

Le “corti ibride” negli ordinamenti multinazionali: una prospettiva comparata

di Lidia Bonifati

Abstract: “Hybrid courts” in multinational states: a comparative perspective – Multinational states place constitutional courts before the delicate task of protecting the fundamental rights of minorities in contexts where it is often still necessary to ensure peace between groups. In some cases, the processes of conflict resolution provided for the introduction of so-called “hybrid courts”, i.e., a special configuration involving the presence of foreign judges alongside domestic judges in order to promote both the court’s domestic legitimacy as well as impartiality in the treatment of groups. The experience of Cyprus, Kosovo, and especially Bosnia and Herzegovina, shows how such hybrid courts pose significant critical issues in terms of the court’s legitimacy and effectiveness.

Keywords: Bosnia and Herzegovina; Hybrid constitutional courts; Foreign judges; Multinational states; Rule of law.

1. Introduzione

Negli ordinamenti multinazionali, ossia quei contesti in cui la diversità interna di natura etnica, culturale, religiosa, linguistica e nazionale è intimamente intrecciata al sistema politico-istituzionale¹, le corti costituzionali si trovano a svolgere un ruolo di fondamentale importanza. Infatti, le società frammentate lungo linee etnoculturali mettono in crisi alcuni principi cardine del costituzionalismo². Da un lato, la dimensione individuale della tutela dei diritti fondamentali risulta in tensione con la dimensione collettiva, in quanto l’ordinamento costituzionale non va solo a regolamentare il rapporto tra individui, e tra individui e Stato, ma anche il rapporto tra diversi gruppi etnoculturali³. In particolare, i gruppi di

¹ Per un’analisi approfondita degli ordinamenti multinazionali e dei vari modelli costituzionali per le società plurali si veda, tra gli altri, A. Stepan, *Towards a New Comparative Politics of Federalism, Multinationalism, and Democracy: Beyond Rikerian Federalism*, in E.L. Gibson (Ed), *Federalism and Democracy in Latin America*, Baltimore, 2004, 29–84; S. Choudhry (Ed), *Constitutional Design for Divided Societies*, Oxford, 2008; F. Palermo, J. Woelk, *Diritto Costituzionale Comparato dei Gruppi e delle Minoranze*, Milano, 2021.

² C. Harvey, A. Schwartz, *Introduction*, in C. Harvey, A. Schwartz (Eds), *Rights in Divided Societies*, Oxford-Portland, 2012, 1.

³ Sulla tensione tra diritti individuali e diritti collettivi e sulla concezione dinamica del diritto delle minoranze, si veda in particolare F. Palermo, J. Woelk, *Diritto Costituzionale Comparato dei Gruppi e delle Minoranze*, op. cit., 38–40.

minoranza potrebbero temere che il gruppo di maggioranza possa violare o marginalizzare i propri diritti (di natura linguistica, religiosa, culturale)⁴. Pertanto, nelle società caratterizzate da una profonda diversità interna, il cittadino non si caratterizza unicamente come individuo, e in quanto tale titolare di diritti, ma anche come appartenente a un gruppo, e in quanto tale titolare di diritti di natura collettiva⁵. Dall'altro lato, è possibile che i diversi gruppi non condividano la stessa visione dell'ordinamento, ognuno rivendicando le proprie specificità spesso derivanti da una storia costituzionale tutt'altro che pacifica e condivisa⁶. Pertanto, in tali ordinamenti, le corti costituzionali hanno il delicato compito di tutelare i diritti fondamentali delle minoranze in contesti spesso post-conflitto, in cui è ancora necessario garantire la pace tra gruppi⁷.

Un'esperienza molto efficace nell'esemplificare questa dinamica è il caso della Corte Costituzionale del Sudafrica, che nella fase costituzionale transitoria (1993-1996) svolse un ruolo cruciale a supporto della transizione democratica⁸. Infatti, l'istituzione stessa della Corte rappresentava un punto di rottura fondamentale con il precedente regime di apartheid⁹ e, nello svolgimento del proprio ruolo antimaggioritario, fu chiamata ad assicurare la conformità del testo costituzionale definitivo con i principi costituzionali definiti all'inizio della transizione e identificati come guida del nuovo ordinamento democratico. Tale ruolo fu svolto con estremo rigore dalla Corte, che nel *First Certification Judgment* del 1996¹⁰ dichiarò alcuni articoli della costituzione finale in contrasto con diversi principi costituzionali, rimandando il testo all'Assemblea Costituente per ulteriori modifiche¹¹. L'eccezionalità del caso sudafricano conferma l'importanza che una corte costituzionale può assumere in un contesto caratterizzato da forte divisioni, contribuendo in modo determinante ad allontanarsi da un passato di violenze e discriminazioni¹².

In alcuni ordinamenti costituzionali multinazionali, in sede di risoluzione dei conflitti, è stata introdotta una configurazione particolare di

⁴ C. Harvey, A. Schwartz, *Introduction*, op. cit., 2.

⁵ Sul complesso rapporto tra etnia e diritti umani, si veda per esempio Y. Ghai, *Ethnicity and Competing Notions of Rights*, in C. Harvey, A. Schwartz (Eds), op. cit., 59-60.

⁶ C. Harvey, A. Schwartz, *Introduction*, op. cit., 3.

⁷ Sul punto si veda S. Issacharoff, *Managing Conflict Through Democracy*, in C. Harvey, A. Schwartz (Eds), *Rights in Divided Societies*, op. cit., 33-50; K. Kössler, *The Role of Constitutional Judges in Protecting Territorial Self-Government*, in F. Requejo, M. Sanjaume-Calvet (Eds), *Defensive Federalism. Protecting Territorial Minorities from the "Tyranny of the Majority"*, Londra, 2022, 153-175.

⁸ Sull'esperienza costituzionale sudafricana, si rimanda a V. Federico, *Sudafrica*, Bologna, 2009.

⁹ S. Issacharoff, *Constitutionalizing Democracy in Fractured Societies*, in 82 *Tex. L. Rev.* 1871 (2004).

¹⁰ Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (CCT 23/96) [1996] ZACC 26; 1996 (4) SA 744 (CC); 1996 (10) BCLR 1253 (CC) (6 September 1996).

¹¹ Per un'analisi della sentenza, si veda M. Chaskalson, D. Davis, *Constitutionalism, the Rule of Law and the First Certification Judgment*, in 13(3) *S. Af. J. on Hum. Rts.* 430-45 (1997).

¹² Sul ruolo delle corti costituzionali nelle transizioni, si rimanda a F. Biagi, *Corti costituzionali e transizioni democratiche*, Bologna, 2016.

corte costituzionale, ossia le c.d. corti “ibride”. Tali corti, infatti, sono composte sia da giudici nazionali sia da giudici stranieri: i primi promuovono la legittimazione interna della corte, mentre i secondi sono posti a garantire imparzialità e bilanciamento tra i gruppi¹³. Tra le esperienze più note di corti costituzionali ibride in ordinamenti multinazionali è possibile ricordare la Corte Suprema Costituzionale di Cipro, la Corte Costituzionale della Bosnia ed Erzegovina e la Corte Costituzionale del Kosovo. Dopo aver passato in rassegna il caso cipriota e quello kosovaro, il presente contributo si concentra in particolare sul caso bosniaco-erzegovese, in quanto è attualmente la corte ibrida che ha adottato le decisioni con l’impatto più significativo sull’assetto dell’ordinamento costituzionale. La Corte opera in un contesto fortemente condizionato dai meccanismi consociativi introdotti dagli Accordi di Dayton nel 1995, che hanno generato un sistema politico-istituzionale complesso e basato sulla parità dei tre principali gruppi etnici (bosgnacchi/musulmani, serbo-bosniaci, croato-bosniaci)¹⁴. Inoltre, l’architettura costituzionale di Dayton prevede un sistema di carattere “quasi-federale”, con un livello centrale debole e molteplici livelli sub-statali (entità e cantoni) forti¹⁵. Nonostante il ruolo di primo piano attribuito dalla Costituzione alla Corte Costituzionale, la presenza dei giudici stranieri ha creato notevoli criticità in termini di legittimazione e di rispetto delle sentenze della Corte, con particolare riferimento alla Republika Srpska, ossia l’entità a maggioranza serba, che da tempo minaccia la secessione.

L’articolo intende quindi analizzare il caso della corte ibrida bosniaco-erzegovese per farne emergere gli elementi peculiari e maggiormente critici. Innanzitutto, lo studio introdurrà il tema delle corti ibride dal punto di vista teorico, richiamando alcune esperienze comparate, per poi passare all’analisi dettagliata del caso della Bosnia ed Erzegovina. Attraverso la rassegna di alcune delle sentenze maggiormente significative emesse dalla Corte dalla sua istituzione, è possibile apprezzare non solo il ruolo che la Corte svolge nell’ordinamento multinazionale bosniaco-erzegovese, ma anche l’impatto della presenza dei giudici stranieri in termini di legittimazione e tutela dei principi dello Stato di diritto.

¹³ A. Schwartz, *International Judges on Constitutional Courts: Cautionary Evidence from Post-Conflict Bosnia*, in 44 *Law & Soc. Inquiry* 2 (2017).

