



8 FEBBRAIO 2023

Polarizzazione, giurisdizionalizzazione,
delegittimazione. La crisi istituzionale
spagnola tra regolarità ed anomalie

di Giuseppe Naglieri

Dottore di ricerca in Principi giuridici ed istituzioni fra mercati globali e diritti
Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Polarizzazione, giurisdizionalizzazione, delegittimazione. La crisi istituzionale spagnola tra regolarità ed anomalie*

di Giuseppe Naglieri

Dottore di ricerca in Principi giuridici ed istituzioni fra mercati globali e diritti
Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Abstract [It]: Il paper affronta le recenti vicende che hanno condotto ad una crisi istituzionale in Spagna per il rinnovo del Tribunale Costituzionale, inquadrandole nell'ambito dei percorsi di polarizzazione politica e giurisdizionalizzazione delle vicende politiche che da anni caratterizzano l'ordinamento spagnolo. Particolare attenzione è dedicata al tentativo di riforma posto in essere dalla maggioranza parlamentare lo scorso dicembre per sbloccare la nomina dei giudici costituzionali, che ha provocato un ricorso di *amparo* del Partido Popular e una pronuncia senza precedenti del Tribunal Constitucional, che ha sospeso la discussione della riforma.

Title: Polarisation, jurisdictionalisation, delegitimation. The Spanish institutional crisis between regularities and anomalies

Abstract [En]: The paper addresses the recent events involving the renewal of the Constitutional Tribunal that led to an institutional crisis in Spain placing them in the context of the trajectories of political polarization and jurisdictionalization of political issues that have characterized the Spanish legal system for years. placing them in the context of the trajectories of political polarization and jurisdictionalization of political issues that have characterized the Spanish legal system for years. Special attention is paid to the reform attempt put in place by the parliamentary majority this past December to unblock the appointment of constitutional judges, which provoked an *amparo* action by the Partido Popular and an unprecedented ruling by the Tribunal Constitucional, which suspended any discussion of the reform.

Parole chiave: polarizzazione politica, nomina dei giudici costituzionali, crisi istituzionale, giurisdizionalizzazione, ricorso di *amparo*

Keywords: political polarization, constitutional justices nomination, institutional crisis, jurisdictionalization, *amparo* action

Sommario: 1. Introduzione. 2. Cenni sulla designazione dei giudici costituzionali nella Costituzione e nella *Ley Organica del Tribunal Constitucional*. 3. Le vicende del blocco del *Consejo General del Poder Judicial* quale allarme del decadimento istituzionale. 4. Il tentativo di svolta e le sue criticità: riflessioni sulla revisione lampo della LOTC e della LOPJ. 5. Questioni giuridiche a partire dal *recurso de amparo* del gruppo *Popular*. 6. Tra disproporzionalità ed imprudenza: la decisione cautelare del 19 dicembre 2022 nel quadro di un preoccupante orientamento giurisprudenziale. 7. Percorsi di polarizzazione, giurisdizionalizzazione e delegittimazione.

1. Introduzione

La crisi istituzionale nella quale sembra essere caduto il sistema costituzionale spagnolo negli ultimi mesi, a fronte delle resistenze e delle difficoltà nello sbloccare il rinnovo *Consejo General del Poder Judicial* e di rinnovare il *Tribunal Constitucional*, sembra essere descritta efficacemente da Giovanni Sartori nella sua

* Articolo sottoposto a referaggio.

opera *Partidos y Sistemas de Partidos*¹, allorquando sostiene che «la política immoderada e ideológica lleva a la parálisis pura y simple o a una secuencia desordenada de reformas mal calculadas que acaban en el fracaso». Nelle pagine che seguono si proverà a svolgere alcune riflessioni a riguardo, a partire dalle più recenti vicende.

Per la prima volta dalla transizione democratica spagnola, lo scorso 19 dicembre il *Tribunal Constitucional* ha sospeso cautelatamente il procedimento di approvazione di una proposta di legge all'esame delle *Cortes*. La decisione giunge all'acmé di un periodo di forti tensioni politiche tra la maggioranza di governo ed il principale partito di opposizione proprio sulla composizione del Tribunale costituzionale ed ha dunque, come prevedibile, da un lato originato copiose note di biasimo delle forze progressiste e di eminenti costituzionalisti, e dall'altro raccolto il favore delle forze politiche prossime all'opposizione. La vicenda dalla quale origina la decisione cautelare ha altresì, comprensibilmente, attratto l'attenzione dei commentatori nazionali ed internazionali, che hanno posto in rilievo i pericoli di una così aspra conflittualità politica sul piano della tenuta democratica del sistema costituzionale².

Il processo costituzionale trae origine dalla decisione, assunta dalle forze di maggioranza, di aggiungere a una proposta di Legge Organica in discussione³, avente ad oggetto il recepimento di direttive europee per l'adattamento della legislazione penale all'ordinamento UE, nonché la modifica di altre norme del codice penale tra le quali spicca la discussa riforma dei delitti contro la sicurezza dello Stato ed in particolare l'abrogazione del delitto di sedizione, finalizzata ad attenuare la posizione di taluni degli imputati per i fatti del tentativo di secessione unilaterale catalana del 2017, due emendamenti diretti a superare il blocco del rinnovo del *Tribunal Constitucional* da parte del *Consejo General del Poder Judicial* e a consentire dunque al Governo di finalizzare la nomina dei due magistrati costituzionali ad esso spettanti.

Prima di procedere all'analisi delle questioni giuridiche poste nel ricorso al Tribunale e del dispositivo della misura cautelare, occorre, come evidente, svolgere alcune riflessioni sul contesto nel quale sono stati formulati gli emendamenti e sulle norme che regolano il rinnovo dei giudici costituzionali.

¹ G. SARTORI, *Partidos y Sistemas de partidos*, Alianza, Madrid, 2012.

² Cfr. J. M. CASTELLÁ ANDREU, *Reformas legislativas del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional y erosión democrática en España*, DPCE Online n. 4/2022, G. RUIZ-RICO RUIZ, *¿Réquiem por el Tribunal Constitucional? Comentario al último caso en el proceso de politización de la justicia constitucional en España (la atribución ilegítima de una competencia para el control preventivo de los actos del Parlamento)*, DPCE Online n. 4/2022, C. VIDAL PRADO, *Crisi istituzionale in Spagna: il rinnovo frustrato del Consejo General del Poder Judicial e del Tribunal Constitucional*, *Federalismi* n. 34/2022, Una posizione differente e tesa a degradare la crisi al tentativo di riforma della coalizione PSOE-UP è espressa da A. RUÍZ ROBLEDO, *Cronica de una trampa legislativa vestida de crisis institucional*, *Diario La Ley*, 9 gennaio 2023.

³ *Proposición de Ley Organica de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la unión europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso*, poi divenuta, a seguito dell'espunzione delle enmiendas n. 61 e 62 e all'approvazione da parte del *Senado*, la LO n. 14/2022.

2. Cenni sulla designazione dei giudici costituzionali nella Costituzione e nella *Ley Organica del Tribunal Constitucional*

A norma dell'art. 159 della Costituzione, il *Tribunal Constitucional* è composto da dodici magistrati, eletti quattro dal *Congreso de los Diputados* con maggioranza dei tre quinti, quattro dal *Senado* con la medesima maggioranza, due nominati dal Governo e due eletti dal *Consejo General del Poder Judicial*. I magistrati sono designati per un periodo di nove anni e la composizione dell'organo si rinnova per un terzo ogni tre anni. Da tale norma discende dunque la chiara conseguenza che la composizione del Tribunale si rinnovi di quattro magistrati ogni tre anni. La IX disposizione transitoria alla Costituzione sancisce altresì che i magistrati nominati dal Governo e quelli eletti dal CGPJ debbano essere rinnovati congiuntamente.

