

GIOVANNI BISOGNI

La 'forma' di un 'conflitto'

Brevi osservazioni sul dibattito italiano intorno all'opinione dissenziente

ABSTRACT

We might say that law is able to successfully shape and solve disagreements and conflicts when it is – broadly speaking – followed. But – as H. L. A. Hart noted – this success is precarious if one obeys law “for his part only”. This seems to be the case with the Italian Constitutional Court in relation to the dissenting opinion: indeed, many think that its legal prohibition is more and more obeyed rather than accepted from the internal point of view. The article sums up the reasons of this phenomenon, holding that they go beyond a simple “yes or no” to the dissenting opinion and refer to the concept of judicial role.

KEYWORDS

Constitutional Court – Dissenting Opinion – H. L. A. Hart – Obedience and Acceptance – Judicial Role.

1. PREMESSA

Non c'è bisogno di scomodare la letteratura scientifica per ricordare che il diritto – si potrebbe quasi dire: per natura – sia 'forma del conflitto'. Comunque solo il conflitto radicale, estremo – paradigmaticamente: la guerra – viene considerato l'antitesi del diritto¹, ma nessuno oserebbe sostenere che, laddove vi sia diritto, non si diano conflitti: non solo si può pensare al processo – che è tante cose, ma sicuramente anche ritualizzazione e 'addomesticamento' di un conflitto –, ma il diritto rimane 'forma del conflitto' anche al di fuori delle aule giudiziarie, con i suoi procedimenti, con i suoi modelli, con i suoi criteri volti a guidare il comportamento umano e a comporre contrasti d'interesse.

Più interessante, invece – perché più discusso e discutibile, anche sotto il profilo scientifico –, è chiedersi quando il diritto riesca davvero a mettere in

1. Ma, al di là del senso comune, i giuristi si sono sempre sforzati di mettere in forma persino questo tipo di 'conflitto': cfr., a titolo esemplificativo, C. Schmitt (1963), trad. it. 2005.

forma il conflitto. La risposta più diretta, più immediata, è senza dubbio quella di ispirazione kelseniana: un ordinamento giuridico riesce a mettere in forma il conflitto solo se sia efficace. Si tratta, però, di una risposta che – quantomeno ai fini delle brevi osservazioni che seguiranno – prova troppo. Essa, infatti, non distingue a sufficienza – perché non lo vuole² – fra casi in cui quella ‘forma del conflitto’ che è il diritto funziona perché è applicata dai suoi destinatari o perché è fatta applicare dagli organi dell’applicazione; e, anche nella prima ipotesi, pone sullo stesso piano, in quanto entrambi efficaci, – ad esempio – l’ordinamento di una Norvegia occupata durante la seconda guerra mondiale e l’ordinamento giuridico della Germania occupante. Entrambi gli ordinamenti mettono in forma il conflitto, ma certamente con modalità e chance di un successo stabile e duraturo che appare eccessivo considerare teoreticamente sotto la medesima luce.

Da questo punto di vista più sofisticati risultano gli strumenti concettuali offerti da un altro giuspositivista – H. L. A. Hart. La risposta hartiana al quesito qui in esame può individuarsi in quei passi de *Il concetto di diritto* in cui si chiede quando «un ordinamento giuridico *esiste* in un dato paese o in un dato gruppo sociale»³ e già nell’impostazione di questo problema – quindi, ancor prima di entrarvi nel merito – dà prova di un approccio certamente più ricco della prospettiva kelseniana. Hart, infatti, evidenzia che tale problema, posto nel linguaggio comune, apparentemente è facile: sarebbe un po’ come chiedersi quando viene ad esistenza un essere umano, quando nasce, quando diventa autonomo e quando muore⁴. Eppure, si tratta, per Hart, di un’analogia del tutto fuorviante: è – più precisamente – uno di quei casi in cui il linguaggio comune da mezzo scorrevole e a-problematico di comunicazione diventa, invece, una sorta di *faux-ami* e richiede l’uso di quella «“raffinata consapevolezza delle parole per affinare la nostra percezione dei fenomeni”»⁵ che rappresenta una delle cifre più significative del suo contributo scientifico.

