

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

La mala temporada del Tribunal Constitucional spagnolo. Brevi note alla luce delle più recenti modifiche della legislazione organica

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/97287> since

Publisher:

Giappichelli

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

La *mala temporada* del *Tribunal Constitucional* spagnolo. Brevi note alla luce delle più recenti modifiche della legislazione organica

di Anna Mastromarino*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il Tribunale costituzionale spagnolo: composizione e struttura. – 3. Il *Tribunal Constitucional* nella prospettiva dello Stato autonomico: alcuni temi caldi. – 4. L'istituto della ricasazione. – 5. Incidenti di astensione e ricasazione formulati in occasione del giudizio di costituzionalità sulla legge organica 6/2007 di riforma della LOTC. – 6. La questione dei rinnovi parziali e delle proroghe della carica. – 7. Il coinvolgimento delle comunità autonome nel procedimento di selezione dei giudici costituzionali. – 8. Conclusioni.

1. – Il contributo del *Tribunal Constitucional* alla definizione e consolidamento dello Stato autonomico spagnolo è generalmente riconosciuto da tutta la dottrina spagnola¹.

Dal momento della sua istituzione nel 1980², la giurisprudenza del *Constitucional* ha concorso in maniera determinante a dare concretezza al dettato costituzionale, imponendo un profondo cambiamento sostanziale nella struttura giuridica dell'ordinamento spagnolo che si presentava, quantomeno sul piano

* Ricercatore di Diritto Pubblico Comparato presso l'Università degli Studi di Torino.

¹ Parla di un «protagonismo destacado» riconosciuto dalla Costituzione «a la via jurisdiccional» nella definizione dello Stato autonomico L. Pajares Alfonso, *La organización territorial del Estado. Proceso a continuar u obra a culminar?*, in M. Revenga Sánchez, E. Pajares Montolio, J. Rofriguez-Drincourt, *50 años de Corte Constitucional italiana. 25 años de Tribunal Constitucional español. IV jornadas italo-españolas de justicia constitucional*, Madrid, Gobierno de España-Ministerio de Justicia, 2007, 263 ss.

² L'organo di giustizia costituzionale spagnolo, storicamente parlando, discende dall'esperienza del Tribunal de Garantías constitucionales della II Repubblica del 1931: un antecedente di scarso auspicio se si pensa alla sua effimera durata e attività. D'altra parte vale la pena ricordarlo, dal momento che, al di là delle difficoltà materiali che sotto tutti i punti di vista ne hanno ostacolato l'attività, la sua stessa previsione dimostra l'esistenza, già al tempo, di una «conciencia de la necesidad de salvaguardar la Constitución frente al legislador – al que no se creía omnipotente». Così J.A. Marín, *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1998, 62, ed anche 59 ss. Di recente pubblicazione, sull'esperienza della giustizia costituzionale nella Repubblica del 1931, si veda M. Bassols Coma, *El Tribunal de Garantías constitucionales de la II República. La primera experiencia de justicia constitucional en España*, Madrid, CEPC, 2010. Si rimanda, inoltre a J.M. López Vila, *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1999; R.M. Ruiz Lapeña, *El Tribunal de Garantías constitucionales en la II República Española*, Barcelona, Bosch, 1982; M. Bassols Coma, *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías constitucionales de la II República Española*, Madrid, CEPC, 1981.

La Costituzione spagnola del 1978 dedica al *Tribunal Constitucional* il Titolo IX, composto da soli 7 articoli, la cui approvazione non destò alcuna opposizione, eccezion fatta per il partito comunista che pur non mostrandosi ostile, mantenne una posizione di aperto scetticismo. In tempi rapidissimi, appena nove mesi più tardi, venne adottata la legge organica n. 2/1979 (comunemente conosciuta con l'acronimo LOTC), con la quale si definivano le modalità di organizzazione e funzionamento dell'organo della giustizia costituzionale spagnolo. Sulla nascita del TC in Spagna si vedano fra gli altri, L. Aguiar de Luque, P. Pérez Tremps (dir.), *Veinte años de jurisdicción constitucional en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002; F. Garrido Falla, *Art. 159*, in F. Garrido Falla (dir.), *Comentarios a la Constitución*, (1980), Madrid, Civitas, 2001, 2651 ss.; P.J. González-Trevijano Sánchez, *El Tribunal Constitucional*, Elcano, Aranzadi Editorial, 2000, 62 ss.; O. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo XII, Madrid, Cortes Generales, Ed. de derecho Reunidas, 1999, 63 ss.; F. Rubio Llorente, *La jurisdicción constitucional en España*, in F. Rubio Llorente, J. Jiménez Camero, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, Madrid, MacGraw-Hill, 1998, 1 ss.

formale, in termini di continuità rispetto al passato. In effetti, è al Tribunale spagnolo che la Spagna deve la “juridificación” dell’elemento costituzionale, tradizionalmente considerato di natura meramente politica.

In particolare, ancora oggi, in materia di diritti e libertà fondamentali, nonché di organizzazione territoriale del potere statale, è nelle decisioni dell’organo di giustizia costituzionale che vanno ricercate le fondamenta delle scelte compiute dal diritto spagnolo in questi ultimi trent’anni.

Il Tribunale costituzionale spagnolo, infatti, ha saputo conquistare in poco tempo il rispetto e il prestigio che sono necessari perché le decisioni dell’organo di vertice della giustizia costituzionale possano trovare accoglimento non solo in forza dell’autorità ad esse assegnate, ma anche della autorevolezza di chi le ha emesse, la cui *autoritas* non risiede nel ricorso alla forza, bensì nel riconoscimento dei pari.

Date certe premesse, dunque, rammarica constatare come negli ultimi anni la Corte costituzionale spagnola si sia trovata al centro di un vortice di polemiche che rischiano di minare in profondità la solidità di una credibilità conquistata sul campo³: dapprima si è trattato di dover prendere coscienza di una endemica difficoltà strutturale della giustizia costituzionale spagnola, che deriva da un uso spesso indomabile, a volte persino sconsiderato, del *recurso de amparo*⁴; in seguito, si è dovuta registrare una insostenibile deriva in senso politico dell’attività giurisdizionale del Tribunale.

Per quanto riguarda le questioni relative al modello del ricorso diretto, metabolizzato il rischio di implosione cui si sarebbe andati incontro persistendo sulla medesima via, si è proceduto a modificare la normativa corrispondente alle procedure di accesso alla Corte costituzionale spagnola, intervenendo a più riprese sulla legge organica n. 2, del 3 ottobre 1979, in tema di organizzazione e funzionamento del Tribunale costituzionale (d’ora in avanti LOTC), sino a giungere al massiccio intervento di modifica, adottato con la legge organica n. 6, del 24 maggio 2007, che ha riguardato anche l’istituto dell’*amparo*, oltre che altri aspetti inerenti l’organizzazione del lavoro in seno alla Corte (*sezioni, salas, pleno*)⁵.

³ Riprendendo le parole di G. Fernández Farreres, *Reflexiones sobre el futuro de la justicia constitucional española*, in *El futuro de la justicia constitucional. Actas de las XII jornadas de la Asociación de letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2007, 33, la Corte costituzionale in Spagna non si trova «en su mejor momento. Su decadencia, que amenaza con desembocar, si no ha desembocado ya, en una profunda crisis, resulta incuestionable. El relevante papel que la justicia constitucional española tuvo en sus primeros años de andadura, ha ido decayendo de manera progresiva hasta llegar a un punto crítico cuya superación demanda con urgencia la adopción de drásticas medidas reformadoras».

⁴ Per avere un’idea della spropositata crescita dell’istituto dell’*amparo*, va ricordato che alla vigilia dell’approvazione della l.o. 6/2007, che ha introdotto rilevanti modifiche al suo procedimento, i *recursos de amparo* rappresentavano il 97,6% delle impugnazioni dinanzi al Tribunale costituzionale spagnolo, e che di questi circa il 96,13% era dichiarato inammissibile. Se si tiene in conto che nel 1981 i ricorsi per *amparo* furono 386, mentre nel 1990 il numero era salito a 2.896, si può avere la misura della tendenza ad un incremento esponenziale dell’istituto, il cui abuso ha generato un autentico collasso della giustizia costituzionale spagnola.

⁵ Non è possibile in questa sede approfondire le scelte che sono state compiute per alleggerire il carico che grava in termini di arretrato e di impegno futuro della Corte costituzionale spagnola. Deve essere ricordato, però, che la riforma del 2007, pur presentandosi in termini di continuità rispetto alla legge del 1979, rappresenta un momento di riflessione a tutto tondo rispetto alle scelte compiute in passato rispetto all’organizzazione e al funzionamento dell’organo della giustizia costituzionale spagnolo. La LOTC è stata oggetto di riforma organica per ben cinque volte (l.o. n. 8/1984, del 26 dicembre; l.o. n. 4/1985, del 7 giugno; l.o. n. 6/1988, del 9 giugno; l.o. n. 7/1999, del 21 aprile; l.o. n.1/2000, del 7 gennaio), ma nessun intervento di modifica raggiunge l’intensità dal punto di vista quantitativo e qualitativo della l.o. n. 6 del 24 maggio, in particolare per quanto riguarda le regole di funzionamento e in punto razionalizzazione dell’attività rispetto al *recurso de amparo*. Così sembra sottolineare lo stesso legislatore nella esposizione dei motivi che precede il testo organico nell’affermare che le precedenti revisioni «no habían acometido hasta el momento una reforma que afrontase de manera conjunta las dificultades de funcionamiento del Tribunal Constitucional, que es el objetivo de esta ley orgánica». Nel 2010, la LOTC è stata nuovamente riformata dalla l.o. n. 1 del 19 febbraio e dalla l.o. 8/2010 del 4 novembre. Pro-

Per quanto riguarda, invece, il progressivo logoramento del prestigio dell'organo, determinato soprattutto dall'eccessiva vicinanza della giustizia costituzionale rispetto alla politica, vi è pertinenza scientifica nella scelta di approfondire in questa sede il tema. L'eventuale commistione fra l'attività istituzionale del *Tribunal Constitucional* e le dinamiche di governo, infatti, solleva inevitabili considerazioni tanto rispetto al principio dell'indipendenza dei giudici costituzionali, quanto della loro legittimazione. La crisi di identità in cui versa il *Constitucional*, troppo spesso tirato per la giacchetta dall'una e dall'altra parte politica, pertanto, non può restare indifferente alle questioni che più da vicino riguardano la sua composizione e, dunque, le modalità di selezione dei propri membri.

2. – Il Tribunale costituzionale spagnolo è composto da dodici membri⁶, che sono scelti «entre ciudadanos españoles que sean Magistrados, Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos o abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional o en activo en la respectiva función»⁷.

pone un commento della legge organica n.6/2007 che parte da un'analisi dell'esposizione dei motivi F. Balaguer Callejón, *La nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2008, 13 ss. Per una lettura ragionata del testo legislativo si rimanda anche a J.J. González Rivas (dir.), *Comentarios a la ley orgánica del Tribunal Constitucional*, Las Rozas, La Ley, 2010; M. Aragón Reyes, *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.85, 2009, 11 ss. e prima in *Revista de Derecho del Estado*, n. 21, 2008, 7 ss.; A. Garrorena Morales, *La ley orgánica 6/2007 y la reforma del Tribunal Constitucional. Notas para una crítica*, in *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Tomo I, Madrid, Cortes Generales, 2008, 647 ss.; P. Pérez Tremps, *La reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007; R. Gómez-Ferrer Morant, *La reforma del Tribunal Constitucional*, in *Revista de Administración Pública*, n. 174, 2007, 75 ss.; G. Fernández Farreres, *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 81, 2007, 11 ss.; A. Desdentado Bonete, *La reforma del recurso de amparo y el Tribunal Constitucional*, in *El futuro de la justicia constitucional*, cit., 23 ss.; G. Fernández Farreres, *Reflexiones sobre el futuro de la justicia constitucional española*, cit. Per una ricostruzione sistematica delle modifiche che hanno interessato la LOTC negli ultimi anni, nella dottrina italiana, si rimanda, da ultimo, a M. Iacometti, *Il difficile rinnovo del Tribunale costituzionale e le "peripezie" della sua legge organica*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2011, 294 ss.

⁶ Sin dalle prime battute la dottrina non ha mancato di manifestare il proprio disappunto circa la scelta del costituente di prevedere un numero pari di membri del Tribunale costituzionale, foriero di possibili lacerazioni in seno all'organo, dal momento che in caso di parità, l'unica via di uscita è rappresentata dal voto di qualità emesso dal presidente, ex art. 90.1 LOTC. Si rimanda, fra gli altri, a J. González Pérez, *Derecho Procesal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1980, 87 ss.; M. Aragón Reyes, *El control de constitucionalidad en la Constitución Española de 1978*, in *Revista de Estudios Políticos*, n.7, 1979, 171 ss. ed in particolare 177; O. Alzaga Villaamil, *La Constitución Española de 1978. Comentario sistemático*, Madrid, Ediciones del Foro, 1978, 916.