A partire dalla norma, si è affermata una prassi per cui, salvo eccezioni derivanti da dimissioni o altri eventi straordinari, i quattro magistrati da rinnovare in ciascun triennio costituiscano un unico blocco, vale a dire che si debbano rinnovare contemporaneamente e che, parimenti, prendano servizio contestualmente. Ciò, per quanto attiene ai magistrati di nomina del Governo e del CGPJ, implicherebbe che, in caso di ritardo, anche notevole, nella nomina da parte di uno dei due organi, i magistrati designati dall'altro possano prendere servizio solo una volta che l'organo inadempiente abbia proceduto alla designazione, col rischio di impedire di fatto ad un organo di esercitare pienamente i poteri ed i doveri che la Costituzione gli attribuisce.

Orbene, le operazioni di designazione – regolate dagli artt. 16 e 17 LOTC, dai regolamenti parlamentari, nonché dalla *Ley Organica del Poder Judicial* – nei casi di sostituzione per rinnovo parziale del Tribunale o per altre ragioni eccezionali si sono negli anni distinte per ritardi, anche considerevoli, nella designazione dei giudici da parte degli organi titolari del potere di nomina⁴, circostanza che ha condotto ad una costante applicazione della *prorogatio* dei giudici decaduti, prevista dall'art. 17 comma 2 LOTC, anche per periodi assai prolungati⁵.

Tale patologica evoluzione dei momenti di rinnovo del Tribunale, oltre a rappresentare un pericolo per il prestigio istituzionale e democratico dell'organo proponente, nonché per la legittimazione del Tribunale⁶, rappresenta un elemento di potenziale sfasamento delle precise disposizioni che regolano i termini di ciascun rinnovo triennale. Anche per tale ragione, non senza aprirsi a critiche, il legislatore ha innovato l'art. 16 della LOTC attraverso la LO 8/2010, che ha introdotto il principio per cui in caso di ritardi nel rinnovamento per terzi del Tribunale, il mandato dei giudici di nuova nomina sarà abbreviato

⁴ Cfr. J. A. ESTRADA MARÚN, *El irresuelto problema del retraso en la designación de magistrados constitucionales. Un apunte a la LO 8/2010*, de 4 de noviembre, de reforma de la LOTC, Revista Aranzadi Doctrinal n. 4/2011.

⁵ Casi di ritardo

⁶ Cfr. I. ULLOA RUBIO, *Artículo 17*, in J. J. GONZÁLEZ RIVAS (coord.), *Comentarios a la Ley Organica del Tribunal Constitucional*, BOE, 2022, p. 224.

per un periodo pari al tempo di ritardo nella designazione⁷. La norma, che consente, in aperto contrasto con l'art. 159 CE, che taluni giudici non terminino il mandato novennale e ha la perversa conseguenza di aggiungere *de facto* al mandato del giudice il cui termine sia caducato un periodo ulteriore, sottraendolo dal mandato del giudice successivamente nominato, si apre a numerose censure di costituzionalità, eppure non è mai stata oggetto di giudizio da parte del Tribunale.

Quanto alle modalità di designazione, l'elezione da parte delle *Cortes* è disciplinata dai regolamenti parlamentari e dall'art. 16 LOTC, che prevede il quorum dei 3/5 per l'elezione in entrambe le camere, nonché, per quanto attiene ai membri eletti dal *Senado*, che questi siano eletti tra i candidati presentati dalle assemblee legislative delle Comunità Autonome. La nomina dei giudici di competenza del Governo è rimessa ad un *acuerdo* del *Consejo de Ministros*, su proposta del *Presidente del Gobierno*.

Per ciò che attiene invece all'elezione da parte del *Consejo General del Poder Judicial*, l'art. 599 della LOPJ dispone che questa avvenga nel *Pleno*, per maggioranza dei 3/5 ed entro tre mesi dal termine del mandato dei giudici da sostituire.

3. Le vicende del blocco del *Consejo General del Poder Judicial* quale allarme del decadimento istituzionale

Il sistema politico spagnolo ha ripetutamente attraversato momenti di blocco che hanno rallentato l'elezione dei giudici costituzionali⁸. Nella nomina dei giudici di competenza parlamentare, in particolare, si sono sempre prodotte rilevanti dilazioni; si pensi all'elezione dei giudici di competenza senatoriale a cavallo tra l'ottava e la nona legislatura, che si è ritardata dal 2007 al 2010, nonché alla sostituzione del giudice Roberto García Calvo, morto nel 2008 e sostituito dal *Congreso* solo nel 2012, nonché ai ritardi assimilabili successivi alla morte di Francisco José Hernando Santiago e di Luis Ignacio Ortega Álvarez. E tuttavia, la criticità della situazione attuale è amplificata dall'inquietante blocco nel rinnovo del *Consejo General del Poder Judicial*⁹: il Consiglio attuale, il cui mandato è terminato nel 2018 e il cui rinnovo spetta

⁷ La medesima riforma ha altresì previsto, al medesimo articolo, per i casi di decadenza per morte, dimissioni o altre ipotesi straordinarie, che il mandato del giudice nominato in sostituzione coincida con quello che restava al giudice decaduto.

⁸ Come segnala P. RODRÍGUEZ PATRÓN, *Función y utilidad: un acercamiento distinto al problema de la politización del Tribunal Constitucional*, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 49, 2022, p. 271, il ritardo nel rinnovo del Tribunale Costituzionale è stata, nel tempo, una delle forme più evidenti e denunciate dalla dottrina di uso partitista del Tribunale. L. LÓPEZ GUERRA, *Los retos al Tribunal Constitucional Español, desde la perspectiva del «constitucionalismo político»*, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 25, 2021, pp. 11-34, ha a ragione sostenuto che «la tardanza en la renovación del Tribunal se percibe como resultado de la resistencia de la oposición parlamentaria del momento a alterar la composición del Tribunal cuando considera que esta le es favorable; esto contribuye a reforzar las opiniones en el sentido de que esa composición se identifica con una mayoría partidista concreta».

⁹ Per una analisi comparata del modello di elezione spagnolo del CGPJ si veda D. ORTEGA GUTIÉRREZ, *Elección del Consejo General del Poder Judicial: un análisis panorámico*, *Revista De Derecho Político*, n. 114, 2022, 13 e ss.

alle *Cortes* con maggioranza dei 3/5, è tutt'oggi in regime di *prorogatio* in ragione dell'incapacità delle due principali forze politiche presenti in Parlamento, il PSOE ed il PP, di trovare un accordo.

I numerosi tentativi che si succedono da quattro anni non hanno prodotto risultato alcuno, e in ogni circostanza nella quale le due forze politiche si sono avvicinate ad un accordo per il rinnovo del CGPJ, questioni altre sono emerse sul tavolo, mandando a monte le negoziazioni. Dapprima, nel 2018, alcune comunicazioni interne al PP fatte trapelare alla stampa hanno inasprito il dibattito e contribuito a rompere l'accordo pressoché raggiunto; poi, nel 2019, la negazione del PP di procedere al rinnovo in assenza di un accordo su una riforma del sistema di elezione dei *vocales* del CGPJ in favore di un modello di elezione diretta da parte dei giudici ha impedito *ex ante* la negoziazione; da ultimo, a fronte di un accordo pressoché chiuso tanto sul rinnovo del Consiglio, quanto su principi e tempi di una futura riforma, la contrarietà del PP alla revisione del delitto di sedizione avviata dalla maggioranza parlamentare in adempimento dell'accordo di investitura, ha definitivamente fatto tramontare l'ipotesi di un rinnovo del CGPJ entro il termine della legislatura.