¹⁴ Sull’ordinamento costituzionale della Bosnia-Erzegovina, si veda J. Woelk, *La Transizione Costituzionale della Bosnia ed Erzegovina*, Padova, 2008; C. Steiner, N. Ademović, *Constitution of Bosnia and Herzegovina Commentary*, Sarajevo, 2012; S. Gavrić et al., *The Political System of Bosnia and Herzegovina: Institutions - Actors - Processes*, Cham, 2021; L. Montanari, *La Complessa Soluzione Istituzionale Adottata in Bosnia ed Erzegovina: Finalità ed Effetti nel Passare Del Tempo*, in 2 *Eur. Diversity & Autonomy Papers* 6–27 (2019); L. Bonifati, *Democrazie Consociative e Trattati di Pace: Un’Analisi Comparata di Bosnia-Erzegovina, Irlanda del Nord e Macedonia del Nord*, in *Federalismi.it*, 2019, 18, 2–20; M. Sahadžić et al. (Eds), *Citizens, Constitution, Europe. Glossary of Essential Constitutional Concepts in BiH*, Sarajevo, 2023.

¹⁵ Sul federalismo bosniaco-erzegovese, si rimanda a J. Woelk, *Bosnia-Herzegovina: Trying to Build a Federal State on Paradoxes*, in M. Burgess, A. Tarr (Eds), *Constitutional Dynamics in Federal Systems: Subnational Perspectives*, Montréal, 2011, 109–139; S. Keil, *Multinational Federalism in Bosnia and Herzegovina*, Wey Court East, 2013; E. Skrebo, *Il Federalismo Etnico alla Prova dei Tempi: Il Caso della Bosnia ed Erzegovina*, in *DPCE*, 2021, 3, 725–758.

2. Le corti ibride: tra imparzialità e legittimazione

Nonostante le corti costituzionali ibride abbiano trovato uno spazio ancora limitato nella dottrina, esse rappresentano un tema di estremo interesse per il diritto costituzionale comparato. Infatti, proprio l'uso del metodo comparato ha reso possibile a Dixon e Jackson la formulazione di tre modelli attualmente esistenti di corti costituzionali ibride (talvolta sovrapponibili): (i) corti in cui la presenza di giudici stranieri è tesa a rinforzare la reputazione e l'indipendenza della corte; (ii) corti in giurisdizioni molto piccole, in cui il carattere ibrido ha l'obiettivo di supportarne la capacità e l'indipendenza; e (iii) corti che si trovano ad operare in contesti di transizione democratica e di condivisione del potere (c.d., *power sharing*¹⁶) tra diversi gruppi precedentemente in conflitto¹⁷. Le autrici individuano anche tre corti esemplificative di tali modelli, rispettivamente la Hong Kong Court of Final Appeal, la Corte d'Appello e la Corte Suprema delle Isole Fiji e la Corte Costituzionale della Bosnia ed Erzegovina¹⁸.

Lo studio comparato svolto da Dixon e Jackson ha permesso, oltre la classificazione delle corti ibride, anche l'individuazione di una serie di vantaggi e di svantaggi che possono derivare dalla nomina di giudici stranieri in giurisdizioni nazionali. Per quanto riguarda i vantaggi, la presenza di giudici stranieri può portare a una forma di *engagement* costituzionale attraverso la condivisione delle conoscenze dei giudici provenienti da fuori la giurisdizione nazionale, a una maggiore imparzialità e indipendenza dei singoli giudici e della corte nel suo complesso, e alla creazione di possibili canali per una maggiore sensibilizzazione e consapevolezza di governi stranieri, organizzazioni internazionali e non-governative, riguardo possibili pratiche incostituzionali da parte dei governi nazionali oppure eventuali sviluppi positivi dello Stato di diritto¹⁹.

A tali aspetti positivi si contrappongono, però, una serie di potenziali svantaggi. Infatti, i giudici stranieri potrebbero non avere una sufficiente conoscenza del contesto in cui si trovano per svolgere pienamente il proprio ruolo, potrebbero non essere percepiti come imparziali e indipendenti ma come portatori di specifici interessi stranieri (e quindi di una particolare interpretazione di controversie costituzionali), e, infine, potrebbero rallentare il processo di uno sviluppo democratico tale per cui la loro presenza non sia più necessaria e in cui la corte possa essere composta unicamente da giudici nazionali²⁰. Come i lati positivi e negativi interagiscono tra di loro e si bilanciano vicendevolmente dipende in larga parte da specifici fattori legati al contesto in cui operano le corti. Tra questi rientrano, per esempio, le motivazioni che hanno portato alla nomina di

¹⁶ Sul modello consociativo, si veda, tra gli altri, A. Lijphart, *Consociational Democracy*, in 21(2) *World Pol.* 207–225 (1969); A. Lijphart, *Thinking About Democracy*, Londra-New York, 2008; A. McCulloch, *Consociational Settlements in Deeply Divided Societies: The Liberal-Corporate Distinction*, in 21(3) *Democratization* 501–518 (2014); J. McEvoy, B. O'Leary (Eds), *Power Sharing in Deeply Divided Places*, Philadelphia, 2013.

¹⁷ R. Dixon, V. Jackson, *Hybrid Constitutional Courts: Foreign Judges on National Constitutional Courts*, in 57 *Colum. J. Transnat'l L.* 293 (2018).

¹⁸ R. Dixon, V. Jackson, *Hybrid Constitutional Courts*, op. cit., 292.

¹⁹ Ivi 289–290.

²⁰ *Ibidem*.

giudici stranieri, i profili individuali di tali giudici, la durata del loro mandato e le modalità di nomina²¹.

Un altro importante studio comparato che è opportuno richiamare è quello condotto recentemente da Dziedzic e Young, che hanno ulteriormente approfondito la presenza dei giudici stranieri nelle corti nazionali senza limitarsi alle corti costituzionali²². In particolare, è interessante notare come Dziedzic si sofferma anche su alcune questioni definitorie, prima tra tutte cosa permette di identificare i giudici come “stranieri”. Infatti, il concetto di “straniero” è relativo, complesso e mutevole e non denota unicamente la non appartenenza all’ordinamento nazionale in cui il giudice è chiamato a operare²³. Nello specifico, vengono individuati due criteri generali che qualificano un giudice come straniero, ossia la cittadinanza e il luogo della propria formazione professionale, ed è interessante osservare come l’interazione tra questi due elementi contribuisca a sfumare il concetto di “straniero”²⁴. In alcuni contesti, per esempio, se da un lato è previsto che i giudici non debbano essere cittadini dell’ordinamento, dall’altro è necessario che essi provengano da Paesi in cui vige lo stesso sistema giuridico. È emblematico il caso della Hong Kong Court of Final Appeal, in cui la scelta dei giudici stranieri ricade su giudici che non siano cittadini di Hong Kong ma che provengano da altre giurisdizioni di *common law*²⁵. Inoltre, la qualificazione di un giudice come “straniero” è resa ulteriormente complessa dalla crescente mobilità dei giudici derivante dai processi di globalizzazione, di integrazione sovranazionale e di cooperazione trans-frontaliera²⁶. Nonostante ciò, Dziedzic sottolinea che «i confini delle giurisdizioni e degli Stati sono ancora rilevanti, e le leggi e i giudici sono ancora strettamente legati alle comunità politiche nazionali»²⁷.

Come anticipato, il carattere ibrido di una corte può essere una configurazione specificatamente pensata per quelle società attraversate da profonde divisioni etnoculturali, per evitare decisioni su base identitaria. In tali contesti, ci si aspetta che i giudici stranieri possano risultare decisivi qualora il resto della corte assuma posizioni polarizzate²⁸. Nonostante la natura pressante del c.d. «dilemma post-conflitto»²⁹ a cui le corti ibride sono chiamate a rispondere, alcuni autori hanno osservato come la presenza di giudici stranieri tenda a essere «ambigua»³⁰. In particolare, un recente studio di Schwartz ha dimostrato che il presupposto di imparzialità dei giudici stranieri sembra essere errato e che essi non si rivelano necessariamente

²¹ Per un’analisi approfondita sul punto si rimanda a R. Dixon, V. Jackson, *Hybrid Constitutional Courts*, op. cit., 326–331, così come a A. Dziedzic, *An Introduction to Foreign Judges on Domestic Courts*, in A. Dziedzic, S.N.M. Young (Eds), *The Cambridge Handbook of Foreign Judges on Domestic Courts*, Cambridge, 2023, 11–14.

²² Cfr. *ivi*.

²³ *Ivi*, 3–5.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ivi*, 6.

²⁷ *Ibidem* [traduzione italiana dell’autrice].

²⁸ A. Schwartz, *International Judges on Constitutional Courts*, op. cit., 2.

