruolo al punto da diventare vere e proprie “stampelle” della maggioranza di governo.

Ungheria

In questo paese non ci sono significative tradizioni di giustizia costituzionale. Solo con la revisione costituzionale del 1983, nell’ambito di una limitata liberalizzazione voluta dal regime comunista, era stato introdotto un Consiglio di diritto costituzionale, definito come «quasi

Democracy, Misuse of Human Rights and Abuse of the Rule of Law, London-New York, 2022; W. Sadurski, *Courts. The Least Resilient Branch*, in W. Sadurski (Ed.), *A pandemic of populists*, Cambridge, 2022.

⁴⁵ Nella fase storica precedente la degenerazione illiberale la selezione dei giudici costituzionali polacchi rispetto ad altri paesi dell’area era stata particolarmente lodata da Z. Kühn, J. Kysela, *Nomination of Constitutional Justices in Post-Communist Countries: Trial, Error, Conflict in the Czech Republic*, cit., 185: «the Polish system, despite the absence of any checks and balances, generated the most respected post-communist constitutional court. Most Polish justices have foreign experience and, in their academic capacity, are visiting lecturers at the best universities worldwide». Gli Autori hanno anche fatto notare che in Polonia all’epoca, dove c’era un sistema politico molto meno stabile rispetto a quello ceco, solo il fatto che una maggioranza politica semplice potesse nominare i giudici costituzionali sarebbe stata una dimostrazione della stabilità dell’ordinamento, anche perché a differenza sempre dei cechi i parlamentari polacchi avrebbero evitato di selezionare figure prettamente politiche. Si riconosce tuttavia che «the remarkable stability of the Polish system of judicial nominations might have been caused by good luck» (*ivi*, 208).

commissione del parlamento»⁴⁶ composto da esperti di diritto costituzionale e da deputati che in sei anni di funzionamento ha pronunciato 11 decisioni relative al controllo *a posteriori* di norme sublegislative⁴⁷. Tuttavia la creazione di quest'organo ha costituito un sintomo dell'indebolimento «dello spirito comunista ortodosso» ed ha consentito, «sia ai circoli politici non ufficiali che alla maggioranza decisiva dei costituzionalisti di iniziare una battaglia per la creazione di un organo autentico incaricato della protezione della Costituzione»⁴⁸. In questo modo nel 1989 al cambio di regime nessuno degli attori politici coinvolti poteva contestare la necessità di stabilire una vera giurisdizione costituzionale. Tuttavia durante i dibattiti della tavola rotonda, memori anche della precedente esperienza limitata del Consiglio, si discusse a lungo se attribuire alla Corte costituzionale o al parlamento la decisione ultima sull'incostituzionalità di una legge. Fu l'Assemblea nazionale eletta nel 1985, dove alcuni deputati dell'opposizione erano presenti a seguito di elezioni suppletive, ad approvare la prima ampia revisione costituzionale il 23 ottobre 1989 (legge XXXI) nonché la legge sulla Corte costituzionale il 19 ottobre 1989 (legge XXXII⁴⁹).

Secondo queste prime disposizioni, i 15 giudici della Corte erano eletti dal parlamento monocamerale (Assemblea nazionale) su proposta di una commissione parlamentare. Secondo l'art. 32/A comma 4 cost., la «commissione per le nomine» era formata da un componente per ogni gruppo parlamentare dei partiti rappresentati nell'Assemblea nazionale e per l'elezione dei membri della Corte costituzionale occorrevano i voti favorevoli dei due terzi dei componenti dell'Assemblea nazionale⁵⁰. La legge 32/89 aveva previsto una procedura speciale per la prima composizione della Corte con la distinzione di tre gruppi di giudici: i primi 5 sono stati eletti il 23 novembre 1989 dal vecchio parlamento; l'Assemblea nazionale eletta nel marzo 1990 ha eletto altri 5 giudici e gli ultimi 5 avrebbero dovuto essere eletti dopo 5 anni nella legislatura successiva. Tale scaglionamento doveva assicurare la continuità del funzionamento della Corte grazie ad un rinnovo periodico⁵¹. I giudici erano eletti per un mandato di 9 anni rinnovabile una

⁴⁶ L. Trócsányi, *La justice constitutionnelle en Hongrie*, in M. Verdussen (sous la direction de), *La justice constitutionnelle en Europe centrale*, cit., 53.

⁴⁷ Come riporta M. Ganino, *Premessa a Ungheria*, cit., 387, il Consiglio aveva la stessa durata della legislatura e poteva inviare al Presidente del Presidium il proprio parere sulla non conformità di una legge alla Costituzione o sospendere gli atti sub-legislativi.

⁴⁸ L. Trócsányi, *La justice constitutionnelle en Hongrie*, cit., 54.

⁴⁹ Già la legge I del 1989 aveva previsto la Corte tuttavia con poteri solo sospensivi nei confronti della legge.

⁵⁰ Il testo in italiano della Costituzione dell'epoca in P. Biscaretti di Ruffia, con la collaborazione di M. Ganino, *Costituzioni straniere contemporanee*, vol. II, cit., 410.

⁵¹ Come riporta J.P. Massias, *Justice constitutionnelle et transition démocratique en Europe de l'Est*, cit., 357-358, questo scaglionamento era previsto anche dal primo progetto di legge sulla Corte, dove i giudici erano ancora 11 (il parlamento in carica ne avrebbe dovuto eleggere 5 e i restanti 6 sarebbero stati eletti dal parlamento di futura elezione). I giudici avrebbero dovuto essere designati dall'Assemblea nazionale dopo l'intervento di una commissione consultiva. Secondo una prima versione, la commissione di designazione era composta da 8 membri eletti dal parlamento cui si aggiungevano un rappresentante dell'Accademia delle scienze ungherese, della Corte suprema e del Consiglio nazionale degli avvocati. In una variante successiva i tre membri esterni scomparirono e i 12 componenti della commissione erano tutti eletti dal parlamento. I

sola volta ma vi era anche il limite di età di 70 anni. La Corte decideva nel plenum e in camere di tre membri. Il quorum costitutivo del plenum era di 8 giudici. La Corte ha iniziato a funzionare il 1° gennaio 1990 con 5 giudici. L'Assemblea nazionale eletta nel 1994 con la legge LXXVII del 1994 ha deciso di ridurre il numero a 11 e dunque di non eleggere gli ulteriori 5 giudici.

Per quanto riguarda la procedura di elezione, un ruolo importante è stato dunque rivestito dalla commissione per le nomine, nella quale tutti i partiti erano rappresentati da un membro e ogni partito aveva un diritto di voto così rendendo necessario l'accordo tra maggioranza ed opposizione. In alcuni casi addirittura i voti dell'opposizione erano superiori a quelli della maggioranza. Anche se il giudice era poi eletto dal parlamento alla maggioranza dei due terzi dei componenti (ma a suffragio segreto) la designazione della commissione era considerata vincolante. La ragione dell'introduzione di questa regola di composizione della "commissione per le nomine", rimasta in vigore fino al 2010, risiede nel fatto che i partiti di opposizione, che all'epoca avevano pochi deputati, hanno così potuto partecipare alla selezione dei giudici costituzionali alla pari dei rappresentanti del partito ex comunista. In questo modo «le forze democratiche hanno avuto la possibilità di far entrare i loro candidati in questa prima nuova istituzione del cambiamento di regime»⁵². Comunque fino al 2010 c'è stato un certo equilibrio e un *fair play* in cui persino gli ex comunisti rispettavano gli accordi.

I requisiti per essere eletti giudici erano molto rigorosi: età minima di 45 anni, laurea in giurisprudenza, cittadinanza ungherese, assenza di condanne penali. I giudici dovevano essere scelti tra giuristi teorici di elevata competenza, professori di università e dottori in scienze giuridiche o politiche oppure tra giuristi con almeno 20 anni di esperienza in una professione che richiedesse una qualificazione giuridica. I primi giudici costituzionali provenivano prevalentemente dalla carriera accademica per rendere più facile una scelta indipendente. Non poteva essere nominato giudice chi nei 4 anni precedenti fosse stato membro del governo, impiegato di un partito politico o dirigente nella pubblica amministrazione⁵³. Si consentiva solo ai docenti universitari di continuare le proprie attività. Ulteriore garanzia di indipendenza prevista dalla legge del 1989, ma poi

deputati potevano rigettare le proposte della commissione ma non potevano eleggere giudici non designati dalla commissione.

⁵² A. Adam, *La Cour constitutionnelle en Hongrie*, in G. de Vergottini (cur.), *Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei paesi dell'Europa centro-orientale*, cit., 210. Fin da allora diversi costituzionalisti, tra cui proprio Adam, si rendevano conto che il sistema "tedesco" poteva rivelarsi non adatto nel lungo periodo ed infatti si suggeriva l'introduzione di un sistema a quote di nomine distribuite tra i diversi poteri dello Stato (capo dello Stato, parlamento e Consiglio supremo di giustizia, *ivi*, 241). Un suggerimento analogo, più di recente, in K. Kelemen, *Appointment of Constitutional Judges in a Comparative Perspective – with a Proposal for a New Model for Hungary*, cit., 23. Vedi anche N. Chronowski, A. Kovács, Z. Körtvélyesi, G. Mészáros, *The Hungarian Constitutional Court and the Abusive Constitutionalism*, MTA Law Working Papers, 7/2022.

⁵³ Tale divieto, comprensibile al momento della transizione poiché le "persone impiegate di un partito politico" erano riferibili solo al PSOU, è presente anche nella legge attualmente vigente.

eliminata nel 2012, era il fatto che la sede della Corte non fosse Budapest ma Esztergom, l'antica capitale medioevale. Presidente e vice presidente erano eletti per tre anni con mandato rinnovabile dai giudici al loro interno con la maggioranza semplice dei voti alla partecipazione di tutti i giudici in sessione plenaria ed a scrutinio segreto.

Le regole per la selezione dei giudici costituzionali non sono formalmente cambiate dopo il 1989. Anche oggi i giudici sono eletti dalla maggioranza dei due terzi dei voti dei deputati dell'Assemblea nazionale. Tuttavia è mutato il contesto politico di riferimento poiché dal 2010 in avanti la stessa maggioranza politica detiene i due terzi o più dei seggi nel parlamento monocamerale. Ciò ha consentito a tale maggioranza non solo di riuscire a selezionare nel giro di pochi anni tutti i giudici costituzionali, ma anche di modificare agevolmente le modalità di individuazione dei candidati.

La trasformazione della Corte è iniziata già prima dell'adozione della nuova Legge Fondamentale⁵⁴, riguardando sia le modalità di elezione dei giudici e il loro numero che le competenze. Mentre, come visto, in base alla precedente Costituzione l'elezione avveniva su proposta di una commissione per le nomine composta in maniera paritaria dai rappresentanti di tutti i partiti in parlamento, ora invece la composizione della commissione rispecchia la consistenza dei gruppi parlamentari (sulla base di un emendamento costituzionale del 5 luglio 2010)⁵⁵ e non è più costituzionalizzata ma disciplinata dall'art. 7 della legge sulla Corte costituzionale del 2011⁵⁶. Inoltre, mentre in precedenza i giudici eleggevano al proprio interno il presidente, ai sensi della Legge Fondamentale i giudici ed il presidente della Corte sono eletti dall'Assemblea nazionale a

⁵⁴ Durante il (breve) percorso di elaborazione della nuova Legge Fondamentale del 2011 è stata avanzata la proposta di eliminare la Corte costituzionale attribuendo le relative funzioni alla Corte suprema.

⁵⁵ Art. 32A (5) «La Corte costituzionale si compone di 15 giudici eletti dal Parlamento. I membri della Corte costituzionale sono proposti da una Commissione per le nomine composta da membri dei partiti politici rappresentati in parlamento, tenendo in considerazione la percentuale che il loro gruppo rappresenta tra tutti i membri del parlamento. Una maggioranza dei due terzi dei voti dei membri del parlamento è necessaria per eleggere un membro della Corte costituzionale».

⁵⁶ «I membri della Corte costituzionale sono proposti da una commissione per le nomine, composta da almeno 9 e al massimo 15 membri, nominati dalle frazioni parlamentari dei partiti rappresentati in parlamento. La commissione deve contenere almeno un membro di ogni frazione parlamentare. I candidati devono essere ascoltati dalla commissione permanente del parlamento che si occupa delle questioni costituzionali». Ai sensi dell'art. 8 della legge, «i membri della Corte costituzionale sono eletti dal parlamento dopo aver ottenuto il parere della commissione permanente per le questioni costituzionali. Se il parlamento non elegge i candidati, la commissione per le nomine presenta una nuova proposta durante la stessa sessione parlamentare, ma entro 15 giorni al più tardi. A meno che la presente legge non preveda diversamente, il parlamento elegge il nuovo membro della Corte costituzionale entro 90 giorni dalla scadenza del mandato del predecessore. I membri della Corte costituzionale vengono insediati il giorno successivo alla scadenza del mandato del loro predecessore o, se eletti dopo la scadenza del mandato del predecessore o se il mandato del predecessore è stato prolungato il giorno stabilito nella decisione sulla loro elezione». Ai sensi dell'art. 9 i membri della Corte costituzionale devono prestare giuramento dinanzi al parlamento prima di prendere servizio: legge CLI del 2011 sulla Corte costituzionale, sul sito della Corte hunconcourt.hu/rules/act-on-the-cc.

maggioranza dei due terzi dei componenti (art. 24, c 8)⁵⁷. Con la legge LXI del 14 giugno 2011 il numero dei giudici passa da 11 a 15. Dal 1° gennaio 2012, con l'entrata in vigore della Legge Fondamentale il mandato dei giudici passa da 9 a 12 anni e non è più rinnovabile. Dal dicembre 2013 il limite massimo dell'età di pensionamento, che era fissato a 70 anni, è stato rimosso⁵⁸.

Fino al 2013 la Corte è stata composta in maniera quasi paritaria da nuovi giudici nominati dal Fidesz e da vecchi selezionati in maniera concordata, creandosi difficoltà nell'adozione delle decisioni. Successivamente però, a seguito di una serie di pensionamenti, la situazione si è spostata a favore della maggioranza di governo: tra il 2010 e il 2011 6 nuovi giudici sono stati eletti con le nuove regole, tra il 2012 e il 2014 altri 5. Nel 2016, quando alla maggioranza mancavano 1 o 2 voti per raggiungere i due terzi, altri 4 giudici sono stati eletti con i voti di un piccolo partito di opposizione.

Come detto sopra, la nuova maggioranza ha utilizzato anche altre tecniche per ridimensionare il ruolo della Corte come la riduzione o ridisegno delle competenze⁵⁹, la costituzionalizzazione di disposizioni legislative dichiarate incostituzionali⁶⁰ fino ad arrivare ad azzerare la giurisprudenza precedente al nuovo testo costituzionale con la IV revisione costituzionale⁶¹. Per quanto riguarda il comportamento della Corte nella fase successiva all'"assoggettamento", oltre alle sentenze di supporto alla visione identitaria della maggioranza di governo, la tendenza è quella di evitare i casi politicamente sensibili (con vari *escamotage*, tra cui dilazionare la decisione il più possibile) oppure pronunciarsi a favore della maggioranza governativa. Particolarmente significative sono le sentenze sull'identità

⁵⁷ Come ricorda L. Sólyom, le novità introdotte coincidono con le proposte avanzate (inutilmente) dai comunisti alla tavola rotonda nel 1989. L. Sólyom, *The Rise and Decline of Constitutional Culture in Hungary*, in A. von Bogdandy, P. Sonnevend (Eds), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Baden-Baden, 2015, 22.

⁵⁸ Sulle prime riforme che hanno inciso sulla selezione dei giudici vedi anche K. Kelemen, *Cinque nuovi giudici alla Corte costituzionale ungherese*, in *Diritti Comparati*, 1 dicembre 2011, www.diritticomparati.it/cinque-nuovi-giudici-alla-corte-costituzionale-ungherese/?print-posts=pdf. Vedi anche A. Di Gregorio (con la collaborazione di A. Angeli e J. Sawicki), *Il costituzionalismo "malato" in Ungheria e Polonia*, in A. Di Gregorio (cur.), *I sistemi costituzionali dei paesi dell'Europa centro-orientale, baltica e balcanica*, cit., 365-394.

⁵⁹ Le competenze sono state ridotte principalmente dalla nuova Legge Fondamentale e dalla IV revisione costituzionale del 2013.

⁶⁰ I dettagli sulle prime revisioni su theorangefiles.hu/amendments-to-the-fundamental-law/.

⁶¹ In particolare, con la Legge Fondamentale del 2011 alla Corte costituzionale è stato espressamente vietato di sindacare la costituzionalità delle leggi in materia di bilancio e fiscalità centrale fino a quando il debito pubblico superi la metà del PIL (a meno che non si tratti di violazione di alcuni diritti fondamentali come il diritto alla vita, la dignità umana, le libertà di pensiero, coscienza, religione e la protezione dei dati personali). La Corte, inoltre, non può più pronunciarsi sull'*actio popularis* (sebbene per compensare sia stato introdotto il ricorso individuale). Si rinvia a C. Piştan, *Giustizia costituzionale e potere giudiziario. Il ruolo delle corti costituzionali nei processi di democratizzazione ed europeizzazione*, cit., 355 ss.

costituzionale (soprattutto quella del 30 novembre 2016), e sulla superiorità della Legge Fondamentale sui trattati internazionali⁶².

In definitiva, il cambiamento della maggioranza e l'eliminazione della procedura che consentiva di raggiungere un bilanciamento tra maggioranza e opposizione nella selezione dei giudici ha prodotto, insieme anche all'aumento del numero dei giudici, una totale estromissione dell'opposizione. Ulteriore conseguenza del nuovo corso è il peggioramento della qualità dei candidati giudici, grazie anche ad un aggiramento o palese violazione dei requisiti previsti dalla legge CLI. Sono infatti stati nominati alla carica di giudice costituzionale persone prive del requisito di avere esercitato una professione giuridica da almeno 20 anni o di essere noti accademici in materie giuridiche⁶³. Nel 2019 altre innovazioni legislative hanno inciso negativamente sull'autonomia del potere giudiziario e della Corte costituzionale. Con la legge CXXVII del 2019 si è consentito agli ex giudici costituzionali di essere nominati giudici comuni saltando la procedura ordinaria di selezione, incluso il requisito di avere già rivestito una carica giudiziaria (che non è richiesto per la nomina a giudice costituzionale). Ciò ha consentito ad ex giudici costituzionali di accedere persino a cariche apicali, incluso il vertice della Curia, ossia la corte di vertice della giurisdizione ordinaria. Tuttavia nell'ambito delle riforme previste per la concessione dei fondi del *recovery plan* l'Ungheria si è impegnata ad eliminare la possibilità per gli ex giudici costituzionali di avere una corsia preferenziale per l'accesso alla giurisdizione ordinaria⁶⁴.