La maggioranza conservatrice del Consiglio in *prorogatio* – prodotto dell'elezione avvenuta nel 2013, fase nella quale il PP godeva della maggioranza assoluta in entrambe le camere – ha, a partire dalla scadenza del mandato dei due giudici di sua competenza nel giugno 2022, ripetutamente impedito, anche in aperto contrasto con i tentativi del presidente del CGPJ Carlos Lesmes, l'elezione dei giudici costituzionali. Ciò con il precipuo fine di bloccare tanto accordi per la nomina da parte del CGPJ di candidati progressisti, quanto, soprattutto, la nomina dei due giudici di competenza del Governo (le due circostanze, assieme, avrebbero spostato la maggioranza del TC verso l'ala progressista), posto che la Costituzione e la LOTC, imponendo che il rinnovo del Tribunale avvenga in ragione di un terzo ogni triennio e che i giudici di nomina del CGPJ e del Governo appartengano al medesimo blocco, vietano che i giudici designati da uno solo dei due organi possano entrare in servizio senza che sia avvenuta la nomina da parte dell'altro, circostanza che consentirebbe al Tribunale di rinnovarsi per sesti, in violazione del dettato costituzionale. Tale aperto conflitto tra il Governo e la maggioranza conservatrice del CGPJ non è nuovo, invero, se si considera che a fronte dell'impossibilità di raggiungere un accordo per il rinnovo del Consiglio e con la finalità di paralizzare l'attività della maggioranza del Consiglio e così di forzare il PP alla negoziazione per il rinnovo del Consiglio, la maggioranza di governo aveva approvato, nel marzo 2021, una modifica alla LOPJ¹⁰ che impediva al CGPJ in regime di *prorogatio* di procedere a qualsiasi designazione, incluso all'elezione dei due giudici costituzionali di sua competenza. La legge era stata poi nuovamente

¹⁰ Ley Organica 4/2021 por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para el establecimiento del régimen jurídico aplicable al Consejo General del Poder Judicial en funciones.

riformata¹¹, ad appena un anno, nell'estate del 2022, per consentire espressamente la sola elezione dei giudici costituzionali – il cui mandato era appena scaduto – visto anche il riavvio delle negoziazioni del Governo e della nuova *leadership* del PP per il rinnovo del GGPJ.

La realizzazione dell'impossibilità di raggiungere un accordo per eleggere un nuovo Consiglio a maggioranza progressista e il conseguente blocco dell'elezione dei due nuovi giudici da parte della maggioranza conservatrice del CGPJ *en funciones*, sono all'origine della strategia della maggioranza di governo, che si è concretata negli emendamenti n. 61 e 62 alla proposta di legge organica di riforma del codice penale in fase di approvazione presso il Congresso, che ha poi originato il *recurso de amparo* dei parlamentari del PP dal quale è originata la sospensione di cui si discorreva in apertura.

4. Il tentativo di svolta e le sue criticità: riflessioni sulla revisione lampo della LOTC e della LOPJ

Al blocco della maggioranza conservatrice del CGPJ nell'elezione dei giudici costituzionali – le sessioni del Consiglio celebratesi hanno visto un deciso impatto tra i candidati conservatori ed il candidato della minoranza progressista, che ha impedito di raggiungere la maggioranza dei 3/5 – è conseguito il blocco della nomina dei giudici di competenza del Governo, designati dal Consiglio dei Ministri a novembre, eppure in attesa della verifica dei requisiti da parte del *Pleno del Tribunal Constitucional* – che costituisce, ai sensi degli artt. 2 comma 1 lettera g) e 10 comma 1 lettera j), l'atto preliminare alla nomina da parte del Re –. Il Tribunale si è astenuto dal compiere tale verifica per impedire che, contrariamente al disposto costituzionale, in assenza dei giudici eletti del CGPJ, si potesse procedere alla nomina dei soli giudici di nomina governativa, rinnovando così il Tribunale per sestì e non per terzi.

A tali circostanze il Governo ha deciso di ovviare attraverso una ardita riforma lampo della LOTC e della LOPJ finalizzata a modificare le norme per il rinnovo del *Tribunal Constitucional*, introdotta mediante due emendamenti ad una proposta di legge organica di riforma del codice penale in discussione nel *Congreso*. È dunque conveniente anzitutto guardare alle innovazioni introdotte, per poi svolgere talune considerazioni con riguardo al procedimento.

L'emendamento 61, a proposta dei gruppi parlamentari della maggioranza di governo (*Socialista e Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común*), modifica l'art. 599 LOPJ, per introdurre un meccanismo sussidiario di elezione per le ipotesi in cui il CGPJ non abbia eletto i due giudici costituzionali di sua competenza entro tre mesi dalla caducazione del mandato dei giudici costituzionali uscenti. In forza di tale emendamento, decorso il termine di cui sopra, il quorum per l'elezione da parte del Consiglio scende dai 3/5 alla maggioranza relativa, risultando così eletti i due candidati che abbiano ottenuto più

¹¹ Ley Organica 8/2022 de modificación de los artículos 577 bis y 599 de la Ley Organica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

voti. Si introducono altresì una disposizione che espressamente richiama le sanzioni, anche penali, a carico della presidenza e dei membri del Consiglio per ogni azione o omissione che blocchi il procedimento di nomina, nonché una disposizione transitoria che impone alla presidenza, qualora all'entrata in vigore della legge sia ancora pendente l'elezione dei giudici costituzionali, di convocare entro cinque giorni il *Pleno* per procedere alla nomina con il nuovo procedimento a maggioranza relativa introdotto. La finalità dell'emendamento è evidente, vale a dire quella di superare (anche mediante eventuali sanzioni penali) il blocco dell'elezione perpetuato dalla maggioranza del CGPJ e al contempo, attraverso l'introduzione di un sistema elettorale a maggioranza relativa, di consentire che le due componenti – conservatrice e progressista – del Consiglio eleggano ciascuna un giudice, inverando così le volontà di PSOE-UP di mutare la maggioranza del *Tribunal Constitucional*.

L'emendamento 62, proposto dai medesimi gruppi parlamentari, riforma in più punti la LOTC al fine di perseguire la contigua finalità di forzare il blocco indiretto delle nomine governative al TC derivante dal blocco dell'elezione in seno al CGPJ e consentire in ogni caso la nomina dei giudici già designati dal Consiglio dei Ministri.

Anzitutto, la proposta rompe il principio costituzionale di rinnovo per terzi del Tribunale, e lo fa per i soli giudici di competenza del Governo e del CGPJ, allorquando dispone che se, trascorsi tre mesi dalla fine del mandato di questi, uno dei due organi non ha proceduto alla designazione, si procederà alla nomina per i soli giudici già designati dall'organo «*que ha cumplido en tiempo su deber constitucional*». Al fine di evitare che la attuale maggioranza conservatrice del TC¹² utilizzi il potere di verifica dei requisiti che gli attribuisce l'art. 2 comma 1, lettera g) della LOTC con la finalità di paralizzare o ritardare la nomina dei giudici di designazione governativa, la proposta abroga questa disposizione, unitamente all'art. 10 comma 1, lettera j) che attribuisce tale competenza al *Pleno*, contestualmente prevedendo che la verifica dei requisiti spetti agli organi titolari del potere di designazione e aggiungendo una causa di decadenza per mancanza dei requisiti all'art. 23 LOTC. Anche questo emendamento prevede una disposizione transitoria connessa alla situazione contingente di *impasse*, che dispone che qualora all'entrata in vigore della legge uno degli organi competenti abbia proceduto alla designazione dei giudici di sua competenza e sia pendente la verifica dei requisiti da parte del Tribunale Costituzionale, si potrà procedere alla nomina senza la necessità di attendere oltre, applicandosi dunque retroattivamente la soppressione dei poteri di verifica del Tribunale.

Pur comprendendo le motivazioni indicate dai proponenti a sostegno dell'emendamento 62, che mira a evitare che «*uno de los órganos bloquee al otro [y que] el incumplimiento en la designación por parte de uno de los dos*

¹² Tale maggioranza, va detto, si regge sui voti dei due giudici costituzionali conservatori di nomina governativa il cui mandato è caducato, tra cui c'è il presidente, titolare di un *voto de calidad* previsto dall'art. 90 comma 1 LOTC per le ipotesi di parità



*órganos reduciría injustificadamente el tiempo de mandato de los Magistrados o Magistradas nombrados por el órgano que cumple en tiempo», non può non rilevarsi come la proposta si pone in aperto contrasto con l'art. 159 CE che impedisce una rinnovazione per sesti del Tribunale costituzionale. Altresì deve dirsi che la disposizione transitoria che applica retroattivamente il nuovo sistema di verifica dei requisiti e che dunque priva il Tribunale del potere del quale era titolare quando i due giudici di competenza governativa sono stati designati costituisce un preoccupante precedente, giacché consente al legislatore organico di sottrarre al Tribunale competenze *ex post*, così minando l'indipendenza della giurisdizione costituzionale e la certezza del diritto.*

Peraltro, non si comprende come la maggioranza conservatrice del Tribunale, pur se contraria al rinnovo parziale del Tribunale, possa utilizzare i poteri di verifica dei requisiti (che implica la sola verifica del rispetto del disposto di cui all'art. 159 comma 2, ossia che i giudici siano designati *«entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional»*) per impedire la nomina dei due giudici di nomina governativa nel caso di approvazione della riforma¹³: in tale circostanza sarebbe necessario avviare un giudizio per il controllo della costituzionalità della riforma, anche tramite *autocuestión de inconstitucionalidad*, nelle more del quale è quantomeno fantasioso pensare che il Tribunale potrebbe impedire l'ingresso di due giudici nominati nel rispetto di una (pur precaria) disposizione.