²⁹ *Ibidem*

³⁰ *Ivi*, 25.

determinanti in decisioni spaccate³¹. Al contrario, l'inevitabile tendenza a schierarsi con una parte o un'altra può potenzialmente minare il ruolo di contrappeso della Corte e danneggiarne l'autorità³². Inoltre, Schwartz sostiene che l'eccessivo affidamento sulla comunità internazionale «per far rispettare le decisioni controverse porta a dei risultati a breve termine a scapito del tipo di attivismo incrementale che le corti costituzionali tipicamente utilizzano per costruire la propria autorità nel tempo»³³. Inoltre, è possibile interrogarsi sugli effetti avversi che la presenza di giudici stranieri può generare sulla legittimazione e sull'efficacia delle corti. In particolare, Dziedzic osserva come alcune volte la nomina di giudici stranieri possa essere usata strumentalmente per coprire motivazioni distorte. In alcuni casi, per esempio, ciò potrebbe servire a perpetuare un'attitudine coloniale, così da controllare lo sviluppo degli ordinamenti precedentemente soggetti alle potenze coloniali³⁴. Un altro effetto avverso, invece, è legato alla possibilità di esercitare pressioni politiche sulle corti, in quanto spesso i giudici stranieri hanno mandati più brevi dei giudici nazionali e per tale motivo sono percepiti dai regimi autoritari come una "meno pericolosi" e più facilmente soggetti a ingerenze politiche³⁵.

A conclusione di questo paragrafo teorico, vale la pena richiamare brevemente alcuni fattori che rendono più probabile l'adozione di un modello ibrido nella composizione delle corti. Come già menzionato, si è osservato come giurisdizioni particolarmente piccole ricorrano spesso alla nomina di giudici stranieri nelle corti nazionali, per sopperire alla mancanza di un sufficiente numero di giudici locali per far fronte alle necessità del sistema giudiziario, come avviene di frequente nel Pacifico e nei Paesi caraibici³⁶. Un altro elemento che è interessante notare è che nella maggioranza delle giurisdizioni analizzate dalla dottrina vige un sistema di *common law*³⁷. Senza suggerire alcun nesso causale tra la presenza dei giudici stranieri e i sistemi di *common law*, Dziedzic rileva che questo dato potrebbe essere dovuto al ruolo centrale svolto dal giudice nei sistemi di *common law*, così come all'esperienza coloniale britannica, la quale ha visto le precedenti colonie mantenere la pratica di nominare giudici provenienti dal Regno Unito o da altri Paesi del Commonwealth³⁸. Infine, il coinvolgimento della comunità internazionale è sicuramente un fattore da non sottovalutare, in quanto alcuni ordinamenti sono particolarmente soggetti all'influenza di attori internazionali per via di un proprio passato coloniale, di dinamiche geopolitiche, oppure di interventi internazionali di risoluzione di conflitti interni³⁹. Molti critici del modello ibrido spesso sostengono che la presenza

³¹ Ivi, 26.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ A. Dziedzic, *An Introduction to Foreign Judges on Domestic Courts*, op. cit., 14.

³⁵ Questo, per esempio, è il caso del Gambia, dove la nomina di giudici stranieri era preferita ai giudici nazionali cosicché il governo potesse esercitare forme di controllo sul sistema giudiziario (si veda A. Dziedzic, *An Introduction to Foreign Judges on Domestic Courts*, op. cit., 15).

³⁶ Ivi, 16.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Ivi, 16–17.

³⁹ *Ibidem*.

di giudici stranieri vada contro la sovranità dello Stato⁴⁰, riecheggiando le dispute relative all'uso del diritto straniero da parte di corti nazionali⁴¹. In Ruanda, per esempio, fu esclusa la possibilità di fare ricorso a una corte ibrida che si occupasse dei crimini di guerra legati al genocidio del 1994, in quanto ciò avrebbe costituito «una violazione della sovranità del popolo ruandese»⁴². Per quanto permanga un forte valore simbolico e potenzialmente controverso dietro alla nomina dei giudici stranieri, Dziedzic osserva che i giudici stranieri vengono nominati in pieno rispetto della sovranità statale, da organi specializzati o dal Parlamento⁴³.

3. Due esperienze di corti ibride transitorie: Cipro e Kosovo

Come anticipato, il presente contributo si concentra in particolare sugli ordinamenti che hanno introdotto le corti ibride per via della propria natura multinazionale, nonostante esistano oltre 50 giurisdizioni in cui sono presenti giudici stranieri⁴⁴. Eppure, prima di passare all'analisi più approfondita del caso della Bosnia ed Erzegovina, è interessante richiamare brevemente altre due esperienze di corti ibride in ordinamenti multinazionali, ossia il caso cipriota e quello kosovaro. Infatti, in questi contesti, la natura ibrida delle corti costituzionali è stata parte integrante dei rispettivi processi di risoluzione del conflitto, per poi essere abbandonata in un secondo momento. Nonostante tale carattere transitorio, è ugualmente significativo accennare ai motivi per cui la configurazione ibrida delle corti non sia diventato un elemento permanente dell'ordinamento, come avvenuto invece in Bosnia ed Erzegovina.

Partendo dall'esperienza della corte ibrida cipriota⁴⁵, essa è stata circoscritta nel tempo e soprattutto è stata abbandonata non al compimento

⁴⁰ Sul punto si veda per esempio J. Marko, *Foreign Judges: A European Perspective*, in S.N.M. Young, Y. Ghai (Eds), *Hong Kong's Court of Final Appeal: The Development of the Law in China's Hong Kong*, Cambridge, 2014, 637–65.

⁴¹ Non potendo approfondire il punto in questa sede, si rimanda, tra gli altri, a G. de Vergottini, *Oltre il Dialogo tra Corti*, Bologna, 2010; G. Halmai, *The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation*, in M. Rosenfeld, A. Sajó (Eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, 1328–48; G.F. Ferrari (Ed), *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, Boston, 2020; F. Biagi, *Foreign Law in Constitutional Interpretation*, in R. Grote et al. (Eds), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2021.

⁴² G. Prunier, *Africa's World War: Congo, the Rwandan Genocide, and the Making of a Continental Catastrophe*, Oxford, 2009, 12.

⁴³ A. Dziedzic, *An Introduction to Foreign Judges on Domestic Courts*, op. cit., 17–18, 21–22.

⁴⁴ Nel continente europeo, giudici stranieri siedono nelle corti di Andorra, Liechtenstein, Monaco e San Marino, generalmente provenienti dagli ordinamenti confinanti. Per esempio, nella Corte Costituzionale e nelle corti ordinarie del Liechtenstein, oltre ai giudici locali, siedono giudici austriaci e svizzeri. Esperienze analoghe sono presenti in altre regioni del mondo, dal Medio Oriente al Sud America, dal continente africano all'Asia pacifica (per una panoramica più completa si veda A. Dziedzic, *An Introduction to Foreign Judges on Domestic Courts*, op. cit., 1–10).

⁴⁵ Sull'ordinamento costituzionale cipriota e in particolare sull'esperienza della Corte Suprema Costituzionale, si veda C. Yakinthou, *Political Settlements and Ethnically Divided Societies: Consociationalism and Cyprus*, Londra, 2009; H. Faustmann, A. Varnava

di una transizione, ma a causa di una profonda crisi costituzionale. La natura ibrida della corte era uno degli elementi introdotti dal modello consociativo della Costituzione del 1960 per regolare le divisioni interne tra la parte greca e quella turca. Fino al 1964, anno in cui l'esperimento consociativo fallì, la Corte Suprema Costituzionale di Cipro era composta da un giudice greco-cipriota, un giudice turco-cipriota e un giudice straniero "neutrale", che ricopriva il ruolo di Presidente della Corte e che avrebbe dovuto esprimere il voto decisivo nel caso in cui gli altri due giudici avessero assunto posizioni opposte⁴⁶. Schwartz osserva come nonostante questa composizione, o forse proprio a causa di essa, la Corte fu di fatto inefficace nel trattare la serie di conflitti costituzionali che sfociarono nella crisi che nel 1964 portò al fallimento delle istituzioni di *power sharing*⁴⁷.

In particolare, la crisi ebbe origine dalle dimissioni nel 1963 del Presidente della Corte, il giudice tedesco Ernst Forsthoff, e dalle conseguenti dimissioni dei funzionari turchi dai pubblici uffici. Lo stesso accadde nelle corti inferiori, rendendo di fatto impossibile il funzionamento del sistema giudiziario⁴⁸. La crisi fu risolta in seguito all'adozione della legge 33/64⁴⁹ sullo stato di necessità e alla decisione *Ibrahim*⁵⁰ della neoistituita Corte Suprema, la quale assunse le precedenti funzioni della High Court e della Corte Suprema Costituzionale⁵¹. Tale evoluzione della Corte, come osservato da Kombos, ha comportato non solo che questa fosse composta solo da giudici greco-ciprioti, ma anche un passaggio da un controllo di costituzionalità di tipo accentrato a uno di tipo diffuso⁵². Una proposta di riforma della Corte⁵³, inclusa nel Piano Annan del 2004 per la riunificazione di Cipro ma mai implementata, prevedeva che i giudici stranieri della Corte Suprema non solo non dovessero essere cittadini ciprioti, ma nemmeno

(Eds), *Reunifying Cyprus: The Annan Plan and Beyond*, Londra, 2009; M. Cremona, N. Skoutaris, *Speaking of the De... rogations: Accommodating a Solution of the Cyprus Issue within the Union Legal Order*, in 11(4) *J. Balkan Near East*. 381–395 (2009); J. McGarry, *Centripetalism, Consociationalism and Cyprus: The "Adoptability Question"*, in A. McCulloch, J. McGarry (Eds), *Power-Sharing: Empirical and Normative Challenges*, Londra-New York, 2017, 16–35; F. Cochrane et al., *Mediating Power-Sharing: Devolution and Consociationalism in Deeply Divided Societies*, Londra, 2018, 80–104; C. Kombos, *Idiosyncratic Constitutional Review in Cyprus: (Re-)Design, Survival and Kelsen*, in 14(4) *ICL J.* 473–496 (2020); J. Milligan, *Power-Sharing as a Means of Conflict Resolution: A Comparative Analysis of the Peace Processes in Northern Ireland and Cyprus*, in 40 *IFF Paper Online* 1–33 (2023); C. Kombos, A. Herodotou, *The Supreme Court of Cyprus: The Centre of Gravity Within the Separation of Powers*, in K. Póczy (Ed), *Constitutional Review in Western Europe. Judicial-Legislative Relations in Comparative Perspective*, Londra-New York, 2024, 77–107.