Polonia

L'introduzione del Tribunale costituzionale in Polonia risale alla revisione costituzionale del 26 marzo 1982, che ha modificato la Costituzione del 1952,

⁶² In argomento si rinvia a A. Di Gregorio, *Constitutional Courts in the Context of Constitutional Regression. Some Comparative Remarks*, in M. Belov (Ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law. Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary*, Oxford, 2019; D. Landau, R. Dixon, *Abusive Judicial Review: Courts against Democracy*, in 53 *U. Cal. Davis L. Rev.* 1313 (2019).

⁶³ Per i dettagli si rinvia a N. Chronowski, A. Kovács, Z. Körtvélyesi, G. Mészáros, *The Hungarian Constitutional Court and the Abusive Constitutionalism*, cit., 3 e 20. Vengono analizzati in particolare i cv di una serie di giudici "lealisti" come András Varga e Béla Pokol. Vedi anche Z. Sente, *The Decline of Constitutional Review in Hungary – Towards a Partisan Constitutional Court?*, in Z. Sente, F. Mandák, S. Fejes (Eds.), *Challenges and Pitfalls in the Recent Hungarian Constitutional Development*, Paris, 2015.

⁶⁴ Sul percorso di adeguamento si rinvia al *report* sulla *rule of law* 2023 della Commissione europea: commission.europa.eu/system/files/2023-07/40_1_52623_coun_chap_hungary_en.pdf. Si veda anche il documento ungherese che aggiorna sulle riforme intraprese: commission.europa.eu/system/files/2023-07/91_1_53184_input_mem_hungary_en.pdf dove si legge che «The Act implementing the judicial milestones removed the possibility for members of the Constitutional Court to become judges and then be appointed to the Curia without following the normal application procedure. The Act implementing the judicial milestones abolished the possibility for future that judges of the Constitutional Court judges apply for appointment as judges».

ed alla legge attuativa del 29 aprile 1985. I primi giudici sono stati eletti nel novembre 1985 e il 1° gennaio 1986 il Tribunale ha iniziato a funzionare⁶⁵.

Come ricorda Garlicki, la dottrina polacca fin dagli anni '70 aveva preso a respingere le precedenti opinioni dommatiche (es. Rozmaryn) sull'inammissibilità della giustizia costituzionale nel regime del socialismo reale⁶⁶, ma la questione ha iniziato a porsi fermamente dopo gli eventi dell'agosto 1980 e la nascita di Solidarność. Tuttavia, la revisione costituzionale è intervenuta dopo la proclamazione della legge marziale per cui il risultato è stato un'opera di compromesso. Ciononostante il nuovo organo è riuscito ad esprimere una giurisprudenza abbastanza indipendente, supportata dai circoli scientifici. Inoltre va rilevato che nonostante i limiti del contesto politico, durante l'elaborazione della legge del 29 aprile 1985 si presero in considerazione le leggi sulle corti costituzionali di Germania, Austria e Italia⁶⁷. Al momento della transizione alla democrazia, si è pertanto deciso di non modificare in maniera sostanziale la configurazione del Tribunale.

Relativamente alle modalità di selezione dei giudici, la revisione costituzionale del 1982 si limitava a prevedere, all'art. 33-a, c. 4, che «i membri del Tribunale costituzionale sono nominati dalla Dieta tra persone che si distinguono per le loro competenze giuridiche». La legge del 29 aprile 1985 ha specificato durata del mandato, procedura di elezione e qualificazione dei candidati. Si trattava allora di 12 giudici: un presidente, un vice presidente e 10 giudici eletti dal *Sejm* (o Dieta, allora parlamento monocamerale). Secondo il regolamento del *Sejm* e le altre disposizioni di diritto parlamentare, i candidati potevano essere presentati da un gruppo di almeno 15 deputati oltre che dall'ufficio di presidenza (o *presidium*) della Dieta. Per essere eletto giudice il candidato doveva ottenere la maggioranza assoluta dei voti alla presenza di almeno la metà del numero totale dei deputati. I giudici erano eletti per 8 anni, senza possibilità di ripetizione del mandato, ma ogni 4 anni si procedeva al rinnovo della metà. Per questo motivo 6 dei primi 12 giudici sono stati eletti solo per 4 anni. I requisiti dei candidati giudici costituzionali coincidevano con quelli richiesti per i giudici della Corte suprema o dell'Alta Corte amministrativa, ossia un'esperienza di almeno 10 anni di attività negli organi giudiziari o negli uffici giuridici della pubblica amministrazione. I professori universitari e i membri dell'Accademia delle scienze soddisfacevano di diritto i requisiti e nei fatti all'inizio hanno prevalso nella selezione. Il *Sejm* poteva revocare i giudici costituzionali con una procedura analoga a quella di nomina anche sulla base di una clausola elastica come quella dell'aver «mancato al giuramento». Il limite principale del sistema introdotto nel periodo socialista era la possibilità per il *Sejm* di superare le pronunce del Tribunale alla maggioranza qualificata dei due terzi dei voti alla presenza di almeno la metà dei deputati (la stessa prevista per la revisione costituzionale).

⁶⁵ L. Garlicki, *La justice constitutionnelle en Pologne*, in M. Verdussen (sous la direction de), *La justice constitutionnelle en Europe centrale*, cit., 87.

⁶⁶ L. Garlicki, *La justice constitutionnelle en Pologne*, cit., 88, fa i nomi di Burda, Siemieniński, ed altri.

⁶⁷ *Ivi*, 89.

Come detto sopra, le modalità di composizione del Tribunale non sono cambiate in maniera sostanziale dopo il 1989. Tra l'altro il quadro costituzionale in vigore fino al 1997 ha visto l'applicazione, oltre che della cosiddetta "piccola Costituzione" del 1992, anche di parti consistenti della vecchia Costituzione socialista, seppur modificate. Le regole di nomina non sono cambiate neppure con l'adozione della Costituzione del 1997. Tuttavia nel periodo costituente, come già era accaduto negli anni '20 e nel dibattito che ha preceduto la riforma costituzionale del 1982, si sono avanzate nuovamente proposte tese all'introduzione di un sistema di giustizia costituzionale simile a quello statunitense o perlomeno finalizzato ad attribuire alla Corte suprema, o ad una sua sezione specializzata, il controllo di costituzionalità⁶⁸. Anche se si è poi optato per la continuità, con la nuova Costituzione il Tribunale costituzionale è stato molto rafforzato. Alle scarse disposizioni costituzionali (artt. 120 e 194 cost.)⁶⁹, si è aggiunta la legge ordinaria del 1 agosto 1997 sul Tribunale costituzionale.

Dal punto di vista del ruolo, possiamo dire che il Tribunale costituzionale ha avuto un'importanza fondamentale, anche dal punto di vista simbolico, nella fase terminale del periodo socialista ma non ha rappresentato un attore così dirompente dopo il 1989 come è invece accaduto alla Corte costituzionale ungherese. La sua matrice socialista, e il fatto che il parlamento potesse ancora rigettare le pronunce di incostituzionalità⁷⁰, ne hanno limitato l'impatto, considerando che il rigetto non avveniva quasi mai in base a profili di natura costituzionale. Inoltre, alla fine del 1989 sedevano nel Tribunale costituzionale sei giudici eletti nel 1986 e sei eletti alla fine del 1989 (i cosiddetti "giudici di Solidarność"). Le elezioni dei nuovi giudici si sono svolte nel novembre 1993 nonostante i tentativi di alcuni deputati di sostituire anticipatamente i giudici "vecchi" ai quali si è opposta la commissione legislativa del *Sejm* ritenendo che la rimozione anticipata dei giudici fosse in contrasto col principio costituzionale dello "stato democratico di diritto".

La Costituzione dichiara espressamente che il Tribunale costituzionale è parte del potere giudiziario. I giudici sono sempre eletti dal *Sejm* (dal 1989 camera bassa del parlamento bicamerale) ma il loro numero è portato a 15 e la durata del mandato – non rinnovabile – a 9. Nella procedura di nomina si inserisce anche il Presidente della Repubblica, chiamato ad accogliere il

⁶⁸ W. Sokolewicz, *Constitutional Tribunal – The Polish variation of judicial review*, in G. de Vergottini (cur.), *Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei paesi dell'Europa centro-orientale*, cit., 244.

⁶⁹ L'art. 120 cost. stabilisce che «La Dieta approva le leggi a maggioranza semplice in presenza di almeno la metà dei suoi componenti, salvo che la Costituzione preveda una diversa maggioranza. Allo stesso modo la Dieta adotta le sue [altre] deliberazioni, se una legge o una deliberazione della Dieta non stabilisca diversamente». L'art. 194: «Il Tribunale costituzionale è composto da quindici giudici, eletti individualmente dalla Dieta per nove anni tra persone distinte per sapienza giuridica. Non è ammessa la rielezione al Tribunale costituzionale. Il Presidente e il Vicepresidente del Tribunale costituzionale sono nominati dal Presidente della Repubblica tra i candidati presentati dall'Adunanza generale dei giudici del Tribunale costituzionale».

⁷⁰ Fino al 1997 alla disciplina del Tribunale costituzionale non si è applicata la Piccola Costituzione del 1992 ma ancora la vecchia Costituzione socialista del 1952 parzialmente emendata.

giuramento dei giudici⁷¹ e a scegliere presidente e vice presidente tra i giudici proposti dall'Assemblea dei giudici del Tribunale. La legge non specifica la durata del mandato di queste due cariche ma si può dedurre che coincida con la durata del mandato di giudice. Circa i requisiti per essere nominati giudici, questi sono indirettamente precisati dalla legge, ossia si tratta dei requisiti richiesti anche per i giudici delle due altre corti supreme.

All'interno della procedura parlamentare di nomina – sostanzialmente prevista dal regolamento del *Sejm* – si possono individuare i seguenti passaggi, rilevando che il voto è separato per ogni singolo candidato: le candidature come in passato possono essere presentate dal presidium del *Sejm* (*speaker* e vice *speakers*) o da almeno 50 deputati, dunque dai maggiori gruppi parlamentari; vi è il parere della commissione permanente per la giustizia e i diritti umani (il *Sejm* può saltare questo passaggio in casi particolari); infine, per quanto riguarda la votazione, questa avviene durante una sessione plenaria del *Sejm*, per la validità della votazione serve la maggioranza assoluta dei voti dei deputati presenti. Il mandato del neo eletto giudice costituzionale decorre dal momento della pronuncia del giuramento, che è condizione per assumere l'ufficio⁷².

L'elezione avviene dunque alla maggioranza assoluta dei voti dei deputati anche se, a seguito del susseguirsi di diverse leggi attuative⁷³, al momento non compare più il riferimento al quorum strutturale, rendendo potenzialmente possibile l'elezione dei giudici costituzionali a maggioranza semplice dei componenti⁷⁴.

La combinazione tra maggioranza richiesta per l'elezione e frammentazione partitica favorita dalla formula elettorale proporzionale, ha fatto sì che dopo il 1989 si sia ottenuto un certo equilibrio nella composizione del Tribunale solo grazie all'alternanza delle maggioranze politiche di governo nelle varie legislature. La situazione è cambiata quando Piattaforma civica ha ottenuto la maggioranza relativa per due legislature di seguito (2007-2011 e 2011-2015), riuscendo a formare un governo in coalizione col partito popolare polacco, e quando verso la fine della VII legislatura (nel

⁷¹ Questo darebbe solennità alla carica, secondo W. Sokolewicz, *Constitutional Tribunal – The Polish variation of judicial review*, cit., 249.

⁷² W. Sokolewicz, *Constitutional Tribunal – The Polish variation of judicial review*, cit., 250.

⁷³ Le disposizioni applicabili all'elezione dei giudici includono quelle della Costituzione, delle leggi sul Tribunale costituzionale (trybunal.gov.pl/en/about-the-tribunal/legal-basis/the-constitutional-tribunal-act) e del regolamento del *Sejm* (libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/regulamin/esejm.html#:~:text=The%20Standing%20Orders%20of%20the%20Sejm%20of%20the,Monitor%20Polski%20of%202004%2C%20No.%2012%2C%20item%20182).

⁷⁴ Si tratta della maggioranza assoluta dei voti alla presenza di almeno la metà dei componenti della camera bassa, ma la precisazione sul quorum strutturale è scomparsa dalla nuova legge sullo *status* dei giudici del Tribunale costituzionale del 30 novembre 2016. Infatti, nelle formulazioni legislative precedenti della legge sul Tribunale costituzionale, fino alla legge del 22 luglio 2016, si parlava di «elezione a maggioranza assoluta dei voti alla presenza della metà dei membri dell'organo». Nelle risoluzioni più recenti sull'elezione dei giudici costituzionali vengono citati unicamente l'art. 194, c.1 cost., l'art. 2, c. 2 della legge del 2016, e l'art. 31, c. 1 del regolamento del *Sejm*. La legge del 30 novembre 2016 Sullo *status* dei giudici del Tribunale costituzionale all'art. 2 rinvia al regolamento del *Sejm* per i dettagli sul procedimento di elezione dei giudici.

2015) ha cercato, con un'apposita disposizione transitoria (art. 137) fatta inserire nella nuova legge sul Tribunale costituzionale del 27 giugno 2015 (un'opera di sistematizzazione delle disposizioni sulla giustizia costituzionale cui si stava lavorando da almeno due anni), di eleggere ben 5 giudici, mentre avrebbe teoricamente avuto diritto ad eleggerne solo 3 (e secondo alcune interpretazioni neanche questi, essendosi a fine legislatura, ma vi era un solo precedente in tal senso)⁷⁵.

Seguendo da vicino il precedente ungherese, la nuova leadership polacca vincitrice delle elezioni parlamentari del 25 ottobre 2015 ha iniziato a portare sotto il controllo della maggioranza di governo i principali poteri contro-maggioritari, a cominciare dal Tribunale costituzionale. Si è trattato di delegittimarne la composizione attraverso la sostituzione di 3 giudici legittimamente eletti nell'ottobre del 2015 con altri 3 eletti, all'inizio della legislatura successiva, nel dicembre 2015, e successivamente di favorire, grazie alla scadenza di altri giudici, il rinnovo quasi integrale dell'organo⁷⁶. Nella forzatura delle regole costituzionali ha avuto un ruolo di rilievo il Presidente della Repubblica Duda. Questi ha infatti rifiutato di accogliere il giuramento dei 5 giudici eletti l'8 ottobre 2015, anche se 3 di essi erano stati eletti legittimamente. Al contrario ha prontamente accolto (addirittura durante la notte) il giuramento dei 5 giudici eletti dal nuovo *Sejm* dopo avere annullato le 5 delibere di elezione precedenti il 3 dicembre, ossia poche ore prima che il Tribunale costituzionale pronunciasse la sentenza K 34/15 con la quale, nel giudicare alcune disposizioni della legge del 25 giugno precedente, ha stabilito l'illegittimità dell'elezione di 2 giudici sui 5 eletti dalla precedente legislatura⁷⁷.

⁷⁵ L'art. 137 prevedeva che entro 30 giorni dall'entrata in vigore della legge si potessero avanzare le candidature a tutte le cariche di giudice costituzionale che si sarebbero rese vacanti entro la fine dell'anno. Tuttavia il mandato di 3 giudici sarebbe venuto a scadenza prima della fine della VII legislatura mentre quello di altri 2 all'inizio dell'VIII legislatura. Secondo la Commissione di Venezia in caso di transizione politica si richiede una "cooperazione leale" tra le personalità che terminano il proprio mandato e quelle che stanno per iniziarlo al fine di garantire la continuità delle istituzioni. Vedi CDL-AD(2012)026, [www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2012\)026-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2012)026-e).

⁷⁶ La mancata entrata in carica dei 3 giudici – la cui elezione è stata dichiarata conforme alla Costituzione dal Tribunale costituzionale con la sentenza K34/15 del 3 dicembre 2015 – dipendeva dal fatto che il Presidente della Repubblica Duda ha rifiutato di accoglierne il giuramento (nonostante il TC avesse affermato che la Costituzione all'art. 194 parla di elezione dei giudici costituzionali solo da parte del *Sejm*, mentre il giuramento è previsto dalla legge di attuazione, e va dunque inteso come atto dovuto e formale e non elemento costitutivo dell'atto di selezione dei giudici). Come ricordato da J. Sawicki, *Gli interrogativi circa la degenerazione in una democrazia illiberale*, in *Nomos*, 1, 2016, 15, il governo ha esitato a pubblicare la sentenza K34/15 e lo ha fatto con ritardo, ossia il 15 dicembre, «lasciando trapelare l'opinione diffusa nel suo seno, per cui la sentenza non avrebbe avuto che "valore storico", non essendo in grado di produrre effetti legali tali da porre in discussione le scelte compiute dal Parlamento tra la fine di novembre e l'inizio di dicembre».

⁷⁷ Successivamente, il Tribunale ormai "catturato", nella decisione K 1/17 ha stabilito che il Presidente della Repubblica ha il diritto di rifiutare il giuramento. Per una sintesi degli "strappi" della legittimità costituzionale vedi K. Kubuj, *Difficile avenir de la justice constitutionnelle en Pologne. Changements législatifs, litiges et dilemmes persistants*, in *Lettre de l'Est*, 31, 2023 e M. Kruk, *La Pologne: la Constitution, la cour constitutionnelle et les*

In generale i politici del PiS hanno applicato nei confronti del Tribunale costituzionale diverse tecniche di *court packing*, ossia oltre alla nomina dei tre giudici illegittimi (“quasi giudici”), inserita da Kosař e Šipulova nelle tecniche di “swapping” (sostituzione), si è fatto ricorso anche alle ferie forzate (*forced vacation*), quando nel 2017 la neo eletta presidente del Tribunale Julia Przyłębska ha mandato in ferie il suo vice Biernat (faceva parte dei giudici della precedente composizione), così impedendogli di partecipare alle udienze (ferie durate fino al termine del mandato del giudice). Un'altra tecnica è quella del *benching* dei giudici applicata sempre nel 2017: il ministro della giustizia Ziobro ha contestato la legittimità dell'elezione di tre giudici costituzionali avvenuta nel 2010 (sostenendo che fossero stati eletti in blocco e non separatamente come previsto dalla legge); di conseguenza i tre giudici sono stati estromessi dai senati del Tribunale fino al termine dei loro mandati.