5. Questioni giuridiche a partire dal *recurso de amparo* del gruppo *Popular*

Gli emendamenti sopra analizzati sono stati successivamente dichiarati ammissibili dalla presidenza della commissione giustizia del Congresso il 12 dicembre, nonostante il parere contrario del servizio giuridico della camera. Appresa la decisione della presidenza, data in forma orale, il gruppo Popolare ha proposto la convocazione di una nuova seduta dell'ufficio di presidenza della commissione, ma il presidente si è negato a convocarla, ponendo in votazione in commissione gli emendamenti, che risultavano approvati ed incorporati al testo finale della proposta, da discutere ed approvare in aula il successivo 15 dicembre. Il 14 dicembre, ad un giorno dall'approvazione della proposta da parte del *Congreso*, i deputati del gruppo parlamentare popolare hanno presentato *recurso de amparo* ex art. 42 LOTC al Tribunale Costituzionale, altresì chiedendo la concessione della misura cautelare *inaudita parte* ex art. 56 comma 6 LOTC consistente nella sospensione della dichiarazione di ammissibilità degli emendamenti n. 62 e 63. L'art. 42 LOTC dispone infatti che le decisioni o gli atti senza valore di legge emanati dalle *Cortes* o dai parlamenti

¹³ Dello stesso avviso è D. CAMONI RODRÍGUEZ, *Una pequeña nota sobre el posible nombramiento de dos magistrados del Tribunal Constitucional por parte del Gobierno*, Blog de la Fundación Manuel Giménez Abad, 3 giugno 2022.

autonomici o da qualunque loro organo che violino i diritti e le libertà suscettibili di ricorso di *amparo* possono essere impugnati entro tre mesi innanzi al *Tribunal Constitucional*¹⁴.

Con il ricorso, i parlamentari del gruppo *Popular* lamentano la violazione del loro *ius in officium*, come riveniente dall'interpretazione del TC del diritto alla rappresentanza politica di cui all'art. 23 CE¹⁵. Secondo una risalente e costante giurisprudenza, infatti, l'art. 23 comma 2, nel riconoscere ai cittadini il diritto ad accedere in condizioni di eguaglianza alle funzioni ed agli incarichi pubblici nel rispetto della legge, garantisce non solo l'accesso in condizioni di parità alle cariche elettive, ma anche che i rappresentanti non siano turbati nell'esercizio del mandato rappresentativo e che svolgano le loro funzioni in conformità con ciò che dispone la legge¹⁶. Da ciò discende che l'esercizio di tale diritto non possa essere illegittimamente limitato o ignorato dagli atti degli organi parlamentari, i quali hanno l'obbligo di interpretare restrittivamente «*todas aquellas normas que puedan suponer una limitación al ejercicio de aquellos derechos o atribuciones*»¹⁷ e di motivare sufficientemente ed adeguatamente le decisioni restrittive dei diritti dei parlamentari.

Nel caso di specie, i ricorrenti lamentano che il loro *ius in officium* sia stato violato con la decisione di *admisión a tramite* degli emendamenti n. 61 e 62 della *Mesa* della Commissione giustizia del *Congreso*, nonché con il rigetto (di fatto) della presidenza della Commissione della richiesta di convocare nuovamente la *Mesa* per rivalutare la decisione di ammissibilità avanzata dagli stessi ricorrenti. Il diritto alla rappresentanza ex art. 23 CE sarebbe, secondo i ricorrenti, violato dalla decisione di ammettere due emendamenti che versano su materie radicalmente distinte dall'oggetto della proposta di legge originaria, che oltre a conculcare le garanzie essenziali del procedimento legislativo, si porrebbe in aperto contrasto con la giurisprudenza dello stesso Tribunale Costituzionale sull'esercizio del diritto di emendamento¹⁸, violando altresì la giurisprudenza costituzionale che impone agli organi parlamentari di dichiarare inammissibili gli emendamenti e le proposte manifestamente incostituzionali.

Muovendo dalla prima delle motivazioni, vale a dire che la violazione del diritto alla rappresentanza origini dall'ammissione di emendamenti eterogenei rispetto all'oggetto della proposta di legge, i ricorrenti si richiamano ad alcune pronunce del Tribunale Costituzionale sui limiti al diritto di emendamento ed ai poteri di controllo degli organi parlamentari. In particolare, richiamano principalmente la recente

¹⁴ Riguardo ai rischi, per l'ipotesi di un uso distorto di tale strumento da parte delle forze politiche o del *Tribunal Constitucional*, si veda il saggio illuminante di M. RETORTILLO BAQUER, *El control por el Tribunal Constitucional de la actividad no legislativa del Parlamento*, *Revista de Administración Pública*, n. 197, 1985, pp. 79 e ss.

¹⁵ «1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.»

¹⁶ STC 208/2003, che cita altresì SSTC 5/1983, FJ 3; 10/1983, FJ 2; 28/1984, FJ 2; 32/1985, FJ 3; 161/1988, FJ 6.

¹⁷ STC 90/2005.

¹⁸ Recurso de amparo del Grupo Popular, disponibile su: <https://elpais.com/espana/2022-12-15/lea-el-recurso-del-pp-para-que-el-constitucional-paralice-las-reformas-legales-que-hoy-vota-el-congreso.html?outputType=amp>.

Sentenza n. 172/2020, che per certi aspetti costituisce una epitome della giurisprudenza costituzionale in materia, segnalando in particolare come «*el ejercicio del derecho de enmienda al articulado debe respetar una conexión mínima de homogeneidad con el texto enmendado, so pena de afectar tanto al derecho del autor de la iniciativa como al carácter instrumental del procedimiento legislativo*», il che risponde alla necessità che «*una vez que una iniciativa legislativa es aceptada por la Cámara o Asamblea Legislativa como objeto de deliberación, no cabe alterar su objeto mediante las enmiendas al articulado*».

Nel caso oggetto della decisione citata dai ricorrenti, tuttavia, non solo il Tribunale non rilevava un difetto di omogeneità nella legge sottoposta al suo vaglio, ma, soprattutto, rilevava come per potersi dire violato il diritto di cui all'art. 23 comma 2 CE si esige altresì che l'infrazione della legalità parlamentare abbia inciso sul nucleo della funzione rappresentativa del parlamentare¹⁹, circostanza questa che non è posta assolutamente in rilievo nel ricorso. Anche il riferimento alla necessità di motivazione di tutte le iniziative che limitano i diritti dei parlamentari, che secondo i ricorrenti è mancata nel caso della *admisión a tramite* degli emendamenti, è letta al contrario nel ricorso, giacché il Tribunale, anche nella sentenza citata, si riferisce alla necessità di motivare dettagliatamente proprio le decisioni di inammissibilità di un emendamento, che deve restare una eccezione²⁰.

Certo, non può negarsi la difficoltà di trovare una connessione tra i due emendamenti introdotti e la proposta di legge originaria, e tuttavia non rileva nemmeno in che misura la sola ammissione di emendamenti non omogenei rispetto al testo originario possa direttamente violare il diritto del parlamentare. È d'altronde pericoloso ritenere che sia sufficiente la sola disomogeneità per produrre una violazione dei diritti, giacché si rischia di attribuire al giudizio di *amparo* ex art. 42 LOTC una funzione di controllo generalizzato ed oggettivo della regolarità dei procedimenti parlamentari; certo, come si vedrà più avanti, non pochi sono gli allarmi di una tale deriva sanzionatoria ed oggettivistica del modello di giudizio in questione che offre la giurisprudenza sugli atti del *Parlament de Catalunya* coeva al conflitto secessionista catalano.