⁴⁶ A. Schwartz, *International Judges on Constitutional Courts*, op. cit., 3; C. Kombos, *Idiosyncratic Constitutional Review in Cyprus*, op. cit., 481–488.

⁴⁷ A. Schwartz, *International Judges on Constitutional Courts*, ivi.

⁴⁸ C. Kombos, *Idiosyncratic Constitutional Review in Cyprus*, op. cit., 481.

⁴⁹ Legge 33/64, *Administration of Justice (Miscellaneous Provisions) Law*.

⁵⁰ Corte Suprema di Cipro, ricorsi n. 2729, 2734, 2735, *The Attorney-General of the Republic v Ibrahim*, (10 novembre 1964).

⁵¹ C. Kombos, *Idiosyncratic Constitutional Review in Cyprus*, op. cit., 481–482, 488–493.

⁵² Ivi, 482–483, 489.

⁵³ Sul punto si rimanda anche a C. Kombos, *Idiosyncratic Constitutional Review in Cyprus*, op. cit., 493–495.

turchi, greci o britannici⁵⁴. Ciò avrebbe dovuto rendere pienamente imparziale una Corte altrimenti soggetta alle influenze della pluralità di forze politiche nazionali e internazionali presenti nell'ordinamento.

Per quanto riguarda, invece, l'esperienza kosovara⁵⁵, la Corte Costituzionale fu istituita nel 2009 a seguito della dichiarazione di indipendenza del Kosovo. La composizione originaria prevedeva la presenza di tre giudici stranieri nominati dal Rappresentante Civile Internazionale previa consultazione con il Presidente della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁵⁶. Nonostante l'articolo della Costituzione che prevedeva la presenza dei tre giudici stranieri sia stato abrogato nel 2012, i giudici selezionati secondo tale disposizione sono rimasti in carica anche successivamente secondo un accordo tra le autorità europee e il Presidente del Kosovo, che ha rinnovato il loro mandato inizialmente fino al 2016 e poi fino al 2018⁵⁷.

Riguardo all'impatto dei giudici stranieri sulla Corte Costituzionale kosovara, Grewe trae un bilancio sostanzialmente negativo. Infatti, l'autrice osserva come i giudici stranieri non abbiano assunto un orientamento compatto e coerente, confermato dal fatto che essi hanno votato in modo unanime solo occasionalmente. Secondo Grewe, infatti, i giudici stranieri nella Corte kosovara non si sono sentiti investiti di una vera e propria *mission*, al contrario di quanto accade, come vedremo, in Bosnia ed Erzegovina⁵⁸. È pur vero che i due contesti, per quanto presentino alcuni elementi comuni, non sono perfettamente sovrapponibili. Infatti, in Kosovo esiste un gruppo chiaramente dominante, quello albanese, a fronte di una minoranza serba numericamente contenuta. Inoltre, la Costituzione kosovara, a differenza di quella bosniaco-erzegovese, riconosce l'esistenza di un solo popolo, quello kosovaro, e sancisce il principio di multietnicità, senza

⁵⁴ Cfr. A. Dziedzic, *An Introduction to Foreign Judges on Domestic Courts*, op. cit., 12; H. Faustmann, A. Varnava, *Reunifying Cyprus*, op. cit., 33, 77, 102.

⁵⁵ Sul carattere internazionale della Corte Costituzionale kosovara, si veda C. Grewe, M. Riegner, *Internationalized Constitutionalism in Ethnically Divided Societies: Bosnia-Herzegovina and Kosovo Compared*, in 15 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 1–64 (2011); E. Hasani et al., *Individual Complaint Mechanism as a Means to Protecting Fundamental Human Rights and Freedoms: The Case of the Constitutional Court of Kosovo*, in *Eur. Y.B. Hum. Rts.* 383–400 (2012); A. L. Capussela, *A Critique of Kosovo's Internationalized Constitutional Court*, in 2 *Eur. Diversity & Autonomy Papers* 5–40 (2014); E. Hasani, *The Role of the Constitutional Court in the Development of the Rule of Law in Kosovo*, in 43(3) *Rev. Cent. & E. Eur. L.* 274–313 (2018); L.A. Dickinson, *The Relationship between Hybrid Courts and International Courts: The Case of Kosovo*, in 37(4) *New Eng. L. Rev.* 1059–1072 (2002); E. Hasani, F. Korenica, *“Two Courts” for One Constitution: Fragmentation of Constitutional Review in the Law of the Kosovo Specialist Chambers in The Hague*, in 24(2) *German L. J.* 385–401 (2023); C. Grewe, *Foreign Judges in the Constitutional Courts of Bosnia-Herzegovina and Kosovo. ‘Mission Impossible’?* in A. Dziedzic, C. Young (Eds), op. cit, 103–123; R. Toniatti, *The Principle of Reflective Judiciary in Divided Societies: Challenges and Opportunities in the Western Balkans*, in *Riv. dir. comp.*, 2023, 3, 1–43.

⁵⁶ Costituzione del Kosovo – Articolo 152(4) (“Composizione Temporanea della Corte Costituzionale”).

⁵⁷ R. Hasani, *The Role of the Constitutional Court in the Development of the Rule of Law in Kosovo*, op. cit., 292–293.

⁵⁸ C. Grewe, *Foreign Judges in the Constitutional Courts of Bosnia-Herzegovina and Kosovo*, op. cit., 122.

che nessun gruppo benefici di uno *status* particolare rispetto agli altri⁵⁹. Ciò si riflette anche nella composizione della Corte, che non prevedeva (e non prevede tutt'ora) la nomina di giudici nazionali su base etnica. Pertanto, Grewe sostiene che in Kosovo i giudici stranieri non abbiano contribuito ad accrescere la legittimazione della Corte e non abbiano avuto un impatto decisivo sulla giurisprudenza costituzionale⁶⁰.

4. La peculiare esperienza della Corte Costituzionale della Bosnia ed Erzegovina

Passando ora al caso bosniaco-erzegovese, è innanzitutto necessario sottolineare come originariamente nell'ordinamento, oltre alla Corte Costituzionale, erano stati previsti altri due organi giudiziari in cui erano presenti giudici stranieri, ossia la Camera per i Diritti Umani (fino al 2002) e la Corte della Bosnia ed Erzegovina (fino al 2007)⁶¹. In particolare, nella Camera per i Diritti Umani la presenza dei giudici stranieri era preponderante rispetto ai giudici nazionali, in un rapporto di otto a sei⁶². È altrettanto significativo notare che entrambe le corti, a cui si aggiunge la Corte Costituzionale, hanno giurisdizione sulla tutela dei diritti umani e dello Stato di diritto. Pertanto, la loro presenza era funzionale a garantire l'applicazione degli standard internazionali in materia di diritti umani e della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo⁶³.

Per quanto riguarda nello specifico la Corte Costituzionale⁶⁴, essa è prevista dall'art. VI della Costituzione ed è composta da nove giudici, di cui

⁵⁹ Ivi, 106.

⁶⁰ Ivi, 122.

⁶¹ Per quanto riguarda la Corte della Bosnia ed Erzegovina, i giudici stranieri sedevano nella camera che si occupava di crimini di guerra e di criminalità organizzata, oltre che nel grado di appello. Inizialmente, il rapporto tra i giudici era di due giudici stranieri e fronte di un solo giudice nazionale, mentre in un secondo momento il rapporto si è invertito a favore dei giudici nazionali. Per maggiori dettagli sul funzionamento della Corte, si veda D. Re, *The Court of Bosnia and Herzegovina*, in *Bar News*, 32-34 (2008).

⁶² S. Gavrić et al., *The Political System of Bosnia and Herzegovina*, op. cit., 47-48.

⁶³ Cfr. A. Dziedzic, *An Introduction to Foreign Judges on Domestic Courts*, op. cit., 13.