⁷ Così l'art. 18, LOTC riprende pedissequamente il testo dell'art. 159 della Costituzione. Per un'analisi critica dei presupposti professionali richiesti tanto a livello costituzionale che legislativo si rimanda, fra gli altri, a I. Ulloa Rubio, *Art. 18*, in J.J. González Rivas (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., 241 ss. L'autore propone una lettura evolutiva dell'art. 18, evidenziando i cambiamenti intercorsi dal momento dell'approvazione del testo costituzionale ad oggi. Sul punto, in particolare, O. Alzaga Villaamil, *La Constitución Española de 1978*, cit., 920, solleva qualche dubbio circa l'opportunità di aver inserito fra i presupposti professionali necessari per essere designati alla carica di giudice costituzionale un generico riferimento ai funzionari pubblici, dal momento che la categoria rimanda a soggetti che dipendono dall'apparato della pubblica amministrazione rispetto alla quale mantengono un legame di dipendenza funzionale che resta sospeso, ma non spezzato nel corso del mandato.

Essi durano in carica nove anni⁸, ovverossia per un tempo che può essere considerato congruo a liberarli dalle congiunture politiche che, eventualmente, hanno contribuito alla loro nomina. Per assicurare continuità all'attività dell'organo è previsto a livello costituzionale che le nomine siano effettuate per scaglioni, di modo che ogni tre anni si provvederà al rinnovo di un terzo dei membri del Tribunale. Nel caso di dimissioni, morte o altra causa che determini un impedimento permanente ad adempiere alla propria funzione, si procede alla sostituzione del singolo magistrato per il tempo restante. Va da sé, dunque, che potrebbe darsi il caso di mandati che hanno durata inferiore ai nove anni. D'altra parte, fermo restando che nessun magistrato è immediatamente rieleggibile, l'art. 16 LOTC accorda a coloro che sono restati in carica per un tempo inferiore ai tre anni la possibilità di essere riconfermati: non è esclusa, pertanto, *a priori* la possibilità di mantenere la carica di giudice costituzionale per un tempo superiore a quello costituzionalmente indicato.

I giudici del *Tribunal Constitucional*, secondo quanto indicato all'art. 159.1 della Costituzione, sono nominati dal Re, con decreto controfirmato dal Presidente del Governo⁹, su proposta di ciascuna Camera, del Governo e del *Consejo general del Poder Judicial*. Si tratta, dunque, di un procedimento di nomina nel quale sono coinvolti tutti i poteri costituzionali dello Stato, inclusa la Corona, seppure quest'ultima in termini più formali che sostanziali¹⁰.

La procedura di selezione dei membri da parte del Parlamento, pure prevista nelle sue linee generali a livello costituzionale e nella corrispondente legge organica, è nei regolamenti delle Camere che trova la sua compiuta definizione.

Ogni Camera è tenuta a proporre al Monarca quattro giudici costituzionali. Il Legislativo, dunque, prevalendo in termini quantitativi nella procedura di selezione dei giudici costituzionali, designa, un totale di otto membri su dodici, essendo i restanti quattro designati in parti uguali dall'Esecutivo e dal Giudiziario¹¹.

In particolare, l'art. 204 del regolamento del *Congreso de los Diputados* prevede che ciascun gruppo parlamentare sia chiamato ad indicare quattro possibili candidati e che i membri della Camera bassa

⁸ L'art. 159 della Costituzione che fissa in nove anni la durata del mandato di giudice costituzionale deve oggi essere riletto alla luce del V comma dell'art. 16 LOTC, introdotto con la legge organica n. 8 del 2010. Esso prevede che nel caso «hubiese retraso en la renovación por tercios de los magistrados a los nuevos que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación». Ne risulta che il mandato effettivo del singolo giudice potrebbe essere più breve della previsione costituzionale, dovendo scontare l'eventuale ritardo accumulato nella nomina: un ritardo che, come sarà detto, può essere rilevante in corrispondenza delle procedure di selezione presso le *Cortes*.

⁹ Al momento della loro entrata in carica sono tenuti a prestare giuramento, secondo la formula ex art. 21 LOTC: «Juro (o prometo) guardar y hacer guardar fielmente y en todo tiempo la Constitución española, lealtad a la Corona y cumplir mis deberes como magistrado constitucional».

¹⁰ Fra i commenti della prima ora, M. García Pelayo, *El status del Tribunal Constitucional*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 1, 1981, 11 ss., in particolare 29, sottolineava che il fatto che la Corte costituzionale spagnola fosse l'unico organo alla cui formazione partecipavano tutti gli altri poteri dello Stato contribuiva a rafforzarne l'autorità e ad accentuarne la sua funzione integratrice. Anche J.A. Marín, *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, cit., 21.

¹¹ L'intervento della politica nella designazione dei giudici costituzionali supera di gran lunga quella giudiziale. Se si considera infatti che sostanzialmente l'esecutivo è legato alle Cortes dal rapporto di fiducia, potrebbe essere accolto il suggerimento di M. Martínez Sospedra, *Aproximación al derecho Constitucional Español. La Constitución de 1978*, Valencia, Fernando Torres ed., 267, che riconosce l'esistenza di due sole categorie di magistrati costituzionali: quelli di origine parlamentare, fra cui annovera anche quelli selezionati dal Consiglio dei Ministri, per un totale di dieci su dodici, e quelli di origine giudiziale. In altra sede, *El Tribunal Constitucional como órgano político*, in AA.VV., *El Tribunal Constitucional*, vol. II, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, 1785 ss., in particolare 1818, il medesimo autore non ha mancato di evidenziare come nella stessa scelta compiuta dal Consejo General del Poder Judicial è possibile rintracciare una forte impronta politica, tenuto conto delle modalità di composizione dello stesso Consiglio.

potranno esprimere contestualmente sino a quattro preferenze, essendo eletti quelli che hanno ottenuto più voti e comunque non meno dei tre quinti dei consensi dell'intero organo. Nel caso in cui alla prima votazione non si siano raggiunte per tutti i posti vacanti le maggioranze richieste, si provvede a restringere il numero dei candidati, lasciando invariato il *quorum* necessario per la designazione.

Sin qui la lettera della norma. Nella pratica accade piuttosto che il voto sia concentrato su soli quattro possibili candidati scelti consensualmente dalle forze politiche: ne consegue che l'elezione in Aula avviene, in un certo senso, una formalità puramente procedurale.

Per quanto riguarda il metodo di selezione dei giudici costituzionali in seno al Senato, esso risulta oggi profondamente mutato in seguito alla riforma della legge del 1979, introdotta con la già citata l.o. 6/2007, la quale ha previsto il coinvolgimento delle comunità autonome nella procedura.

Come verrà approfondito in seguito, tali modifiche hanno suscitato, tanto in sede politica, come fra la dottrina e l'opinione pubblica, un vivo dibattito sfociato in due ricorsi di costituzionalità, l'uno, risolto dalla sentenza n. 49/2008, del 9 aprile, avverso il testo stesso della legge organica di revisione della LOTC, l'altro, immediatamente successivo, presentato in opposizione al regolamento del Senato, che tali revisioni aveva provveduto a recepire, definito dalla pronuncia n. 101/2008, del 24 luglio.

La disciplina in vigore sul punto, dunque, rappresenta il risultato dell'interagire dell'intervento di riforma e delle sentenze di rigetto emesse dalla stessa Corte costituzionale spagnola, di modo che concretamente, oggi, l'art. 184 del regolamento del Senato prescrive, in capo al presidente del *Tribunal Constitucional*, l'obbligo di comunicazione ai Presidenti delle singole comunità autonome dell'apertura dei termini utili per la presentazione delle candidature a giudice costituzionale. Ciascuna comunità può indicare un massimo di due nominativi: spetterà alla *Comisión de Nombramientos*¹² verificare che i soggetti corrispondenti siano in possesso dei requisiti costituzionali per la designazione a giudice costituzionale, provvedendo a scegliere, fra tutti, quattro candidati da sottoporre al giudizio del *plenum* del Senato. La presentazione delle candidature alla Camera alta è accompagnata dalla lettura di una relazione e non vincola in alcun modo l'assemblea che potrà rifiutare una o più proposte, invitando la Commissione a formularne di nuove.

Al momento del voto ciascun senatore potrà esprimere sino a quattro preferenze, risultando eletti quei candidati che abbiano raccolto più consensi e comunque una maggioranza non inferiore ai tre quinti.

Tanto per quanto riguarda il Congresso dei Deputati, come il Senato, a seguito della riforma del 2007, l'art. 16.2 LOTC prevede espressamente che i candidati «propuestos por el Congreso y el Senado deberán comparecer previamente ante las correspondientes Comisiones en los términos que dispongan los respectivos Reglamentos».

Si tratta, invero, di una disposizione il cui tenore estremamente generico lascia ampio margine di applicazione. Sembrerebbe, comunque, che la presentazione debba avvenire dopo il voto delle Camere¹³, dal momento che si parla di candidati "proposti" e dunque già designati per essere nominati dal Re. Così pensata, la procedura sembrerebbe assumere una funzione riflessiva, permettendo di tornare sulla scelta effettuata, lasciando spazio a giudizi di mera professionalità, dopo aver lasciato decantare lo scontro politico. La procedura parrebbe voler parafrasare l'esperienza statunitense, dove però il passaggio in Senato per il procedimento dell'*advice and consent* è reso essenziale dalla natura vitalizia della carica e dal fatto che la nomina è formalmente appannaggio esclusivo del Presidente.

¹² La *Comisión de Nombramientos* è presieduta dal Presidente del Senato e si compone dei portavoce dei gruppi parlamentari o da senatori del medesimo gruppo. Essa si pronuncia per mezzo di voti ponderati.

¹³ Va da sé che la comparsa in commissione si concreta in due momenti diversi rispetto alla procedura per ciascuna Camera. Relativamente alla Camera bassa il riferimento ai membri proposti lascia ad intendere che il passaggio in commissione debba avvenire dopo il voto in Aula. Per quanto riguarda il Senato la commissione interviene dopo la presentazione dei membri proposti dalle comunità autonome, ma prima del voto dell'Assemblea.

Più scarse le prescrizioni normative relative alla procedura per la selezione dei giudici costituzionali da parte del Governo e del *Consejo General del Poder Judicial*.

Per quanto riguarda il primo, la legge 50/1997, sull'organizzazione e funzionamento del Governo, prevede che la nomina spetti al Consiglio dei Ministri, a seguito di una proposta formalmente formulata dal Segretario del Governo, ma sostanzialmente frutto della volontà del Presidente del Consiglio.

Rispetto alle nomine proposte dal *Consejo General del Poder Judicial*, la competenza è rimessa al *plenum* del Consiglio, che si esprime a maggioranza dei tre quinti.

Secondo quanto definito dall'art. 159.4 della Costituzione, la carica di giudice del Tribunale costituzionale spagnolo è incompatibile con ogni mandato rappresentativo, con qualsivoglia incarico politico e di tipo amministrativo, con lo svolgimento di mansioni di dirigenza o di impiego in partiti politici o associazioni sindacali¹⁴, con qualsivoglia attività di tipo professionale o commerciale, con la funzione giurisdizionale, sia essa svolta in qualità di magistrato giudicante o magistrato requirente. Anche la LOTC (art. 19.1) è intervenuta sul punto riprendendo ed esplicitando espressamente alcuni casi di incompatibilità, come nel caso del *Defensor del Pueblo*. È fissato in dieci giorni il termine concesso al magistrato che, essendo stato nominato, si trovi in condizione di incompatibilità, sia essa originaria o sopravvenuta.

L'art. 23 LOTC precisa, altresì, le cause di cessazione dalla carica di giudice delle leggi, individuate nella presentazione delle dimissioni accettate dallo stesso presidente, nella scadenza del mandato, nell'incompatibilità sopravvenuta, nella violazione del dovere di riservatezza e di diligenza nello svolgimento delle proprie mansioni, per incapacità sopravvenuta a seguito di condanna per dolo, in ambito civile, o, in sede penale, per aver agito dolosamente oppure per essere incorso in colpa grave.

Nel tempo necessario a verificare i presupposti per la cessazione dalla carica del giudice costituzionale si potrà rendere necessaria la sua sospensione, che deve trovare il voto favorevole dei tre quarti dei membri della Corte.

In ogni caso, ai giudici costituzionali è garantita l'insindacabilità per le opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni: si tratta, come nell'ipotesi parlamentare, di una garanzia di tipo funzionale e non individuale, in quanto l'ordinamento attraverso il suo riconoscimento ha voluto, prima di tutto, assicurare protezione al ruolo istituzionale giocato dai membri del *Constitucional*.

Per quel che concerne il presidente del Tribunale ed il suo vice, essi sono eletti "da" e "fra" i giudici costituzionali, con regio decreto¹⁵. L'art. 9 LOTC dispone che la votazione si svolga assicurando la segretezza del voto: risulterà eletto colui che abbia raggiunto la maggioranza assoluta dei voti in seno al *plenum*. Laddove ciò non avvenga, ci si dovrà accontentare, in ultima istanza, della maggioranza semplice.

Il presidente ed il suo vice durano in carica tre anni e potranno essere riconfermati nella carica per una sola volta¹⁶: la previsione di cui all'art. 9 LOTC (che riprende quanto indicato dall'art. 160 della Costituzione) permette di addentrarsi in un tema piuttosto spinoso, fonte di accessi scontri, ancor più dopo l'intervento del legislatore organico nel 2007.

Si tratta dell'istituto della *prorogatio* nella carica tanto dei singoli giudici (art.17.2 LOTC), quanto del presidente e del suo vice (art.16.3 LOTC), garantita laddove non si provveda alla sostituzione dei magistrati al termine del loro mandato.