La seconda delle motivazioni dei ricorrenti, vale a dire la supposta violazione della giurisprudenza costituzionale che impone agli organi parlamentari di dichiarare l'inammissibilità di emendamenti manifestamente incostituzionali, deve altresì essere oggetto di analisi.

I ricorrenti ritengono che gli emendamenti siano manifestamente incostituzionali per due motivi, il primo di natura formale, vale a dire in ragione della già richiamata disomogeneità rispetto al testo originario, ed il secondo di natura materiale, per porsi cioè talune disposizioni in aperto contrasto con il disposto costituzionale (in particolare, ci si riferisce alla violazione, evidentemente incontestabile, del principio di

¹⁹ STC 172/2020 «La vulneración del art. 23.2 CE aducida por los recurrentes exigiría además que la infracción de la legalidad parlamentaria hubiera afectado al núcleo de su función representativa».

²⁰ STC 90/2005

rinnovo per terzi del Tribunale, nonché al sistema sussidiario di elezione con maggioranza relativa nel CGPJ, che comporterebbe la violazione della regola per cui il Consiglio – nella sua interezza – elegge due giudici, giacché il nuovo sistema di fatto comporta che ciascun *vocal* voti un candidato, censura questa certamente più vacillante).

Occorre dunque richiamare la giurisprudenza, segnalata anche nel ricorso, e porla nel precipuo contesto. Se da un lato, come i ricorrenti segnalano, nella STC 119/2019 il Tribunale ha sostenuto la capacità e talvolta il dovere degli organi parlamentari di intervenire per dichiarare l'inammissibilità di iniziative parlamentari²¹, nella medesima sentenza il giudice costituzionale precisa come il potere degli uffici di presidenza di «*inadmitir a trámite propuestas o proposiciones cuya contradicción con el Derecho, o cuya inconstitucionalidad, sean palmarias y evidentes*» non comporta un obbligo di paralizzare la presentazione e l'approvazione di iniziative evidentemente incostituzionali, e giacché non esiste tale obbligo, la sua violazione non comporterebbe una infrazione dello *ius in officium* di coloro che denuncino l'omissione del controllo²². A ciò esiste una unica eccezione, vale a dire una ipotesi nella quale gli organi parlamentari abbiano l'obbligo di paralizzare iniziative manifestamente incostituzionali, che i ricorrenti ritengono applicabile al caso di specie, vale a dire le ipotesi nelle quali sia intercorsa una sentenza del Tribunale Costituzionale sul tema e dunque l'iniziativa si ponga in aperto contrasto con una sua decisione; in questa ipotesi «*la admisión a trámite de la iniciativa supone la trasgresión directa de un pronunciamiento de este Tribunal que exige que se impida o paralice toda iniciativa contraria a la suspensión acordada. [...] Existe, así, en tal caso, un deber de la mesa de inadmitir a trámite la iniciativa presentada, en cuanto que el control material de la misma viene expresamente exigido por un mandato jurisdiccional que impone esa obligación*»²³. Trasponendo tale giurisprudenza nell'ambito del procedimento legislativo oggetto di ricorso, da un lato, per quanto attiene ai vizi materiali che costituirebbero una aperta violazione della Costituzione rilevati dai ricorrenti, non può dunque rilevarsi un obbligo giuridico della *Mesa* di dichiarare l'inammissibilità degli emendamenti, dall'altro, per quanto attiene al vizio formale, deve dirsi che l'ammissione di emendamenti disomogenei, pur essendo censurata dalla giurisprudenza costituzionale, non comporta *ex se* la violazione di una specifica decisione del

²¹ Cfr. STC 119/2019, FJ 7 «*el debate público plural en sede parlamentaria o fuera de ella, sobre cualquier proyecto político, incluso si propone la reforma de la Constitución, tiene cobertura en la propia Constitución, siempre y cuando el debate parta del presupuesto del respeto a los cauces procedimentales previstos en el propio texto constitucional para canalizar los cambios de modelo político. [...] En principio, los órganos de gobierno de la cámara, en concreto la mesa, deben asegurarse de no hurtar al pleno el debate político que se plantea porque con carácter general es en el pleno donde se materializa la deliberación que es la base sobre la que se asienta la actividad parlamentaria como mecanismo expresivo del pluralismo político. Pero ello no obsta que la mesa del Parlamento respete las reglas del juego democrático y los límites que la jurisdicción constitucional, sobre la base de la interpretación de la Constitución, pueda llegar a imponer al debate*»

²² *Ibidem*, FJ 6 «*No puede deducirse una obligación de la mesa de paralizar la tramitación de las iniciativas evidentemente inconstitucionales. Y como no existe tal obligación, su incumplimiento no ocasionaría la infracción del ius in officium (art. 23.2 CE) de quienes denuncien la omisión del control*».

²³ *Ibidem*, n. IV, laddove si cita STC 47/2018, FJ 5.

Tribunale Costituzionale tale da potere individuarsi un “mandato” incombente sugli organi parlamentari e idoneo a rilevare una violazione cosciente di una sentenza, come nel caso trattato nella STC 119/2019.

6. Tra disproporzionalità ed imprudenza: la decisione cautelare del 19 dicembre 2022 nel quadro di un preoccupante orientamento giurisprudenziale

Il Presidente del Tribunale Costituzionale, nell'esercizio delle funzioni che gli attribuisce l'art. 10 LOTC, aveva inizialmente deferito la questione al *Pleno*, anziché alla *Sala segunda* del Tribunale – presieduta dal vicepresidente progressista Juan Antonio Xiol Ríos – fissando la decisione sulla *admisión a tramite* dell'*amparo* e sulla misura cautelare al giorno seguente al ricorso, che coincideva con la data di approvazione da parte del *Congreso* della proposta di legge organica.

Fin da subito i cinque giudici della minoranza progressista hanno richiesto al presidente di rinviare l'udienza in ragione della ristrettezza dei tempi per lo studio del ricorso, comparata con la rilevanza della questione, richiesta che il presidente ha accolto fissando al successivo lunedì 19 la celebrazione del *Pleno*. In quella sede, con sei voti a cinque, il Tribunale ha ammesso il ricorso di *amparo* e concesso la misura cautelare, sospendendo la discussione e l'approvazione delle disposizioni della proposta di legge che derivano dagli emendamenti n. 61 e 62, vale a dire le disposizioni transitorie quarta e quinta e la disposizione finale prima e seconda, comma 4, del testo nella versione approvata dal Congresso. Il Tribunale ha altresì rigettato l'istanza di ricusazione formulata dai deputati del gruppo parlamentare del PSOE nei confronti dello stesso presidente e del giudice Antonio Narváez Rodríguez poiché agli istanti, che non sono parte del processo nella fase super-cautelare celebratasi, non è riconosciuto espressamente dalla legge il potere di presentare istanze o allegazioni al TC²⁴.

La questione è particolarmente delicata, ed occorre dunque discuterne. Si deve anzitutto constatare che in ragione del rinvio prodotto su richiesta dei giudici progressisti, il *Pleno* si è celebrato successivamente all'approvazione da parte del *Congreso* della proposta di legge, già trasmessa al *Senado*. In tale circostanza non si comprende dunque anzitutto la ragione per cui il Tribunale abbia acconsentito all'utilizzo del procedimento super-cautelare: ammesso che possa rilevarsi una violazione dei diritti dei ricorrenti, questa si era già prodotta con l'approvazione da parte della camera e dunque la misura super-cautelare aveva già perduto la sua finalità. Sarebbe però stato certamente possibile, qualora se ne fossero ravveduti i

²⁴ Come la dottrina ha segnalato, l'uso della ricusazione da parte delle forze politiche è divenuta un chiaro abuso, si deve tanto alla natura altamente politica di numerosi ricorsi presentati al Tribunale (si pensi, primo fra tutti, al caso dello Statuto di Autonomia della Catalogna, deciso nel 2010 dopo istanze incrociate di ricusazione) quanto alla malafede dei ricorrenti, che ne hanno fatto un uso a dir poco pretestuoso. La ricusazione è divenuta così uno strumento in mano ai partiti, al Governo, alle Comunità Autonome per alterare le maggioranze esistenti nel Tribunale e volgerle a proprio favore, talvolta con una allarmante cooperazione di taluni giudici. Cfr. J. MATIA PORTILLA, *Sobre la adscripción partidaria de los Magistrados del Tribunal Constitucional y su invocación en el proceso*, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 34, 2014, pp. 235-268.

presupposti, adottare una misura cautelare a seguito di una istruttoria piena, consentendo la costituzione delle parti e la presentazione delle allegazioni degli altri gruppi parlamentari e del Congresso. Di più, come ha sostenuto la magistrata costituzionale Luisa Balaguer nel suo *voto particular*, una volta che gli emendamenti sono stati approvati nel Congresso, smettono di essere in senso stretto emendamenti e si incorporano nel testo della proposta di legge, che, in quanto disposizioni di legge organica, possono rimuoversi dal testo solo attraverso una successiva votazione del Congresso a maggioranza assoluta²⁵.