⁶⁴ Sulla Corte Costituzionale bosniaco-erzegovese, si veda J. Marko, *Five Years of Constitutional Jurisprudence in Bosnia and Herzegovina: A First Balance*, in 7 *Eur. Diversity & Autonomy Papers* 5-39 (2004); A. Schwartz, M. J. Murchison, *Judicial Impartiality and Independence in Divided Societies: An Empirical Analysis of the Constitutional Court of Bosnia-Herzegovina*, in 50(4) *Law & Soc. Rev.* 821-855 (2016); D. Walsh, *Constitutional Courts as Arbiters of Post-Conflict Territorial Self-Government: Bosnia and Macedonia*, in 29(1) *Reg. Fed. Stud.* 67-90 (2019); H. Išerić, *The Role of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina in Profiling Cooperative Federalism in a Multinational State*, in M. Krešić, et al. (Eds), *Ethnic Diversity, Plural Democracy and Human Dignity*, Cham, 2022, 153-183; E. Skrebo, *La Corte Costituzionale della Bosnia Ed Erzegovina Fissa i Limiti alla Modifica del Riparto di Competenze tra Stato Centrale e Entità Federali*, in *DPCE Online*, 2022, 4, 2353-2365; L. Montanari, *La Composizione Della Corte Costituzionale Della Bosnia Ed Erzegovina Tra Influenza Del Fattore Etnico e Garanzie Internazionali*, in M. Calamo Specchia (cur.), *Le Corti Costituzionali: Composizione, Indipendenza, Legittimazione*, Torino, 2011, 113-135; L. Montanari, *The Use of Comparative and International Law by the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina*, in G.F. Ferrari (Ed), *Judicial Cosmopolitanism*, Leiden e Boston, 2019, 708-744; N. Smilagić,

tre sono nominati dal Presidente della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo previo parere della Presidenza collettiva bosniaco-erzegovese. La Costituzione specifica ulteriormente che i giudici stranieri non possono essere cittadini della Bosnia ed Erzegovina né degli Stati confinanti⁶⁵. Come osservato da Dziedzic, ciò rinforza una concezione di cittadinanza nazionale tale per cui l'identità nazionale va al di là dei confini statali, rendendo i giudici degli ordinamenti confinanti non pienamente imparziali in caso di controversie su base identitaria⁶⁶. Gli altri sei giudici sono nominati dalle assemblee parlamentari delle entità sub-statali: quattro dalla Camera dei Rappresentanti della Federazione della Bosnia-Erzegovina (l'entità a maggioranza bosgnacca/musulmana e croato-bosniaca) e due dall'Assemblea Nazionale della Republika Srpska (l'entità a maggioranza serbo-bosniaca)⁶⁷. Nonostante non sia prevista esplicitamente alcuna ripartizione dei giudici su base etnica, la prassi vuole che i giudici nominati dalla Federazione siano due giudici bosgnacchi e due croato-bosniaci, mentre i due giudici nominati dalla Repubblica Srpska siano due giudici serbo-bosniaci. La Costituzione prevede che la Corte Costituzionale abbia giurisdizione esclusiva sui conflitti tra le due entità, tra entità e Stato centrale, e tra istituzioni statali⁶⁸.

Il testo costituzionale delinea un controllo di costituzionalità accentrato principalmente di tipo astratto, individuando come titolari del ricorso in via principale i membri della Presidenza collettiva, il Presidente del Consiglio dei Ministri, il Presidente e Vicepresidente di entrambe le camere del Parlamento statale, un quarto dei membri di ciascuna camera del Parlamento statale e un quarto di ciascuna camera dei parlamenti delle entità⁶⁹. La Costituzione prevede, però, anche la possibilità di ricorsi in via incidentale da parte delle corti inferiori⁷⁰; tuttavia, Vlaški e Marko osservano come tale controllo concreto sia in realtà molto debole. Infatti, le parti possono solo suggerire alle corti inferiori di porre una questione di costituzionalità alla Corte Costituzionale, senza che esse siano tenute a sospendere il procedimento per rimettere la decisione alla Corte⁷¹. Infine, è opportuno notare che la Corte agisce come giurisdizione d'appello in casi

Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina (Ustavni sud Bosne i Hercegovine), in R. Grote et al. (Eds), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2020.

⁶⁵ Costituzione della Bosnia ed Erzegovina – Articolo VI(1)b.

⁶⁶ È opportuno notare come in altri contesti la posizione sia opposta. In Kuwait, Qatar ed Emirati Arabi Uniti la nomina di giudici stranieri in corti nazionali è concessa unicamente a giudici che siano cittadini di altri Paesi arabi, a indicazione di una comunanza identitaria basata sulla lingua, la religione e le tradizioni giuridiche (si veda A. Dziedzic, *An Introduction to Foreign Judges on Domestic Courts*, op. cit., 4).

⁶⁷ Costituzione della Bosnia ed Erzegovina – Articolo VI(1)a.

⁶⁸ Costituzione della Bosnia ed Erzegovina – Articolo VI(3)a-c.

⁶⁹ Costituzione della Bosnia ed Erzegovina – Articolo VI(3)a.

⁷⁰ Costituzione della Bosnia ed Erzegovina – Articolo VI(3)c.

⁷¹ B. Vlaški, J. Marko, *Constitutional Court(s) and Constitutional Review*, in M. Sahadžić et al. (Eds), *Citizens, Constitution, Europe. Glossary of Essential Constitutional Concepts in BiH*, Sarajevo, 2023, 327.

riguardanti gravi violazioni dei diritti umani e delle libertà fondamentali, aprendo uno spazio a ricorsi individuali⁷².

Volgendo ora lo sguardo all'operato della Corte e al ruolo che ha svolto nell'evoluzione dell'ordinamento bosniaco-erzegovese, è fondamentale ricordare che la Corte Costituzionale ha assunto un ruolo determinante nella transizione costituzionale della Bosnia ed Erzegovina⁷³. Infatti, dopo una prima fase di rigida attuazione del modello costituzionale imposto dagli Accordi di Dayton del 1995, che prevedevano l'introduzione di una complessa architettura politica e territoriale, attraverso una serie di pronunce "correttive" la Corte diede inizio a una nuova fase della transizione, volta ad attenuare alcune delle rigidità originarie. In questa fase, la Corte ha assunto il ruolo di vera e propria «Corte di sistema»⁷⁴, esprimendosi su controversie riguardanti i simboli etnici (es. toponomastica, bandiere, stemmi), la composizione e le competenze delle istituzioni politiche, i c.d. "interessi vitali" e l'uso del potere di veto⁷⁵, e i ricorsi individuali per violazione dei diritti umani e del diritto al ritorno dei rifugiati⁷⁶.

In particolare, con la storica sentenza del 2000 sui "popoli costitutivi"⁷⁷, la Corte Costituzionale ha impresso una nuova direzione in senso multietnico all'ordinamento bosniaco-erzegovese. Nell'assetto originario introdotto al termine del conflitto, le costituzioni sub-statali riconoscevano bosgnacchi e croato-bosniaci in qualità di popoli costitutivi all'interno della Federazione della Bosnia ed Erzegovina (e in quanto tali unici titolari di diritti collettivi, escludendo i cittadini serbo-bosniaci), e il gruppo serbo-bosniaco in qualità di popolo costitutivo all'interno della

⁷² Sul punto si rimanda a N. Smailagić, J. Marko, M. Sahadžić, *The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina. Individual Complaints*, in M. Sahadžić et al. (Eds), *Citizens, Constitution, Europe. Glossary of Essential Constitutional Concepts in BiH*, Sarajevo, 2023, 331–335.

⁷³ Sulle fasi della transizione costituzionale, si veda in particolare J. Woelk, *La Transizione Costituzionale della Bosnia ed Erzegovina*, op. cit.

⁷⁴ Ivi, 110.

⁷⁵ La modello consociativo introdotto dagli Accordi di Dayton prevede che i gruppi riconosciuti dalla Costituzione (bosgnacchi/musulmani, croato-bosniaci e serbo-bosniaci) abbiano diritto di esercitare il potere di veto qualora ritenessero che gli "interessi vitali" del proprio gruppi siano stati violati o rischino di esserlo (Costituzione della Bosnia ed Erzegovina – Articolo IV(3)e & Articolo V(2)d).

⁷⁶ Dopo la fine dei lavori della Commissione per i Diritti Umani (precedentemente chiamata Camera dei Diritti Umani), le relative competenze furono trasferite alla Corte Costituzionale nel 2004.