Dal punto di vista legislativo, il percorso involutivo ha previsto l'adozione prima di leggi di modifica della legge sul Tribunale costituzionale del 25 giugno 2015 (il 19 novembre 2015 e il 22 dicembre 2015), che andavano ad incidere su composizione e modalità e ordine di adozione delle decisioni⁷⁸, e poi di una legge completamente nuova nel luglio 2016, nonché il rifiuto di pubblicare le sentenze politicamente sgradite, ossia quelle che hanno deluso le aspettative della nuova maggioranza in relazione alla legittimità delle 5 nuove nomine e delle modifiche alla legge sul Tribunale costituzionale (in particolare le sentenze K 47/15 del 9 marzo 2016⁷⁹, K 39/16 dell'11 agosto 2016⁸⁰, K 44/16 del 7 novembre 2016⁸¹). Tutte le iniziative legislative sono state accompagnate da pareri negativi della

inquiétudes de l'opinion internationale, in Krytyka Prawa, tom. 9, 1, 2017. A sua volta W. Sadurski, *Courts. The Least Resilient Branch*, cit., parla di 5 “atti”.

⁷⁸ Cfr. J. Sawicki, *Prove tecniche di dissoluzione della democrazia liberale: Polonia 2016*, in *Nomos*, 1, 2016.

⁷⁹ In cui viene dichiarata completamente incostituzionale la legge del 22 dicembre 2015 che modificava la legge del 25 giugno precedente sul Tribunale costituzionale: per il fatto che aumentava i *quorum* costitutivi – rendendo in quel momento il Tribunale di fatto inoperativo, visto che non agiva in formazione completa – e quello deliberativo in alcune circostanze – fino ai due terzi; per aver previsto l'obbligo di esaminare le cause secondo l'ordine cronologico dei ricorsi; per aver fissato severe misure disciplinari per i giudici costituzionali, fino alla possibilità per il *Sejm* di revocare un giudice su richiesta del Presidente della Repubblica. Alcune di queste disposizioni hanno dovuto essere disapplicate dal Tribunale costituzionale prima di essere dichiarate illegittime. J. Sawicki, *Prove tecniche di dissoluzione della democrazia liberale: Polonia 2016*, cit.

⁸⁰ Dichiarò incostituzionali alcune disposizioni della legge del 22 luglio del 2016 sul Tribunale costituzionale, tra cui quelle che consentivano la possibilità ad una minoranza di giudici di formare numerose minoranze “di blocco” e quelle che consentivano l'ingerenza dell'esecutivo nel funzionamento dell'organo sullo svolgimento delle udienze e la pubblicazione delle decisioni. La legge prevedeva pure l'obbligo per il presidente uscente del Tribunale di chiamare a esercitare le proprie funzioni 3 giudici che già erano stati dichiarati impropriamente eletti alla carica dalla sent. K 34/15.

⁸¹ Anch'essa non accettata e non pubblicata, con il pretesto che 3 dei “nuovi” giudici si erano rifiutati di prendere parte alle udienze, in protesta contro la mancata ammissione al collegio, da parte del presidente uscente Andrzej Rzepliński, degli altri 3 indebitamente eletti nel dicembre 2015. La situazione si è poi sbloccata con la scadenza del vecchio presidente Rzepliński e l'elezione di nuovi giudici da parte del *Sejm*.

Commissione di Venezia che solo in limitata parte sono stati presi in considerazione⁸².

Essendosi assicurata la nomina della maggioranza dei giudici grazie appunto a forzature e colpi di mano, la maggioranza ha poi rinunciato, viste anche le proteste europee, a perseguire regole che avrebbero di fatto impedito il funzionamento del Tribunale, tornando sostanzialmente alle regole precedenti con le leggi del 30 novembre 2016⁸³. Tali leggi tuttavia hanno introdotto dei meccanismi che col tempo si sono ritorti contro la stessa maggioranza che le ha volute adottare, e ciò riguarda in particolare la questione del quorum strutturale del Plenum del Tribunale (che la legge del 30 novembre 2016 «Sull'organizzazione e il funzionamento del Tribunale costituzionale» ha portato a 11, contro la proposta di 13 del dicembre 2015 che modificava la disposizione ancora precedente che ne richiedeva 9) e la limitazione della durata del mandato del presidente del TC – fino a quel momento senza scadenza e dunque coincidente con quella di giudice – che è stata fissata a 6 anni dalla stessa legge del 30 novembre 2016 entrata in vigore il 3 gennaio 2017 (dopo la necessaria *vacatio legis*, essendo stata pubblicata sulla gazzetta ufficiale il 19 dicembre 2016). Ciò ha causato una diatriba interna al TC col rifiuto di una minoranza di 6 giudici (indispensabile per ottenere il quorum strutturale del Plenum), pure affiliati al PiS, di partecipare ai lavori dell'organo fino a che la presidente non si fosse dimessa allo scadere dei 6 anni⁸⁴.

Come rilevato, di fatto, i populistici necessitavano di una corte amichevole capace di esercitare una funzione legittimante nei loro confronti⁸⁵, così riducendo il Tribunale costituzionale ad un organo a

⁸²

CDL-AD(2016)001-e

Opinion on amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016), dell'11 marzo 2016, e CDL-AD(2016)026-e Poland – *Opinion on the Act on the Constitutional Tribunal*, adopted by the Venice Commission at its 108th Plenary Session, (Venice, 14-15 October 2016), del 14 ottobre 2016.

⁸³ Che dividono in due la precedente disciplina unitaria e che sono seguite da una ulteriore legge del 13 dicembre che detta alcune disposizioni transitorie. Circa la fine dell'accanimento contro il Tribunale costituzionale una volta acquisitane la maggioranza e sul contenuto della nuova disciplina vedi J. Sawicki, *L'erosione 'democratica' del costituzionalismo liberale. Esperienze contrastanti dell'Europa centro-orientale*, Milano, 2020, 181, secondo cui «questo impianto normativo costituisce una restaurazione dello *status quo ante* deprivata di ciascuna delle 'invenzioni' – perverse, secondo la valutazione di chi scrive – introdotte tra la fine del 2015 e la prima metà del 2016». L'elemento simbolicamente più grave è l'inosservanza da parte di governo e capo dello Stato delle sentenze del Tribunale costituzionale: si tratta di un atteggiamento analogo a quello già adoperato in Ungheria, dove però sono state inserite nel testo della Costituzione le disposizioni dichiarate incostituzionali poco tempo prima.

⁸⁴ Quest'ultima, supportata dal governo dell'epoca, riteneva di non ricadere nella limitazione prevista dalla norma essendo stata eletta presidente prima dell'entrata in vigore della legge, ossia nel periodo della *vacatio legis* successiva alla pubblicazione dell'atto. Vedi J. Sawicki, *La paralisi autoinflitta della giustizia costituzionale come ultimo paradosso della svolta illiberale*, cit.

⁸⁵ W. Sadurski, *Courts. The Least Resilient Branch*, cit., 118.

servizio dell'esecutivo⁸⁶. In definitiva, sembra che la Polonia abbia seguito lo stesso percorso dell'Ungheria per "catturare" la propria corte costituzionale, tuttavia in mancanza della maggioranza costituzionale il partito conservatore ha dovuto agire in maniera diversa violando il giudicato costituzionale più volte e dunque la stessa Costituzione. All'inizio della trasformazione costituzionale il Tribunale ha cercato di resistere col supporto internazionale e dei giudici della giurisdizione ordinaria. Ma una volta effettuato l'"impacchettamento" si è pronunciato solo in casi di scarso rilievo o a favore dell'esecutivo senza alcuna discussione di rilievo culturale o giuridico. Tuttavia, a differenza dell'Ungheria, dove il quadro costituzionale è più chiaro e coerente, la delegittimazione del Tribunale costituzionale e della sua giurisprudenza successiva alla "cattura" (inclusa la decisione anti-europea del 7 ottobre 2021) risulta più evidente, come confermato anche dalla Corte EDU nella sentenza sul caso *Xero Flor*⁸⁷. Non si tratta tanto di contrastare la contestazione delle disposizioni del TUE (astrattamente possibile), quanto di riconoscere l'illegittimità della composizione del Tribunale polacco che non è più un organo terzo e imparziale data la sua precedente politicizzazione ad opera della maggioranza populista in contrasto sia con il diritto costituzionale interno vigente che con la precedente giurisprudenza costituzionale proprio in materia di relazioni tra diritto interno e diritto europeo. Queste considerazioni possono avere un ruolo nel ripristino della legalità costituzionale dopo la vittoria delle precedenti forze di opposizione alle elezioni parlamentari del 15 ottobre 2023. Tuttavia, come si dirà più avanti, la soluzione da trovare non sarà certo facile dal punto di vista giuridico-costituzionale e politico, considerando che il PiS costituisce il partito di maggioranza relativa (anche se non è riuscito a formare il governo), e dunque

⁸⁶ Come testimoniano una serie di decisioni adottate dal 2017 in poi che hanno o legittimato le riforme del potere giudiziario, o comunque difeso la maggioranza al governo in vario modo. In argomento, si veda W. Brzozowski, *Can the constitutional court accelerate democratic backsliding? Lessons from the Polish experience*, in M. Belov (Ed.), *The Role of Courts in Contemporary Legal Orders*, cit. L'Autore distingue tre fasi nella conquista del Tribunale da parte del PiS: "origins", "neutralization", "absorption". Per quanto riguarda il comportamento successivo al 2017 si distinguono le decisioni in cui il Tribunale avrebbe dimostrato un "populismo militante" (K 1/17 del 2017: i giudici "doppioni" sarebbero legittimi; K 10/17 del 2017: le corti ordinarie non avrebbero la competenza di verificare la validità dell'elezione del presidente del TC); sarebbe stato complice del governo (K 5/17 del 2017: il Consiglio nazionale della magistratura nella sua precedente composizione è considerato illegittimo e il parlamento avrebbe avuto ampia discrezionalità nel disegnarne uno nuovo; K 12/18 del 2019: il nuovo CNM sarebbe conforme alla Costituzione); o sostenitore "silente" (Kp 1/17 del 2017: si considera conforme a Costituzione la modifica alla legge sulle manifestazioni cicliche; K 9/17 del 2018: si ritiene che il Presidente della Repubblica possa concedere la grazia in qualunque momento persino prima della sentenza definitiva).

⁸⁷ S. Gianello, *Se il Trybunał Konstytucyjny dichiara l'inesistenza della decisione Xero Flor v. Poland della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: alcune riflessioni a margine*, in *DPCE Online*, 3, 2021. Anche la Commissione europea ha finalmente focalizzato in questi termini il problema polacco prima intentando una procedura di infrazione il 22 dicembre 2021 per le decisioni del TC polacco del 14 luglio e del 7 ottobre 2021 e (ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/EN/IP_21_7070) e poi deferendo la Polonia alla Corte di Giustizia il 15 febbraio 2023 (ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_842).

principale forza di opposizione, e che le elezioni non hanno certo dato vita ad uno scenario da “regime change” come nel 1989, nonostante certi toni della campagna elettorale ed il fatto che l’affluenza alle urne sia stata addirittura superiore a quella delle prime elezioni “semilibere” del giugno 1989.

4.2 Le Repubbliche ceca e slovacca

Va innanzitutto detto che questi due paesi si distinguono da Ungheria e Polonia per una serie di caratteristiche politiche ed istituzionali: vi sono rischi di populismo ma non esiste un fattore ultra maggioritario grazie al sistema istituzionale e politico caratterizzato da maggiore pluralismo e dal funzionamento dei *check and balances* (governi di coalizione, forte ruolo della società civile, autorevolezza del capo dello Stato elettivo, *media* indipendenti). Vi sono inoltre delle ricche tradizioni costituzionali in materia di giustizia costituzionale. Infatti, le corti costituzionali istituite dalle Costituzioni ceca e slovacca del 1992 rappresentano la quarta tappa di evoluzione della giustizia costituzionale in queste terre partendo dall’esperienza degli anni ’20, poi passando per le corti socialiste rimaste sulla carta e infine per la Corte costituzionale federale istituita nel 1991. Il senso di continuità con l’esperienza federale post-comunista si nota anche nel fatto che i giudici cechi di quella Corte sono andati a comporre in parte la prima Corte costituzionale ceca mentre le regole in vigore per la selezione dei giudici federali sono state riprese quasi integralmente dal costituente slovacco. Rimane poi la continuità della giurisprudenza pionieristica espressa da quella Corte, soprattutto in materia di stato di diritto.

Pur basandosi su regole simili per la selezione dei giudici costituzionali (la condivisione del potere di nomina tra capo dello Stato e parlamento, la possibilità di rinnovo del mandato dei giudici) nonché su di una forma di governo sostanzialmente parlamentare con un sistema elettorale proporzionale, la selezione dei giudici costituzionali si è distinta all’inizio per una maggiore opacità e conflittualità tra i poteri nel caso slovacco rispetto alla prima composizione della Corte costituzionale ceca dove sedevano – grazie alla sensibilità del Presidente Havel ed alla eredità di alcuni giudici dalla precedente Corte costituzionale federale – esponenti della dissidenza anti-comunista o perseguitati dal regime. Col tempo però i rapporti politici e le ricadute sul processo di nomina si sono evoluti in direzione diversa, laddove nella Repubblica ceca il Senato ha contrastato con maggiore sicurezza i tentativi dei Presidenti di imporre propri candidati (nei frangenti di dissonanza politica tra i due organi costituzionali), provocando lunghe vacanze all’interno della Corte, mentre in Slovacchia in presenza di situazioni ancor più conflittuali, il sistema ha tenuto, grazie anche al rispetto delle decisioni adottate in proposito dalla stessa Corte, che ha stabilito che il Presidente non può rifiutarsi di nominare i candidati proposti dal parlamento se non in casi gravi ed adeguatamente motivati. Da ciò risulta che mentre nella Repubblica ceca le procedure non sono formalmente cambiate, e dunque il rischio di politicizzazione teoricamente rimane, ma si sono formate delle prassi tali da garantire l’indipendenza della Corte, le crisi costituzionali slovacche, soprattutto quelle verificatesi tra il 2014 e il 2017 e poi di nuovo nel 2019 hanno spinto gli attori politici a trovare delle soluzioni normative

(in assenza di un consenso più ampio su di una riforma costituzionale) che dovrebbero agevolare la selezione di giudici di qualità che però non risolvono il problema di un eventuale blocco né il rischio di nuovi tentativi di politicizzazione.

Va altresì detto che, rispetto alla Corte costituzionale ceca quella slovacca nella sua breve esistenza si è trovata in più occasioni al centro della contesa politica spingendo il legislatore ad intervenire. Fin dai tempi di Mečiar (politico populista che ha ricoperto la carica di primo ministro fino al 1998), la Corte slovacca ha avuto problemi a preservare la propria autonomia dal rischio di cattura populista ma grazie anche alle pressioni della condizionalità europea gli attori politici sono stati invitati ad introdurre riforme per renderla più autonoma dal potere politico. La Corte ceca – pur essendo partita in sordina rispetto a quelle polacca e ungherese – è divenuta col tempo un attore istituzionale importante in funzione contro-maggioritaria e di equilibrio, ma a prescindere dalle regole formali. Sulla carta i giudici cechi sarebbero più esposti ad influenze politiche ma nei fatti sono rimasti indipendenti quindi ha funzionato la cultura costituzionale mentre in Slovacchia un ruolo importante è stato giocato anche dall'ingegneria costituzionale.

4.2.1 Autonomia della Corte e ambiente politico condizionato nella Repubblica ceca

Il caso della Repubblica ceca presenta diversi profili di interesse. Innanzitutto si tratta di uno degli ordinamenti dell'area in cui la stabilizzazione democratica è più solida e radicata e, per quanto riguarda la Corte costituzionale, questa gode di legittimazione ed autorevolezza mai messe a rischio nonostante episodici momenti di crisi. In secondo luogo, sulla carta, le modalità di selezione dei giudici – che solo in apparenza si potrebbero ricondurre al “modello americano” data l'enorme differenza di contesto, di ordinamento giuridico e di forma di governo rispetto agli USA⁸⁸ – sarebbero potenzialmente soggette a rischio di politicizzazione. Infatti, i 15 giudici costituzionali sono nominati per un mandato di 10 anni dal Presidente della Repubblica col consenso del Senato (art. 84 cost.)⁸⁹. Si tratta

⁸⁸ Nonostante il paragone sia puramente formale, considerando che si tratta di una Corte costituzionale in un paese di *civil law* con forma di governo parlamentare, alcuni autori hanno effettuato un parallelismo con il sistema americano. Vedi Z. Kühn, J. Kysela, *Nomination of Constitutional Justices in Post-Communist Countries: Trial, Error, Conflict in the Czech Republic*, cit., 184; D. Kosař, L. Vyhnánek, *The Constitutional Court of Czechia*, Justin Working Paper Series, 2020, 17.