In questa circostanza sarebbe stato altresì possibile decidere su una istanza di ricusazione debitamente presentata dal gruppo PSOE quale parte processuale. Ma soprattutto, il fatto che il rigore processuale non ammettesse la trattazione dell'istanza di ricusazione, non rimuove la circostanza per cui i due giudici costituzionali in questione fossero immediatamente coinvolti nella decisione e nel suo esito, se è vero che l'entrata in vigore della legge organica compresa dei suoi emendamenti avrebbe comportato il termine del loro mandato e l'ingresso immediato dei due giudici di nomina governativa. Tale circostanza avrebbe richiesto in ogni caso l'astensione dei giudici coinvolti, oltre che per ragioni di opportunità rispetto ai rischi di delegittimazione del Tribunale, anche nel rispetto della giurisprudenza costituzionale, che, attraversata da questioni simili durante le vicende della riforma della LOTC nel 2007, aveva chiarito come *«la apariencia de imparcialidad ha de ser especialmente exigible cuando lo que el Tribunal juzga es su propia Ley Orgánica, dada la muy singular y relevante posición que ocupa dicha Ley en nuestro Ordenamiento para garantizar la efectividad del orden constitucional»*²⁶, nonché come *«rechazar que las abstenciones estén justificadas basándose en el carácter abstracto del enjuiciamiento, en la hipotética y futura posible afectación a los restantes miembros del Tribunal y a la conservación de la composición de éste, supondría, además de un excesivo formalismo, primar la garantía institucional del Órgano sobre la garantía de imparcialidad real y aparente a favor de las partes en el proceso y que alcanza una dimensión general respecto al conjunto de una sociedad democrática vertebrada en un Estado de Derecho, todo lo cual sería difícilmente comprensible por la ciudadanía»*²⁷.

Non convince, come pongono in rilievo nel loro *voto particular* i magistrati costituzionali Candido Conde-Pumpido Tourón, Ramón Sáez Valcárcel e Inmaculada Montalbán Huertas, la considerazione della maggioranza per cui l'istanza di ricusazione, diretta solo a due dei quattro magistrati il cui mandato è cessato nel giugno 2022, si qualifichi come abusiva, e dunque debba essere dichiarata inammissibile. Anzitutto, sussistono due elementi preliminari che di per sé rendono tale decisione illegittima, e vale a dire da un lato il principio per cui, in ogni caso, il giudice ricusato non possa prendere parte alla decisione

²⁵ Cfr. *Voto particular que formula la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón al auto dictado en el recurso de amparo núm. 8263-2022*, p. 15.

²⁶ STC 387/2007, decisione nella quale il Tribunale aveva accolto le astensioni dell'allora presidente, Emilia Casas, e vicepresidente Guillermo Jiménez, sui quali si sarebbero prodotti gli effetti della revisione della revisione dell'art. 16 comma 3 LOTC.

²⁷ *Ibidem*

sulla propria ricusazione, con la unica eccezione dell'ipotesi in cui ciò impedisca al Tribunale di operare per mancanza del *quorum* funzionale dei due terzi, e dall'altro il principio generale richiamato dall'art. 225 comma 4 della LOPJ per cui «*la recusación suspenderá el curso del pleito hasta que se decida el incidente de recusación*». Orbene, in aperta contrarietà a tali principi, non solo il Presidente ha fissato una unica adunanza del *Pleno* del Tribunale per discutere e deliberare, promiscuamente, sulla *admisión a tramite* dell'*amparo*, sull'istanza cautelare e su quella di ricusazione²⁸, derogando il principio, confermato nella giurisprudenza costituzionale²⁹, di preminenza logica della ricusazione sul merito, ma ha ritenuto, assieme all'altro magistrato ricusato, di prendere parte al voto sulla ricusazione e di rigettarla in ragione della sua natura abusiva, giustificata dal fatto che la ricusazione sia stata selettiva e non abbia riguardato anche i due magistrati eletti a suo tempo dal CGPJ e il cui mandato è parimenti scaduto. Al di là della assoluta eccentricità della censura mossa alla ricusazione, che appare piuttosto un tentativo di censurare le parti e di indicargli la forma attraverso la quale esercitare i loro diritti e quali giudici sia opportuno ricusare³⁰, appare pretestuoso e formalista il riferimento alla necessità di costituire la relazione giuridico-processuale prima di potere formulare istanze davanti al Tribunale, relazione che, stando alla maggioranza, non si costituisce che dopo l'*admisión a tramite* del ricorso. È d'altronde lo stesso Tribunale che ha riconosciuto, nel medesimo provvedimento, l'interesse legittimo nella causa dei medesimi proponenti della ricusazione qualificandoli come coadiuvanti, e tanto basta, anche alla luce dell'evoluzione del diritto processuale comune, a riconoscergli i diritti e le potestà propri della parte processuale, nonostante lo *status* processuale³¹.

Per quanto attiene alla concessione della misura cautelare in sé, non possono non ripetersi le medesime riflessioni svolte poco sopra con riguardo all'eccesso nel valutare le esigenze cautelari rispetto alle circostanze ed ai tempi del processo legislativo: il fatto che la potenziale violazione dei diritti dei ricorrenti si fosse già prodotta per via dell'approvazione della proposta di legge da parte del Congresso ha reso necessario che la misura cautelare si applicasse al Senato, che nulla aveva a che fare con il procedimento nel quale si era prodotto l'atto presumibilmente illegittimo e che non aveva prodotto violazione alcuna. Con stretto riguardo all'ammissibilità dell'*amparo*, tali circostanze non fanno altro che deporre nel senso della sua inammissibilità, e avrebbero consentito di attendere la discussione assieme ad eventuali emendamenti nel Senato, nel quale si sarebbero potuti sanare i presunti vizi e dunque riparare le violazioni

²⁸ Prova ne è la circostanza che il provvedimento del Tribunale che ammette il ricorso e l'istanza cautelare e rigetta la ricusazione sia unitario e dia conto di una sola votazione.

²⁹ Cfr., da ultimo, ATC 119/2017.

³⁰ Dello stesso avviso è il *Voto particular que formulan los magistrados Candido Conde-Pumpido Tourón, Ramón Sáez Valcárcel e Inmaculada Montalbán Huertas al auto dictado en el recurso de amparo núm. 8263-2022*, p. 16.

³¹ La stessa giurisprudenza costituzionale ha più volte ribadito come la distinzione tra coadiuvante e ricorrente non possa fondare una limitazione temporale o sostanziale della capacità processuale del primo rispetto al secondo. Cfr. STC 104/2022, FJ 1, b); 126/2011, FJ 7; 241/1994, FJ 3.

dei diritti, ovvero ancora, si sarebbe potuto attendere l'approvazione del testo da parte del Senato, per evitare un pericoloso intervento di ingerenza nell'autonomia parlamentare e potenzialmente lesivo del dibattito e del confronto democratico nell'organo espressione della sovranità nazionale³².