⁷⁷ Corte Costituzionale della Bosnia ed Erzegovina, caso U-5/98-III (1° luglio 2000). Sulla sentenza dei popoli costitutivi, si rimanda a F. Palermo, *Bosnia-Erzegovina: La Corte Costituzionale Fissa i Confini della (Nuova) Società Multi-etnica*, in *DPCE*, 4, 2000, 1479–1489; S. Issacharoff, *Constitutionalizing Democracy*, cit., 1888–1891; J. Woelk, *La Transizione Costituzionale della Bosnia ed Erzegovina*, cit., 111–122; S. Choudhry, R. Stacey, *Independent of Dependent? Constitutional Courts in Divided Societies*, in C. Harvey, A. Schwartz (Eds), *Rights in Divided Societies*, op. cit., 97–99; S. Gavrić et al., *The Political System of Bosnia and Herzegovina*, op. cit., 24–26; Z. Begić, Z. Delić, *Constituency of Peoples in the Constitutional System of Bosnia and Herzegovina: Chasing Fair Solutions*, in 11(2) *Int'l J. Const. Law* 447–465 (2013); L. Bonifati, *The "Constituent Peoples' Case" and its Impact on The Multinational Nature of Bosnia and Herzegovina*, in F. Biagi et al. (Eds), *Comparative Constitutional History. Volume 3: Landmark Judgments*, Leiden and Boston, 2025 (in corso di pubblicazione).

Republika Srpska (e in quanto tale l'unico gruppo titolare di diritti collettivi, escludendo quindi i cittadini bosgnacchi e croato-bosniaci). Con la sentenza del 2000, la Corte ha posto fine all'originaria segregazione etnica tra gruppi all'interno del territorio nazionale, dichiarando incostituzionali le disposizioni delle rispettive costituzioni sub-statali e riconoscendo la natura multietnica dell'ordinamento. Secondo la decisione della Corte, i tre gruppi (bosgnacchi, croato-bosniaci e serbo-bosniaci) dovevano essere popoli costitutivi in tutto il territorio nazionale e non solo nelle entità sub-statali in cui erano in maggioranza⁷⁸.

Nel giudizio della Corte emerge chiaramente la tensione tra la dimensione individuale dei diritti e quella collettiva imposta dal modello consociativo, come anche dimostrato dal fatto che la Corte si divise su base etnica. Da un lato, la maggioranza, costituita dai tre giudici stranieri e dai due giudici bosgnacchi⁷⁹, sosteneva che le disposizioni delle costituzioni sub-statali che riconoscevano come popoli costitutivi unicamente i gruppi di maggioranza erano non solo discriminatorie nei confronti delle minoranze, ma anche una pratica che andava a perpetuare le operazioni di pulizia etnica compiute durante il conflitto degli anni Novanta⁸⁰. Inoltre, la maggioranza stabiliva che la segregazione etnica non è mai da considerarsi come un fine legittimo, nemmeno in quegli ordinamenti in cui è presente un modello consociativo. Inoltre, i giudici di maggioranza osservavano che la tutela dei diritti individuali non costituisce una minaccia alla coesistenza pacifica tra gruppi, ma anzi essi sono importanti tanto quanto i diritti collettivi⁸¹. Dall'altro lato, i quattro giudici di minoranza (ossia i due giudici serbo-bosniaci e i due giudici croato-bosniaci) privilegiavano la logica consociativa rispetto alla tutela dei diritti individuali. Pertanto, in questo caso, la presenza dei giudici stranieri si dimostrò determinante nel raggiungere la maggioranza in una decisione così significativa.

Un altro caso interessante, di qualche anno successivo, è il c.d. *Place Names case* e riguardava due leggi adottate dall'Assemblea Nazionale della Republika Srpska, secondo cui alcune città sarebbero state rinominate per indicare la propria origine serba⁸². A differenza del caso precedente, la Corte si esprime all'unanimità nel riconoscere l'incostituzionalità delle due leggi, in quanto implicavano la superiorità dell'identità serba sulle altre e scoraggiava i membri delle altre due comunità dallo stabilirsi nelle città "rinominate" o dal farvi ritorno come previsto dalle disposizioni degli Accordi di Dayton sul ritorno dei rifugiati⁸³. Pertanto, attraverso queste due sentenze, la Corte Costituzionale ridefinisce chiaramente la natura multietnica della società bosniaco-erzegovese, dimostrando che il carattere

⁷⁸ S. Gavrić et al., *The Political System of Bosnia and Herzegovina*, op. cit., 25.

⁷⁹ I giudici bosgnacchi, così come i rispettivi partiti politici, tendono a privilegiare una visione integrata dell'ordinamento, forti della loro maggioranza numerica rispetto agli altri due gruppi etnoculturali.

⁸⁰ S. Choudhry, R. Stacey, *Independent of Dependent?*, op. cit., 98.

⁸¹ *Ibidem*

⁸² Corte Costituzionale della Bosnia ed Erzegovina, caso U-44/01 (27 febbraio 2004). Sul *Place Names case*, si veda D. Feldman, *Renaming Cities in Bosnia and Herzegovina*, in 3(4) *Int'l J. Const. Law* 649-662 (2005).

⁸³ S. Choudhry, R. Stacey, *Independent of Dependent?*, op. cit., 99-100.

etnico (e dunque collettivo) deve essere ricondotto ai limiti posti dai diritti individuali⁸⁴.

Tuttavia, ci sono stati casi in cui la Corte non fu in grado di far prevalere i diritti individuali sui diritti collettivi, come avvenne nei ricorsi che precedettero la rinomata sentenza *Sejdić e Finci c. Bosnia ed Erzegovina* della Corte di Strasburgo del 2009⁸⁵. Infatti, la Corte Costituzionale rigettò le istanze dei due ricorrenti, entrambi appartenenti alla categoria “altri”⁸⁶ in quanto minoranze nazionali, che dichiaravano di essere stati discriminati per via della propria origine etnica. In uno dei tre casi giunti davanti alla Corte, i giudici si espressero in modo unanime dichiarando il caso inammissibile⁸⁷, mentre negli altri due casi, due giudici (di cui la giudice straniera) espressero la loro opinione dissenziente⁸⁸. Secondo l’opinione della Corte, le disposizioni costituzionali che impedivano ai cittadini che non si identificavano con uno dei tre popoli costitutivi di candidarsi alla Presidenza collettiva e alla seconda camera del Parlamento statale erano giustificate se considerate nel contesto complessivo in cui si trovava la Bosnia ed Erzegovina, in cui un equilibrio pacifico era stato faticosamente raggiunto con gli Accordi di Dayton. La Corte faceva inoltre riferimento a una precedente sentenza della Corte di Strasburgo, *Mathieu-Mohin e Clerfayt c. Belgio*⁸⁹, in cui le restrizioni imposte all’elezione della Presidenza erano state considerate legittime e funzionali al mantenimento di un dialogo pacifico tra le comunità linguistiche. Il diverso atteggiamento della Corte rispetto ai due casi di inizio anni Duemila può essere spiegato se si considera che i casi relativi alla legislazione elettorale riguardavano il cuore del sistema consociativo bosniaco-erzegovese (ossia la composizione delle cariche e istituzioni politiche statali), al contrario del caso dei popoli costitutivi e dei nomi delle città⁹⁰.

È infine necessario osservare che la presenza dei giudici stranieri ha posto la Corte Costituzionale davanti a significativi problemi di rispetto delle proprie sentenze e, di conseguenza, della propria autorità. Per esempio, nel 2010 la Corte aveva dichiarato incostituzionali alcune sezioni della legislazione elettorale statale e dello Statuto della città di Mostar,

⁸⁴ S. Choudhry, R. Stacey, *Independent of Dependent?*, op. cit., 100.

⁸⁵ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, casi 27996/06 e 34836/06, *Sejdić e Finci c. Bosnia ed Erzegovina* (22 dicembre 2009). Sulla sentenza *Sejdić and Finci*, si veda, tra gli altri, S. Bardutzky, *The Strasbourg Court on the Dayton Constitution: Judgment in the case of Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, 22 December 2009, in 6(2) *Eur. Const. L. Rev.* 309–333 (2010); S. Graziadei, *Democracy v. Human Rights? The Strasbourg Court and the Challenge of Power Sharing*, in 12(1) *Eur. Const. L. Rev.* 54–84 (2016); L. Bonifati, *Molto Rumore per Nulla? Dieci Anni dalla Sentenza Sejdić-Finci*, in *Forum quad. cost.*, 2020, 1, 60–70.

⁸⁶ La categoria “altri” (*Others*) è prevista dal Preambolo della Costituzione e raccoglie le minoranze nazionali e chi non vuole identificarsi con nessuno dei tre popoli costitutivi.

⁸⁷ Corte Costituzionale della Bosnia ed Erzegovina, caso U-5/04 (31 marzo 2006).

⁸⁸ Corte Costituzionale della Bosnia ed Erzegovina, caso U-13/05 (26 maggio 2006) e caso AP-2678/06 (29 settembre 2006). In entrambe le decisioni, i giudici dissenzienti furono la giudice Constance Grewe e la presidentessa della Corte Seada Palavric.

⁸⁹ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, caso 9267/81, *Mathieu-Mohin e Clerfayt c. Belgio* (2 marzo 1987).