⁸⁹ La maggioranza è quella assoluta dei senatori presenti, come previsto dall'art. 140, c. 3 del regolamento del Senato. Inoltre, come prescrive lo stesso articolo 140 ai commi 1 e 2, ed in base alla prassi che si è consolidata, quando arrivano le proposte del Presidente lo *speaker* del Senato le sottopone a due commissioni, quella per gli affari costituzionali e quella per la scienza, istruzione, cultura e diritti umani. Dinanzi alle commissioni avvengono delle vere e proprie audizioni con i senatori che pongono domande ai candidati, prevalentemente relative a questioni di diritto e di giurisprudenza costituzionale. Successivamente i relatori delle due commissioni e i candidati giudici si presentano alla sessione plenaria del Senato. Il Senato può deliberare o pubblicamente o con voto segreto. Come notato da D. Kosař, L. Vyhnánek, *The Constitutional Court of*

di una modalità peculiare che non si rinviene in altri paesi dell'area e la cui *ratio* pare da ricondursi ad una decisione dell'ultimo minuto che avrebbe dovuto rafforzare il ruolo dell'allora Presidente Havel. Un altro elemento che sembra contrapporsi alle esigenze di autonomia ed indipendenza dei giudici è la possibilità di rinnovo della carica (evento come sappiamo raro nel panorama comparato; così era anche per i giudici costituzionali slovacchi fino alla revisione costituzionale del 2001 e per quelli ungheresi fino alla Legge Fondamentale del 2011), ossia il mandato di 10 anni è rinnovabile senza limiti, in assenza di disposizioni di divieto esplicite al riguardo (nella prassi alcuni giudici sono stati rieletti solo una seconda volta). Inoltre, pur nella condivisione del potere di nomina, la posizione della camera alta e del Presidente non sono paritarie dal momento che, quale meccanismo anti-blocco, l'art. 6, comma 2 della legge 182/1993 sulla Corte costituzionale prevede che se entro 60 giorni dalla proposta il Senato non ha reagito alla proposta del capo dello Stato, questa si ritiene automaticamente accettata⁹⁰. Infine, il Presidente sembra godere di un'ampia discrezionalità nella selezione delle personalità da nominare (pur all'interno dei requisiti prescritti dalla Costituzione⁹¹) dal momento che la nomina è sostanzialmente libera (mentre in Slovacchia le candidature proposte dal parlamento al capo dello Stato devono essere presentate da un elenco piuttosto lungo di attori istituzionali).

La prassi ha aggiunto nel tempo degli elementi che vanno ad integrare questo quadro e soprattutto, nonostante gli evidenti rischi di politicizzazione di questa procedura, la nomina dei giudici costituzionali fin dall'inizio ha prodotto un livello di professionalità ed indipendenza notevoli, contribuendo a forgiare una tradizione solida, soprattutto in confronto agli altri paesi dell'area. Il comportamento dei primi tre Presidenti della Repubblica è stato diverso: mentre Havel ha consultato le migliori menti ed istituzioni giuridiche del paese attingendo soprattutto al bacino degli ex dissidenti emigrati o dei giuristi perseguitati dal regime comunista⁹², Klaus si è fidato

Czechia, cit., 21, il cuore del dibattito ha luogo non nelle commissioni, dove le domande sono formali e semplici, né nella sessione plenaria, dove raramente i senatori pongono domande, bensì agli incontri dei candidati con i gruppi parlamentari, che hanno luogo a porte chiuse.

⁹⁰ Tale disposizione anti-blocco – che non è mai stata applicata finora – viene considerata incostituzionale dalla dottrina ceca perché la Costituzione richiede perentoriamente il consenso del Senato. Vedi E. Wagnerová et al., *Komentář k § 6* (commento all'art. 6), in *Zákon o Ústavním soudu. Komentář* (Legge sulla Corte costituzionale. Commentario), Praha, 2007.

⁹¹ Ai sensi dell'art. 84, c. 3 «può essere nominato giudice della Corte costituzionale un cittadino dalla reputazione irrepreensibile, che sia eleggibile al Senato, con formazione universitaria di tipo giuridico e che abbia svolto per almeno dieci anni una professione giuridica».

⁹² L'istanza anti-comunista ha caratterizzato in maniera particolare le scelte di Havel anche se, per carenza di persone qualificate, egli ha dovuto nominare alcuni giuristi che avevano fatto parte del partito comunista, seppure non nei ranghi apicali. Come ricordano Z. Kühn, J. Kysela, *Nomination of Constitutional Justices in Post-Communist Countries: Trial, Error, Conflict in the Czech Republic*, cit., 189 ss. Havel ha sondato l'attitudine dei candidati a ricorrere a ragionamenti giuridici di tipo non formalista ed anti-positivista ed il più vicino possibile allo stile occidentale. Ciò ha comportato la formazione di una prima Corte costituzionale progressista, che ha agito come attore del

soprattutto dei suoi consulenti essendo più attento al profilo politico dei candidati, prassi sostanzialmente ereditata da Zeman⁹³, questo perché entrambi erano stati politici di peso, ex premier ed ex leader di partito. Per quanto riguarda il nuovo Presidente Petr Pavel, eletto il 28 gennaio 2023, questi finora ha nominato 11 giudici (sembrando seguire le modalità prescelte da Havel), incluso il nuovo presidente della Corte Josef Baxa, ma nel corso del suo mandato verranno a scadenza altri 3 giudici, e quindi li rinnoverà quasi tutti⁹⁴.

Un'altra peculiarità da segnalare è il fatto che non essendo stata prevista una nomina a rotazione, fino a tempi recenti la Corte si è rinnovata quasi del tutto in blocco, legandosi molto la sua composizione alla personalità dei diversi capi dello Stato, al punto da potersi parlare di "Corte Havel", "Corte Klaus" e "Corte Zeman". Il rinnovo di alcuni giudici per un secondo mandato e alcune defezioni dovute a dimissioni o decessi (mentre non è prevista un'età limite per restare in carica valendo solo la scadenza decennale della carica) hanno però nel tempo reso meno evidente il legame tra un Presidente e la "sua" Corte costituzionale.

La prima composizione della Corte costituzionale si è formata in un periodo storico assolutamente peculiare (1993-2003). Tra le particolarità procedurali dell'epoca vi era innanzitutto il fatto che non essendo ancora stato istituito il Senato (che ha iniziato a funzionare solo nel 1996) i primi giudici sono stati nominati con l'assenso della Camera dei deputati. Inoltre 4 dei 6 giudici cechi della Corte federale sono stati eletti giudici costituzionali. La forte personalità anti-partitica, di grande intellettuale e di simbolo della dissidenza di Václav Havel (che è stato prima Presidente della Cecoslovacchia post-comunista dal dicembre 1989 al luglio 1992 e poi per due mandati della Repubblica ceca dal 1993 al 2003) lo ha portato ad una ricerca minuziosa dei giuristi più competenti, di livello internazionale e rinomati per la loro fede democratica e post-comunista.

cambiamento ed ha favorito il consolidamento democratico, producendosi una inevitabile contrapposizione con i giudici ordinari per circa un decennio. Ciò si spiegherebbe anche per il cosiddetto "effetto sandwich", laddove grazie all'applicazione della legge di lustrazione post-comunista i giudici ordinari erano stati epurati solo in minima parte, soprattutto nei livelli inferiori, mentre molti ex membri del partito comunista hanno continuato a rivestire cariche apicali. Dal punto di vista giurisprudenziale ciò ha avuto ovvie conseguenze: decisioni progressiste delle corti inferiori venivano rigettate dalle corti superiori ma l'intervento della Corte costituzionale finiva col supportare le prime assistendosi ad una vera e propria "guerra tra corti", in particolare tra Corte costituzionale e Corte suprema.

⁹³ D. Kosař, L. Vyhnánek, *The Constitutional Court of Czechia*, cit., 16-24.

⁹⁴ Il nuovo Presidente ha coinvolto fin da marzo del 2023 ben 23 istituzioni (tra cui la Corte amministrativa suprema, la Corte suprema, varie associazioni di categoria delle professioni giuridiche, altri tribunali, le facoltà di giurisprudenza), per sollecitare candidature, poi ha sentito un gruppo di consulenti. L'iter è stato divulgato con apposito documento pubblicato sul sito della Presidenza della Repubblica. Vedi *Proces výběru a nominace kandidátů do Ústavního soudu* (Processo di scelta e nomina dei candidati alla Corte costituzionale), www.hrad.cz/cs/pro-media/tiskove-zpravy/aktualni-tiskove-zpravy/proces-vyberu-a-nominace-kandidatu-do-ustavniho-soudu-16970. Per una visione più critica di questa procedura, secondo cui Pavel si farebbe influenzare dai suoi consulenti, vedi A. Procházková, *How to Form the Czech Constitutional Court?*, in *Verfassungsblog.de*, 31 agosto 2023.

All'avvento di Klaus, un economista liberista ex presidente del Consiglio (dal 1992 al 1997), favorevole alla massima limitazione di ogni tipo di vincolo all'agire statale e dunque di cultura completamente diversa rispetto al suo predecessore, sono cominciati i problemi di comunicazione col Senato (che nel frattempo era stato eletto e dunque era desideroso di potersi esprimere) che hanno prodotto situazioni di stallo nelle nomine dal momento che diversi candidati proposti dal Presidente venivano rigettati⁹⁵. La situazione si è sbloccata a seguito del rinnovo parziale dei senatori nel 2004, facendo sì che il partito civico-democratico di Klaus ottenesse la maggioranza. Di fatto la Corte è stata semi-paralizzata per quasi due anni non avendo i 12 giudici necessari per la composizione del Plenum⁹⁶. Va anche detto che sia Klaus che Zeman hanno concepito la Corte costituzionale in maniera diversa da Havel, avendo più consapevolezza del ruolo politico che questo attore poteva rivestire, selezionando persone tratte dal mondo della politica ed attirando una maggiore attenzione mediatica sul processo di nomina. Klaus ha criticato la Corte di Havel, ha licenziato il gruppo di consulenti che il suo predecessore aveva nominato e nello scegliere i giudici si è affidato solo ai propri consulenti politici.

A seguito dei contrasti precedenti il nuovo Presidente Zeman ha potuto a partire dal 2013 nominare i "suoi" 15 giudici costituzionali. Zeman non ha dunque incontrato grosse difficoltà grazie ad una serie di circostanze favorevoli. Si tratta del primo Presidente eletto direttamente e dunque dotato di maggiore legittimazione, si è trovato di fronte ad un Senato a lui favorevole, dove il partito social-democratico di cui aveva fatto parte aveva la maggioranza. In terzo luogo, si è fatto consigliare dal presidente della Corte in carica, Pavel Rychetský, che era stato ministro nel governo da lui presieduto tra il 1998 e il 2002 (Zeman lo ha riconfermato come giudice costituzionale e presidente della Corte per un secondo mandato decennale). Infine, questo Presidente ha potuto attingere ad un serbatoio di candidati qualificati più ampio dei suoi predecessori, dal momento che il numero di giudici delle corti superiori e di professori universitari formati nel periodo post-comunista nel frattempo era cresciuto. Tuttavia il Senato ha rigettato tre dei candidati presentati da Zeman e per completare la composizione della Corte ci sono voluti circa tre anni.

Col passare del tempo la mancanza di sintonia sulle nomine dei giudici costituzionali (uno dei pochi poteri sostanziali del Senato) è risultata meno episodica, tuttavia nonostante qualche caso particolare non si è prodotto finora alcuno stallo prolungato e la Corte ha potuto continuare il suo funzionamento. Tra l'altro il Senato ha spesso bloccato candidature controverse così svolgendo effettivamente il ruolo di contrappeso al potere presidenziale che il sistema costituzionale in questo caso gli assegna. Grazie anche alla prima generazione di giudici costituzionali (alcuni dei quali sono

⁹⁵ Nel periodo 2003-2004 e poi di nuovo nel 2012, verso la fine del secondo mandato di Klaus (in quest'ultimo caso Klaus ha preferito lasciare le nomine rimanenti al suo successore). In totale il Senato ha rigettato 8 dei candidati proposti da Klaus.

⁹⁶ Dunque mentre Havel e Zeman hanno nominato tutti i 15 giudici costituzionali Klaus, a causa della morte del presidente della Corte di Havel mentre era ancora in carica ed alle dimissioni anticipate di due giudici (tutti e tre erano stati sostituiti da Havel verso la fine della sua presidenza) ha ereditato tre giudici della precedente Corte potendone nominare solo 12 (ma di fatto 9 perché ha confermato tre giudici precedenti).

stati confermati per un secondo mandato) la Corte ha raggiunto in pochi anni un prestigio tale da farne un riferimento indispensabile e rispettato nel sistema dei *checks and balances* istituzionali. Dunque, facendo tesoro delle proprie tradizioni costituzionali⁹⁷, il rischio di politicizzazione della Corte è stato finora scongiurato per una serie di fattori contestuali, culturali ed istituzionali, oltre che politici. Ciò ha creato un modello di cui sono elementi costitutivi l'applicazione della lustrazione, l'atteggiamento rigido nei confronti del concetto di "stato di diritto materiale"⁹⁸, la personalità dei primi Presidenti della Repubblica e dei presidenti della Corte, l'esistenza di un sistema di *checks and balances* funzionante, di cui fanno parte anche il sistema elettorale, la pluralità degli organi di garanzia, la solidità dell'opinione pubblica e della società civile, una stampa libera.

4.2.2 Cattura sventata ma rischio costante di influenza politica in Slovacchia

Il sistema di selezione dei giudici costituzionali in Slovacchia è simile a quello esistente nella Repubblica ceca (condivisione del potere di selezione tra capo dello Stato e parlamento) anche se, rispetto a quest'ultima, ricorda di più la soluzione adottata per la Corte costituzionale federale in funzione per circa un anno dopo la transizione democratica⁹⁹. Tuttavia, sia dal punto di vista degli equilibri istituzionali, ma soprattutto della cultura politica, le dinamiche che si sono sviluppate intorno alla nomina dei giudici costituzionali sono state diverse, perché in Slovacchia si è rischiosa la paralisi prolungata dell'organo di giustizia costituzionale ed anche la politicizzazione fin dall'inizio del suo funzionamento.

Mentre nella versione iniziale della Costituzione del 1992 i 10 giudici costituzionali erano nominati dal Presidente della Repubblica (allora eletto

⁹⁷ Anche se il ruolo rivestito nell'ordinamento costituzionale dalla Corte degli anni '20 era molto ridotto, e dunque l'attuale Corte ceca si avvicina di più al Tribunale costituzionale tedesco per le sue caratteristiche generali e l'importanza dei ricorsi diretti dei cittadini, va tuttavia ricordato che nel periodo della prima Repubblica cecoslovacca sono esistiti ben tre tribunali apicali di diritto pubblico, la Corte costituzionale, il Tribunale elettorale e la Corte amministrativa suprema. L'attuale Corte ceca in realtà sembra l'erede di tutte queste istituzioni, dal punto di vista delle competenze, anche se con la ricostituzione della Corte amministrativa suprema nel 2003 ha ceduto a questa parte delle sue competenze (soprattutto quelle relative al controllo della legalità degli atti sublegislativi). Va anche detto che le modalità di selezione dei giudici costituzionali della Corte costituzionale cecoslovacca erano più pluraliste di quelle attuali ed anche di quelle previste per la prima versione della Corte costituzionale austriaca dal momento che vi partecipava anche il potere giudiziario (i giudici costituzionali erano 7, di cui 2 designati dalla Corte amministrativa suprema, 2 dalla Corte suprema e 3, incluso il presidente, nominati dal Presidente della Repubblica; quest'ultimo sceglieva i componenti da liste di tre candidati presentate dalla camera dei deputati, dal Senato e dalla Dieta della Russia subcarpatica).

⁹⁸ Su questi aspetti vedi A. Di Gregorio, *Constitutional Courts and the Rule of Law in the New EU Member States*, in 44 *Rev. Cent. & East Eur. L.* (2019).

⁹⁹ La Corte costituzionale della Federazione ceca e slovacca si componeva di 12 giudici, di cui 6 cechi e 6 slovacchi, nominati dal capo dello Stato su designazione dell'Assemblea federale e dei parlamenti (Consigli nazionali) delle due Repubbliche (ciascuna assemblea nominava 4 candidati) per sette anni (legge costituzionale n. 91/1991).

dal parlamento monocamerale) per un periodo di 7 anni, rinnovabile, all'interno di un numero doppio di candidati proposti dal Consiglio nazionale (il parlamento monocamerale), con l'ampia riforma costituzionale del 23 febbraio 2001 sono significativamente mutati composizione e poteri della Corte costituzionale. La riforma era necessaria, tra le altre cose, per superare una concezione limitata del controllo di costituzionalità, oltre che per intervenire su forma di governo, tutela dei diritti, governo locale, autonomia del potere giudiziario, rapporto tra fonti interne e fonti internazionali ed europee, essendo stata adottata al fine di soddisfare i requisiti della condizionalità europea¹⁰⁰.

Riguardo alla Corte costituzionale, è stato aumentato il numero di giudici a 13 (giustificando l'aumento col fatto che con la revisione sono attribuite alla Corte ulteriori competenze) e la durata del mandato a 12 anni rendendolo però non più rinnovabile. Le modalità di selezione sono in linea di massima rimaste le stesse: il Presidente della Repubblica (dal 1999 eletto direttamente dai cittadini) nomina i giudici sulla base delle proposte del Consiglio nazionale che sono in numero doppio rispetto ai posti vacanti e le candidature sono approvate, come prevede il regolamento parlamentare, a maggioranza assoluta dei presenti, a condizione che sia presente almeno la metà del numero costituzionale di deputati (che sono 150), dunque basterebbe una maggioranza semplice di 39 voti per ciascuna candidatura. Nella formula del giuramento dei giudici costituzionali compare la pronuncia di fedeltà oltre che alla Costituzione ed alle leggi costituzionali anche «ai trattati internazionali che la Repubblica slovacca ha ratificato e che sono stati promulgati nei modi stabiliti dalla legge» (art. 134, c. 4). Relativamente allo *status* dei giudici costituzionali, diventa più articolata, all'art. 137, c. 2, la disciplina delle incompatibilità mentre all'art. 138, nell'elenco dei casi in cui il Presidente della Repubblica può revocare un giudice, compare anche la perdita dell'eleggibilità al Consiglio nazionale e scomparire la dichiarazione giudiziaria di incapacità.

Fino alla crisi costituzionale iniziata nel 2014, relativa alle nomine alle cariche vacanti di giudice costituzionale, non si erano verificati problemi particolarmente acuti, nonostante la relazione tra gli organi investiti del potere di nomina non fosse stata sempre pacifica per il verificarsi di episodi coabizionisti, in particolare a seguito del passaggio all'elezione diretta del capo dello Stato. La crisi costituzionale menzionata si è però verificata in un momento storico particolare – quasi contemporaneamente alla nomina dei giudici costituzionali polacchi “contesi” a cavallo tra due legislature – aggiungendo linfa al dibattito sulle degenerazioni illiberali nei paesi del gruppo di Visegrád. Il diverso esito della vicenda slovacca (benché i rischi di una deriva populista si siano manifestati anche in questo paese in momenti diversi della sua storia recente e potrebbero manifestarsi ancora¹⁰¹) è però

¹⁰⁰ Fino al 1998 il sistema politico risultava dominato da forze nazionaliste, cosa che ne aveva rallentato il percorso di avvicinamento agli standard europei. Vedi A. Di Gregorio, *Riforme istituzionali ed avvicinamento all'Europa dei paesi dell'Est: il caso della Slovacchia*, in *Nomos*, 3, 2001; Id., Premessa alla *Costituzione della Repubblica slovacca*, in M. Ganino (cur.), *Codice delle Costituzioni*, vol. III, Padova, 2013.