¹⁴ Va sottolineato, pertanto, che rispetto ai giudici costituzionali non vi è divieto di militanza e affiliazione rispetto a qualsivoglia partito o associazione sindacale, dal momento che i casi di incompatibilità in questo ambito riguardano esclusivamente le ipotesi in cui si diano incarichi dirigenziali o rapporti di lavoro subordinato.

¹⁵ Come per ogni altro atto di nomina in seno al *Tribunal Constitucional*, anche quello alla carica di presidente e vice rappresenta un potere regio meramente formale, attraverso il quale il Monarca non può far valere la sua volontà, neppure in caso di dissenso. Così è stato ancora di recente ribadito dalla sentenza n.49/2008 dello stesso *Tribunal Constitucional*.

¹⁶ Si veda J. Lozano, A. Saccomanno, *El Tribunal constitucional, composición y principios jurídico-organizativos (el aspecto funcional)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, 49 ss.

La mancata sostituzione, va da sé, potrebbe dipendere da un difetto di comunicazione, per cui il presidente del Tribunale costituzionale potrebbe non aver provveduto per tempo ad avvisare gli organi ad esso preposti del fatto che si rende necessario il rinnovo di una quota dei magistrati costituzionali.

Ma se, secondo quanto stabilito dalla legge, egli abbia assolto gli obblighi di legge nei quattro mesi precedenti alla scadenza del mandato, è nella inerzia degli organi chiamati a designare i nuovi giudici costituzionali che va ricercata la causa del prolungamento del mandato, che solo se vissuta come evento eccezionale può essere ben tollerata dal sistema, divenendo, nel caso contrario, fattore di insostenibile devianza del modello costituzionale.

È ciò che pare stia capitando nell'ordinamento spagnolo, dove, anticipando considerazioni che verranno meglio svolte in seguito, l'istituto della *prorogatio*, da elemento atto a garantire continuità alla giustizia costituzionale, si è trasfigurato in strumento in mano alla politica per influenzare le posizioni della Corte, prolungando la permanenza di alcuni giudici ben oltre il dovuto.

Il rinnovo per quote imposto dalla stessa Costituzione, d'altra parte, rende tale pratica, al contempo, più difficile da superare, ma anche più gravosa da sopportare, dal momento che, laddove si escludesse la possibilità del ricorso all'istituto della *prorogatio ad libitum*, la Corte rischierebbe di restare paralizzata laddove si tardasse nella nomina dei nuovi giudici¹⁷.

Ciò non di meno, va rilevato che il prolungamento ormai fisiologico dei mandati ha rappresentato nel tempo uno dei fattori che maggiormente hanno contribuito al logoramento del prestigio del *Tribunal Constitucional*, dal momento che essa incide direttamente sulla legittimità dei giudici, facendo calare un'ombra di incertezza sull'indipendenza di coloro che mantengono per forza di cose la carica per un tempo superiore ai nove anni.

Se è vero, infatti, che l'indipendenza non rappresenta un requisito elettorale, bensì un carattere del *modus operandi* di ciascun giudice, da saggiare nel corso della sua funzione, d'altra parte è innegabile che "l'artificiale mantenimento in vita" di una carica altrimenti esaurita può intaccare la credibilità del giudice, avvertito dall'esterno, per dirla con Gustavo Zagrebelsky, sempre più come *propaggine*.

Quantomeno in prima battuta, sono state simili considerazioni a generare disappunto – un disappunto presto concretatosi in un ricorso di costituzionalità – in coloro che non hanno gradito l'estensione del già controverso principio della proroga del mandato anche alla carica di presidente e vicepresidente della Corte. L'art. 17 LOTC, così come modificato nel 2007, infatti, prevede oggi che, laddove il termine del mandato presidenziale non coincida con quello di selezione di un terzo dei membri del Tribunale costituzionale, gli incarichi di presidenza vengano congelati, sino a che non si sia provveduto alle nuove nomine.

Ad ogni modifica che riguardi la composizione della Corte, dunque, la legge prescrive oggi l'elezione di un nuovo presidente e del corrispondente vice, il che determina la possibilità di mandati presidenziali inferiori ai tre anni, fermo restando il prolungamento del mandato presidenziale anche oltre il tempo costituzionalmente previsto, ovverosia sino a quando non si sia effettivamente provveduto alla sostituzione dei magistrati uscenti. Il che pare essere ormai divenuto fisiologico, tenuto conto delle alte maggioranze richieste per le designazioni in seno al Parlamento¹⁸ e dello scarso senso di responsabilità mostrato negli ultimi tempi dalle Cortes in tal senso.

¹⁷ Il rischio sarebbe comunque solo ipotetico dal momento che la legge organica prevede che il Tribunale costituzionale spagnolo possa validamente attendere alle sue funzioni quando siano presenti almeno otto magistrati.

¹⁸ Il *quorum* dei tre quinti è parimenti richiesto nel procedimento di selezione al Senato e in seno al Consejo

General del Poder Judicial. Se la maggioranza qualificata nelle procedure di designazione del TC rappresenta uno strumento per salvaguardare l'indipendenza dell'organo, in particolare rispetto alle maggioranze politiche del momento, d'altra parte vanno quantomeno rilevati i rischi cui essa può condurre laddove, nell'impossibilità di raggiungere il numero di preferenze richiesto, la procedura di selezione si inceppi, generando una paralisi nel procedimento di rinnovamento dell'organo di garanzia costituzionale. Secondo F. Santaolalla López, *Derecho Parlamentario Español*, Madrid, Editore

La questione non è di poco conto laddove si consideri che, nel modello spagnolo (in controtendenza con l'esperienza italiana) la persistenza di un presidente, piuttosto che la sua sostituzione, può costituire un elemento di peso (e di convenienza politica...), quando solo si pensi al fatto che allo stato attuale il ruolo del presidente del *Tribunal Constitucional* è stato espressamente valorizzato dalla riforma¹⁹ e che al momento della deliberazione, in caso di parità, il voto della presidenza varrà il doppio, essendo, pertanto, in grado di condizionare l'intera decisione della Corte.

3. – L'analisi della composizione, della legittimazione e delle prerogative di indipendenza *de iure* e *de facto* delle Corti costituzionali può divenire un punto di vista privilegiato per intercettare quelle che sono le tematiche "calde" di un ordinamento. Non sorprende, dunque, di riconoscere, fra i minimi comuni denominatori che hanno caratterizzato l'attività legislativa e quella politica della Spagna in tema di giustizia costituzionale, la questione dello sviluppo e della tenuta nel tempo dello Stato autonomico.

Avendo scelto di mantenere aperta la struttura dell'organizzazione territoriale, il costituente del 1978 ha di fatto coscientemente delegato il legislatore a dare forma al tipo di Stato spagnolo: innegabilmente ciò ha rappresentato, al contempo, il punto di maggior forza e di più evidente fragilità dell'intero impianto costituzionale della Spagna. In particolare oggi, quando, nell'impossibilità, politica – ma non certo istituzionale – di giungere alla revisione della Costituzione, rendendone il dettato coerente rispetto al sistema regionale ormai consolidatosi, le sfide del futuro sembrano essere affrontate attraverso la revisione degli statuti delle comunità autonome, a prescindere dalla modifica della Carta fondamentale, generando una inversione dei termini che dà origine ad imbarazzanti scenari, come quelli scaturiti dalla approvazione dello Statuto catalano e dalla tardiva decisione della Corte sulla sua parziale incostituzionalità²⁰.

I livelli di tensione raggiunti sul piano politico negli anni che hanno accompagnato l'apertura della nuova stagione statutaria, prima, e l'elaborazione degli statuti, poi, non potevano non coinvolgere la

Nacional, 1984, 366, a tali pericoli si esporrebbe in particolare l'ordinamento spagnolo che prevede rinnovi plurimi ogni tre anni: la difficoltà di addivenire ad una convergenza rispetto ad un nominativo da designare alla carica di giudice costituzionale sarebbe da moltiplicarsi per quattro e si ripeterebbe ogni tre anni, ossia in tempi assai ravvicinati.

¹⁹ È nel senso di una valorizzazione dell'incarico presidenziale che sembra, infatti, doversi leggere la modifica dell'art. 15 LOTC che recita «El Presidente del Tribunal Constitucional *ejerce* la representación del Tribunal», sostituendo il verbo *ejercer* al più statico *ostentar*, utilizzato nel precedente testo del 1979, con ciò imponendo alla funzione presidenziale un ruolo proattivo in nome del TC che prima non sembrava esserle riconosciuto. Per un commento dettagliato all'art. 15 LOTC così come riformato si rimanda a I. Aranguren Pérez, *Art. 15*, in J.J. González Rivas (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., 218 ss., che distingue in tre categorie le funzioni del Presidente del TC: 1) competenze in materia di governo e amministrazione della corte; 2) competenze nella gestione della funzione giurisdizionale; 3) rappresentanza dell'organo.

²⁰ La bibliografia a commento della sentenza n. 31/2010 emessa dal Tribunale costituzionale spagnolo relativamente alla legittimità dello Statuto catalano del 2006 è sterminata. Per un approfondimento sia consentito il rinvio al numero speciale che la *Revista catalunya de dret públic*, 2010, ha voluto dedicare alla pronuncia. In lingua italiana si veda in questa Rivista, 2011, 3 ss., il Forum dedicato al tema dello *Statuto catalano e giurisprudenza costituzionale*, che raccoglie interventi di R. Blanco Valdés, *La Sentencia del TCE sobre el Estatuto catalán: un resumen de urgencia*; M.J. Terol Becerra, *Vademecum para juristas italianos de la sentencia del Tribunal Constitucional Español 31/2010, de 28 de junio*; M. Iacometti, *La sentenza n. 31 del 2010 sullo Statuto catalano: dal blindaje competencial al blindaje del Tribunal Constitucional?*; G. Poggeschi, *I diritti linguistici nella sentenza sullo Statuto catalano n. 31 del 28 giugno 2010 del Tribunal Constitucional*; A. Mastromarino, *Il Consejo de garantías estatutarias catalano alla luce della sentenza n. 31/2010 del Tribunal Constitucional spagnolo*; R. Ibrido, *Il rebus dell'interpretazione conforme alla luce della recente sentenza sullo Statuto catalano*, accompagnati da un'introduzione di L. Mezzetti.

Corte, la quale, d'altra parte va detto, sembra essersi lasciata trascinare nelle questioni di bassa cucina della politica con eccessiva facilità²¹.

Tutto sembra ruotare attorno ai ricorsi di incostituzionalità avverso lo statuto catalano, catalizzatore, negli ultimi anni di qualsivoglia evento o iniziativa politico-istituzionale della Spagna. È in relazione allo statuto catalano ed alla sua impugnazione dinnanzi al giudice delle leggi che si muovono le "raffiche"²² di rikusazioni sparate da più parti contro alcuni giudici della Corte, sino a metterne in dubbio la stessa funzionalità in termini quantitativi; lo stesso statuto catalano rappresenta l'orizzonte entro cui matura la legge organica 6/2007 di revisione del Tribunale costituzionale e, dunque, la disciplina relativa alla *prorogatio* delle funzioni di presidenza; è alla luce dei contenuti dello statuto catalano (come di altri che da esso hanno preso spunto) che si comincia a ragionare in termini concreti della possibilità di prevedere una partecipazione delle comunità autonome nel procedimento di selezione di giudici costituzionali²³.

È innegabile, dunque, che il Tribunale costituzionale, punta di diamante nel processo per la definizione e di consolidamento dello Stato costituzionale negli anni successivi alla sua costituzione, sia destinato ad essere nuovamente il motore trainante nella esplicitazione dei caratteri di una nuova fase regionale della Spagna. Ma come non tener conto delle mutate condizioni rispetto alle quali il giudice delle leggi spagnolo si trova a dover intervenire rispetto al passato?

Pertanto, chiarite alcune linee di fondo, riguardanti, in particolare, i caratteri relativi alla composizione del *Tribunal Constitucional*, alla sua indipendenza e legittimazione nel sistema costituzionale spagnolo, bisognerà ora procedere mettendo in luce alcuni nodi ancora da sciogliere, sui quali ci si soffermerà tracciando un percorso ideale, con l'intento di soffermarsi su quelli che possono essere riconosciuti come i fattori che, in tema di composizione, più di altri possono incidere a detrimento delle prerogative di indipendenza e sulla legittimazione del Tribunale costituzionale spagnolo.

4. – I giudici costituzionali spagnoli possono essere rikusati. Il che non è cosa da poco se si pensa che, in ragione della singolarità della funzione da essi svolta, alla rikusazione non può corrispondere la loro sostituzione.

La LOTC non definisce espressamente le cause di rikusazione dei giudici costituzionali: a tal fine rimanda a quanto definito nella legge organica sul potere giudiziario²⁴. Esplicitando nell'art. 22 LOTC quanto sembra poter essere solo dedotto dall'art. 159.5 Cost., l'ordinamento spagnolo sembra, così, non aver voluto rinunciare, neppure nell'ambito della giustizia costituzionale, a dare piena attuazione, anche

²¹ Secondo l'opinione di J. Urías, *El Tribunal Constitucional ante la participación autonómica en el nombramiento de sus miembros*, in *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, n. 10, 2010, 208, «la división política e ideológica que se produjo en el Estado español con motivo de la aprobación de la Ley Orgánica alcanzó de una manera terrible al Tribunal Constitucional que – en parte por maniobras procesales, en parte por su propia debilidad – se contaminó de esa misma división. Durante muchos meses la actividad del Tribunal Constitucional apareció ante el público en general como una auténtica guerra de guerrillas entre defensores y opositores al nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, puntualmente transmitida desde los medios de comunicación».