⁹⁰ S. Choudhry, R. Stacey, *Independent of Dependent?*, op. cit., 101.

richiedendone le relative modifiche⁹¹. Tuttavia, la sentenza non ha trovato attuazione fino al 2020, lasciando la città di Mostar senza un sindaco democraticamente eletto per 12 anni⁹². Allo stesso modo, nel 2015 la Corte fu chiamata ad esprimersi sulla costituzionalità di una legge della Republika Srpska che istituiva una “festa nazionale” nel giorno del 9 gennaio, ossia lo stesso giorno in cui nel 1992 l’entità serba dichiarò la propria indipendenza dalla Repubblica di Bosnia ed Erzegovina. La Corte dichiarò incostituzionale la legge in quanto tale ricorrenza sarebbe stata discriminatoria nei confronti dei cittadini non serbi⁹³. Nonostante la sentenza ne impedisse lo svolgimento, le autorità della Republika Srpska hanno apertamente violato il divieto e le celebrazioni hanno avuto luogo regolarmente anche nel gennaio del 2025⁹⁴. Come notato recentemente anche dalla Corte di Strasburgo⁹⁵ e dalla Commissione Europea⁹⁶, il mancato rispetto delle sentenze della Corte Costituzionale minaccia ulteriormente il rispetto dei principi dello Stato di diritto.

5. Una Corte in crisi: verso una possibile riforma?

Approfondendo gli sviluppi più recenti, vale la pena osservare che le autorità della Republika Srpska, per non rispettare le decisioni della Corte Costituzionale bosniaco-erzegovese, ne hanno contestato la legittimità utilizzando strumentalmente proprio la presenza dei giudici stranieri, accusati di non essere imparziali e di schierarsi con i giudici bosgnacchi⁹⁷. Uno degli episodi più recenti ed esemplificativi di questa dinamica riguarda l’adozione nel febbraio 2023 di una legge sulla proprietà da parte dell’Assemblea Nazionale della Republika Srpska, avvenuta dopo che questa era stata prima dichiarata incostituzionale dalla Corte Costituzionale e successivamente sospesa dall’Alto Rappresentante⁹⁸, un’altra figura essenziale chiamata a far rispettare i termini degli Accordi di Dayton anche attraverso l’uso di ampi poteri⁹⁹. In questo caso, nonostante la Corte

⁹¹ Corte Costituzionale della Bosnia ed Erzegovina, caso U-9/09 (26 novembre 2010).

⁹² Sul punto si veda J. Woelk, *La Corte Edu Condanna la Bosnia ed Erzegovina per l’Assenza di Elezioni Locali a Mostar*, in *Quad. cost.*, 2020, 2, 457-461.

⁹³ Corte Costituzionale della Bosnia ed Erzegovina, caso U-3/13 (26 novembre 2015), sul caso si veda M. Karahodžić, *Bosnian Constitutional Court: Unconstitutionality of the ‘Day of the Republic’*, in 1 *ICL Journal* 153-161 (2017).

⁹⁴ A. Kurtic, *Bosnian Serbs Celebrate Banned Holiday with Massive Parade*, in *Balkan Insight*, 9 gennaio 2025.

⁹⁵ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, caso 30100/28, *Baralija c. Bosnia ed Erzegovina* (29 ottobre 2019).

⁹⁶ Commissione Europea, *Bosnia and Herzegovina 2023 Report* (18 novembre 2023).

⁹⁷ L. Bonifati, *Constitutional Design and the Seeds of Degradation in Divided Societies: The Case of Bosnia and Herzegovina*, in 19(2) *Eur. Const. L. Rev.* 246 (2023).

⁹⁸ RFE/RF’s Balkan Service, *Republika Srpska Implements Property Law in Direct Challenge To High Representative*, in *RadioFreeEurope/RadioLiberty*, 28 febbraio 2023.

⁹⁹ L’Alto Rappresentante gode dei c.d. “poteri di Bonn”, attraverso cui può imporre l’adozione di determinate leggi e rimuovere pubblici ufficiali dalla propria carica. Questi poteri sono stati utilizzati in particolare nelle prime fasi della transizione costituzionale e poi progressivamente limitati per via della loro ampia portata, anche se recentemente l’attuale Alto Rappresentante ne ha fatto largo uso, non senza controversie (sul punto si vedano T. Banning, *The “Bonn Powers” of the High Representative in Bosnia*

Costituzionale si fosse nuovamente espressa sulla legge e ne avesse confermato l'incostituzionalità¹⁰⁰, l'Assemblea Nazionale della Republika Srpska ha proceduto ugualmente alla pubblicazione della legge nella propria Gazzetta Ufficiale. Dopo pochi mesi, nel giugno del 2023, il Parlamento dell'entità serba ha adottato una legge in cui si dichiara apertamente di non riconoscere l'autorità della Corte Costituzionale nella Republika Srpska per via della presenza dei giudici stranieri, che renderebbe la Corte illegittima¹⁰¹. Nonostante la natura apparentemente temporanea di questa legge, si tratta di un ennesimo attacco all'autorità della Corte Costituzionale, oltre che ai principi dello Stato di diritto.

La situazione si è ulteriormente aggravata quando l'Assemblea Nazionale della Republika Srpska ha deciso di non procedere alla nomina di uno dei giudici della Corte Costituzionale e di chiedere le dimissioni del secondo giudice serbo-bosniaco, scatenando la più profonda crisi che la Corte abbia mai attraversato dalla sua istituzione¹⁰². La decisione delle autorità serbo-bosniache è stata fortemente criticata dalla comunità internazionale e in particolare dalla Commissione di Venezia, che ha espresso le proprie preoccupazioni per le forti pressioni esercitate nei confronti dei giudici costituzionali e complessivamente per gli attacchi contro l'indipendenza del sistema giudiziario¹⁰³. Come osservato da Woelk e Išeric, Dodik giustifica le azioni volte a boicottare la Corte Costituzionale sulla base di una lettura distorta (oltre che strumentale) delle 14 priorità fondamentali identificate dalla Commissione Europea per l'adesione della Bosnia ed Erzegovina all'Unione Europea¹⁰⁴. Dal momento che la priorità n. 4 include la riforma della Corte Costituzionale (oltre che la presenza dei giudici stranieri), si potrebbe pensare che l'UE stia chiedendo alla Bosnia ed Erzegovina di rimuovere i giudici stranieri dalla Corte il prima possibile. In questo modo, il Presidente della Republika Srpska, Milorad Dodik, è legittimato a sostenere la propria agenda politica volta a indebolire un organo indispensabile per la tutela dei diritti fondamentali e per il funzionamento del sistema politico-istituzionale.

Eppure, non è quello che l'Unione Europea chiede al Paese. Infatti, dall'*Analytical Report* allegato all'Opinione della Commissione Europea del 2019 emerge chiaramente come l'elemento cruciale identificato dall'UE nella priorità n. 4 non sia tanto la presenza dei giudici stranieri, quanto la

Herzegovina: Tracing a Legal Figment, in 6(2) *Goettingen J. Int'l L.* 259–302 (2014); D. Kalan, *Bosnia's Peace Envoy is Caught in a Political Tug of War*, in *Foreign Policy*, 24 febbraio 2023.

¹⁰⁰ T. Ozturk, *Bosnia's Constitutional Court Repeals Controversial Immovable Property Law*, in *Anadolu Ajansi*, 3 marzo 2023.

¹⁰¹ A. Kurtic, *Bosnia's Serb Entity Passes Law Rejecting Constitutional Court's Authority*, in *Balkan Insight*, 28 giugno 2023.

¹⁰² H. Išeric, M. Sahadžić, *Perils from Within and Without*, in *Verfassungsblog*, 27 luglio 2023.

¹⁰³ Commissione di Venezia, *Bosnia and Herzegovina – Constitutional Court – Statement by the Venice Commission*, 16 giugno 2023.

¹⁰⁴ J. Woelk, H. Išeric, *Don't Throw out the Baby with the Bath Water: How Not to Misread an EU Request About Foreign Judges at the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina*, in *50 Shades of Federalism* (2024). Sulle 14 priorità fondamentali, si rimanda a Commissione Europea, *Commission Opinion on Bosnia and Herzegovina's Application for Membership of the European Union*, 2019.

necessità di «assicurare una maggiore partecipazione delle istituzioni nazionali al processo di selezione dei giudici stranieri»¹⁰⁵. Infatti, la Commissione ricorda come la Costituzione stessa prevede che dopo i primi cinque anni, il Parlamento statale possa adottare un nuovo metodo di selezione dei tre giudici stranieri¹⁰⁶. Inoltre, nel c.d. “Priebe Report” sullo Stato di diritto in Bosnia ed Erzegovina, gli esperti hanno sottolineato come «il sistema non abbia raggiunto il livello di maturità che consentirebbe di abbandonare la necessità dei giudici stranieri, nonostante rimanga l’obiettivo finale»¹⁰⁷. Pertanto, non esiste alcuna condizionalità legata alla presenza dei giudici stranieri nella Corte Costituzionale che impedirebbe alla Bosnia ed Erzegovina di proseguire nel proprio percorso verso l’adesione. Ciò che l’UE richiede è una maggiore legittimità nazionale della Corte, adottando un nuovo processo di selezione dei giudici stranieri.