Certo, precisa Hart, si potrebbe dire che un ordinamento giuridico esiste – e, quindi, ai nostri fini riesce a mettere in forma il conflitto – ricorrendo alla concezione giusteoria di Austin: esiste quando le sue norme sono «generalmente obbedite o perlomeno non generalmente disobbedite»⁶. È una risposta plausibile, anzi, per Hart, è persino una «condizione necessaria»⁷ dell’esistenza di un ordinamento, ma è una soluzione parziale perché coglie

2. Cfr. le puntuali osservazioni formulate a tal riguardo – soprattutto in parallelo all’altro filosofo del diritto cui ci si rifà nel testo ovvero H. L. A. Hart – da A. Catania, 2003.

3. H. L. A. Hart (1961, 132), trad. it. 1991.

4. *Ibid.*

5. Ivi, xxiv, ove Hart – come noto – cita il filosofo del linguaggio J. L. Austin.

6. Ivi, 133.

7. *Ibid.*

efficacemente solo la condizione richiesta al «privato cittadino»⁸ e non anche quella propria dei 'funzionari'. Ed invero, in primo luogo, è il linguaggio comune stesso che segnala l'insufficienza di una risposta del genere: è normale e corretto affermare che ciò che è prescritto ad un comune consociato sia 'obbedire' alle norme che lo riguardano, ma non altrettanto può dirsi in riferimento ai giudici giacché «la parola "obbedire" [non] rende esattamente ciò che i giudici fanno quando applicano la norma di riconoscimento dell'ordinamento e riconoscono una legge come una norma valida e la usano per decidere le cause»⁹. Si potrebbe opinare, allora, che è una questione puramente terminologica – trovare un termine più generale che ricomprenda tanto l'obbedienza del comune consociato quanto il rapporto che i funzionari hanno con le norme –, ma è una strada che non porta lontano, non solo perché si rischia di scivolare dalla generalità alla genericità¹⁰, ma anche perché – e forse soprattutto – è una questione di carattere più sostanziale. Per Hart, il contributo all'effettività che può fornire un funzionario è materialmente troppo diverso – e più qualificante – rispetto a quello offerto da un comune consociato e questo perché, se si vuole sapere in maniera più penetrante quando il diritto riesca a mettere in forma il conflitto, occorre distinguere tra un'effettività caratterizzata dall'accettazione delle norme dal «punto di vista interno»¹¹ degli appartenenti al gruppo sociale considerato e un'effettività meramente esteriore, data – come afferma Hart – «soltanto per quanto li riguarda»¹².

Orbene, ai fini delle osservazioni che seguiranno, non è tanto importante ricordare che, per Hart, un dato ordinamento giuridico esiste anche se solo i funzionari (non obbediscono alle, ma) accettano le norme secondarie, ma soprattutto che esso esiste anche se i comuni consociati non accettano le norme, bensì si limitano ad obbedirle «soltanto per quanto li riguarda»: in tal caso non v'è dubbio alcuno che il diritto riesca a mettere in forma il conflitto, ma – come noto – per Hart «la società in cui accadesse questo sarebbe deplorabilmente formata da pecoroni: e le pecore possono finire dal macellaio»¹³. È,

8. *Ibid.*

9. *Ibid.*

10. *Ivi*, 135-6.

11. *Ivi*, 136.

12. *Ivi*, 137.

13. *Ivi*, 138. Come noto, queste osservazioni hartiane hanno innescato in letteratura un dibattito assai vasto volto ad accertare se il «punto di vista interno» abbia o meno natura morale; pertanto, ci si potrebbe chiedere se il diritto riesca davvero a mettere in forma il conflitto solo se sorretto da un'adesione etica. Tuttavia, in tale sede una ricerca del genere, oltre a non poter essere svolta per evidenti ragioni di spazio, è in fin dei conti irrilevante: come si vedrà meglio *infra*, il «punto di vista interno» sulla *dissenting opinion* non sembra molto rinviare alla morale (in qualsiasi modo essa venga intesa), come del resto ammesso da Hart stesso per il quale «non è nemmeno vero che coloro i quali accettano volontariamente l'ordinamento debbano considerare se stessi

quindi, troppo sbrigativo concludere che il diritto è ‘forma del conflitto’ quando è sorretto da effettività e non lo è quando manca questo fondamentale requisito: Hart indicherebbe una terza ipotesi in cui il diritto – per dirla con Austin – è, sì, abitualmente obbedito, ma in maniera debole, precaria, perché poco convinta, e esposta al rischio che quel conflitto si dislochi altrove o forzi la ‘forma’ all’interno della quale è calato.