²² Secondo la plastica espressione di M. Iacometti, *Rikusazioni a "raffica" per il Tribunale Constitucional*, in questa Rivista, 2007, 1031 ss.

²³ In merito all'influenza esercitata dalle vicende relative all'elaborazione, approvazione e successiva impugnazione dello Statuto della Comunità autonoma catalana si rinvia, fra gli altri a L.E. Delgado del Rincón, *La recusación de los magistrados del Tribunal Constitucional. (Comentario al ATC 26/2007, de 5 de febrero)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 82, 2008, 347 ss. In Italia, si veda F. Biagi, *Estatut de Catalunya e la crisi di legittimazione del Tribunal Constitucional*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, 63 ss.

²⁴ Si ricorre parimenti alla legge organica per quanto riguarda le previsioni relative ai casi di astensione. L'istituto della astensione e quello della rikusazione condividono il medesimo fine, dal momento che entrambe tendono ad assicurare l'emissione di decisioni imparziali.

attraverso l'istituto della ricsuzione, al diritto ad essere giudicati da un giudice imparziale, da un giudice, cioè, privo di un interesse soggettivo nel conflitto che deve dirimere²⁵.

Garantire pronunce caratterizzate dall'imparzialità di coloro che le hanno emesse pare, dunque, aver rappresentato per l'ordinamento spagnolo un valore da perseguire, a prescindere dalle eventuali contaminazioni cui la procedura potrebbe essere esposta, soprattutto quando si concreti in un contesto politico ad alta intensità conflittuale.

A livello costituzionale, infatti, l'istituto della ricsuzione può essere foriero di alcuni effetti collaterali, non altrimenti riscontrabili in altri stati e gradi del processo: come ricordato, ad esempio, l'unicità in termini istituzionali del *Tribunal Constitucional* fa sì che il giudice ricsuito non possa essere sostituito. Ne discende che, nell'ambito della giustizia costituzionale, il ricorso alla ricsuzione, determina una inevitabile riduzione quantitativa, aprendo la porta a possibili tentativi di "sofisticazione" della decisione attraverso la modificazione della composizione dell'organo giudicante: si assiste ad uno sviamento della funzione dell'istituto, nato per garantire decisioni imparziali, ridotto a strumento di manipolazione della volontà collettiva della Corte, soggetta così agli umori della politica, da cui dovrebbe essere immune²⁶.

Per anni in Spagna l'istituto della ricsuzione a livello costituzionale non ha trovato alcuna efficace applicazione, essendo stato oggetto di un processo interpretativo assai restrittivo da parte del Tribunale costituzionale²⁷.

Con la decisione n. 26 del 5 febbraio 2007, emessa nei confronti del giudice Pablo Pérez Tremps, in relazione proprio al giudizio sulla costituzionalità dello statuto della Comunità catalana, va registrata, però, una svolta, sintomatica dimostrazione del fatto che i tempi son cambiati: il confronto politico si è inasprito a tal punto da non conoscere più zone franche; d'altra parte la Corte non pare in grado di reggere l'assalto di chi la vorrebbe politicamente più schierata.

Non era la prima volta che il professor Pérez Tremps veniva sottoposto ad un giudizio di ricsuzione: circa un anno prima, con la decisione n. 18 del 24 gennaio 2006 la sua attività scientifica era già stata portata all'attenzione del *Tribunal Constitucional*, essendo stata ritenuta dai ricorrenti evidente manifestazione della sua parzialità rispetto alla decisione di costituzionalità sul testo statutario catalano.

In quell'occasione, però, la Corte, adottando, come in passato, un'interpretazione assai restrittiva delle cause di ricsuzione, aveva respinto l'eccezione²⁸.

²⁵ L'art. 22 LOTC espressamente prescrive che i giudici costituzionali «ejercerán su función de acuerdo con los principios de imparcialidad y dignidad inherentes a la misma». Si veda I. Ulloa Rubio, *Art. 22*, in J.J. González Rivas (dir.), *Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., 270 ss.

²⁶ Espressamente il Tribunale costituzionale spagnolo nella dichiarazione n.443/2007 del 27 novembre, F.J. 7, parla di tentativo da parte dei ricorrenti di manipolare l'uso dell'istituto della ricsuzione nel senso di alterare la composizione e, dunque, l'orientamento dell'organo di giustizia costituzionale. Cfr. senso I. Torres Muro, *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y del Reglamento del Senado, puesta a prueba (SSTC 49/2008, de 9 de abril y 101/2008, de 24 de julio)*, in *Revista general de Derecho Constitucional*, n. 8, 2008, 3.

²⁷ Per un'analisi sistematica di tutte le dichiarazioni in tema di ricsuzione emesse dal Tribunale costituzionale si veda I. Ulloa Rubio, *Art. 22*, cit., 272 ss.

²⁸ La domanda di ricsuzione era stata presentata dal gruppo parlamentare popolare del Congresso. Avendo il Prof. Pablo Pérez Tremps emesso pareri commissionati dall'Institut d'Estudis Autònomic, successivamente utilizzati dalla Generalitat per elaborare il progetto di riforma dello statuto catalano, i ricorrenti ritenevano che il magistrato si trovasse nelle condizione, ex art. 219, 16^a LOTC, di «haber ocupado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad». Il Tribunale, in questa occasione, aveva rigettato la domanda di ricsuzione, riconoscendo, in prima battuta, la natura meramente scientifico-accademica del testo su cui si fondava il ricorso, ricco di critiche, di proposte di modifica, di riferimenti ad elaborati precedenti, sintomatici di uno studio approfondito del tema e non di una improvvisa passione del Professor Pérez Tremps rispetto all'evoluzione dello Stato autonomico, opportunisticamente coincidente con la modifica dell'assetto statutario

A prescindere dalle considerazioni svolte nella pronuncia del 2006, nella decisione n. 26/2007 la Corte giungerà a conclusioni diametralmente opposte, questa volta pronunciandosi favorevolmente circa la ricasazione del Prof. Pérez Tremps.

Ma la strada intrapresa si rivelerà assai dissestata: la debolezza delle argomentazioni su cui si fonda la pronuncia, che si inerpica lungo sentieri mai battuti, sarebbe dimostrata dalla contestuale pubblicazione di ben cinque estese opinioni dissenzienti in allegato alla decisione del *plenum*.

In controtendenza rispetto al passato, in questa occasione il *Constitucional* esclude che all'attività svolta da Pablo Pérez Tremps possa essere riconosciuta natura meramente scientifico-didattica. Ciò non in forza della remunerazione, che pure ha accompagnato gli incarichi assunti dal giudice su richiesta dell'*Instituto de Estudios autonómicos*, quanto, piuttosto, dell'immediato utilizzo degli scritti prodotti in fase di definizione della proposta di legge organica per la riforma dello statuto catalano presentata dallo stesso istituto committente alla Generalitat.

In realtà, ed al di là del testo della sentenza, è difficile individuare chiaramente quali siano state, nel merito giuridico, le ragioni che hanno spinto la Corte a pronunciarsi a favore dell'eccezione di ricasazione nei confronti del giudice Pérez Tremps: considerazioni di tipo cronologico, certo, dal momento che ora, a differenza di quanto accadde in occasione dell'ATC 18/2006, si fa riferimento ad elaborati presentati quando il testo della proposta per la modifica era già stato presentato al Parlamento catalano; diverse valutazioni circa la sostanza degli elaborati su cui si basa il ricorso, visto che in quest'ultimo caso si trattava di scritti frutto di un rapporto professionale che prevedeva la possibilità di intervenire a modifica del testo al fine di renderlo conforme a Costituzione, entro un quadro definito dal committente, che si spinge ben oltre la richiesta di un mero parere; non da ultimo la diversità delle motivazioni addotte dai ricorrenti²⁹.

Quel che è certo è che la scarsità di solide argomentazioni convincenti alla base della decisione finiscono con il lasciare poco spazio alla possibilità di credere che il cambio di posizione del *Tribunal Constitucional* nell'ATC 26/2007 rispetto all'ATC 18/2006 dipenda davvero da una ponderata azione di *distinzione dal precedente* o dalla volontà di modificare la propria giurisprudenza secondo la prassi dell'*overruling* delle supreme corti. Più facile cadere nella tentazione di leggere l'avvenuto cambio di impostazione della Corte alla luce dell'acceso dibattito che ha accompagnato sin dall'inizio la modifica dello statuto catalano, su cui si giocava, come ricordato, assai più del futuro di Barcellona, ossia la tenuta stessa dell'intero sistema regionale spagnolo.

Al di là del reale contingente, però, resta il peso di un precedente importante, che induce ad alcune riflessioni non da ultimo, ad esempio, circa il rapporto fra il requisito della "riconosciuta competenza" costituzionalmente richiesto e l'istituto della ricasazione, in particolare in relazione alla figura dei professori universitari.

È connaturale alle mansioni del professore quella di "farsi un'opinione", argomentarla e diffonderla per mezzo di scritti. Va da sé che la fondatezza di tali opinioni, la loro capacità persuasiva, il loro ben essere riscontrate nella realtà contribuisce da una parte a far crescere la credibilità e, dunque, l'autorevolezza del loro autore, dall'altra ad aumentarne la visibilità. Ne discende che a lui ricorrerà il

catalano. D'altra parte, il Tribunale costituzionale, dal punto di vista temporale, non mancherà di sottolineare come il testo fosse stato pubblicato in un momento precedente alla stessa approvazione del nuovo statuto, quando ancora il dibattito neppure verteva attorno ad un concreto testo per la revisione statutaria.

²⁹ Oltre alla già richiamata causa di ricasazione di cui al n. 16 dell'art. 219 LOTC, su cui si fondava la domanda rigettata con la dichiarazione n. 18/2006, questa volta i ricorrenti adducono nuove basi alla loro richiesta richiamando anche i nn. 6, 10 e 13 della medesima disposizione, i quali fanno riferimento ai casi in cui si sia emesso parere in relazione al diritto o al merito della causa, all'eventualità in cui si abbia un interesse diretto o indiretto rispetto al giudizio o per aver mantenuto «cargo, empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado en el asunto objeto del pleito o en otro relacionado». Sarà in relazione a quest'ultima causa di ricasazione che il Tribunale accoglierà il ricorso.

pubblico come il privato, nel momento in cui si vorrà ottenere un parere professionale di valore scientifico e di peso. Da ciò potrà essere valutata la riconosciuta competenza dei professori selezionati per accedere alla Corte costituzionale spagnola. Da ciò, anche, l'inevitabile cortocircuito nel momento in cui si riconosce nell'attività che ha preceduto l'assunzione della carica tanto il materiale su cui si fonda la valutazione della riconosciuta competenza, quanto la prova su cui basare l'atto di ricasazione del giudice³⁰. Sarà interessante verificare la posizione che il Tribunale vorrà assumere in futuro in relazione ad altri casi simili, tenuto conto in particolare del fatto che, numericamente parlando, sin dalla costituzione dell'organo di garanzia costituzionale è alla categoria della docenza universitaria cui si è attinto il più delle volte al momento di selezionare i futuri giudici costituzionali³¹.

5. – Solo apparentemente il susseguirsi di nuove proposte di ricasazione intervenute a pochissimo tempo l'una dall'altra pare non aver nulla a che fare con la precedente ricasazione del professor Pérez Tremps³². Il legame esiste ed è stretto. Il punto di contatto è ancora uno: lo statuto catalano.

Il punto necessita di alcune precisazioni, perché la vicenda possa essere correttamente contestualizzata.

Come ricordato e come meglio verrà detto in seguito, fra le modifiche alla LOTC introdotte con la legge organica 6/2007 vi è la previsione della *prorogatio* della carica del presidente e del vicepresidente sino al rinnovo di un terzo dei membri, nei modi indicati in Costituzione. Con essa, sembrerebbe, dunque, che il legislatore abbia ritenuto meritevole di attenzione il diritto dei nuovi giudici di poter partecipare all'elezione della presidenza, non ritenendo pregiudizievole il prolungamento del mandato sino alle nuove nomine da parte di chi già detiene l'incarico.

Quel che è vero in teoria, però, non sempre ottiene conferma nella pratica. In particolare, la disposizione in oggetto più che trovare ragione in considerazioni generali di buon funzionamento dell'organo, sembrava per alcuni essere stata dettata da ragioni di opportunismo politico, quali quella di voler confermare nella carica presidenziale e di vice presidente i giudici María Emilia Casas Baamonde e Guillermo Jimenez Sanchez sino al rinnovo parziale dell'organo di garanzia costituzionale, impresa quest'ultima

³⁰ Si vedano sul punto le considerazioni svolte da L.E. Delgado del Rincón, *La recusación de los magistrados del Tribunal Constitucional*, cit., in particolare 379 ss.

³¹ Al punto che P. Bon, *Le Tribunal Constitutionnel Espagnol. Etude d'ensemble*, in AA.VV., *La justice constitutionnelle en Espagne*, Aix en Provence, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1984, 17 ss., in particolare 50, parlerà di «un record européen».