La crisi legata alla natura ibrida della Corte ha alimentato un dibattito accademico sulle possibili riforme. Tra le proposte che erano state avanzate in passato dalla dottrina¹⁰⁸ era emersa la possibilità di seguire l’esempio della Corte Costituzionale belga, che include un pari numero di giudici appartenenti alle due comunità linguistiche e in cui, in caso di parità, i voti decisivi vengono alternati tra entrambe le parti su base annuale¹⁰⁹. Inoltre, la Corte decide in modo consensuale e le opinioni dissenzianti non sono pubbliche, il che incoraggia la ricerca di un compromesso ed evita di incorrere in pressioni esterne, sia da parte delle forze politiche sia dell’opinione pubblica¹¹⁰. Più recentemente, alcuni autori hanno evidenziato come il processo di selezione dei giudici stranieri debba riflettere la necessità di acquisire conoscenze consolidate in campi fondamentali per il futuro dell’ordinamento, quali il diritto costituzionale comparato e il diritto dell’Unione Europea. Woelk e Išeric suggeriscono l’individuazione di una autorità internazionale che proponga una rosa di sei giudici stranieri alla Camera dei Rappresentanti dell’Assemblea Parlamentare statale, ritenuta l’istituzione maggiormente rappresentativa di tutti gli interessi nazionali¹¹¹. Tale autorità potrebbe essere monocratica, costituita per esempio dal Presidente della Commissione di Venezia o della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, oppure collegiale, composta dal Presidente e Vicepresidente della Corte di Lussemburgo oppure dal Presidente e Vicepresidente della Corte di Strasburgo, oppure ancora dal *Bureau* della Commissione di Venezia. La scelta della rosa di giudici da parte di un’autorità internazionale collegiale potrebbe dimostrarsi un importante punto di discontinuità data la precedente esperienza di nomina da parte del Presidente della Corte EDU¹¹². Gli autori suggeriscono inoltre di prevedere un meccanismo che eviti uno stallo istituzionale nella nomina dei giudici, per

¹⁰⁵ Commissione Europea, *Analytical Report – Commission Opinion on Bosnia and Herzegovina’s Application for Membership of the European Union*, 2019, 12.

¹⁰⁶ Costituzione della Bosnia ed Erzegovina – Articolo VI(1)d.

¹⁰⁷ *Expert Report on Rule of Law Issues in Bosnia and Herzegovina*, 2019, para 27.

¹⁰⁸ Sul punto si veda, in particolare, S. Graziadei, *Six Models for Reforming the Selection of Judges to the BiH Constitutional Court*, in 14 *Ctr. Se. Eur. Stud. W.P.* 1–38 (2016).

¹⁰⁹ A. Schwartz, *International Judges on Constitutional Courts*, op. cit., 27.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ J. Woelk, H. Išeric, *Don’t Throw out the Baby with the Bath Water*, op. cit.

¹¹² *Ibidem*.

esempio considerando nominati i primi giudici della lista in caso la Camera dei Rappresentanti non riuscisse a trovare un accordo sulla nomina entro il termine stabilito (es. due mesi)¹¹³.

Attualmente, l'Assemblea Parlamentare statale sta discutendo una proposta di legge presentata dai delegati serbo-bosniaci, che andrebbe a sostituire i giudici stranieri con giudici nazionali. Secondo tale proposta, i parlamenti delle due entità dovrebbero individuare i tre nuovi giudici nazionali entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge¹¹⁴. In caso ciò non accadesse, la Corte proseguirebbe le proprie attività senza i giudici stranieri ma solo con i sei giudici nazionali, i quali continuerebbero a essere selezionati dalle entità secondo le modalità già previste dalla Costituzione¹¹⁵. Proposte simili erano state avanzate e rigettate nel 2007, nel 2010 e nel 2020, e molto probabilmente anche la proposta avanzata nel 2023 andrà incontro allo stesso destino per la mancanza di supporto da parte degli altri partiti etnonazionalisti.

Inoltre, il Ministro della Giustizia della Bosnia ed Erzegovina ha recentemente istituito un *working group* per l'elaborazione di una proposta di legge sullo status dei giudici stranieri nella Corte Costituzionale, con l'obiettivo di eliminare la loro presenza, sostituendoli con giudici nazionali. Eppure, tali proposte pongono seri dubbi di costituzionalità in quanto andrebbero contro le disposizioni costituzionali che prevedono che l'Assemblea Parlamentare non possa adottare alcuna legislazione che modifichi l'organizzazione e il funzionamento della Corte. Infatti, l'art. VI(2)b autorizza la Corte ad adottare un proprio regolamento¹¹⁶ e tale disposizione è stata interpretata come chiave dell'indipendenza della Corte Costituzionale dalla Corte stessa nel 2021¹¹⁷. Come già richiamato, la Costituzione bosniaco-erzegovese fa unicamente riferimento alla possibilità di modificare il metodo di selezione dei giudici stranieri e non a un'eventuale sostituzione di questi ultimi con giudici nazionali. Pertanto, qualsiasi legge ordinaria che andasse a intervenire in tal senso potrebbe essere dichiarata incostituzionale e l'unico modo per procedere a una modifica sostanziale della Corte rimarrebbe una riforma costituzionale¹¹⁸. Come osservato da Išeric, è quasi impossibile aspettarsi che i partiti etnonazionalisti trovino un accordo per una riforma di tale portata, soprattutto in vista delle prossime elezioni locali del 2024¹¹⁹.

6. Riflessioni conclusive

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ H. Išeric, *Constitutional Court in Transition: The Future of International Judges in Bosnia and Herzegovina*, in *ConstitutionNet*, 1 dicembre 2023.

¹¹⁵ *Ivi*.

¹¹⁶ Costituzione della Bosnia ed Erzegovina – Art. VI(2)b.

¹¹⁷ Corte Costituzionale della Bosnia ed Erzegovina, caso U-11/21 (2 dicembre 2021), para 15: «In order to prevent interference with the jurisdiction of the Constitutional Court, the framer of the Constitution gave the Constitutional Court the authority to regulate the 'rules of the court', with the clear aim of preserving the autonomy and independence of the Constitutional Court to the full extent».

¹¹⁸ H. Išeric, *Constitutional Court in Transition*, cit.

¹¹⁹ *Ibidem*.

Volendo trarre qualche riflessione conclusiva sulla presenza dei giudici stranieri nelle corti nazionali, è utile partire dalla constatazione che nella maggior parte degli ordinamenti multinazionali analizzati dalla dottrina si tratta di soluzioni transitorie e non permanenti. Tale scelta può essere legata a processi di *conflict resolution*, volti a rinforzare i principi dello Stato di diritto e alla ricostruzione delle istituzioni al termine di un conflitto, come avvenuto in Kosovo¹²⁰. Una volta fatto fronte alle necessità specifiche che hanno portato alla nomina di giudici stranieri, la loro presenza viene gradualmente abbandonata. Nonostante tale tendenza sia stata ulteriormente confermata dai processi di decolonizzazione, che hanno visto un progressivo aumento delle nomine dei giudici nazionali e non più provenienti dalle precedenti potenze coloniali, Dziedzic osserva come il modello ibrido possa diventare sempre più frequente in futuro, riflettendo pienamente la complessa natura delle «emergenti forme di pluralismo giuridico»¹²¹.

Il caso bosniaco-erzegovese su cui si è concentrato il presente contributo esemplifica perfettamente il *trade off* tra vantaggi e svantaggi delle corti costituzionali ibride individuato da Dixon e Jackson¹²². Infatti, se da un lato è vero che la natura ibrida della Corte era necessaria e funzionale a garantire la corretta applicazione degli Accordi di Dayton e della Costituzione, oltre che della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, è anche vero che la presenza dei giudici stranieri (così come dell'Alto Rappresentante) continua a essere sempre più controversa, soprattutto in termini di legittimazione. Sarebbe quindi necessario un ripensamento del processo di nomina dei giudici stranieri, per assicurare una maggiore legittimazione da parte delle istituzioni nazionali, pur preservando la loro fondamentale funzione in un ordinamento così complesso. Nonostante il carattere urgente di questa riforma, essa si inserisce in un complesso quadro politico-istituzionale in cui portare a termine riforme essenziali per un'evoluzione dell'ordinamento (soprattutto in ottica di integrazione europea) è regolarmente ostacolato dai veti posti dai partiti etnonazionalisti, che non sono disposti ad abbandonare un modello che gli garantisce ampio potere¹²³. Pertanto, finché la sua composizione e il processo di selezione dei giudici non saranno modificati, la Corte Costituzionale della Bosnia ed Erzegovina continua a rimanere un caso unico nel suo genere nel panorama comparato, con tutte le criticità che ciò comporta.

Lidia Bonifati
Centro di Ricerca Baffi
Università Commerciale «Luigi Bocconi»
lidia.bonifati@unibocconi.it

¹²⁰A. Dziedzic, *An Introduction to Foreign Judges on Domestic Courts*, op. cit., 11.

¹²¹A. Dziedzic, *An Introduction to Foreign Judges on Domestic Courts*, op. cit., 30.

¹²²R. Dixon, V. Jackson, *Hybrid Constitutional Courts*, op. cit., 353–356.

¹²³Sul punto si veda J. Woelk, *Forced Together, Never Sustainable? Post-Conflict Federalism in Bosnia and Herzegovina*, in 71 *Kan. L. Rev.* 252–274 (2022).