¹⁰¹ Soprattutto a seguito delle elezioni del 30 settembre 2023 che hanno riportato al vertice del governo il leader del partito social-democratico SMER Robert Fico, dalla retorica apertamente populista e in alleanza anche con un partito di estrema destra.

indicativo di come grazie ad un differente sistema istituzionale, oltre che politico, ed alla maggiore tenuta dei contrappesi istituzionali, nonché alla presenza di tradizioni del costituzionalismo più radicate, specificatamente con riferimento alla giustizia costituzionale¹⁰², i tentativi di cattura populista delle corti costituzionali possono essere fatti cessare sul nascere anche se con qualche difficoltà. Proprio per evitare che si ripetano in futuro pericoli analoghi, si è portato avanti un percorso di riforma delle procedure di nomina dei giudici costituzionali, peraltro solo parzialmente riuscito (per mancanza di voti non si è riusciti ad adottare la legge di revisione costituzionale ma si è riusciti ad approvare una nuova legge ordinaria sulla Corte costituzionale), e che si è prodotto anche grazie alle spinte della condizionalità europea.

Per quanto riguarda la crisi sulle nomine dei giudici costituzionali nel periodo 2014-2017 questa è stata analizzata in dettaglio da diversi studi ed è ben ricostruita anche nel parere della Commissione di Venezia dell'11 marzo 2017¹⁰³. Le difficoltà verificatesi in questo periodo di tempo, unite al fatto che agli inizi del 2019 si sarebbe dovuto procedere al rinnovo di ben 9 giudici costituzionali su 13, ha spinto gli attori politici (il governo di centro-sinistra di Smer-Most-SNS) a cercare una soluzione normativa che pur non riuscendo a modificare la Costituzione ha migliorato il procedimento di selezione dei giudici costituzionali, rendendolo più trasparente e partecipato (con dirette televisive delle udienze e persino la consultazione degli elettori nella fase di adozione della nuova normativa). Ricordiamo alcuni passaggi di questa intricata vicenda.

- Nel 2014 scadeva il mandato di tre giudici costituzionali; il Consiglio nazionale ha selezionato un numero congruo di candidati ossia sei, ma il Presidente della Repubblica ne ha nominato solo uno rifiutando di considerare le altre 5 candidature con riferimento all'assenza di alcuni requisiti come l'esperienza nell'ambito del diritto costituzionale e la conoscenza di lingue straniere. Si tratta di requisiti non specificati dalla normativa vigente, piuttosto laconica al riguardo, ma che hanno generato, al di là dello scontro istituzionale tra i due organi costituzionali, un dibattito più generale sulla qualità dei candidati giudici.

- Su sollecitazione di diversi ricorrenti (*in primis* i candidati giudici rifiutati) la Corte costituzionale è stata chiamata ad intervenire nella disputa

Nella legislatura appena iniziata tuttavia dovrebbe venire a scadenza un solo giudice costituzionale.

¹⁰² Va considerata la prossimità culturale e dottrinale con la Repubblica ceca che ha continuato ad essere importante anche dopo lo scioglimento della Federazione (opere della dottrina ceca sono citate dalla Corte costituzionale slovacca nelle sue pronunce).

¹⁰³ CDL-AD(2017)001-e

Slovak Republic – Opinion on questions relating to the appointment of Judges of the Constitutional Court, adopted by the Venice Commission at its 110th Plenary Session (Venice, 10-11 March 2017), [www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2017\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2017)001-e). Vedi anche CDL-AD(2014)015-e

Opinion on the procedure for appointing judges to the Constitutional Court in times of the Presidential transition in the Slovak Republic, adopted by the Venice Commission at its 99th Plenary Session (Venice, 13-14 June 2014), [www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2014\)015-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2014)015-e).

per chiarire soprattutto quali fossero i margini della discrezionalità presidenziale nei confronti dei candidati selezionati dal parlamento ed è giunta alla conclusione che solo in casi eccezionali, che andrebbero adeguatamente motivati, il Presidente possa rifiutare le candidature che gli sono presentate e che sono sempre in numero doppio rispetto alle cariche (una decisione del 2012 su un caso analogo che riguardava il Procuratore generale non sarebbe quindi estensibile automaticamente alla selezione dei giudici costituzionali). La Commissione di Venezia si era pronunciata in maniera simile nel parere del 2017 richiestole dal capo dello Stato slovacco¹⁰⁴.

- Nonostante la sua opposizione, il capo dello Stato Kiska ha accettato di procedere ad alcune nomine per non pregiudicare ad oltranza il funzionamento della Corte, pur dichiarandosi non concorde con le pronunce della Corte costituzionale che lo avrebbero obbligato ad accettarle¹⁰⁵.

- La crisi si è sviluppata a cavallo tra due diverse elezioni presidenziali, ponendo ulteriori quesiti di natura costituzionale su quale Presidente godesse dell'effettivo potere di nomina¹⁰⁶.

Nonostante qualche irregolarità – sia da parte della Corte costituzionale nelle sue pronunce che del Consiglio nazionale nella selezione di un numero non sempre doppio per ogni posizione da rinnovare – e un prolungato periodo di crisi, la situazione ha avuto un esito fausto, dal momento che per evitare la paralisi delle istituzioni (sia della Corte costituzionale che del nuovo capo dello Stato eletto nel 2019) gli attori politici coinvolti hanno smussato alcune proprie posizioni (il Presidente Kiska) oppure si sono attivati per risolvere in via costituzionale e legislativa i principali problemi (uno dei partiti minori della coalizione di governo; va peraltro ricordato che entrambi i partiti minori della coalizione di governo hanno resistito nel 2019 alle pressioni del partito maggioritario della coalizione, SMER-SD, di far eleggere il loro leader ed ex premier Fico tra i candidati alla carica di giudice costituzionale). Nonostante non si sia riusciti ad approvare la legge costituzionale di revisione che avrebbe elevatola

¹⁰⁴ CDL-AD(2017)001-e

Slovak Republic – Opinion on questions relating to the appointment of Judges of the Constitutional Court, adopted by the Venice Commission at its 110th Plenary Session (Venice, 10-11 March 2017), [www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2017\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2017)001-e).

¹⁰⁵ Vi è stata una fase in cui il numero dei giudici era sceso da 13 a 4 e dunque il Plenum, per il quale si richiede una presenza minima di 7 giudici, non avrebbe potuto riunirsi ed esercitare le importanti competenze previste dalla Costituzione, tra cui la verifica delle elezioni presidenziali; inoltre in assenza di un presidente della Corte non si sarebbe potuto procedere al giuramento del neo eletto Presidente della Repubblica, visto che nel 2019 era appunto previsto il rinnovo della carica presidenziale.

¹⁰⁶ Anche su questo è intervenuta la Commissione di Venezia nel parere del giugno 2014 dove si sostiene l'ampia facoltà dei Presidenti di agire come ritengono meglio a patto di non pregiudicare il funzionamento della Corte: CDL-AD(2014)015-e
Opinion on the procedure for appointing judges to the Constitutional Court in times of the Presidential transition in the Slovak Republic, adopted by the Venice Commission at its 99th Plenary Session (Venice, 13-14 June 2014), [www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2014\)015-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2014)015-e).

maggioranza parlamentare per selezionare i candidati a giudice ed avrebbe altresì potenziato i requisiti professionali e morali dei candidati¹⁰⁷, la nuova legge sulla Corte costituzionale del 2018 (legge 314/2018 del 24 ottobre 2018) introduce significativi miglioramenti nella correttezza e trasparenza del procedimento di nomina.

A questo proposito va rilevato che le disposizioni costituzionali sul procedimento di selezione dei giudici costituzionali sono alquanto laconiche, ma sono integrate da una serie di prassi informali e di fonti sub-costituzionali al punto che la selezione parlamentare dei candidati giudici comprende ben tre sub-procedimenti col coinvolgimento anche di soggetti esterni (candidatura, audizioni per la selezione, voto finale)¹⁰⁸. La nuova legge in particolare aumenta il numero di “proponenti”, ossia dei soggetti istituzionali che possono presentare/ sollecitare al parlamento le candidature: a quelli già previsti dalla legge precedente, ossia i deputati, il Governo, i presidenti della Corte costituzionale e suprema, il Procuratore generale, le organizzazioni professionali degli avvocati e le università/accademie, si aggiungono il presidente del Consiglio giudiziario ed almeno 5 membri dello stesso ed il Difensore pubblico dei diritti. In secondo luogo si introducono le “audizioni” per la selezione al fine di migliorare la trasparenza del processo prima delle quali ai deputati viene trasmessa ampia documentazione sui candidati, inclusa una lettera motivazionale in cui questi accettano la candidatura stessa.

Grazie a queste seppur limitate innovazioni, alle decisioni della Corte costituzionale in argomento ed al supporto della Commissione di Venezia, il comportamento del capo dello Stato dovrebbe essere in futuro più rispettoso delle regole costituzionali. Tuttavia, come il caso polacco ci insegna, la correttezza istituzionale rimane nelle mani degli attori coinvolti, più che nella chiarezza delle regole e della loro interpretazione costituzionale. Nonostante via sia una selezione, come in Polonia, dei candidati giudici costituzionali a maggioranza semplice del parlamento, la procedura complessiva è tecnicamente un po’ diversa e soprattutto avviene in un contesto politico meno unanimitario (grazie anche al sistema elettorale proporzionale i governi sono di coalizione e il sistema dei partiti è alquanto diviso). I rischi di “cattura” della Corte tuttavia rimangono, perché in assenza di coabitazione e con una maggioranza parlamentare più compatta se si dovessero rinnovare buona parte dei giudici contemporaneamente (come accaduto nel 2019) la politicizzazione sarebbe possibile, unici contrappesi

¹⁰⁷ Il progetto di revisione costituzionale n. 1060 del 24 agosto 2018 interveniva sui seguenti aspetti: introduzione della maggioranza assoluta dei componenti (ossia almeno 76 voti) per la selezione parlamentare dei candidati giudici, aumento dell’età minima (da 40 a 45 anni), l’aggiunta del requisito della “reputazione” per i candidati giudici («autorità generalmente riconosciuta nel campo del diritto»), altri elementi qualitativi (lo stile di vita del candidato avrebbe dovuto garantire un «adatto, onesto, indipendente ed imparziale esercizio delle funzioni»). Vedi S. Drugda, *Changes to Selection and Appointment of Constitutional Court Judges in Slovakia*, in *Právny Obzor*, 102, 2019, 19. Vedi anche A. Angeli, *Il rinnovo della composizione della Corte costituzionale slovacca a margine delle elezioni presidenziali del 2019, tra dinamiche coabitazioniste e riforma dei meccanismi di selezione dei giudici costituzionali*, in *NAD*, 1, 2019, 155-157.

¹⁰⁸ Così S. Drugda, *Changes to Selection and Appointment of Constitutional Court Judges in Slovakia*, cit., 27.

rimanendo il comportamento del capo dello Stato e la scelta di candidati di qualità, incoraggiata dalle procedure della nuova legge del 2018.

4.3 Condizionamenti internazionali e integrità dei giudici: il caso dell'Ucraina

Tra le principali condizioni poste dalla Commissione europea all'Ucraina al momento della concessione dello *status* di paese candidato, nel giugno 2022, figura l'introduzione di una procedura di selezione dei giudici costituzionali in grado di garantirne in particolar modo l'integrità morale¹⁰⁹. Tale esigenza deriva dal fatto che negli ultimi anni la questione dell'autonomia politica dei giudici costituzionali ha rappresentato un problema acuto¹¹⁰, nonostante il fatto che le regole per la loro selezione sembrerebbero sulla carta adeguate.

Fin dalla sua istituzione la Corte costituzionale ucraina è stata al centro della contesa politica per alcune decisioni controverse¹¹¹. Ciò è accaduto in particolare nel periodo successivo alla rivoluzione arancione del 2004 ed all'Euromaidan del 2013-2014 quando, a causa delle difficoltà di procedere alla sostituzione dei giudici nominati dal Presidente filo-russo Janukovyč (mentre la revoca dei giudici di nomina parlamentare è avvenuta attraverso una specifica decisione della *Verchovna Rada*)¹¹², oltre che alla presenza di conflitti di interessi e sospetti di corruzione di alcuni giudici, la

¹⁰⁹ [Ukraine Opinion and Annex.pdf\(europa.eu\)](#).

¹¹⁰ In realtà anche prima, dal momento che, a causa delle divisioni politiche all'interno del parlamento monocamerale (*Verchovna Rada*), la nomina dei giudici costituzionali ha spesso provocato situazioni di stallo. Per fare un esempio, nel 2005 era scaduto il mandato di ben 10 giudici su 18. Ciò ha comportato una paralisi di fatto dell'istituzione per circa un anno e mezzo, in mancanza del quorum per le sedute (il numero minimo è di 12 giudici, ne erano in carica solo 5). Lo stallo fu dovuto non solo alla mancata elezione della quota di giudici da parte della *Rada*, ma anche al mancato giuramento dinanzi al plenum dell'aula di 6 giudici eletti dal Consiglio dei giudici il 3 novembre e di 3 nominati dal Presidente il 14 novembre (la legge allora in vigore prevedeva il giuramento dei giudici entro un mese dalla nomina dinanzi al parlamento in seduta plenaria). La regola del giuramento è poi cambiata con la revisione costituzionale del 2016, che ha attribuito il compito al plenum della stessa Corte costituzionale ed ha anche modificato la procedura di nomina dei giudici a favore di un sistema basato sul concorso, come suggerito dalla Commissione di Venezia. Vedi L. Fontaine, *Les enjeux éthiques et démocratiques de la désignation des gardiens de la Constitution. Etude comparée*, cit.

¹¹¹ Vedi Yu. Yakymenko *et al.*, *Ukraine: 30 Years on the European Path*, The Ukrainian Centre for Economic and Political Studies named after Olexander Razumkov, Kyiv, 2021, 193.

¹¹² Relativamente alla propria quota di nomine, la *Verchovna Rada* con un vero e proprio procedimento di epurazione aveva proceduto alla revoca di cinque giudici costituzionali in una delle prime decisioni successive alla caduta del Presidente Janukovyč (decreto del 24 febbraio 2014 «Sulla reazione ai fatti di violazione del giuramento da parte dei giudici della Corte costituzionale dell'Ucraina»: [О реагировании на факты... | от 24.02.2014 No 775-VII \(rada.gov.ua\)](#)). La *Verchovna Rada* contestava una serie di decisioni "politicizzate", in particolare quella del 30 settembre 2010 n. 20-rp/2010 con cui la Corte costituzionale aveva invalidato retroattivamente la legge di revisione costituzionale dell'8 dicembre 2004 che ridisegnava i rapporti tra organi costituzionali diminuendo il ruolo del Presidente a favore del parlamento e del governo così usurpando il potere di revisione costituzionale spettante alla *Rada*.

Corte ha adottato decisioni che hanno rischiato di pregiudicare il cammino europeista del paese. Tra queste, una pronuncia del 2020 che ha invalidato punti importanti della legislazione anti-corruzione (decisione N. 13p/2020 del 27 ottobre 2020 sulla verifica della costituzionalità della legge «Sulla prevenzione della corruzione» e del codice penale)¹¹³. La bocciatura sarebbe stata provocata dal fatto che diversi giudici costituzionali, incluso il presidente della Corte, avrebbero potuto incorrere nella nuova procedura di accertamento e sanzione dei requisiti anti-corruzione. Tuttavia la reazione delle autorità, ed in particolare del Presidente Zelens'kyj, ha comportato un'ulteriore degradazione dei meccanismi dello stato di diritto dal momento che si è proceduto alla rimozione con atti presidenziali di due giudici della Corte, incluso il presidente, in violazione della legislazione vigente¹¹⁴. Zelens'kyj ha addirittura tentato di far approvare un progetto di legge che avrebbe provocato la destituzione in blocco di tutti i giudici costituzionali.

Quanto accaduto ha dimostrato la necessità di riformare urgentemente il sistema di selezione dei giudici costituzionali, essendo la Corte il più importante presidio di legittimità costituzionale per una reale e duratura democratizzazione del paese. Da qui l'inizio di un lungo percorso di riforma teso a rendere più trasparente tale sistema, che si è rilevato tra i più difficili da portare avanti per alcune resistenze interne. Infatti, le modalità di selezione e sostituzione dei giudici della Corte costituzionale, e la necessità di assicurare la reale indipendenza dell'organo, sono state al centro di vere e proprie battaglie istituzionali. A tale proposito va ricordato che la versione originaria della Costituzione si limitava a stabilire che i 18 giudici della Corte costituzionale fossero selezionati per un terzo ciascuno dal Presidente della Repubblica, dalla *Verhovna Rada* e dal Congresso dei giudici per un mandato di 9 anni non rinnovabile. Si tratta di una ripartizione che appare sulla carta equilibrata, rispetto ad esempio ad altri paesi dell'Europa centro-orientale che riservano la selezione dei giudici costituzionali al solo organo

¹¹³ Sul punto vedi M. Minakov, W. Pomeranz, *Constitutional Crisis in Ukraine: Looking for Solutions*, in *Kennan Cable*, 65, marzo 2021 e O. Marusiak, S. Panasyuk, V. Kochyn, *Ukraine*, in R. Albert, D. Landau, P. Faraguna, G. Andrade (Eds.), *2020 Global Review of Constitutional Law*, 2022.