³² Oltre a quelle di cui si darà conto nel presente paragrafo, fra la decisione n. 18/2006 e quella n. 26/2007 la Corte costituzionale spagnola è stata chiamata a pronunciarsi in altri tre casi relativi alla ricasazione di altrettanti suoi membri. Nella dichiarazione n. 283/2006, del 2 novembre il TC respinge una domanda di ricasazione formulata nei confronti del suo Presidente María Emilia Casas Baamonde. Il Tribunale non riconoscerà nel vincolo di matrimonio del Presidente con Jesus Leguina Villa, professore universitario che ha espresso parere positivo circa la costituzionalità della l.o. 6/2006 di riforma dello statuto della Comunità catalana, causa sufficiente ad estromettere un giudice costituzionale dalla decisione, non essendo stati richiamati concretamente i profili per cui, nel caso di specie, il legame coniugale del Presidente potrebbe inficiare la sua imparzialità nell'esercizio delle sue funzioni. Negli AATC nn. 394 e 434, rispettivamente del 7 novembre e 12 dicembre la Corte dovrà decidere circa la ricasazione del giudice Roberto García-Calvo, proposta dalla *Generalitat* e dal Parlamento della Catalunya. L'eccezione è sollevata sulla base delle opinioni espresse dal magistrato in occasione della pubblicazione di un suo voto dissenziente (ATC 85/2006), nel quale sarebbe chiaramente espressa la sua opinione personale circa l'incostituzionalità del testo dello statuto catalano. La corte, che per la prima volta si trova a dover giudicare un proprio membro sulla base delle opinioni espresse in forma dissenziente rispetto al *plenum*, respinge l'eccezione, ritenendo che il solo fatto di essersi pronunciato con voto particolare non evidenzerebbe alcun *interesse* né diretto, né indiretto del singolo giudice rispetto alla risoluzione di altra controversia. Cfr. L.E. Delgado del Rincón, *La recusación de los magistrados del Tribunal Constitucional*, cit., 358 e s.

che si stava rivelando assai più ardua del previsto. La permanenza della presidente e del suo vice, infatti, veniva considerata un punto a vantaggio di chi sosteneva la costituzionalità dello Statuto catalano, tenuto conto del loro mal celato orientamento a favore della legittimità del testo, che avrebbe potuto condizionare, grazie alla posizione di dirigenza mantenuta in seno al *Tribunal Constitucional*, l'esito della decisione.

Il partito popolare, pertanto, intenzionato a non lasciare spazio alcuno all'ipotesi di una sentenza di costituzionalità in favore dello statuto catalano, non tardò ad impugnare dinnanzi alla Corte l'art. 16 della LOTC. All'impugnativa farà da controcanto la domanda di astensione dalla decisione nel merito della causa presentata dalla Presidente dell'organo di garanzia costituzionale, come dal suo vice.

Il Tribunale considererà «objetiva, suficiente y legítimamente justificada» l'astensione dei due giudici dal momento che rispetto alla funzione da essi ricoperta «la suerte del proceso podría tener incidencia directa e inmediata en su singular y exclusiva situación»³³

Ma le polveri erano state ormai accese: lo scontro intorno alla costituzionalità dei casi di *prorogatio* della carica di presidente e di vice si va facendo rovente. Sullo sfondo persiste il dubbio circa la sorte che attende lo statuto della Comunità catalana.

Tre giorni dopo la dichiarazione 387/2007, con cui si accoglie la richiesta di astensione del presidente e del suo vice, l'Avvocatura di Stato a nome del Governo nazionale, in relazione al medesimo procedimento di costituzionalità presenta eccezione di ricasazione nei confronti dei giudici Roberto García-Calvo y Montiel e Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

Ai due magistrati si rimprovera di aver anticipato, in una lettera indirizzata alla presidenza, il loro giudizio, pronunciandosi circa l'incostituzionalità della legge organica di riforma della LOTC, in particolare in punto *prorogatio* degli incarichi di presidenza.

Sette giorni dopo, sarà il gruppo parlamentare popolare a promuovere eccezione di ricasazione nei confronti dei giudici Pascual Sala Sánchez, Pablo Pérez Tremps e Manuel Aragón Reyes, avendo questi partecipato, con la Presidente della Corte, ad un incontro informale (di cui la stampa aveva dato ampio conto), durante il quale avrebbero espresso la loro opinione circa la costituzionalità della disposizione in tema di proroga del mandato di presidenza.

La situazione non ha precedenti: a seguito delle astensioni già dichiarate, la richiesta di ricasazione mossa nei confronti di ben cinque giudici rischia di paralizzare sino al suo prossimo rinnovo parziale il Tribunale Costituzionale, che, nel frattempo non avrebbe i numeri per pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della riforma della LOTC.

Si opta, così, per convocare il *plenum* (composto da soli dieci membri, tenuto conto dell'astensione dei due giudici con incarichi negli uffici di presidenza), permettendo, valutata l'eccezionalità delle circostanze, a coloro rispetto ai quali è stata avanzata proposta di ricasazione di partecipare alla decisione che riguarda la loro persona. L'*impasse* sembra superata. O quasi.

Trovata una strada che, pur essendo *borderline* dal punto di vista procedurale, sembra raccogliere il consenso di tutte le parti, si procede immediatamente ad applicarla ... per il secondo dei ricorsi presentati.

L'inversione nella discussione delle due eccezioni non sembra trovare alcuna valida ragione, e del resto potrebbe non rivestire alcuna importanza se non fosse che, esaminata e rigettata la richiesta di ricasazione avanzata dal gruppo del partito popolare (ATC 443/2007, del 27 novembre)³⁴, si passerà a valutare quella presentata dal Governo secondo la vecchia maniera, cioè estromettendo dalla discussione i

³³ Cfr. ATC 387/2007 del 16 ottobre. Si veda in proposito I. Ulloa Rubio, *Art. 22*, cit., 278.

³⁴ Nella dichiarazione, in maniera piuttosto insolita, il Tribunale costituzionale spagnolo pronuncerà parole di monito contro i ricorrenti, accusati di aver tentato di alterare, mediante l'uso dell'istituto della ricasazione, la composizione dell'organo di giustizia costituzionale, interferendo nella sua giurisdizione. (F.J. 7)

soggetti ricusati. Questa volta la Corte si pronuncerà accogliendo la richiesta (ATC 81/2008, del 12 marzo).

A nulla varranno le questioni successivamente sollevate: il *Tribunal Constitucional* chiuderà definitivamente la saga relativa alle plurime richieste di ricusazione avanzate, dichiarando legittima tanto l'inversione cronologica dell'esame nel merito rispetto ai tempi di presentazione dei ricorsi, come la composizione della Corte stessa nell'uno come nell'altro caso.

Ciò nonostante, residua forse più di una ragione per lamentare quantomeno una certa incoerenza del Tribunale costituzionale nelle decisioni in esame, incoerenza che sicuramente non ha giovato al suo prestigio ed alla sua autorevolezza e che certo non depone a favore della sua indipendenza e imparzialità³⁵.

6. – Non vi è dubbio che con la ricusazione del Professor Pérez Tremps (ATC 26/2007, del 5 febbraio), il *Tribunal Constitucional* ha inaugurato una giurisprudenza che in futuro potrà comportare più di una difficoltà, sul piano pratico, come su quello dell'argomentazione teorica.

La prima di queste difficoltà risiede, forse, in un'alterazione del rapporto soggezione/indipendenza della sua attività nei confronti della politica. Rapporto, deve essere detto, già ampiamente condizionato da pratiche di lottizzazione e da manovre di manipolazione delle maggioranze della Corte costituzionale condotte ad *hoc* dal sistema dei partiti.

Il punto richiede qualche considerazione che possa mettere in luce, in particolare, le conseguenze che discendono dalla combinazione delle disposizioni in tema di *prorogatio* con quella che prevede che i membri del Tribunale costituzionale siano sostituiti per un terzo ogni tre anni.

Se da una parte il rinnovo per quote dell'organo di garanzia costituzionale garantisce continuità alla sua attività, dall'altra rischia di divenire un'inesauribile fonte di tentazione, stimolando accordi fra le forze politiche per la spartizione delle nomine in scadenza: il criterio dell'autorevolezza e della competenza rischiano di essere sopraffatti da quello dell'opportunità politica.

Quel po' di realismo che deve sempre accompagnare lo studio del diritto costituzionale impone, certo, di riconoscere che la convenzione e l'accordo fra i partiti rappresentano un fattore che influenza ed orienta la selezione dei giudici costituzionali praticamente in ogni modello di giustizia costituzionale del panorama comparato. D'altra parte, però, va detto che in Spagna negli ultimi tempi l'interferenza del sistema dei partiti nelle nomine si è fatta a tal punto pressante da intaccare la presunzione di imparzialità ed indipendenza che deve accompagnare l'attività dei giudici costituzionali, i quali, a prescindere dalle modalità di selezione, non dovrebbero essere riconosciuti dalla parte di nessuno.

Per alterare ed agire sulla composizione dell'organo di giustizia costituzionale la ricusazione, in ordine di tempo, non è che l'ultimo fra gli strumenti cui la politica è ricorsa. In passato il medesimo obiettivo è stato a volte perseguito dalla politica attraverso l'istituto della *prorogatio*.

È innegabile che, in particolare in seno al Parlamento, le ampie maggioranze richieste per la nomina dei giudici costituzionali rendano difficile addivenire in breve tempo alla loro sostituzione a fine mandato³⁶. Non di meno, gli organi competenti vengono messi nelle condizioni di adempiere alla loro funzione elettiva ben quattro mesi prima lo spirare dei termini del mandato: un tempo più che sufficiente, laddove non vi sia volontà di far naufragare ogni possibilità di accordo nel tentativo di alzare la posta in gioco o di prolungare ulteriormente il mandato di uno o più giudici costituzionale.

Il fatto che alla scadenza del mandato la mancata nomina di un sostituto non determini vacanza, bensì obblighi ad un prolungamento del mandato del giudice uscente, se da una parte permette al Tribunale

³⁵ Per un approfondimento sugli aspetti procedurali che hanno segnato il percorso delle dichiarazioni in tema di ricusazione oltre al già citato L.E. Delgado del Rincón, *La recusación de los magistrados del tribunal Constitucional*, cit., si veda anche I. Torres Muro, *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y del Reglamento del Senado*, cit., in particolare 3 ss.

³⁶ Si veda *retro* le considerazioni svolte in nt. 19.

di continuare a lavorare potendo contare sulla sua struttura al completo, d'altra parte fa venir meno l'unico elemento deterrente che avrebbe potuto esercitare pressione sugli organi competenti, chiamati a colmare vuoti di organico nel minor tempo possibile. D'altra parte, la soluzione adottata dalla l.o. 8/2010 nel senso di decurtare dalla durata del mandato del neo-eletto il tempo resosi necessario per addivenire alla sua selezione non sembra andare nella direzione di incentivare un'azione fruttuosa delle Camere, quanto in quella di far ricadere sui membri del Tribunale costituzionale le inefficienze del sistema, a detrimento dello stesso dettato costituzionale.

Con la legge 6/2007 di riforma della LOTC, l'istituto della *prorogatio*, inizialmente previsto per la mera carica di magistrato costituzionale ex art. 17, il comma LOTC e già oggetto di critica da parte della dottrina spagnola, è stato esteso anche al mandato del presidente e del vicepresidente, la cui durata, ai sensi del terzo comma dell'art. 16 LOTC, così come modificato, verrà protratta sino al momento in cui si provveda alla rinnovazione di una parte della Corte.

Del contesto politico-istituzionali in cui è maturata la scelta di prorogare il mandato presidenziale si è detto: vanno sottolineate ora alcune conseguenze cui, dal punto di vista giuridico, essa ha dato origine.

Il progetto di legge presentato alle *Cortes* spagnole non faceva alcun riferimento alla possibilità di modificare l'art. 16 LOTC, prevedendo la proroga della carica presidenziale. Tale disposizione è stata aggiunta solo successivamente, nel corso di un acceso confronto parlamentare.

Partorita fra le polemiche ed i contrasti politici³⁷, dunque, come ben ci si poteva aspettare, la disposizione è stata fatta, infine, oggetto di ricorso di incostituzionalità da parte di 68 deputati del gruppo parlamentare popolare³⁸, che lamentano in primo luogo la lesione dell'art. 160 della Costituzione che fissa in tre anni il mandato del Presidente del *Tribunal Constitucional*.

All'impugnazione risponderà la Corte costituzionale, che, con la sentenza 49/2008, chiarita la piena discrezionalità delle *Cortes* che non sono tenute, neppure in sede di *Exposición de Motivos*, a giustificare la propria attività legislativa³⁹, dichiarerà legittimo il testo di revisione sottolineando in primo luogo che la LOTC così riformata non incide sulla durata del mandato, dal momento che permette esclusivamente di dilatare la carica di presidente sino al rinnovo parziale del Tribunale costituzionale⁴⁰. Né il carattere automatico della stessa priverebbe il *plenum* dei suoi poteri elettivi dal momento che il prolungamento della carica non sostituisce la votazione che dovrà comunque essere fatta al fine di individuare un nuovo presidente.