Ora, se si è indugiati più del necessario su alcune fondamentali nozioni di filosofia del diritto – peraltro assai note – è perché si è convinti che esse forniscano la chiave di comprensione più adeguata del problema di cui ci si occuperà da vicino. Questo problema ruota intorno all’interrogativo di introdurre o meno nella disciplina di funzionamento della nostra Corte costituzionale la figura giuridica dell’opinione dissenziente¹⁴ e, riformulato nei termini concettuali suaccennati, è il seguente. Da un lato, abbiamo un ‘conflitto’: più precisamente, un conflitto interpretativo in senso proprio ovvero la prassi nient’affatto infrequente dei giudici costituzionali di dissentire dalle decisioni assunte dalla maggioranza del collegio nell’interpretare la Costituzione. Dall’altro lato, abbiamo una ‘forma’ di questo conflitto – il principio giuridico del segreto della camera di consiglio – che non pochi indizi spingono a ritenere obbedita, ma non accettata: da tempo ferve il dibattito circa l’opportunità di permettere ai giudici costituzionali di manifestare ufficialmente il proprio dissenso¹⁵; nella storia della Corte costituzionale mai nessun giudice si è permesso di violare quel principio, ma di tanto in tanto taluni hanno mostrato di non essere particolarmente convinti della sua adeguatezza¹⁶; ma soprattutto se ne ravvisa una vera e propria ‘forzatura’ nel fenomeno di affidare la redazione di una decisione a figura diversa dal suo relatore¹⁷.

Grazie ad Hart, dunque, è possibile intravedere criticità che versioni più stilizzate del diritto non porrebbero adeguatamente in luce: si ha il vantaggio – per così dire – di poter diagnosticare lo stato di salute della ‘forma’ di un dato ‘conflitto’. Ed invero, in rapporto al problema che si intende qui analizzare, il segreto della camera di consiglio è, sì, ‘forma del conflitto’ – stante la costanza con cui i giudici costituzionali hanno rispettato quel segreto –, ma pare che questi ultimi lo osservino più «soltanto per quanto li riguarda», visto l’ampio dibattito – interno ed esterno alla Corte – volto a permettere un qualche canale di esternazione del dissenso.

come moralmente obbligati a fare questo, anche se l’ordinamento sarà particolarmente stabile nel caso in cui si comportino in questo modo» (ivi, 236).

14. Su questo tema fondamentali sono C. Mortati, 1964; A. Anzon, 1995; S. Panizza, 1998.

15. «La *dissenting opinion* è da tempo un tema, anzi un rovello. Non si contano pubblicazioni, convegni e proposte che chiedono e ripetono sempre la stessa cosa: la sua “introduzione”» (G. Zagrebelsky, V. Marcenò, 2012, 152-3).

16. A titolo esemplificativo Leopoldo Elia (cfr. P. Pasquino, B. Randazzo, 2009, 128-30 e 150-3) e, più di recente, Gaetano Silvestri (2014).

17. Cfr. S. Panizza, 2007.

Il ricorso ad Hart potrebbe, però, andare anche al di là di questo apporto informativo: in breve, da Hart si potrebbe pretendere anche di più. Una volta compreso che il rispetto della segretezza della camera di consiglio non equivale proprio a sua accettazione, si potrebbe chiedere quale altra 'forma' sia prevedibilmente più suscettibile di alimentare un «punto di vista interno» stabile e duraturo, in modo da orientare la politica del diritto verso risultati coronati da successo.