¹¹⁴ Un primo decreto presidenziale di sospensione per due mesi del presidente della Corte Oleksandr Tupytsky del 29 dicembre 2020 era stato seguito dal decreto del 26 febbraio 2021 (sospensione di un mese fino al 28 febbraio). Con successivo decreto del 27 marzo 2021 Zelens'kyj, appellandosi alla difesa della sicurezza nazionale, ha annullato i precedenti decreti del Presidente Janukovyč di nomina di Oleksandr Tupytsky (decreto del 14 maggio 2013) e Oleksandr Kasminin (decreto del 17 settembre 2013) quali giudici costituzionali. Secondo l'art. 149 della Costituzione ucraina, come emendata nel 2016, gli organi competenti a nominare i giudici costituzionali non hanno il potere di destituire i giudici né di annullare un precedente legittimo atto di nomina. L'elenco dei casi in cui il mandato del giudice costituzionale può cessare è tassativo ed include anche la relativa procedura (il giudice può essere destituito solo dalla stessa Corte costituzionale a maggioranza di almeno 12 giudici su 18, art. 149¹). Successivamente, il 17 agosto 2021, il Presidente Zelens'kyj ha indetto una procedura selettiva per la nomina di due giudici costituzionali in sostituzione di quelli che aveva precedentemente destituito. Tuttavia i restanti giudici costituzionali si sono opposti a questa forzatura, rifiutando di procedere all'insediamento dei nuovi giudici fino alla scadenza naturale del mandato dei due giudici "licenziati" con atto presidenziale. Vedi O. Marusiak, S. Panasyuk, V. Kochyn, *Ukraine*, cit., 362 ss.

parlamentare. Si stabiliva altresì che potessero diventare giudici costituzionali i cittadini ucraini di almeno 40 anni, con formazione giuridica universitaria ed esperienza professionale di almeno 10 anni, che avessero risieduto nel paese negli ultimi 20 anni, con padronanza della lingua di Stato.

Con la legge di revisione costituzionale del 2 giugno 2016 n. 1401-VII la procedura di nomina e revoca dei giudici costituzionali è stata modificata, insieme ai requisiti per le candidature. In particolare, ai sensi dell'art. 148 cost., i 18 giudici della Corte costituzionale sono nominati come prima per un terzo ciascuno dal Presidente dell'Ucraina, dalla *Verchovna Rada* e dal Congresso dei giudici (che è l'organo di autogoverno della magistratura). Si aggiunge tuttavia l'importante precisazione secondo cui la selezione dei candidati per la posizione di giudice costituzionale viene effettuata «su base competitiva secondo le modalità prescritte dalla legge»¹¹⁵. I requisiti per la nomina sono stati inoltre resi più complessi, in quanto i candidati oltre ad essere cittadini ucraini con padronanza della lingua di Stato, a dover avere compiuto 40 anni alla data della nomina, a possedere una formazione giuridica universitaria ed esperienza professionale nella sfera del diritto di almeno 15 anni (rispetto ai precedenti 10), devono altresì essere dotati di *elevate qualità morali* ed essere *giuristi di riconosciuta competenza*.

L'aspetto più difficile da disciplinare nell'ambito della procedura di nomina «su base competitiva secondo le modalità stabilite dalla legge» è stato quello relativo alle modalità di pre-selezione dei giudici da parte delle tre istituzioni chiamate *pro quota* a nominarne un terzo. Neanche la nuova legge sulla Corte costituzionale del 13 luglio 2017 n. 2136-VIII, che ha sostituito l'omonima legge del 16 ottobre 1996 per dare attuazione alla riforma costituzionale, ha precisato le modalità di pre-selezione. Ed è proprio in merito a questo aspetto che si sono manifestate difficoltà nell'adeguarsi ai suggerimenti espressi dalla Commissione di Venezia in diversi pareri, il cui rispetto è stato considerato indispensabile dalla Commissione europea per l'allineamento agli standard europei in vista dell'inizio ufficiale delle negoziazioni per l'ingresso.

Il confronto tra Commissione di Venezia ed autorità ucraine sul punto della selezione dei giudici costituzionali in realtà risale ai tempi in cui si stava elaborando la modifica costituzionale che sarebbe sfociata nella revisione del 2016¹¹⁶. Tuttavia gli scambi si sono fatti più intensi dopo la decisione che ha demolito l'apparato anti-corruzione. Nel parere CDL-AD(2020)039¹¹⁷ la

¹¹⁵ Inoltre la Corte costituzionale, in una sessione plenaria straordinaria, elegge al suo interno il presidente a scrutinio segreto per un mandato di tre anni non rinnovabile. Il testo della Costituzione nella sua versione più aggiornata è disponibile in lingua ucraina ed inglese sul sito della Corte costituzionale ucraina: ccu.gov.ua/sites/default/files/constitution_2019_eng.pdf.

¹¹⁶ CDL-AD(2015)026-e

Opinion on the Amendments to the Constitution of Ukraine regarding the Judiciary as proposed by the Working Group of the Constitutional Commission in July 2015 endorsed by the Venice Commission at its 104th Plenary Session (Venice, 23-24 October 2015), [venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2015\)026-e#](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2015)026-e#).

¹¹⁷ CDL-AD(2020)039-e

Ukraine – Urgent opinion on the Reform of the Constitutional Court, issued pursuant to Article 14a of the Venice Commission's Rules of Procedure on 9 December 2020, endorsed by the Venice Commission on 11 December 2020 at its 125th online Plenary Session (11-12 December 2020),

Commissione di Venezia ha sollecitato l'Ucraina a disciplinare in particolare due aspetti: una specifica procedura di riconsiliazione o auto-riconsiliazione dei giudici in caso di conflitto di interessi e una nuova procedura per la loro selezione. A quest'ultimo proposito si raccomandava che nel procedimento di selezione fosse inserito un gruppo di esperti con componente internazionale, richiamando sia le esperienze ucraine in materia di verifica dell'integrità dei giudici ordinari e dei componenti dell'Alto Consiglio di Giustizia allora in corso (Consiglio etico e Commissione di selezione competitiva, entrambi con composizione mista nazionale ed internazionale), che le migliori esperienze internazionali (selezione dei giudici della Corte di Giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo), pur sottolineando che per i giudici costituzionali, a differenza di quelli ordinari, dovesse essere esplicitamente previsto e applicato il particolare requisito delle elevate qualità morali.

Considerando queste sollecitazioni, la *Verchovna Rada* ha intrapreso un percorso di modifica legislativa a partire da un progetto presentato in parlamento il 12 agosto 2022 (progetto n. 7662) che, accogliendo i suggerimenti della Commissione di Venezia espressi nel parere del dicembre 2020, istituiva un comitato di esperti per la pre-selezione unico, composto per un periodo transitorio anche da esperti internazionali. Intorno alla composizione di questo comitato di esperti, ed alle modalità di decisione dello stesso in caso di stallo, si è aperto un lungo confronto tra istituzioni europee ed autorità politiche ucraine¹¹⁸. Il progetto è stato definitivamente approvato il 13 dicembre 2022 (legge «Sulla modifica di alcuni atti legislativi dell'Ucraina riguardanti il miglioramento della procedura per la selezione dei candidati a giudice della Corte costituzionale dell'Ucraina su base competitiva»), prevedendo una procedura molto complessa per la preselezione dei candidati giudici, la cui struttura rimarrà più o meno la stessa anche nelle versioni successive della legge adottate a seguito dell'interlocuzione con la Commissione di Venezia.

La parte più estesa della legge è proprio quella dedicata alla costituzione ed al funzionamento del Gruppo Consultivo di Esperti o AGE (*Advisory Group of Experts*). Si tratta di un organo istituito al fine di «assistere le autorità responsabili per la nomina dei giudici della Corte costituzionale nella valutazione delle qualità morali e del livello di competenza nella sfera del diritto dei candidati alla posizione di giudice della Corte costituzionale» (art. 10², punto 1). Il Gruppo si compone di sei membri nominati per tre anni (la stessa persona non può essere nominata per oltre due mandati di seguito), con una serie di requisiti più restrittivi di quelli richiesti per candidarsi alla carica di giudice (età di almeno 45 invece che 40 anni, anzianità professionale in campo giuridico di almeno 20 invece che 15 anni). Si richiede anche il criterio della neutralità politica (art. 10² punto 4). Tre membri sono nominati rispettivamente dal Presidente, dalla *Verchovna Rada* e dal Congresso dei

[www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2020\)039-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2020)039-e)

¹¹⁸ Per un elenco dettagliato dei provvedimenti (progetti di legge e pareri della Commissione di Venezia) si rinvia a A. Di Gregorio, *Ucraina. La riforma delle modalità di selezione dei giudici costituzionali tra difficoltà politiche interne e rispetto delle raccomandazioni della Commissione di Venezia*, in *Forum Quad. cost.*, 2, 2023.

giudici (su questo aspetto la Commissione di Venezia aveva espresso dubbi poiché si tratta delle stesse autorità di nomina dei giudici) e gli altri tre sono selezionati dall'Accademia nazionale delle Scienze giuridiche, dal Congresso dei rappresentanti delle alte istituzioni di istruzione e delle accademie giuridiche, dal Congresso dei rappresentanti delle associazioni della società civile che hanno svolto attività nell'ambito della riforma costituzionale e/ della *rule of law* e/o della protezione dei diritti umani e/o della prevenzione e della lotta alla corruzione negli ultimi cinque anni (art. 10² punto 6). Tuttavia, nelle disposizioni transitorie e finali la legge stabilisce che per i sei anni successivi alla sua entrata in vigore l'AGE sarà composto da un membro nominato dal Presidente, uno dalla *Verhovna Rada*, uno dal Consiglio dei giudici (al posto del Congresso), uno nominato dal gabinetto dei ministri su suggerimento della Commissione di Venezia, due nominati dal gabinetto dei ministri su suggerimento delle organizzazioni straniere ed internazionali che hanno fornito assistenza tecnica internazionale all'Ucraina in base a trattati internazionali nell'ambito della riforma costituzionale o dello stato di diritto o della tutela dei diritti umani o della prevenzione e lotta alla corruzione negli ultimi cinque anni. Le organizzazioni internazionali possono nominare anche dei membri sostituti.

L'AGE deve effettuare le sue verifiche entro quattro mesi ed intervistare i candidati. La legge prevede che i due requisiti siano valutati separatamente, ossia prima si valutano le qualità morali e poi la competenza giuridica¹¹⁹. Solo i candidati che hanno ricevuto la valutazione di «conforme» (*відповідає*) rispetto al requisito delle qualità morali verranno sottoposti a valutazione circa la conformità al criterio del livello di competenza nella sfera del diritto. A seguito della valutazione di questo secondo requisito l'AGE può adottare tre diverse valutazioni (art. 10⁸ punto 6): «più conforme» (*найбільше відповідає*), «conforme» (*відповідає*), «non conforme» (*не відповідає*). Nel primo caso il candidato ha ricevuto almeno cinque voti a favore, nel secondo almeno quattro e nel terzo tre voti a favore o meno. In caso di voti pari si svolge una seconda intervista, ma se anche in questo caso i voti restano pari il candidato si considera «non conforme» (cosa di cui si dà conto nel verbale). La lista dei candidati con le valutazioni viene trasmessa ai tre organi di selezione interni alle tre autorità di nomina che procedono ad interviste.

Pur accogliendo alcune delle indicazioni della Commissione di Venezia, espresse sia nel parere urgente del novembre 2022 che in quello definitivo del dicembre successivo¹²⁰, la legge contiene diversi aspetti che

¹¹⁹ Riguardo al requisito delle qualità morali, si stabilisce che questo è soddisfatto se il candidato «ha l'integrità, se non ci sono ragionevoli dubbi sulla legittimità delle fonti di origine della proprietà, sulla corrispondenza del livello di vita del candidato o dei membri della sua famiglia con il reddito dichiarato e sulla corrispondenza dello stile di vita del candidato con il suo status». In relazione al requisito del livello riconosciuto di competenza nella sfera del diritto, questo si ritiene soddisfatto se il candidato «possiede le necessarie conoscenze per esercitare le funzioni di giudice della Corte costituzionale» (art. 10⁸ punto 3).

¹²⁰ CDL-PI(2022)046-e

Ukraine – Urgent Opinion on the draft law «On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on improving the procedure for the selection of candidates for the position of judge of the Constitutional Court of Ukraine on a Competitive Basis», issued

hanno ricevuto una valutazione negativa. Uno dei punti più criticati è quello che riguarda le procedure di voto in seno all'AGE, sia con riferimento ai casi di stallo, ossia quando ci sia parità di voti su di un candidato, sia con riferimento alla valutazione disgiunta delle due qualità, quelle morali e quelle professionali. Per le situazioni di stallo decisionale, si suggerisce come dispositivo anti-blocco (*anti-deadlock mechanism*) di prevedere che, fino al momento in cui ci saranno gli esperti internazionali, il loro numero venga aumentato di una unità portando il numero complessivo dei componenti a sette. In realtà, la Commissione di Venezia è piuttosto ambigua al riguardo. Anche se alla fine suggerisce la soluzione del settimo componente internazionale, nel corpo dell'analisi tuttavia consente anche una seconda opzione, ossia quella già sperimentata per il Consiglio etico, che consiste nel fatto che in caso di parità il voto del gruppo dei membri nominati dalla quota internazionale prevale. Ed è proprio quest'ultima soluzione ad essere stata alla fine prescelta dai progetti presentati successivamente al parlamento ucraino di cui l'ultimo, presentato il 25 maggio 2023 col numero 9322¹²¹, ha ricevuto una valutazione positiva sia prima della sua trasformazione in legge (parere del 10 giugno 2023)¹²² che dopo la sua entrata in vigore come legge il 20 agosto 2023 (Follow-up Opinions del 25 settembre e del 9 ottobre 2023)¹²³.

Le novità più consistenti di quest'ultima legge («Sulla modifica ad alcuni atti legislativi dell'Ucraina al fine di chiarire le disposizioni sulla selezione competitiva dei candidati alla posizione di giudice della Corte costituzionale dell'Ucraina»)¹²⁴, riguardano l'eliminazione della possibilità per gli organi di selezione di scegliere anche candidati considerati dall'AGE

on 23 November 2022, pursuant to Article 14a of the Venice Commission's Rules of Procedure. [www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2022\)046-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2022)046-e) e CDL-AD(2022)054-e

Ukraine – Opinion on the draft law «On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on improving the procedure for the selection of candidates for the position of judge of the Constitutional Court of Ukraine on a Competitive Basis», adopted by the Venice Commission at its 133rd Plenary session (Venice, 16-17 December 2022). [www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2022\)054-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2022)054-e).

¹²¹ [www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF\(2023\)025](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF(2023)025).

¹²² CDL-AD(2023)022 English 10/06/2023 Ukraine – Follow-up Opinion to the opinion on the draft Law on amendments to certain legislative acts of Ukraine on improving the procedure for the selection of candidates for the position of judge of the Constitutional Court of Ukraine on a competitive basis (Draft Law no. 9322 of 25 May 2023), adopted by the Venice Commission at its 135th Plenary Session (Venice, 9-10 June 2023).

¹²³ CDL-PI(2023)022 English 25/09/2023 Ukraine – Urgent follow-up opinion to the opinions on the law «On amendments to certain legislative acts of Ukraine to clarify the provisions on the competitive selection of candidates for the position of judge of the Constitutional Court of Ukraine»; CDL-AD(2023)042 English 09/10/2023; Ukraine – Urgent follow-up opinion to the opinions on the Law «On Amendments to certain legislative acts of Ukraine to clarify the provisions on the competitive selection of candidates for the position of judge of the Constitutional Court of Ukraine», issued on 25 September 2023 pursuant to Article 14a of the Venice Commission's Rules of Procedure, endorsed by the Venice Commission at its 136th Plenary Session (Venice, 6-7 October 2023).

¹²⁴ zakon.rada.gov.ua/laws/show/3277-%D0%86%D0%A5#Text.

come «non conformi» dal punto di vista delle qualità professionali; la possibilità (ma non l'obbligo) per l'AGE di valutare contemporaneamente sia il criterio delle qualità morali che quello del livello professionale. Nel parere pubblicato il 10 giugno 2023 la Commissione di Venezia si sofferma soprattutto sulla questione del settimo componente internazionale dell'AGE, ritenendo che questa sarebbe la soluzione ottimale, mentre la soluzione scelta per il Consiglio etico (con il voto decisivo della quota internazionale) «potrebbe anche essere accettabile se le autorità ucraine insistono su questa». Infine, nei due Follow-up di settembre ed ottobre la Commissione riconosce che anche gli ulteriori suggerimenti contenuti nel parere del 10 giugno sono stati rispettati, ossia che le decisioni dell'AGE possono essere impugnate solo per motivi procedurali e non sostanziali, che l'ordine dei candidati validi stabilito dall'AGE non vincola il Congresso dei giudici, che si debba pubblicare anche il nome dei componenti dell'AGE che hanno votato a favore dei singoli candidati. Nulla si dice sulla scelta di non inserire nell'AGE il settimo componente e si acconsente finalmente alla richiesta delle autorità ucraine di nominare un componente e un sostituto dell'AGE. La composizione dell'organo si è poi perfezionata con le altre nomine consentendo così l'inizio dei suoi lavori il 12 novembre 2023¹²⁵.

Resta il fatto che il procedimento previsto per la pre-selezione e poi per la nomina dei giudici costituzionali in Ucraina appare estremamente complesso, cosa che potrebbe provocare l'impossibilità di procedere in tempo alle nomine e la conseguente paralisi della Corte, che sarà chiamata nei prossimi anni a pronunciarsi su questioni molto delicate¹²⁶. Tuttavia la lunga storia della difficile formulazione e riformulazione delle regole per la selezione dei giudici costituzionali dimostra che il percorso di adeguamento dell'Ucraina agli standard europei rimane lungo. Allo stesso tempo l'assistenza internazionale può rivelarsi debole, con riferimento a quella cedevolezza delle istituzioni europee di cui emerge traccia negli ultimi pareri della Commissione di Venezia (il riferimento alla "situazione particolare" che l'Ucraina sta vivendo per giustificare scelte legislative altrimenti non tollerate), che gli stessi giuristi ucraini trovano intollerabile criticando il comportamento della Commissione¹²⁷.

Nonostante l'unicità del caso ucraino, la difficoltà di trasformazione delle regole per la nomina dei giudici costituzionali e di quelle per la verifica delle altre nomine giudiziarie, alla luce anche di quanto avvenuto in Polonia e Ungheria dopo l'ingresso nell'Unione, risponde a problematiche tipiche dei casi di *vetting* o epurazione post-autoritaria o post-conflittuale. Si tratta di esperienze che sullo spazio dell'Europa centro-orientale ed ex sovietico si

¹²⁵ www.venice.coe.int/webforms/events/?id=3598.