Secondo la Corte sarebbe piuttosto vero che la previsione di una proroga del mandato presidenziale sino al rinnovo di una parte dei suoi membri esalterebbe la democraticità del *modus operandi*

³⁷ In questo senso I. Torres Muro, *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y del Reglamento del Senado*, cit., 1, osserva come uno degli aspetti «más lamentables de la vida institucional de los últimos tiempos en España es que la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no haya sido objeto de consenso entre los dos principales partidos políticos del país». In passato solo in corrispondenza della riforma volta a ripensare il ricorso preventivo di incostituzionalità si era intervenuti a modica della LTC unilateralmente, a prescindere da un più ampio consenso, oltre al maggioranza di governo.

³⁸ Alla base del ricorso, per l'appunto, l'assenza di un qualsivoglia riferimento alle modifiche impugnate nell'esposizione dei motivi, nonché la manifesta lesione dell'art. 160 della Costituzione che espressamente limita a tre anni il mandato presidenziale.

³⁹ Nell'ordinamento spagnolo tale obbligazione grava solo in capo al Governo tenuto a dar conto dei motivi che animano il suo operato al momento della presentazione di un disegno di legge alle Camere.

⁴⁰ Cfr. F.J. 21, STC 49/2008. Sul Punto deve essere registrata l'opinione dissenziente del giudice Rodríguez Arribas, il quale sostiene che così ragionando il Tribunal Constitucional fonderebbe la propria pronuncia su una «sutileza doctrinal», che impone di distinguere laddove la costituzione non fa differenze, «conduciendo a un resultado que desapodera al Pleno del Tribunal, aunque sea durante un lapso más o menos largo de tiempo, además indefinido, de una de las funciones que la propia Constitución le encomienda y que es una garantía de su fuero, al que tristemente se renuncia».

dell'organo di garanzia costituzionale, permettendo ai nuovi arrivati di partecipare alla elezione del proprio presidente e di poter essi stessi essere eletti.

Va da sé che il ragionamento del *Tribunal Constitucional*, non potendo essere diversamente, si svolge su un piano strettamente teorico. Esso guarda ai casi di *prorogatio* come ad eventi eccezionali, assai delimitati nel tempo: momenti di transizione che non valgono ad alterare le dinamiche di funzionamento della giustizia costituzionale.

Le argomentazioni della Corte sembrano così non lasciare spazio alla realtà, dove i tempi biblici con cui si compiono le operazioni di rinnovo dei membri del *Tribunal Constitucional* in seno alle *Cortes* rendono l'istituto della proroga pesante rispetto al mandato dei singoli giudici, insostenibile nel caso della presidenza chiamata a governare l'attività della Corte.

È pur vero che la posticipazione della elezione del presidente rispetto al rinnovo parziale della Corte già era prassi. Ma ritenendo necessario codificare una regola non scritta, il legislatore organico ha finito con il privarla di quel grado di discrezionalità che ne connotava l'applicazione. Ciò è avvenuto certo per chiarire una questione aperta che gravava sulla disciplina relativa all'organizzazione e alla composizione della Corte, ma, forse, anche per venire incontro ad alcune contingenze legate al ricorso di costituzionalità promosso contro lo Statuto catalano, decisamente pressanti sul piano politico.

Trattandosi di un processo alle intenzioni il forse è d'obbligo. Resta il fatto che l'esistenza di un secondo fine della norma appare poco discutibile⁴¹: per fugare ogni dubbio il legislatore avrebbe potuto quantomeno posporre nel tempo l'applicazione della norma, escludendo ogni implicazione rispetto al mandato presidenziale in corso. Così non è stato, anche per le ragioni poc'anzi richiamate, e ancora una volta a pagare le conseguenze di tali maldestre manovre è stato il tribunale sul piano della sua credibilità e trasparenza⁴².

7. – Se osservata in controluce, la riforma della LOTC lascia intravedere tante cose. Parla delle difficoltà che la giustizia costituzionale incontra per far fronte al moltiplicarsi dei ricorsi di *amparo* promossi, delle controversie sorte attorno all'organizzazione del lavoro in seno alla Corte, delle incertezze circa il ruolo e la posizione occupata in seno al suo organico da alcuni soggetti, quali i *letrados*. Parla, inoltre e soprattutto, delle prospettive di sviluppo dello Stato autonomico: anche se non in termini espressi (perché la riforma punta in primo luogo ad intervenire sull'*amparo* e sulla riorganizzazione dei lavori in seno al Tribunale), le possibili evoluzioni del tipo di Stato spagnolo sono, in effetti, un tema presente.

Da tempo, infatti, l'ipotesi di coinvolgere le comunità autonome nelle procedure di selezione dei giudici costituzionali era stata avanzata e sostenuta al fine di dare voce agli enti territoriali nell'interpretazione del testo costituzionale⁴³.

⁴¹ In particolare, I. Torres Muro, *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y del Reglamento del Senado*, cit., 25, non esita ad affermare che «está claro que la norma tenía por objetivo blindar a doña María Emilia Casas Baamonde». Al di là di ogni specifico riferimento il giudice costituzionale Vicente Conde, nell'esprimere il proprio dissenso rispetto alla sentenza parla della «posibilidad de manipular el funcionamiento del Tribunal, al imponerle de hecho la prórroga del mandato de un Presidente que tal vez, vencido su mandato, tuviera perdido la confianza de sus pares».

⁴² Si rimanda a P. Rodríguez-Patrón, *El Tribunal Constitucional ante la reciente reforma de los artículos 16 de su Ley Orgánica y 184 del Reglamento del Senado*, in *Revista de Derecho Político*, 77, 2010, 107 ss., in particolare 132 ss.

⁴³ In tal senso L. Aguiló Lucia, *La presencia de las nacionalidades y regiones en el Tribunal Constitucional*, in AA.VV., *El Tribunal Constitucional*, vol. I, Madrid, IEF, 1981, 349 ss., in particolare 365 e s.; M. Martínez Sospedra, *El Tribunal Constitucional como órgano político*, in Aa.Vv., *El Tribunal Constitucional*, vol. III, Madrid, IEF, 1981, 1816 e s.; P. Lucas Murillo de la Cueva, *Los órganos constitucionales*, in A. De Blas (comp.), *Introducción al sistema político español*, Barcelona, Teide, 1983, 210 ss., in particolare 212; E. Álvarez Conde, *El régimen político español*, Madrid, Tecnos, 1985, 474 ss., in particolare 489.

Il testo di revisione della LOTC, pertanto, nel prevedere all'art. 16.2 che «los Magistrados propuestos por el Senado serán elegidos entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en los términos que determine el Reglamento de la Cámara», si limita a dare forma giuridica ad un'intuizione della dottrina e concretezza ad una procedura già anticipata, non a caso, nel nuovo statuto catalano (art. 180), che si rimette al regolamento del Senato per la definizione della procedura di partecipazione della *Generalitat* nella selezione dei magistrati costituzionali⁴⁴.

Come già nel caso della previsione che introduce l'istituto della proroga relativamente al mandato del presidente del *Tribunal Constitucional* e del suo vice, anche per quanto riguarda il coinvolgimento delle comunità autonome nella selezione dei membri della Corte costituzionale non v'è traccia nel testo del progetto presentato alle *Cortes*⁴⁵. D'altra parte, l'approvazione nelle more del procedimento di revisione della LOTC della l.o. 6/2006, a modifica dello statuto catalano, sembrava obbligare coloro che avevano difeso e appoggiato l'entrata in vigore del testo statutario ad operarsi al fine di fornire una base legislativa alle previsioni statutarie, per ora appese alla mera possibilità che il Senato spontaneamente si muovesse nel senso di riformare il proprio regolamento, aprendo la strada alla partecipazione delle comunità nel processo di selezione dei membri della Corte costituzionale⁴⁶.

Il coinvolgimento della componente comunitaria nella designazione di una quota dei membri del *Tribunal Constitucional* rendeva necessario un intervento di riforma del dato normativo su più livelli. Ferma restando la previsione costituzionale, che assegna al Senato il potere di proporre al Re quattro candidati al ruolo di giudice costituzionale, una volta previsto il coinvolgimento delle Assemblee delle comunità a livello di legislazione organica, sarebbe dovuta necessariamente seguire una revisione del regolamento del Senato.

Così è stato ed il 21 novembre 2007 la seconda Camera spagnola ha provveduto a modificare l'art. 184 del proprio regolamento che attualmente prevede che la «elección por el Senado de los cuatro Magistrados del Tribunal Constitucional, cuyo nombramiento ha de proponerse al Rey, según lo previsto en el art. 159 de la Constitución, seguirá el procedimiento previsto en este Capítulo con las siguientes especialidades: a) El Presidente del Senado comunicará a los Presidentes de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas la apertura del plazo de presentación de candidaturas. Cada Asamblea Legislativa podrá, en ese plazo, presentar hasta dos candidatos, resultando aplicable lo dispuesto en los apartados 3 y 4 de este artículo (acreditación de requisitos y méritos profesionales y posible inadmisión de candidaturas no adecuadas); b) La Comisión de Nombramientos elevará al Pleno de la Cámara una propuesta con tantos candidatos como puestos a cubrir, que deberán haber comparecido previamente en la Comisión. Si no se hubieran presentado en plazo candidaturas suficientes, la propuesta que se eleve al Pleno podrá incluir otros candidatos».

Ma non da tutti il cambiamento è stato accolto con entusiasmo. I duri scontri che in sede parlamentare hanno accompagnato l'approvazione delle nuove disposizioni piuttosto che placarsi hanno trovato eco al di fuori delle stanze della politica. Tanto le previsioni di cui alla LOTC, quanto quelle adottate dal regolamento sono state, così, oggetto di ricorso dinnanzi al Tribunale costituzionale, che ne ha dichiarato la conformità con le già citate sentenze nn. 49 e 101 del 2008.

Nel primo dei ricorsi presentati, la Corte era chiamata a pronunciarsi, innanzitutto, circa la costituzionalità della previsioni di cui al primo comma dell'art. 16, in relazione all'art.159.1 della Costituzione. Si

⁴⁴ La posizione sul punto assunta dalla Comunità catalana sarà imitata a ruota dall'art. 224, l.o. 2/2007 del 19 marzo di riforma dello statuto della Comunità di Andalusia, e seppur in termini più generici, dall'art. 89.4 della l.o. 5/2007 del 20 aprile di riforma dello statuto della Comunità di Aragón.

⁴⁵ L'introduzione dell'emendamento al testo ebbe come contropartita il venir meno della parte del progetto volta a garantire l'intervento delle Cortes nella procedura di selezione da parte del Governo e del Consejo del Poder Judicial.

⁴⁶ Sul punto si veda G. Fernández Farreres, *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., 11 ss., in particolare 38 ss.

lamentava, in effetti, uno svuotamento del potere del Senato nella funzione di proposta di una quota dei giudici della Corte, sostanzialmente ormai affidata alle comunità autonome, con l'introduzione di un illegittimo sistema di designazione indiretto, in cui l'intervento della seconda Camera sarebbe ridotto ad una mera formalità.

Superate alcune questioni preventive di natura squisitamente procedurale, circa la possibilità per il Tribunale costituzionale di pronunciarsi sulla legittimità della sua stessa legge di organizzazione e funzionamento⁴⁷, il giudice delle leggi spagnolo, nel dichiarare la conformità costituzionale della disposizione impugnata – riconoscendo che è in capo al Senato che permane ancora in ultima istanza la funzione di proposta non fosse altro perché in corrispondenza dell'inerzia delle assemblee in ambito comunitario o dell'insufficienza delle candidature avanzate in ambito comunitario sarebbe ancora la Camera alta a dover intervenire in via esclusiva⁴⁸ – tenterà di andare oltre la prospettiva dei ricorrenti interrogandosi su tre questioni, relative all'esistenza di un presupposto giuridico che legittimi la partecipazione della comunità autonome alla selezione dei giudici costituzionali; alla legittimità delle finalità che tale partecipazione si impone di raggiungere; alla congruità dei mezzi utilizzati in tal senso.

Per rispondere ai quesiti il Tribunale costituzionale spagnolo propone una lettura evolutiva dell'art. 159 Cost. Suggestisce di interpretare il dettato costituzionale alla luce delle attuali esigenze politico-sociali, in base alle quali la necessità di coinvolgere le comunità autonome nei processi di selezione dei giudici della Corte costituzionale è avvertito da più parti ormai come impellente⁴⁹.

A partire da queste premesse, la Corte sembrerebbe orientare il suo giudizio circa la costituzionalità della disposizione in questione basandosi sulla considerazione che non solo nulla osta a livello costituzionale al coinvolgimento delle comunità autonome, ma che, altresì, tale coinvolgimento apparirebbe coerente con l'intenzione già propria del costituente.

Il fatto che la nomina di quattro giudici costituzionali sia stata assegnata espressamente al Senato, infatti, varrebbe a manifestare la volontà del costituente di valorizzare, per quanto possibile allora, la posi-

⁴⁷ In assenza di precedenti cui far riferimento, il TC si è interrogato tanto dal punto di vista materiale che formale circa la possibilità di intervenire a sindacare la legittimità costituzionale della legge organica cui esso stesso è soggetto dal punto di vista funzionale ed organizzativo. Le conclusioni cui giunge la Corte al momento di dichiarare la propria competenza rispetto al controllo di legittimità della LOTC non hanno mancato di sollevare le critiche di certa dottrina, in particolare rispetto all'autolimitazione cui il Tribunale sottopone il proprio operato che in questo caso dovrebbe «limitarse a los supuestos en que existe un conflicto evidente e insalvable entre la misma y el texto constitucional» (F.J. 4). Si vedano P. Rodríguez-Patrón, *El Tribunal Constitucional ante la reciente reforma de los artículos 16 de su ley orgánica y 184 del Reglamento del Senado*, cit., 110 e s.; senso I. Torres Muro, *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y del Reglamento del Senado*, cit. 5 e s.