Del resto, l'art. 56 LOTC, nel regolare le misure cautelari, richiede una rigorosa ponderazione degli interessi in conflitto in ciascun caso, che deve senza dubbio essere ancor più attenta allorché l'istanza comporti la sospensione di un atto parlamentare³³. Ciononostante, anche nell'ipotesi – della quale chi scrive dubita fortemente – in cui i ricorrenti siano riusciti a provare la concretezza e l'attualità del pregiudizio che il mancato accoglimento della misura cautelare provocherebbe ai propri diritti oggetto di giudizio, può e deve negare la misura «*ocasiona perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona*», circostanza certamente assimilabile al caso di specie, se è vero che, si ripete, mentre da un lato il pregiudizio, al momento della decisione cautelare, si era già consumato, dall'altro, impedire attraverso la sospensione, ad un altro organo costituzionale che non è responsabile della probabile violazione, di dibattere sulle questioni oggetto di ricorso, comporta invece una grave perturbazione dei diritti del Senato, dei gruppi parlamentari della maggioranza, nonché dell'interesse alla conservazione del principio di indipendenza delle Camere, del principio di separazione dei poteri e del principio di presunzione di legittimità costituzionale delle leggi: il giudizio di proporzionalità operato dal Tribunale è quantomeno dubbioso, nel momento in cui la concessione della misura cautelare comporta la sospensione del dibattito e dunque dei diritti di altrettanti parlamentari.

Si aggiunga, sul piano sostanziale, che, al di fuori delle eccezioni introdotte dal Tribunale Costituzionale nel corso del conflitto secessionista catalano con le SSTC 47/2018 e 115/2019, di cui si è detto sopra, la regola generale in materia di ammissibilità di proposte ed emendamenti incostituzionali è che «*el contenido del derecho enunciado en el art. 23.2 CE no se encuentra lo que habría de llamar 'derecho fundamental a la constitucionalidad' de las iniciativas parlamentarias o, incluso, de los acuerdos o normas a que aboquen*»³⁴ poiché tale previsione «*no solo difuminaría los contornos del derecho instituido en aquel precepto, sino que alteraría al propio tiempo la propia configuración del recurso de amparo e incluso, acaso, el entero sistema de nuestra justicia constitucional*»³⁵. Ciò avrebbe implicato, a stretto rigore, l'inammissibilità di un ricorso fondato su censure oggettive attinenti al procedimento legislativo che miravano a ricostruire un diritto alla costituzionalità degli emendamenti che l'ordinamento non riconosce.

³² Dello stesso avviso la Magistrata costituzionale Maria Luisa Balaguer in una successiva intervista, disponibile in linea: <http://elpais.com/%2Fespana/%2F2022-12-20/%2Funa-magistrada-progresista-del-constitucional-es-una-barbaridad-dictar-unas-medidas-al-senado-por-unas-lesiones-producidas-en-el-congreso.html>.

³³ A. GUTTIÉRREZ GIL, *Artículo 56*, in in J. J. GONZÁLEZ RIVAS (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica cit.*, p. 639.

³⁴ STC 107/2016, FJ 3, affermazione che si trova altresì in STC 108/2016, FJ 3 e STC 109/2016, FJ 4, tutte pronunciate il 7 giugno.

³⁵ *Ibidem*.

E tuttavia, quanto alla specifica questione oggetto di riflessioni, e vale a dire la decisione di sospensione accordata dal Tribunale Costituzionale, non può non considerarsi tale ultimo e preoccupante episodio quale l'apice di un più lungo percorso che rimonta al mutamento della giurisprudenza del Tribunale sugli *interna corporis* a partire dalla nota Sentenza 118/1988³⁶ e che di fatto ha comportato un superamento di tale principio in favore del riconoscimento di una prevalenza dei diritti fondamentali compromessi dalla decisione parlamentare sulla garanzia dell'indipendenza delle assemblee legislative³⁷.

Di quel mutamento, il momento più critico è certamente da rinvenirsi nel momento di massima giurisdizionalizzazione della crisi catalana, laddove, tanto attraverso ricorsi di *amparo* ex art. 42 LOTC, quanto attraverso il procedimento di impugnazione degli atti senza forza di legge delle Comunità Autonome previsti dall'art. 76 LOTC, nonché tramite i ripetuti incidenti di esecuzione ex art. 92 LOTC, il Tribunale Costituzionale ha progressivamente eroso i margini dell'autonomia parlamentare, giungendo ad esercitare un controllo generalizzato sugli atti interni del Parlamento catalano, anche qualora privi di efficacia diretta o tesi a produrre dichiarazioni politiche³⁸. L'esempio più pericoloso di tale tendenza, nel quale si rivede chiaramente il consolidamento di una giurisprudenza invasiva nella sfera di autonomia delle Camere che può financo giungere alla limitazione del primario diritto di esprimere orientamenti politici da parte dei rappresentanti eletti è la STC 98/2019, che censura ed annulla la Resolución 92/XII del *Parlament de Catalunya*, dell' 11 ottobre 2018, che contiene null'altro che una aspra critica al discorso

³⁶ Si riportano qui le note riflessioni del Tribunale che hanno dato luogo al radicale mutamento giurisprudenziale presenti nella citata sentenza: «*En relación con la alegación de que la resolución impugnada sería un acto puramente interno de un órgano constitucional, ha de reconocerse que la jurisprudencia constitucional en aras del respeto a la autonomía de las cámaras en orden a su propio funcionamiento, ha llevado a calificar a determinados actos parlamentarios como interna corporis, los cuales, por su naturaleza, resultarían excluidos del conocimiento, verificación y control, por parte de los tribunales, tanto los ordinarios como de este Tribunal. En una serie de autos –como los de 21 de marzo de 1983, 8 de mayo de 1985, 15 de enero de 1986, 12 de marzo de 1986, 11 de marzo de 1987 y 27 de mayo de 1987–, este Tribunal ha sostenido que quedan excluidos de verificación en el recurso de amparo del citado art. 42 los Este Tribunal ha tratado de sostener con ello que el justiciable no podría obtener, como ha pretendido, a través del art. 42 de su Ley Orgánica, un control jurisdiccional pleno de la conformidad de tales actos a la Constitución o a la Ley (incluido el Reglamento de la Cámara). Pero ello no excluye, sin embargo, la posibilidad de examinar si aquellos actos han vulnerado en concreto los derechos fundamentales y libertades públicas incluidos en la Sección 1.ª del capítulo segundo del título I de la Constitución que, según el apartado 1 del art. 53 de la misma, vinculan a todos los poderes públicos, y, por ello, a los parlamentos y cámaras, y para cuya protección queda abierta la vía del recurso de amparo (STC 90/1985, de 22 de julio). La doctrina de los interna corporis acta sólo es aplicable en la medida en que no exista lesión de tales derechos y libertades, impidiendo el conocimiento de este Tribunal de lo que no sea su posible lesión. «Quiere con ello decirse que, sólo en cuanto lesionan un derecho fundamental reconocido en la Constitución y no por infracción pura y simple de un precepto de la Cámara, son recurribles en amparo tales actos, en virtud de lo dispuesto en el art. 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional» (ATC de 11 de marzo de 1987). En cuanto un acto parlamentario afecte a un derecho o libertad susceptible de amparo constitucional, sale o trasciende de la esfera irrevisable propia de los interna corporis acta, y corresponde a este Tribunal el examen, pero sólo ello, de la virtual lesión de tales derechos o libertades (ATC 12/1986, de 15 de enero)».*

³⁷ I. ULLOA RUBIO, *op. cit.*, p. 503.

³⁸ Di tale avviso è E. GOMEZ CORONA, *Los límites de la autonomía parlamentaria hoy. El conflicto catalán y el control de los actos parlamentarios sin valor de ley por el tribunal constitucional*, Teoría y Realidad Constitucional, n. 47, 2021, pp. 237 e ss. «*De esta manera, hemos visto cómo el Alto Tribunal ha anulado Declaraciones y Resoluciones con un contenido meramente político, que a pesar de contradecir claramente la Constitución, no eran capaces de producir ningún efecto jurídico por su propia naturaleza*».

del Re del 3 ottobre 2017, successivo alla celebrazione del *referendum* sulla indipendenza unilaterale, in ragione del fatto *che «ponía [...] de manifiesto que la cámara se arrogaba una potestad de censura de aquel acto regio»*³⁹.