¹²⁶ Possiamo infatti individuare almeno cinque fasi: pubblicazione del bando in caso di vacanza o dimissioni o destituzione dei giudici, procedura di verifica dei requisiti costituzionali e di quelli anti-corruzione da parte di organi specifici delle tre autorità di nomina, pre-selezione presso l'AGE, invio da parte dell'AGE ai tre organi di nomina dei candidati scrutinati nei due requisiti di integrità morale e qualificazione giuridica, ulteriore fase di selezione dei candidati che hanno passato le fasi precedenti da parte degli organi di nomina.

¹²⁷ Vedi, ad esempio, antac.org.ua/en/news/we-call-on-the-venice-commission-and-the-eu-not-to-push-ukraine-towards-an-excessive-concentration-of-power/; en.dejure.foundation/tpost/mv555xede1-we-call-on-international-partners-not-to.

sono ripetute più volte dalla fine del dominio comunista e dalla conquista dell'indipendenza statale, assumendo a volte i tratti dello *spoils system*, come avvenuto proprio in Ucraina all'alternarsi dei diversi Presidenti.

5. Conclusioni: l'Europa centro-orientale come microcosmo di esperienze diversificate e prospettive di recupero della legittimazione delle corti nelle democrazie "post-illiberali"

La considerazione generale secondo la quale le modalità di selezione dei giudici costituzionali si riverberano automaticamente sulla legittimazione delle corti, ed incidono sulla loro indipendenza nel sistema costituzionale¹²⁸, vale a maggior ragione in caso di nuova instaurazione o di trasformazione di questi organi in occasione di un cambiamento di regime, evento che nei paesi dell'Europa centro-orientale si è verificato più volte negli ultimi decenni, partendo dalla grande transizione dopo il comunismo e proseguendo con i mutamenti politici diretti ad una maggiore democratizzazione dopo i quali si sono rese necessarie varie forme di depoliticizzazione delle istituzioni di garanzia (soprattutto nei Balcani e nelle Repubbliche occidentali dell'ex URSS). Un caso del tutto peculiare, come si accennerà *infra*, è quello della Polonia, dove la recente vittoria delle forze liberali ed europeiste ha dato il via ad un vivace dibattito politico e dottrinale su come sostituire i giudici nominati dal precedente governo in violazione del principio della *rule of law* nazionale ed europea.

Ciò premesso, va ricordato che il rischio di politicizzazione dovuto alle modalità di composizione delle corti costituzionali nei paesi dell'Europa centro-orientale mostra dei percorsi differenziati a testimonianza di quella grande varietà di contesti e culture politiche e costituzionali che abbiamo segnalato nella premessa di questo contributo. Si tratta di un'area in cui coesistono democrazie consolidate, paesi ancora in transizione, democrazie "illiberali" e vere e proprie autocrazie. Parimenti, l'influenza degli attori internazionali incide in maniera diversa, provocando variegate combinazioni tra pressioni politiche interne e condizionalità esterna. Vi sono paesi membri dell'Unione europea in cui il funzionamento degli organi di giustizia costituzionale non presenta particolari problemi (Repubblica ceca, Paesi Baltici, Slovenia¹²⁹) e quelli dove invece le corti costituzionali, il cui ruolo nel primo ventennio successivo alla transizione dal comunismo era stato di

¹²⁸ Vedi M. Calamo Specchia, *Introduzione. La legittimazione delle Corti costituzionali tra modalità di composizione e principio di indipendenza*, in M. Calamo Specchia (cur.), *Le Corti costituzionali. Composizione, indipendenza, legittimazione*, cit., VIII. L'Autrice ricorda infatti che «la ratio delle modalità di composizione delle Corti cela molto di più del mero dato organizzativo, in quanto costituisce un indice rivelatore del tasso di democraticità del sistema costituzionale» (*ivi*, VIII-IX).

¹²⁹ In Croazia la situazione è un po' diversa in quanto per il primo decennio circa la Corte costituzionale è stata influenzata dal regime politico autoritario di Tuđman. Successivamente questa ha iniziato un percorso indipendente anche se con problemi di rinnovo dei giudici quando con la revisione costituzionale del 2010 si è deciso di passare dalla maggioranza assoluta a quella dei due terzi per la selezione parlamentare dei giudici costituzionali. Vedi C. Pištan, *Giustizia costituzionale e potere giudiziario. Il ruolo delle Corti costituzionali nei processi di democratizzazione ed europeizzazione*, cit., 313-314.

sicuro successo, sono state poi “catturate” (Polonia, Ungheria). Si possono altresì individuare candidati all’ingresso nell’UE di lunga data o più recenti dove la pressione internazionale è stata o è importante ma con evidenti difficoltà (Albania, Ucraina). Infine in alcuni paesi c’è stato un consolidamento autoritario che ha riguardato anche il ruolo della corte costituzionale (emblematico è il caso della Russia, come paradigma di percorso discendente che porta alla configurazione di una “corte-ideologo”)¹³⁰.

Considerando dunque i complessi sviluppi degli ultimi 35 anni, i paesi dell’Europa centro-orientale si dimostrano essere un microcosmo di prassi di politicizzazione delle nomine dei giudici costituzionali essendo allo stesso tempo un laboratorio per l’applicazione delle indicazioni delle organizzazioni europee. Tra l’altro, il percorso in cui maggioranze politiche aggressive sono riuscite ad annichilire organi che erano divenuti in breve tempo autorevoli è una cartina al tornasole delle modalità con cui i populistici riescono a soggiogare i contro-poteri, fornendo una griglia che può essere riprodotta da altri ma anche una serie di indicatori da monitorare per evitare ulteriori degenerazioni¹³¹.

Per quanto riguarda Polonia e Ungheria, la cattura politica delle corti è stata causata da contingenze politiche ma è stata certamente favorita da alcuni errori dei costituenti nonché da debolezze e scandali che avevano investito le forze politiche di centro-sinistra o liberali precedentemente al governo¹³². Tra gli errori dei costituenti possiamo menzionare il fatto che in Polonia al momento dell’adozione del nuovo testo costituzionale non si è modificata la procedura per l’elezione dei giudici costituzionali introdotta nel 1986 (maggioranza semplice del *Sejm*), che non è tra l’altro costituzionalizzata, e che le disposizioni costituzionali sui giudici sono laconiche rinviando alla legge di disciplina che è solo una legge ordinaria. Nel caso ungherese i difetti sono ancora più evidenti e riguardano

¹³⁰ La Corte costituzionale russa ha vissuto dal 1991 ad oggi una lenta discesa verso una posizione non solo di sottomissione politica (passando dall’essere un primo nucleo di opposizione al Presidente Eltsin, seppure da posizioni conservatrici, nel 1991-1993, alla riduzione delle competenze e di numero e durata dei giudici nel 1993, alle riforme legislative del 2009 che hanno privato i giudici costituzionali del potere di selezione autonoma di presidente e vice presidente, alla riforma costituzionale del 2020 che ha introdotto nuove competenze della Corte ma su iniziativa presidenziale, aumentando così il rischio di politicizzazione e conseguente riduzione dell’autonomia dei giudici, il cui numero è stato quasi dimezzato) ma addirittura di aperta legittimazione del potere (l’“eterno” presidente della Corte Valerij Zorkin da oppositore di Eltsin a ideologo del regime putiniano). Tale parabola ha portato la Corte a mutare natura: dal tentativo di essere un contro-potere alla trasformazione in *regime-enabler* legittimante l’involuzione identitaria del putinismo.

¹³¹ In argomento, T. Groppi, *Dal costituzionalismo globale ai nuovi autoritarismi. Sfide per il diritto comparato*, in *Riv. AIC*, 4, 2022.

¹³² Come ricordato da L. Garlicki, M. Derlatka, *Constitutional review in the abusive constitutionalism (continuation, corruption or disappearance?)*, in M. Granat (Ed.), *Constitutionality of Law without a Constitutional Court*, London, 2023, la cattura delle corti è avvenuta utilizzando due tecniche principali: la “neutralizzazione” (*disablement*), per inibire la capacità garantista delle “vecchie” corti, e l’“assorbimento” (*capturing*), per assicurarsi che le “nuove” corti riapparissero in un involucro giuridico quasi identico ma sotto il completo controllo politico della maggioranza di governo.

soprattutto la natura del testo costituzionale (sia quello precedente che la nuova Legge Fondamentale del 2011), ossia la sua scarsa rigidità. La procedura per la revisione costituzionale e per l'adozione di una nuova costituzione coincidono, dunque il parlamento è organo sia legislativo che costituente. Il procedimento di revisione costituzionale o di adozione di una nuova costituzione è piuttosto agevole non solo per la procedura (tutto si esaurisce nell'ambito parlamentare con l'approvazione dei due terzi dei componenti del parlamento monocamerale), ma anche per la facilità dell'iniziativa, che può spettare anche al singolo deputato. Mancano limiti espliciti alla revisione costituzionale come pure disposizioni costituzionali sui partiti anti-sistema, pur essendo stigmatizzata nel preambolo la dittatura comunista. Sia nel vecchio che nel nuovo testo vi è un numero elevato di rinvii alle leggi cosiddette dei due terzi (oggi «cardinali») anche in materie che andrebbero lasciate alla disponibilità della maggioranza parlamentare per evitare di irrigidirne il contenuto (sistema pensionistico, tributario, etc.). Infine, come detto, le nuove regole per l'elezione dei giudici costituzionali sono divenute con la Legge Fondamentale meno pluraliste. L'abbinamento tra ridotta rigidità costituzionale e sistema elettorale sostanzialmente maggioritario ha rappresentato una combinazione pericolosa per il pluralismo¹³³. Quindi anche in Ungheria, come in Polonia, un sistema introdotto nella fase finale del regime comunista o nella prima fase dopo la transizione, concordato dalle nascenti forze di opposizione con i comunisti, è stato mantenuto nella fase del consolidamento democratico. È evidente che un sistema simile non era adatto per una democrazia ancora giovane e fin dall'inizio parte della dottrina suggeriva un sistema più partecipato e pluralista. Riflettere su questi errori, e in generale sul processo costituente nei due paesi, può essere utile per formulare ipotesi di ripristino del funzionamento corretto delle corti e degli altri organi di garanzia in caso di alternanza politica.

Per quanto riguarda la Slovacchia, il percorso di democratizzazione post-comunista è stato più sofferto rispetto alla Repubblica ceca e soprattutto, con riferimento al potere giudiziario ed alla tutela delle minoranze etniche, il cammino è stato lungo, anche se la pressione della condizionalità europea ha avuto risvolti positivi (fino al 1998 il processo di candidatura del paese era stato rallentato proprio per le politiche del leader populista Vladimir Mečiar che avevano minacciato anche l'autonomia della Corte costituzionale). In questo paese c'è stato un tentativo di manipolazione "populista" nel 2019 e una situazione di stallo nelle nomine. Quest'ultima è stata formalmente giustificata dal capo dello Stato Kiska per la carenza di disposizioni robuste sulla qualità dei candidati giudici ma in verità si è trattato di uno scontro politico in regime di coabitazione. Anche qui ci sono errori dei costituenti che non sono stati poi corretti, come ad esempio la mancata previsione nel testo costituzionale delle modalità con cui il Presidente deve selezionare i giudici costituzionali; inoltre i requisiti per la selezione oltre a non essere particolarmente severi sono previsti solo nella legge ordinaria.

¹³³ Per maggiori dettagli si rinvia a A. Di Gregorio, *Lo stato di salute della rule of law in Europa: c'è un regresso generalizzato nei nuovi Stati membri dell'Unione?*, in *DPCE Online*, 4, 2016.

Nella Repubblica ceca la maturazione del tessuto democratico e dei comportamenti politici è tra le più solide dell'area. La Corte costituzionale è un attore politico che, nato in sordina, è diventato sempre più importante ed indipendente, anche se le modalità di nomina dei giudici costituzionali sembrerebbero sulla carta a forte rischio di politicizzazione. Dei vari casi esaminati in questo lavoro, la Corte ceca risulta finora la più indipendente. Questo dipende non tanto dalle regole inerenti alla sua composizione, quanto dal sistema dei partiti e dalla forma di governo, e dal sistema elettorale proporzionale costituzionalizzato che la stessa Corte costituzionale ha difeso in più occasioni. Vi sono però delle potenziali fragilità: la presenza nello spettro politico del partito populista "Ano" di Babiš (che quando è stato al governo negli ultimi anni aveva avanzato proposte preoccupanti di trasformazione costituzionale), il fatto che i giudici costituzionali possano essere riconfermati (cosa che ne ha aumentato la politicizzazione con ricatti politici da parte di alcuni senatori), l'assenza di un'età limite per restare in carica che fa sì che ci siano giudici molto anziani che a volte decidono di dimettersi in anticipo (o si fanno convincere a dimissioni anticipate in cambio di qualche *bonus* pensionistico o di una nomina prestigiosa: cosiddetto *golden parachute*). Un altro rischio risiede nel fatto che molte delle regole che riguardano il quorum e le maggioranze nei diversi tipi di procedimenti sono previste solo nella legge sulla Corte che è una legge ordinaria; inoltre le disposizioni regolamentari sull'assegnazione delle cause, la creazione della camera disciplinare (che viene formata *ad hoc* per ogni giudice che deve essere sottoposto a procedimento), e sul trasferimento delle questioni al plenum sono lacunose e potrebbero essere facilmente strumentalizzate. Come in Polonia la maggioranza di governo potrebbe rifiutarsi di pubblicare sentenze sgradite. Tutto questo senza modificare la Costituzione¹³⁴.

Per quanto riguarda l'Ucraina, anche qui la Corte costituzionale è stata politicizzata più volte a causa dei ripetuti cambi di regime in un paese con identità politiche e culturali plurime. Fino al deflagrare bellico del febbraio 2022, sia il sistema politico che le istituzioni sono state divise tra forze pro-russe e forze pro-europee, e questo ha coinvolto anche la Corte costituzionale, come si deduce dalla crisi del 2020-2021 (collusione con la Russia e corruzione di alcuni giudici che hanno votato contro le riforme richieste dalle istituzioni europee). Al momento la situazione è complicata dall'esistenza della legge marziale con una militarizzazione delle istituzioni e della società. Sulla carta il sistema di nomine dei giudici costituzionali è equilibrato tuttavia sia il ruolo politico di primazia del Presidente, che la corruzione e le dinamiche geopolitiche hanno segnato negli ultimi anni l'indipendenza e la legittimazione della Corte¹³⁵. Tra l'altro, alcune nomine di giudici costituzionali sono state effettuate nel 2022 in violazione della stessa legge sulla Corte vigente nonché delle richieste della Commissione di

¹³⁴ D. Kosař, L. Vyhnánek, *The Constitutional Court of Czechia*, cit., 64-65. Gli Autori ritengono che a differenza delle corti slovacca, polacca e ungherese quella ceca avrebbe sempre agito in un ambiente politico "favorevole", senza dovere affrontare attacchi politici diretti.

¹³⁵ Come si ricorda in O. Marusiak, S. Panasyuk, V. Kochyn, *Ukraine*, cit., 360, questa logica potrebbe portare «a vincere la guerra ma a perdere la democrazia».

Venezia¹³⁶. Anche la legge approvata a luglio 2023 non si è adeguata ad alcune importanti richieste della Commissione come il requisito del settimo componente internazionale del gruppo di consulenti per la pre-selezione. Inoltre, se negli anni immediatamente precedenti l'invasione russa del febbraio 2022 la pressione europea si mostrava alquanto perentoria relativamente alla necessità di una selezione accurata di giudici "integri", si teme ora un alleggerimento delle richieste per consentire una fase di negoziazioni accelerate col rischio di passare sopra il rispetto dei requisiti posti negli anni scorsi.

Dall'analisi dei cinque casi analizzati possiamo trarre qualche insegnamento sui meccanismi di selezione dei giudici per evitarne una eccessiva politicizzazione.

In primo luogo vanno considerati *potenzialità e limiti dell'ingegneria costituzionale*. Infatti, agire sui criteri di nomina, rendendoli più rigidi e più garantisti, può essere un'arma a doppio taglio: se la cultura politica e costituzionale è sviluppata, non servono (Repubblica ceca), se non lo è, ogni riforma rischia di essere inapplicabile (Ucraina) anche se sulla carta le regole sono molto severe. Certo è sempre necessario sottoporre l'ordinamento ad uno "stress test" per verificare la resilienza delle corti, ma ogni paese, anche consolidato, può subire un *democratic decay*. Un secondo elemento che si connette al primo riguarda le *potenzialità e i limiti della condizionalità europea*: se non si sviluppa la cultura costituzionale, un'eccessiva tecnicizzazione delle procedure può portare ad una situazione di stallo. In terzo luogo, va sottolineata *l'incidenza della forma di governo, da integrare con le tradizioni e la cultura costituzionale*. Si tratta di un requisito che vale in generale per la tenuta della democrazia. Sulla forma di governo incide il sistema elettorale, laddove vediamo chiaramente le differenze tra la Repubblica ceca e la Slovacchia da un lato (sistema elettorale proporzionale scarsamente selettivo e costituzionalizzato), pur in un semi-presidenzialismo debole, e l'Ungheria e la Polonia dall'altro, dove finora c'è stato un *continuum* maggioritario in forme di governo diverse ma con esiti simili. Dunque se l'ingegneria costituzionale non è accompagnata anche dalla riforma del sistema elettorale potrebbe produrre risultati opposti a quelli sperati. Altri fattori che limitano i rischi di "cattura" sono la forza delle opposizioni, il sistema generale dei *checks and balances*, le tradizioni del periodo costituente. Infine si connette alla cultura politica *la personalità del capo dello Stato*, coinvolto a vario titolo nella selezione e rinnovo dei giudici costituzionali. Nella Repubblica ceca, nonostante qualche contrasto, i Presidenti hanno ceduto a favore delle esigenze di equilibrio mentre in Slovacchia la resistenza è stata forse più intransigente (pretendere che i candidati fossero esperti di diritto costituzionale era improponibile). In Polonia il capo dello Stato Duda è stato uno dei primi a impedire il rinnovo dei giudici costituzionali (e sarà lui a rallentare il cambiamento dopo la vittoria delle forze liberali nell'ottobre

¹³⁶ O. Marusiak, S. Panasyuk, V. Kochyn, *Ukraine*, cit., 361, dove si ricorda che la *Rada* ha eletto giudice costituzionale il 27 luglio 2022 Olha Sovhyria, una deputata membro del partito del Presidente senza alcun processo competitivo (come richiesto dalla Costituzione) e violando la disposizione della legge sulla Corte che proibisce la nomina di un deputato in carica. Considerando la sua precedente attività politica la nuova giudice è incorsa in diverse occasioni nella necessità di auto-ricusazione per potenziale conflitto di interessi.