⁴⁸ Cfr. FF.JJ. 8 e 9, STC 49/2008. In particolare al giudice costituzionale preme sottolineare come dal mero testo organico non scaturiscano elementi per riconoscere una lesione del dettato costituzionale, tenuto conto delle genericità con cui si è espresso il legislatore e delle ampie opzioni lasciate alla seconda Camera nel momento in cui intenderà adeguare il proprio regolamento alla legge organica n.6/2007.

⁴⁹ Fra gli altri F. Balaguer Callejon (coord.), *La nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2008, 46 e s., ritiene in particolare che l'idea di coinvolgere le comunità autonome nel procedimento di selezione dei membri del Tribunale costituzionale spagnolo appare «enteramente congruente con la lógica profunda del modelo autonómico de nuestro Estado y con la posición constitucional del Senado, siendo de manera simultánea enteramente respetuosa, por otra parte de la naturaleza del Tribunal Constitucional». Secondo l'autore mediante questa nuova previsione normativa si otterrebbe «una mejor articulación política entre Estado y Comunidades autónomas, reforzándose también por esta vía la presencia en el Tribunal Constitucional de un elemento de sensibilidad autonómica completamente necesario dado el actual estadio de desarrollo del Estado de las Autonomías y las funciones que desempeña este órgano como garante del sistema de reparto vertical del poder político operado por la Constitución y plasmado en el «bloque de constitucionalidad».

zione delle comunità autonome in seno all'ordinamento costituzionale spagnolo, dal momento che lo stesso Senato è definito «Camera di rappresentanza territoriale» dall'art. 69 della Costituzione. La mancanza di un riferimento espresso alla partecipazione della componente comunitaria nella procedura di selezione dei membri della Corte costituzionale spagnola in seno alla Camera alta, infatti, non potrebbe essere assunto come espressa opposizione del costituente in tal senso. Al contrario la Corte sembra voler suggerire che tenuto conto della struttura aperta dell'organizzazione territoriale della Spagna, il costituente del 1978 difficilmente avrebbe potuto allora disegnare o escludere un ruolo definito per le comunità, al tempo ancora solo abbozzate ad un livello embrionale⁵⁰.

Anche per quel che riguarda l'adeguatezza dei mezzi utilizzati a garantire competenza in materia alle Assemblee delle comunità autonome la Corte non pare aver nulla da obiettare.

I ricorrenti, nel lamentare la violazione dell'art. 72.1 della Costituzione avevano sottolineato come l'art. 16 LOTC, nel fare espresso riferimento al regolamento del Senato, da una parte ne riconoscerebbe la competenza a disciplinare la materia, dall'altra avrebbe imposto un indebito limite all'autonomia decisionale della seconda Camera, legata alle prescrizioni del legislatore organico.

La Corte, nel respingere la questione, riconosce nella LOTC lo strumento più idoneo ad intervenire al fine di prevedere la partecipazione delle comunità autonome nel processo di selezione dei giudici costituzionali in seno al Senato⁵¹. Si trattava di imporre obblighi istituzionali ad un soggetto diverso da quelli previsti all'art. 159 Cost.: a tal fine il regolamento del Senato, così come la stessa legge ordinaria sarebbero stati di per sé insufficienti sotto il profilo della forza giuridica necessaria ad innovare l'ordinamento⁵².

D'altra parte, lodevole o sopra le righe, non di meno il ragionamento sviluppato dalla Corte nel tentativo di salvaguardare la costituzionalità delle norme impugnate, lungi dal chiudere la questione, induce ad alcune ulteriori riflessioni. In merito all'implementazione della pratica della lottizzazione dei giudici costituzionali, per esempio.

Qualche parola in più avrebbe potuto essere spesa, in effetti, per ricordare, fra l'altro che la partecipazione delle comunità autonome nel procedimento di selezione dei giudici della Corte non dovrebbe essere assunta come rimedio alla loro presunta esclusione dall'opera di spartizione dei membri del *Tribunal Constitucional*, bensì come strumento di integrazione del piano territoriale a livello nazionale.

⁵⁰ In questo senso, qualche perplessità rispetto alla coerenza fra le considerazioni svolte in sede costituente e quelle condotte dal Tribunale costituzionale potrebbe sorgere. La lettura dei lavori parlamentari sembrerebbe evidenziare, infatti, l'opposizione del costituente al coinvolgimento diretto delle comunità autonome alla selezione dei giudici della Corte costituzionale spagnola, sostenuta per lo più solo dalle forze nazionaliste, in particolare basche. Del resto la struttura multilivello dello Stato, anche nel modello autonomico, non presupporrebbe affatto l'intervento diretto di tutte le componenti dell'ordinamento nella definizione degli organi di vertice costituzionale. Ciò che è auspicabile è la loro integrazione nel procedimento di nomina ed elezione, il che potrebbe avvenire anche in forma indiretta, attraverso un processo di secondo grado. Pare essere stata questa la prospettiva perseguita dal costituente spagnolo nel momento in cui ha voluto attribuire espressamente al Senato, camera di rappresentanza (non di rappresentazione!) del territorio, la designazione di ben quattro giudici del TC

⁵¹ Cfr. F.J. 16, STC 49/2008.

⁵² Ancora una volta, sia detto per inciso, l'eventualità che la modificazione delle modalità di selezione dei giudici del Tribunale costituzionale spagnolo avvenga attraverso una revisione della Carta fondamentale non viene neppure presa in considerazione, mettendo ulteriormente in evidenza l'atavica diffidenza della Spagna ad aprire un procedimento di riaspetto del testo costituzionale quantomeno in punto "Stato autonomico". Al di là dei giudizi di adeguatezza o sufficienza giuridica della LOTC e del regolamento del Senato a disciplinare la partecipazione delle Comunità autonome alla selezione di quattro membri del TC, considerazioni di mera opportunità costituzionale inducono a ritenere la via della revisione della Costituzione quella più consona, anche al fine di superare le perplessità che potrebbero sorgere in relazione alle considerazioni svolte in sede costituente.

La partecipazione delle Comunità autonome ha dovuto essere prevista in questi termini dalla LOTC perché, va detto, il progetto di rappresentanza del territorio in seno al Senato del costituente spagnolo è fallito⁵³, con buona pace delle riforme apportate in passato al regolamento per favorire la rappresentanza delle comunità⁵⁴. Il che non toglie che, la conoscenza del diritto, delle sue logiche e dei precedenti dovrebbe continuare ad essere l'unico criterio di selezione dei magistrati costituzionali a prescindere dall'organo che ha provveduto alla loro scelta. Ciò avrebbe dovuto ricordare in maniera incisiva il *Constitucional*, nel senso di sottolineare la funzione di integrazione e non di rappresentanza, ed ancor meno di rappresentazione, delle comunità autonome in seno agli organi di giustizia costituzionale, che, anche in vista della funzione di "chiusura" che hanno assunto, non possono che stare dalla parte della Costituzione, a prescindere dalla natura istituzionale di chi li ha eletti e/o nominati.

D'altra parte sono tante le questioni lasciate aperte dalla sentenza n.49/2008: esse non troveranno una composizione neppure nella successiva pronuncia n. 101/2008, i cui contenuti sono logicamente connessi alla prima⁵⁵.

In questa occasione, la Corte è chiamata a esprimersi sulla legittimità costituzionale dell'art. 184.7 del regolamento del Senato nella parte in cui disciplina la partecipazione delle Comunità autonome nel processo di selezione dei giudici costituzionali.

Il ragionamento dei ricorrenti sembra partire da un dato di fatto: comunque lo si guardi e quale che sia l'interpretazione che se ne voglia dare, resta il fatto che l'art. 16 LOTC impone che la selezione in seno al Senato debba compiersi fra le candidature proposte dalle assemblee in ambito comunitario, fermo restando le ipotesi in cui la loro totale o parziale inerzia non obblighi la seconda Camera ad intervenire a prescindere. Con buona pace dei ragionamenti sviluppati dal Tribunale costituzionale spagnolo, è chiaro che la funzione di proposta del Senato, *rebus sic stantibus*, risulterebbe se non esclusa, di certo fortemente limitata. Ne conseguirebbe quantomeno il consolidarsi di una procedura *borderline* dal punto di vista costituzionale.

Di tutto ciò la Corte costituzionale spagnola sembra essere consapevole: le argomentazioni svolte nella sentenza 101/2008 finiranno, così, per rappresentare l'occasione per illuminare i ragionamenti sviluppati nella sentenza precedente.

Dando per risolte le questioni relative all'idoneità del regolamento ad intervenire in materia, la Corte sembra più interessata a chiarire i termini per cui ritiene che il coinvolgimento delle comunità autonome

⁵³ Si vedano in proposito le osservazioni formulate dal *Consejo de Estado* nel parere emesso il 16 febbraio 2006, su richiesta del Governo, circa la possibilità di modificare la disciplina costituzionale relativa al Senato. Nell'affrontare la questione relativa alla partecipazione diretta della componente comunitaria nelle procedure di selezione dei candidati alla Corte, il Consiglio sottolinea come «la pretendida insuficiencia de participación de las Comunidades Autónomas quedaría superada con un Senado más acorde con su naturaleza de Cámara de representación territorial». Cfr. F. Rubio Llorente, J. Álvarez Junco (coord.), *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del Informe y debates académicos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, 205.

⁵⁴ In questo senso deve essere letta l'assenza di una qualsivoglia funzione assegnata alla Comisión general de las Comunidades Autónomas nel procedimento di selezione dei giudici costituzionali in seno al Senato, dal momento che detta commissione venne prevista con il fine specifico di accrescere la sensibilità della Camera alta spagnola rispetto al decentramento territoriale. Ipotizza J.F. Sánchez Barrilao, *La participación de las comunidades autónomas en la elección por el Senado de los Magistrados constitucionales*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n.23, 2009, 421, che l'intervento della Comisión General avrebbe potuto rendere più flessibile l'intervento delle comunità nelle procedure di scelta dei membri del TC.

⁵⁵ Cfr. J.F. Sánchez Barrilao, *La participación de las comunidades autónomas en la elección por el Senado de los Magistrados constitucionales*, cit., 414, parla della STC n. 101/2008 come di una «extensión lógica» della precedente STC 49/2008.

come previsto dalla disciplina del Senato non presenti profili di incostituzionalità, dal momento che non costituisce una lesione delle funzioni riconosciute alla seconda Camera dalla Costituzione.

A tal fine ricorrerà ad un'interpretazione adeguatrice della lettera della disposizione, per certi aspetti eccessiva. Torna, infatti, (già lo aveva fatto nella sentenza n. 49/2008) sul significato che deve essere attribuito al concetto di "sufficiente", nel momento in cui nell'art. 184 del regolamento si dispone che la «Comisión de Nombramientos elevará al Pleno de la Cámara una propuesta con tantos candidatos como puestos a cubrir, que deberán haber comparecido previamente en la Comisión. Si no tuviera presentado en el plazo candidaturas suficientes la propuesta que se eleve al Pleno podrá incluir otros candidatos».

Secondo il dettato regolamentare, dunque, la commissione dovrà scegliere fra i nominativi avanzati dalle assemblee delle comunità autonome una rosa di candidati da sottoporre all'aula del Senato. Laddove le proposte delle comunità si rivelassero *insufficienti*, la commissione stessa provvederà a individuare altri eventuali candidati. Resta ferma, è da intendersi, la facoltà del Senato di rifiutare i nominativi selezionati obbligando la Commissione ad avanzare una nuova proposta.

La Comisión de nombramientos si attiverebbe, dunque, in supplenza solo nel caso in cui le assemblee a livello comunitario non abbiano adempiuto alla loro obbligazione o lo abbiano fatto oltre i termini o in maniera parziale.

In claris non fit interpretatio, direbbero gli antichi ... a meno di non averne bisogno, aggiungerebbe il Tribunale costituzionale spagnolo⁵⁶. È così che si approfitta del testo del regolamento per chiarire i termini della costituzionalità dell'intero impianto di riforma della LOTC, in particolare rispetto alle modalità di partecipazione delle comunità autonome alla selezione dei giudici costituzionali.

L'argomentazione, si è detto, si sviluppa (...avviluppa?) attorno ad una interpretazione dell'espressione *sufficienti*: ad un significato prettamente quantitativo del termine, se ne aggiunge un altro di natura qualitativa, prevedendo la facoltà in capo alla commissione di nomina di escludere dalle proposte avanzate i nominativi di coloro che si ritenga non presentino i caratteri adeguati per ricoprire la carica di giudice costituzionale.

La valutazione sulla sufficienza non riguarderebbe, dunque, solo il numero delle proposte presentate, bensì anche i requisiti, anche i più volatili, quali quello della riconosciuta competenza, che dovranno essere presi in considerazione non solo dalla commissione, ma anche dallo stesso Senato, al quale compete in ultima istanza il voto sulle candidature.

Nel caso in cui nessuno dei candidati presentati dalle assemblee comunitarie ottenesse in aula la maggioranza richiesta per formalizzare la proposta del Senato al Re, la commissione dovrebbe procedere ad un nuovo esame «esta vez proponiendo candidaturas surgida del propio seno de la Cámara»⁵⁷.