7. Percorsi di polarizzazione, giurisdizionalizzazione e delegittimazione

A pochi giorni dalla decisione cautelare del *Tribunal Constitucional*, dopo diversi giorni di profonda tensione tra la maggioranza parlamentare e l'opposizione, tra il Governo e il *Tribunal Constitucional*, il *Consejo General del Poder Judicial* ha sbloccato l'*impasse* nella quale era caduto per i veti incrociati della maggioranza conservatrice e della minoranza progressista, eleggendo i due giudici, uno conservatore e uno progressista, proposti dai *vocales* conservatori.

Ciò ha consentito al Tribunale Costituzionale di convocare una adunanza del *Pleno* per verificare i requisiti dei due giudici designati dal CGPJ e dei due designati al tempo dal Governo, il che ha aperto la strada alla successiva formale designazione da parte del Re e al rinnovo del Tribunale, che con tali designazioni ha oggi una maggioranza progressista di 7 a 4, la quale ha eletto Presidente il magistrato Candido Conde-Pumpido Tourón.

È plausibile, dunque, che il timore per una *escalation* di tensione interistituzionale a seguito della decisione cautelare del Tribunale abbia contribuito ad un abbassamento dei toni e al raggiungimento di un accordo in seno al CGPJ.

Tuttavia, il fatto che, nel momento in cui si scrive, quella spirale di polarizzazione e delegittimazione si sia arrestata, non deve impedire di guardare agli eventi in tutta la loro gravità: come hanno posto in rilievo i giudici dissenzienti, la decisione che qui si commenta ha generato una divisione in due blocchi del Tribunale quanto mai evidente, circostanza che ha trasmesso nell'opinione pubblica una immagine di mimetismo e partitismo dei membri del Tribunale. Mai come prima, le questioni e i fatti posti all'attenzione del Tribunale si sono svolti con frenesia, alla quale i giudici costituzionali avrebbero dovuto rispondere, per il forte contenuto politico delle istanze dei ricorrenti e per gli effetti potenziali della decisione, con massima cautela, senza precipitarsi a decidere e senza dovere rincorrere i tempi della politica, di sovente incompatibili con i tempi e i modi della giurisdizione.

Invece, i tempi, i modi e gli esiti della decisione sono sembrati una corsa a difendere le ragioni dell'una o dell'altra forza politica, con buona pace del diritto processuale, del rispetto della giurisprudenza consolidata, della certezza del diritto e, soprattutto, del diritto delle parti a un giudice imparziale:

³⁹ FJ 2. SEGUNDO E. GOMEZ CORONA, op. ult. cit., p. 246 «*el salto cualitativo que se produce en esta sentencia es significativo porque ya no se trata de afirmar la incompatibilidad de la declaración de soberanía del pueblo catalán frente al español, sino de mostrar una postura crítica con el contenido de un discurso del Rey, acudiendo para ello a argumentos como la inviolabilidad real. ¿Está el Tribunal Constitucional afirmando que el Parlamento catalán no puede mostrar desacuerdo con el contenido de un discurso del Rey? ¿Habría sido otra la posición si la manifestación hubiera sido elogiosa con el monarca? Este pronunciamiento nos parece absolutamente rechazable*».

L'argomento della forza (del voto) ha prevalso sulla forza degli argomenti, e così la maggioranza conservatrice ha assestato l'ennesimo colpo alla legittimità del Tribunale.

Tale profonda divisione in seno al Tribunale, che certo non è una novità nella storia della giustizia costituzionale in Spagna⁴⁰, è la perfetta proiezione dello stato della politica spagnola dopo la fine del bipartitismo e soprattutto nel corso dell'ultima legislatura, caratterizzata da una polarizzazione esasperata e, per quanto attiene agli organi di garanzia, ad un costante tentativo dei partiti di influenzarne oltremodo la composizione, le maggioranze e le posizioni ideologiche, al costo di mantenerli paralizzati nell'ipotesi di non riuscire in tale operazione. Tale è stata la sorte, come si è visto, del rinnovo del CGPJ, come anche quella del rinnovo del Tribunal Constitucional nel 2021, avvenuta nell'ambito di un accordo più ampio finalizzato a ripartire ulteriori posizioni tra PSOE e PP, e che ha visto il *Congreso* in una posizione quantomai defilata.

Il blocco del CGPJ, i tentativi pasticciati di modifica della LOTC degli ultimi due anni finalizzati prima a bloccare le nomine dei giudici costituzionali, poi a consentirle e poi a riformarne le modalità di elezione, le designazioni da parte del Governo di due giudici costituzionali mai come primi vicini all'esecutivo⁴¹ (Juan Carlos Campo, Ministro della Giustizia sino al 2021, e Laura Diez Bueso, Direttrice Generale del *Ministerio de la Presidencia* sino a pochi mesi dalla nomina), sono stati degni antecedenti dell'attuale crisi istituzionale, certamente esacerbata dalle decisioni della maggioranza conservatrice del Tribunale.

Si è detto sopra di come le innovazioni giurisprudenziali e gli sconfinamenti segnati nel corso della crisi catalana dal Tribunale abbiano preparato la strada alla decisione in commento.

E della crisi catalana, l'attuale momento politico e la potenziale crisi istituzionale che ne deriva reca con sé il carattere primario, vale a dire l'incapacità o la negazione della politica nel riconoscere la politicità di talune questioni e la necessità che taluni momenti si superino attraverso un approccio ispirato alla mediazione, al riconoscimento delle posizioni ideologiche altrui, alla rinuncia agli estremismi per tutelare le istituzioni e la loro legittimità e con esse la stabilità del sistema costituzionale. In quella circostanza, il rigetto della politica e la strategia giustizialista dell'allora maggioranza di governo hanno condotto ad una crisi costituzionale senza precedenti, ponendo il TC nel mezzo della contesa politica attraverso un

⁴⁰ M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *La injerencia de los partidos políticos en el Tribunal Constitucional*, in C. GARRIDO LÓPEZ, E. SÁENZ ROYO (coord.), *La reforma del Estado de partidos*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 134- 135, pone in rilievo come da tempo l'incidenza dei partiti sul Tribunale abbia raggiunto un livello preoccupante.

⁴¹ Invero, la riflessione della dottrina su come l'immagine di indipendenza del Tribunale sia da lungo tempo minata dalla leggerezza con la quale la politica interpreta il dettato costituzionale allorché richiede che i magistrati costituzionali siano «*juristas de reconocida competencia*» è risalente. Al contempo, come nel caso in questione, la nomina a magistrato costituzionale di soggetti di cui è riconosciuta la vicinanza ai partiti che li designano, rischia di appannare la competenza degli eletti e di incrementare i sospetti di parzialità del Tribunale. Cfr. J. GARCÍA ROCA, *El estatuto de los Magistrados constitucionales en España*, in H. FIX ZAMUDIO, C. ASTUDILLO, (dirs.), *Estatuto jurídico del juez constitucional*, Universidad Autónoma de México, Ciudad de México, 2012, pp. 725-753, pp. 731 y 732 cit. in P. RODRÍGUEZ PATRÓN, *Función y utilidad* cit., p. 272.



costante, esasperato ricorso alla giustizia costituzionale, affinché agisse come un potere sanzionatorio permanente, contribuendo così alla sua perdita di legittimità.

Il rischio dell'attuale momento è il medesimo, ma forse è ancor più grande: porre il giudice costituzionale in una posizione di aperto conflitto con le *Cortes*, impedendo l'esercizio della potestà legislativa attraverso il ricorso a misure cautelari, può comportare una ascesa esponenziale della conflittualità, che può condurre a fatti molto prossimi a quelli cui si è assistito nel 2017.

Ed allora oggi ancor più di ieri si fanno attuali le parole di Francisco Tomás y Valiente all'ora di salutare il Tribunale Costituzionale: «le istituzioni guadagnano o perdono prestigio per ciò che fanno, ma anche per ciò che di esse si fa»⁴².

⁴² F. TOMÁS Y VALIENTE, *Discurso de despedida pronunciado en el Tribunal Constitucional el 8 de julio de 1992*, Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 271-278