2023), inoltre c'era una logica di "risentimento" nei confronti della precedente maggioranza e una cultura dello *spoils system*. In Ungheria il Presidente non ha ruolo essendo solo un esponente del *continuum* parlamentare-governativo. In Ucraina prima della guerra del 2022 il Presidente ha più volte cercato di forzare le regole di nomina.

5.1 Dal "bad" court packing al ripristino costituzionale?

Il dibattito degli ultimi anni sul *court packing* (una delle tecniche di *court-courbing* per modificare in maniera consapevole composizione e funzionamento di una corte costituzionale o suprema)¹³⁷ vede interessanti riflessioni, partendo dal caso statunitense, per ampliare il quadro ad altre esperienze nelle quali si è discusso o si è attuato un *court packing* con finalità diverse¹³⁸, distinguendo – sulla scia di altri recenti filoni dottrinali – tra *bad* e *good court packing*¹³⁹. Le tecniche "manipolative" sono di diverso tipo come pure le finalità di queste manipolazioni. Anche nei paesi dell'Europa centro-orientale si sono verificati – e continuano a verificarsi – negli ultimi 35 anni fenomeni di manipolazione al fine di ottenere esiti in armonia con i processi di democratizzazione o viceversa per ingabbiare, "impacchettare", corti particolarmente autonome al fine di tacitarle, prima, e renderle serventi, poi, nei confronti del regime stesso. I paesi esaminati sollecitano dunque una serie di riflessioni su pericoli del *court packing* ma anche delle sue potenzialità, nell'eventualità di un ripristino della legittimità costituzionale¹⁴⁰.

Innanzitutto va ricordato che c'è già stato un *court packing* "legittimo" in questi paesi. Si tratta dell'esperienza del *vetting*, che si è verificata in diverse occasioni, la prima volta subito dopo la transizione dal comunismo, assumendo i tratti della cosiddetta "lustrazione", che ha riguardato pochi paesi (in maniera ampia la Cecoslovacchia, la Repubblica ceca e la DDR, limitata in altri paesi), ed altre più avanti, ad esempio l'epurazione di una

¹³⁷ Come riportano D. Kosař e K. Šipulova, *Comparative Court-Packing*, cit., 7, per aversi un *court packing* ossia un cambiamento "manipolativo" della composizione di una corte apicale bisogna che tale cambiamento sia «irregular, actively driven (non-random) and creates a new majority at the court or restricts the old one».

¹³⁸ Facilitare una transizione democratica, sradicare la corruzione diffusa nel giudiziario, rispondere ad un precedente *court packing* illegittimo, ribilanciare una corte non rappresentativa, accrescere l'efficienza della corte, etc.

¹³⁹ Esistono alcuni contributi dottrinali che nel comparare diverse esperienze ordinamentali parlano di *good* oppure *bad court-packing*. Ad esempio T.G. Daly, "Good" Court-Packing? The Paradoxes of Constitutional Repair in Contexts of Democratic Decay, in *German L.J.*, vol. 23, 2022, 1071-1103. Nel ricordare che «democratic restoration, including but not confined to the reform of apex court, is becoming an emerging global challenge», Daly distingue tra «democratic restoration and constitutional repair» in paesi che hanno subito un "democratic decay", dai casi di «reform in well-functioning democracies» e di «democratic transition from authoritarianism». Dunque l'analisi comparativa consente di distinguere un processo a seconda del contesto politico in cui viene inserito (democrazie consolidate, democrazie deboli, autocrazie) permettendo di costruire una tassonomia che possa essere utile per il suo impiego in futuro.

¹⁴⁰ A. Jakab, *How to Return from a Hybrid Regime into a Constitutional Democracy. Hypothetical Constitutional Scenarios for Hungary and a Few Potential Lessons for Poland*, in M. Bobek, A. Bodnar, A. von Bogdandy, & P. Sonnevend (Eds), *Transition 2.0. Re-establishing Constitutional Democracy in EU Member States*, Baden-Baden, 2023.

serie di cariche incluse quelle giurisdizionali che si è verificata in Bosnia dopo la guerra, nonché l'epurazione dovuta a fenomeni di corruzione in Albania nel periodo 2016-2019 e quella dovuta a ripetuti cambi di regime in Ucraina (dopo il 2014, dopo il 2022). Si tratta tuttavia di fenomeni molto diversi. La lustrazione si riferisce ad eventi eccezionali ed a veri e propri cambi di regime (sotto questo profilo è dubbia la natura della legge di lustrazione ucraina del 2014), mentre il *vetting* fa seguito ad episodi diffusi di corruzione sistemica ed è sollecitato soprattutto dalla comunità internazionale. Il fenomeno, a prescindere dal nome che si vuole dare, non si è concluso perché ci sono ulteriori "cambi di regime" all'orizzonte.

Infatti, quasi in parallelo con le ricostruzioni dottrinali sulla degenerazione illiberale ungherese e polacca, si sono sviluppate speculazioni sull'eventualità di un ripristino della legalità costituzionale nei due paesi¹⁴¹, in relazione ad esempio alla possibilità di riavere un presidio legittimo di garanzia costituzionale. Pensando a questi e ad altri paesi D. Kosař e K. Šípulová parlano di "good court packing" (intendendo il *packing* in maniera ampia, ossia non solo con riferimento all'aumento del numero dei giudici). Tuttavia, come il dibattito in argomento dimostra, si tratta di prestare attenzione ad una violazione *a contrario* della legalità costituzionale.

Considerando che la sperata svolta politica in Ungheria non è avvenuta a seguito delle elezioni dell'aprile 2022, le ipotesi sulle modalità di ripristino si limitano al caso polacco, laddove la formazione di un nuovo governo senza il PiS (che pur rimane il partito di maggioranza relativa) è avvenuta non senza qualche difficoltà dovuta ad una situazione di coabitazione nel dicembre 2023. Tenuto conto sia del ruolo simbolico di questa svolta (dovuta all'amplessissima partecipazione elettorale, soprattutto dei giovani, alle elezioni del 15 ottobre, superiore persino a quella delle prime elezioni pluraliste del 1989), che di altre condizioni favorevoli rispetto alla situazione ungherese, ossia il fatto che il governo del PiS è durato solo 8 anni, che la Costituzione non è stata modificata e che diversi contro-poteri non avevano perso la loro autonomia, si sono avanzate – fin da alcuni mesi prima delle elezioni – varie ipotesi per riportare equilibrio nel Tribunale costituzionale polacco. Ciò riguarda sia la composizione dell'organo che il destino delle decisioni adottate negli ultimi anni alla presenza dei giudici illegittimi (o "double judges"). La questione è estremamente complessa, per tutte le conseguenze di sistema e per il rispetto della certezza del diritto.

Con l'avvertenza che la situazione evolve di giorno in giorno, si può fare menzione di due documenti. Il primo è una proposta di riforma della legge sul Tribunale costituzionale elaborata dalla Fondazione Batory¹⁴² che

¹⁴¹ Per l'Ungheria si fa riferimento al dibattito su *Verfassungsblog* precedente alle elezioni politiche del 2022 sollecitato da un appello dei costituzionalisti Arato e Sajó: A. Arato, A. Sajó, *Restoring Constitutionalism. An open letter*, in *VerfBlog*, 17 novembre 2021. Vedi anche A. Di Gregorio, J. Sawicki, *Come ripristinare il costituzionalismo in una democrazia illiberale. Qualche riflessione sul caso ungherese*, in *Forum Quad. cost.*, 1, 2022. Vedi ancora P. Bárd, V.Z. Kazai, *Enforcement of a Formal Conception of the Rule of Law as a Potential Way Forward to Address Backsliding: Hungary as a Case Study*, in *Hague Journal of Rule Law*, vol. 14, 2022.

¹⁴² Una sintesi in inglese in T. Zalasinski, *The draft law on the Polish Constitutional Tribunal: Genesis and key proposals*, www.batory.org.pl/wp-content/uploads/2023/02/The.draft_law_on_the_Polish.Constitutional.Court_.pdf.

prevede modifiche atte a rendere la procedura di selezione dei giudici più partecipata (aumentando la maggioranza parlamentare ai 3/5 dei voti), inserendo nuovi proponenti delle candidature e potenziando la trasparenza del procedimento (con apposite audizioni parlamentari dei candidati), rendendo più facilmente attivabile la procedura per la responsabilità disciplinare dei giudici. A proposito delle sentenze adottate dal Tribunale costituzionale in composizione “illegittima”¹⁴³ si prevede che queste vengano dichiarate nulle, ad eccezione di quelle riguardanti i ricorsi individuali dei cittadini che abbiano prodotto l’attivazione di ulteriori istanze. Riguardo alle “persone non autorizzate a giudicare” (i cosiddetti “giudici doppi”) si stabilisce che questi non debbano più partecipare alle attività giurisdizionali del Tribunale e che il *Sejm* proceda all’adempimento di quanto prescritto nelle sentenze K 34/15 e K 35/15 e dunque dichiarare invalida l’elezione dei “doppi giudici”.

Un altro progetto interessante è quello pubblicato dalla *Helsinki Foundation for Human Rights*¹⁴⁴, che tuttavia si concentra soprattutto sui rimedi alle sentenze pronunciate dal Tribunale costituzionale in composizione illegittima, facendone una stima nel periodo considerato (2017-2022, si tratterebbe di 85 sentenze pronunciate da camere che includevano i giudici “doppi”) e proponendo varianti con diverse conseguenze giuridiche sull’ordinamento¹⁴⁵. Le proposte tengono conto non solo della necessità di riallinearsi al rispetto dello stato di diritto a livello nazionale ma anche di rispettare le decisioni delle corti di Strasburgo e di Lussemburgo che hanno riconosciuto l’illegittimità della composizione del Tribunale. Tuttavia non sembra affrontarsi in maniera chiara la questione basilare, ossia quella del rinnovo della composizione del tribunale. Ammesso che si possano sostituire senza suscitare l’opposizione dello stesso Tribunale e del Presidente della Repubblica i tre giudici “doppi” e loro successori, la

¹⁴³ Il progetto precisa che le sentenze del Tribunale costituzionale emanate con l’intervento di soggetti non abilitati a giudicare (“giudici doppi”) sono nulle e non producono gli effetti giuridici previsti dall’art. 190 c. 1 e c. 3 della Costituzione. Con “persona non autorizzata a giudicare” si intende persona nominata alla carica di giudice del Tribunale costituzionale in violazione della legge del 25 giugno 2015 sul Tribunale costituzionale e delle sentenze del Tribunale costituzionale K 34/15 e K 35/15, nonché la persona nominata in sua vece (c.d. supplenti e successori dei supplenti). Il progetto prevede inoltre l’obbligo di ripetere tutti gli atti procedurali ai quali hanno preso parte soggetti non abilitati a giudicare.

¹⁴⁴ M. Szwed, *Judgments delivered by irregular judicial formations of the Polish Constitutional Court. A review of the cases decided by the Constitutional Court in 2017–2022 and the available options for the legal regulation of the effects of judgments delivered by formations of the Constitutional Court that include unlawfully elected persons*, [constitutional-court-report-hfhr.pdf](#). Una sintesi in M. Szwed, *To Void or Not To Void: On the Legal Effect of the Constitutional Tribunal’s Rulings*, in *VerfBlog*, 2023/10/13, [verfassungsblog.de/to-void-or-not-to-void/](#).

¹⁴⁵ La soluzione più estrema (dichiarare nulle tutte le sentenze in questione) viene ritenuta impraticabile per la certezza del diritto considerando le conseguenze che quelle sentenze possono aver generato a livello legislativo, amministrativo e giurisprudenziale. Inoltre alcune di queste avevano fatto ottenere ai ricorrenti sicuri benefici in termini di protezione dei diritti sociali. Tra le varie proposte: riapertura dei procedimenti nei casi più controversi *ex officio*, l’annullamento selettivo tramite decisioni parlamentari, rinnovati ricorsi individuali nei casi in cui questi erano stati rigettati, etc.

composizione del Tribunale sarebbe ancora squilibrata considerando le precedenti nomine effettuate dal PiS (anche i giudici eletti legittimamente negli ultimi 8 anni hanno dato prova di “servilismo” politico¹⁴⁶). Bisognerebbe dunque attendere la scadenza di un certo numero di giudici per nominarne altri scelti da una maggioranza diversa o in maniera condivisa tra maggioranza e opposizione ma non è certo una procedura agevole, anche se nel 2024 è scaduto il mandato di tre giudici. Dunque il Tribunale continua a rappresentare un ostacolo alle politiche di ripristino della legalità costituzionale. Inoltre, finché rimarrà in carica, l'attuale capo dello Stato Duda ostacolerà in tutti i modi possibili (veto, ricorso allo stesso Tribunale costituzionale, rifiuto di promulgare leggi, rifiuto di accettare il giuramento di nuovi giudici costituzionali, etc.) il mutamento della composizione del Tribunale.

A prescindere dalle difficoltà del caso polacco, si deve in generale considerare che il *good court packing* prevede rischi in contesti in cui non c'è un cambio di regime “sistemico” ingenerando il timore di *court packings* ciclici. Nei casi di reazione ad un precedente *court packing* o di *vetting* per corruzione sistemica il test di ammissibilità della manipolazione dovrebbe essere molto severo, imponendo un consenso politico trasversale, un eventuale ricorso a referendum, il sostegno degli attori internazionali¹⁴⁷.

Vista la rapidità con cui corti costituzionali autorevoli sono state soggiogate politicamente c'è anche chi propone di passare ad un diverso modello di giustizia costituzionale basato sui giudici ordinari secondo modalità che ricordano il sistema diffuso¹⁴⁸. Ad esempio, nel caso polacco, si potrebbe bypassare il giudizio del Tribunale costituzionale a favore di quello dei giudici ordinari sulla base dell'applicazione diretta della Costituzione¹⁴⁹. Tuttavia va considerato che, anche se nelle democrazie illiberali la giurisdizione ordinaria si è dimostrata più resiliente rispetto alla propria cattura politica, l'ipotesi suggerita, oltre a rappresentare un allontanamento dalle tradizioni costituzionali europee, è stata in qualche modo ipotizzata dagli stessi politici populistici (perlomeno quelli ungheresi) sotto forma di eliminazione “punitiva” della corte costituzionale fondendola con quella di

¹⁴⁶ Per questi giudici, inclusi quelli il cui mandato è già scaduto, il progetto della Fondazione Batory propone l'attivazione di specifici procedimenti disciplinari. Vedi anche K. Izdebski, *Reviving a Corpse: The Case of the Polish Constitutional Tribunal*, in *VerfBlog*, 2023/10/13, verfassungsblog.de/reviving-a-corpse/.

¹⁴⁷ D. Kosař, K. Šipulová, *Comparative court-packing*, cit., suggeriscono una serie di tecniche per rendere il *court packing* legittimo.

¹⁴⁸ «The change of political context would, probably, trigger institutional reforms. There would be no alternative but the restoration of some form of a genuine judicial review. Should it mean the continuation of the ‘Kelsenian’ concept of centralised review? It is true that such system better corresponds with the tradition of the ‘civil law’ countries. It is also true that constitutional courts contributed to the process of the post-communist transformation in such countries like Hungary and Poland. It seems, however, that – when the weather changes to the worse – the capture of those courts is easier than the subjugation of the ‘judicial courts’»: L. Garlicki, M. Derlatka, *Constitutional review in the abusive constitutionalism (continuation, corruption or disappearance?)*, cit., 196-197. Vedi anche quanto proposto da K. Kubuj, *Difficile avenir de la justice constitutionnelle en Pologne. Changements législatifs, litiges et dilemmes persistants*, cit.

¹⁴⁹ Possibilità già ventilata in passato dalla dottrina.

cassazione. Si sarebbe così cercato di ridimensionare il ruolo del controllo di costituzionalità in un sistema giuridico di *civil law* che non conosce il vincolo del precedente né un'indipendenza politica maggiore delle corti ordinarie, essendo state tra l'altro anch'esse vittime della strumentalizzazione illiberale.

Pare opportuno anche sottolineare i punti di debolezza o di forza istituzionale dei diversi contesti. Nella selezione dei giudici costituzionali ungheresi fino al 2010 le cose hanno funzionato bene e il modello tedesco, che presuppone un accordo tra le forze politiche, si è applicato correttamente. Tra l'altro i primi giudici costituzionali sia in Ungheria che in Polonia erano insigni giuristi noti a livello internazionale. Allora cosa è accaduto dopo? Qui ci sono concause importanti come i residui comunisti e il ruolo del sistema partitico laddove si dimostra che un sistema più frazionato e meno stabile in certi contesti può risultare più favorevole all'alternanza al potere ed alla condivisione delle scelte. Poi ci sono altre ragioni legate al precedente percorso di transizione post-comunista. In Ungheria e Polonia a un certo punto si è rotto l'equilibrio post comunista tra forze politiche di diverso schieramento, i socialisti hanno fatto diversi errori e il consolidamento di un sistema maggioritario ha avuto risultati negativi per la stabilizzazione democratica¹⁵⁰.

Angela Di Gregorio
Dip.to di Studi internazionali, giuridici e storico-politici
Università degli Studi di Milano
angela.digregorio@unimi.it

337

¹⁵⁰ L'importanza del contesto politico generale si rileva anche nella critica di Kelsen alla riforma della Corte costituzionale austriaca del 1929. In base all'art. 65 della legge federale del 7 dicembre 1929 i componenti della Corte sarebbero stati non più eletti dal parlamento ma nominati dal governo, una misura che sarebbe stata punitiva della Corte a causa di un conflitto generatosi tra questa e l'esecutivo. La "vecchia" Corte venne così sciolta e sostituita da una nuova i cui componenti erano quasi tutti politicamente allineati alla maggioranza governativa. Secondo Kelsen «questo fu l'inizio di una evoluzione politica che doveva inevitabilmente condurre al fascismo e che fu responsabile del fatto che l'annessione dell'Austria da parte dei nazisti non incontrasse alcuna resistenza». H. Kelsen, *Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des Constitutions autrichienne et américaine*, in *Rev. fr. dr. const.*, 1, 1990, 21.