Sarebbe così che il Senato, alla luce dell'interpretazione del Tribunale costituzionale, finirebbe con il riacquistare a pieno la sua potestà nella selezione dei giudici costituzionali. Ma a quale costo? Di certo deve essere detto che il significato lato con cui la Corte costituzionale spagnola utilizza l'aggettivo *suficiente* non è estraneo al termine stesso. D'altra parte non è neppure il più immediato, se il Tribunale stesso sente la necessità di riferirsi alla definizione proposta dalla *Real Academia Española*, che utilizza il vocabolo anche nell'accezione di "apto o idóneo"⁵⁸.

⁵⁶ In tal senso sembra pronunciarsi il giudice costituzionale Vicente Conde, nella sua opinione dissenziente, affermando che la Corte è riuscita a far salva la costituzionalità della disposizione impugnata «a base de difuminar el sentido claro de lo que dice».

⁵⁷ Cfr. F.J. 9, STC 101/2008.

⁵⁸ Sul punto, I. Torres Muro, *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y del Reglamento del Senado*, cit., 20, fa notare che «parece que la solución de la mayoría es particularmente operativa, dando una salida a eventuales situaciones de bloqueo que podrían producirse. Es cierto que la original manera de interpretar el término "suficientes" chirría bastante, pero también lo es que no es una que se pueda excluir totalmente; con esfuerzo, eso sí».

Detto ciò, ci si potrebbe chiedere se alla luce del percorso interpretativo dell'organo giudicante residui davvero ancora la possibilità di affermare che i membri del Tribunale costituzionale proposti dal Senato dovranno essere scelti fra quelli individuati dalle assemblee comunitarie.

La sensazione finale è che il Tribunale costituzionale sia sì riuscito a salvare la norma in questione, ma al prezzo di snaturarla definitivamente, minimizzandone la *ratio* e gli obiettivi.

8. – I primi sintomi della crisi di legittimazione nella quale versa attualmente il Tribunale costituzionale spagnolo risalgono al 2004, quando la *Sala primera* del *Tribunal Supremo* con la pronuncia 51/2004, del 23 gennaio, condannò 11 magistrati costituzionali per responsabilità civile nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali⁵⁹.

Non si tratta, invero, di voler purificare la giustizia costituzionale dal fattore politico. Al contrario riprendendo alcune osservazioni di Luis Favoreu, saremmo, comunque, indotti a ritenere che la «*politisation des désignations et donc de la composition des juridictions constitutionnelles, loin d'être une tare est au contraire un élément nécessaire du système*»⁶⁰. L'intervento della politica è dunque congenito all'idea stessa di giustizia costituzionale⁶¹, che si basa su dinamiche circolari per le quali se la funzione giurisdizionale delle Corti non può dirsi totalmente immune rispetto alla dimensione politica dell'ordinamento, d'altra parte, è altrettanto vero che nel momento in cui il costituente accetta di introdurre nell'ordinamento un organo di verifica di costituzionalità degli atti prodotti dai poteri costituzionali sta aprendo la strada all'intervento di un organo giudiziario nella politica.

Ne risulta la particolare procedura di selezione dei membri degli organi di garanzia costituzionale, la cui idoneità a ricoprire la carica non è accertata mediante un concorso, mediante uno strumento, cioè, volto a verificare, in prima battuta, le competenze tecniche del candidato, bensì attraverso una valutazione discrezionale compiuta da quegli stessi organi il cui operato dovrà essere successivamente valutato. In questo senso la componente tecnico-giuridica non dovrebbe essere l'unica ad essere presa in considerazione rispetto alla formazione del candidato alla carica di magistrato costituzionale, essendo parimenti rilevante la sua capacità di avere una ampia ed elaborata visione d'insieme, che comprende anche il piano politico e sociale⁶², difficilmente decifrabile in sede concorsuale.

Non di meno bisogna segnare un'immaginaria linea di confine superata la quale la presenza della politica nella giustizia costituzionale diviene intollerabile, determinando un impoverimento delle prerogative di indipendenza delle corti costituzionali, a scapito della loro necessaria legittimazione.

Gli ordinamenti reagiscono preventivamente a questo pericolo, prevedendo una serie di istituti a salvaguardia di quel confine.

⁵⁹ Sia detto per inciso che alla vicenda giudiziale del 2004, al di là del disagio istituzionale che ha generato in seno al Tribunale spagnolo, va riconosciuto il merito di aver creato i presupposti perché fosse avviato quel processo di ripensamento del *recurso de amparo* successivamente sfociato nella l.o. n.6/2007 di riforma della LOTC. Dei rapporti dell'organo di giustizia costituzionale con il Tribunale supremo spagnolo riferisce ampiamente G. Campanelli, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Torino, Giappichelli, 2005.

⁶⁰ L. Favoreu, *Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel de lois en Europe Occidentale*, in *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, n. 5, 1984, 1147 ss., e concretamente 1190.

⁶¹ Come ricordato recentemente da G. Falcon, *Le Corti costituzionali e i loro giudici*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, del 18 maggio 2011, 2, «la nomina dei giudici costituzionali da parte dei massimi organi politici è la regola, si tratti poi di organi del potere esecutivo come i presidenti e i primi ministri, o invece delle camere del parlamento. Si potrebbe dunque concluderne in generale, riprendendo una espressione che è stata usata per la Corte suprema degli Stati Uniti, che "obiettare che il processo di nomina va divenendo politico è come obiettare che il peccato è peccaminoso"».

⁶² In proposito si richiamano le osservazioni di G. Leibholz, *El Tribunal Constitucional de la República federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política*, in *Revista de Estudios Políticos*, n. 146, 1966, 89 ss., in particolare 94.

In questo senso il costituente del 1978 non è stato da meno, forte anche dell'esperienza di altre democrazie europee, ai cui modelli si orienta, come nel caso italiano e tedesco.

In particolare, a freno della possibile politicizzazione in senso lato dell'attività del *Tribunal Constitucional* sono stati previsti alcuni accorgimenti, ed in particolare un'alta maggioranza per la designazione dei membri della Corte in seno alle Camere; un mandato lungo, fissato in nove anni; la definizione di una procedura che prevede il rinnovamento per quote dell'organo di garanzia costituzionale; il divieto di rielezione immediata; la richiesta di una qualificazione tecnico-giuridica in capo ai designati; la fissazione di un rigido regime di incompatibilità; l'estensione ai giudici costituzionali di una serie di prerogative di garanzia riconosciute alla magistratura ordinaria, quali l'istituto dell'astensione e della ricasazione, l'inaffidabilità, l'invulnerabilità, l'indipendenza economica.

D'altra parte, la pratica ha dimostrato che non tutti gli istituti previsti a garanzia dell'indipendenza del *Tribunal Constitucional* hanno sortito gli effetti sperati. Al contrario in alcuni casi sono essi stessi divenuti forieri di effetti collaterali, dannosi rispetto all'immagine di organo imparziale che la Corte dovrebbe mantenere. Si è detto in questo senso delle conseguenze cui ha condotto un uso sconsiderato dell'istituto della ricasazione, della *prorogatio* o ancora delle difficoltà cui può portare la previsione del rinnovamento parziale.

La stessa previsione dell'istituto dell'opinione dissenziente, riconosciuto come strumento di garanzia dell'indipendenza del singolo rispetto alla volontà collegiale⁶³, si presterebbe ad essere utilizzato come mezzo per accentuare il protagonismo di alcuni giudici, politicamente più esposti⁶⁴.

Il peggioramento delle condizioni di salute del Tribunale costituzionale negli ultimi anni, ha così richiamato l'attenzione degli osservatori, in dottrina come sul piano politico.

La legge di riforma della LOTC, oltre a far fronte ad una serie di questioni pratiche, intendeva sicuramente intervenire a consolidare la posizione istituzionale del *Tribunal Constitucional* quale interprete supremo della Costituzione, indipendente rispetto ad ogni altro organo e soggetto solo alla carta fondamentale e alla stessa LOTC⁶⁵.

I precedenti richiami sollevati in tal senso dalla presidenza non avevano sortito altro effetto, se non quello di accentuare la diffidenza di chi guardava all'organo di garanzia costituzionale ricordando il detto di colui che predica bene, ma razzola male⁶⁶. Si pensi in questo senso all'afflato del Tribunale nel ribadire ad ogni passo della sentenza n. 31/2010 il proprio *status* e le proprie prerogative rispetto ad ogni altro organo costituzionale. Troppe parole, non a caso spese in occasione della pronuncia sulla legittimità costituzionale dello statuto catalano, per richiamare un'autorevolezza che non dovrebbe essere ricordata ma dimostrata.

D'altra parte è innegabile che è nella quotidianità che il Tribunale costituzionale si trova a giocare la propria partita in seno all'ordinamento spagnolo.

⁶³ Si veda in tal senso M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *La protección jurídica de la posición institucional del Tribunal Constitucional*, in *El futuro de la justicia constitucional*, cit., 16.

⁶⁴ Cfr. J.A. Marín, *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, cit., 89, il quale avvisa che vi sono circostanze in cui «la posibilidad de expresar la discrepancia fácilmente se convierte en un instrumento de disciplina de partido sobre el juez que desee ser propuesto en una nueva ocasión». Si veda anche A Garrarena Morales, *La sentencia constitucional*, in *Revista de Derecho político*, n. 11, 1981, 7 ss., in particolare 21.

⁶⁵ Si rimanda in particolare, fra gli altri a M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *La protección jurídica de la posición institucional del Tribunal Constitucional*, cit., 11 ss.; J.A. Marín, *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, cit., 17 ss.

⁶⁶ Fra gli altri pare di interesse ricordare le parole della Presidente del Tribunale costituzionale Maria Emilia Casas Baamonde, la quale dichiarava non più tollerabile la campagna di delegittimazione portata avanti nei confronti dell'organo di garanzia costituzionale, esigendo con ciò rispetto per istituzione che essa stessa rappresenta. Cfr. *El mundo*, del 27 aprile 2010.

Lodevole, dunque, il tentativo di riscrivere i termini della propria posizione istituzionale anche approfittando del rinnovo della LOTC⁶⁷. Lodevole, ma insufficiente se non è accompagnato da un concreto «cambio de actitud»⁶⁸, che potrebbe essere sollecitato avviando una concreta riflessione sulle prospettive di sviluppo e consolidamento dello Stato autonomico, da effettuarsi in sede politica attraverso un intervento sistematico e non emergenziale e caotico, al fine di non gravare l'organo di giustizia costituzionale di un onere di *restyling* del tipo di Stato spagnolo che non gli compete e che non deve competergli. In questo senso da parte del *Tribunal Constitucional*, potrebbe forse risultare utile un recupero del dovere di autocontenzione, che dovrebbe essere riconoscibile sempre quale principio guida alla base dell'attività svolta dal giudice costituzionale.

All'organo di giustizia costituzionale la Carta spagnola del 1978, infatti, non assegna una funzione di veto rispetto alle decisioni del Legislativo. Piuttosto di incitamento e di monito. Esso non è un giudice della politica, né tanto meno un arbitro supremo del processo politico. Tutt'al più assiste il legislatore, ricordandogli che le sue decisioni non sono infallibili dato che, come lo stesso irriducibile ordinamento francese ha dovuto infine riconoscere, la volontà generale espressa per mezzo della legge prevale solo se conforme al testo costituzionale, potendo essere neutralizzata dalla volontà costituente in grado di perpetuare la sua posizione nel tempo.

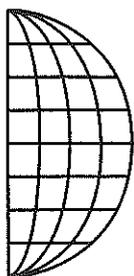
Il che ci riporta alle considerazioni svolte in apertura circa il fondamento della legittimità degli organi di garanzia costituzionale. La questione della legittimità delle Corti costituzionali rileva rispetto alla loro stessa esistenza. La natura latamente politica della giustizia costituzionale espone inevitabilmente l'attività dei giudici delle leggi ad una critica che però non intacca la sua credibilità se la decisione è riconosciuta come il frutto di un ragionamento tecnico-scientifico sviluppato nient'altro che *in favor Constitutionis*.

Abstract

The Spanish Constitutional Court's prestige in recent years has been affected by different attempts to politicize its work. The debate over the approval of Catalan Statute is still in the background.

⁶⁷ Si veda in particolare l'art. 4 LOTC così come rinnovato: «1. En ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia al Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional delimitará el ámbito de su jurisdicción y adoptará cuantas medidas sean necesarias para preservarla, incluyendo la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscaben; asimismo podrá apreciar de oficio o a instancia de parte su competencia o incompetencia. 2. Las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado. 3. Cuando el Tribunal Constitucional anule un acto o resolución que contravenga lo dispuesto en los dos apartados anteriores lo ha de hacer motivadamente y previa audiencia al Ministerio Fiscal y al órgano autor del acto o resolución».

⁶⁸ Cfr. I. Torres Muro, *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y del Reglamento del Senado*, cit., 4.



DIRITTO PUBBLICO COMPARATO ED EUROPEO

Dossier – V

Le Corti Costituzionali

Composizione, Indipendenza, Legittimazione

Giornate seminariali
Bari, Università degli Studi, 25-26 maggio 2011

*a cura e con introduzione di
Marina Calamo Specchia*

G. GIAPPICHELLI EDITORE – 2011