Ma in questa sede non ci si vuole spingere fino a questo. Innanzitutto, una pretesa del genere è teoreticamente legittima, ma discutibile: nulla obbliga a propendere per la soluzione più praticabile – che talvolta può risolversi anche nella più conservatrice – e nulla vieta di trascurare le risultanze di quella ricerca e di spingere il livello di riforma verso orizzonti maggiormente prescrittivi¹⁸ – lasciando, poi, che i fatti siano gli arbitri della 'fortuna' della proposta avanzata. Ma soprattutto non è il punto di vista qui adottato che, coerentemente al riferimento teorico assunto, intende «riferirsi dall'esterno al modo in cui *i membri del gruppo* si occupano delle norme dal punto di vista interno»¹⁹. Detto altrimenti, non si tratta di prendere posizione fra i fautori ed i critici dell'opinione dissenziente nel nostro processo costituzionale, ma più modestamente di accrescere il grado di consapevolezza di questo dibattito, evidenziando i temi teorici e i problemi pratici che innervano il «punto di vista interno» insito nell'alternativa fra il diritto a manifestare pubblicamente il dissenso e il segreto della camera di consiglio. Più precisamente, in questa sede si ricorre ad Hart nei limiti in cui la sua teoria giuridica permette non solo di distinguere una 'forma del conflitto' più stabile rispetto ad un'altra, ma anche di evidenziare le *ragioni* di questa maggiore o minore stabilità. Non v'è dubbio che da un'indagine del genere possano ricavarsi anche convincenti argomenti *pro* o *contra* l'introduzione della *dissenting opinion*, ma – lo si ripete – il fine qui perseguito è descrittivo, non prescrittivo. Tramite Hart, infatti, da un lato, sarà possibile adoperare la comparazione – uno strumento d'indagine che, come si vedrà, è alquanto praticato in letteratura – con maggiore cognizione di causa, evidenziando se le ragioni per cui il *dissent* è accettato in altri ordinamenti siano sufficientemente analoghe a quelle che nel nostro paese hanno innescato il 'conflitto' alla base della crisi intorno al segreto della camera di consiglio; dall'altro lato – e forse soprattutto –, si potrà accertare se questo 'conflitto' sia adeguato alla 'forma' in discussione o le sue ragioni non rimandino, invece, ad una 'forma' più ampia, che va al di là del dibattito attuale a favore o contro l'opinione dissenziente e riguardi la configurazione giuridico-costituzionale del nostro giudice delle leggi.

18. Come fa, ad esempio, L. Corso, 2011.

19. H. L. A. Hart (1961, 106), trad. it. 1991.

2. UN PO' DI COMPARAZIONE

Si potrebbe obiettare che invocare l'autorità di Hart per discutere di opinione dissenziente è eccessivo, data la natura *lato sensu* tecnica dell'innovazione in esame, per la quale non occorrerebbero indagini teoriche o filosofiche particolarmente approfondite.

In primo luogo, si tratta di migliorare la qualità della motivazione²⁰, il che non potrebbe avere che effetti positivi e nessun contraccolpo pregiudizievole. Da più parti è stato notato che purtroppo il segreto della camera di consiglio induce i giudici costituzionali a 'costringere' il proprio dissenso all'interno della motivazione, con l'effetto di accrescere l'apoditticità di alcuni passaggi e talvolta di indebolire la coerenza degli argomenti prodotti; invece, la facoltà di esternarlo ufficialmente sanerebbe questo difetto e renderebbe maggiormente persuasiva la giurisprudenza costituzionale, tanto più, poi, che il fenomeno della cd. costituzionalizzazione degli ordinamenti giuridici²¹ ha accresciuto la discrezionalità interpretativa dei giudici – non solo costituzionali – ed elementari ragioni di trasparenza democratica, rese ancor più impellenti dalla definitività delle sentenze della Corte costituzionale, propenderebbero nettamente a favore dell'opinione dissenziente²².

In secondo luogo – e a riprova che non occorrerebbe giungere ai cd. massimi sistemi – il segreto della camera di consiglio non pare essere uno di quei dogmi sui quali si reggono le sorti di tutta un'esperienza costituzionale²³. Come noto, la *dissenting opinion* è – per così dire – un 'prodotto d'importazione' essendosi sviluppata nella tradizione del *common law*, ma basta guardare al di là dei nostri confini per scoprire paesi dalla tradizione giuridica sicuramente comune alla nostra, che – si badi – non da poco hanno infranto quel tabù e conoscono la pratica del dissenso dei giudici costituzionali senza particolari patemi e con esiti tutto sommato soddisfacenti²⁴.

Tuttavia, proprio un'ottica comparata dimostra come le cose siano un po' più articolate di quanto possa sembrare. È vero che la comparazione sta diventando più un «gioco delle comunanze» che delle «differenze»²⁵, ma proprio chi sottolinea questa tendenza mette in guardia dal relativizzare

20. Secondo L. Corso, 2011, 28-9, generalmente è questo l'obiettivo principale perseguito e perseguibile dalla concezione oggi più diffusa circa il ruolo della giustizia costituzionale in Italia – che ella definisce «tradizionale» e che avrebbe la funzione «di proteggere i cittadini non solo da maggioranze politiche impulsive o autocratiche, ma anche da se stessi».

21. Cfr., per tutti, R. Guastini, 1990.

22. Cfr. S. Panizza, 1998, 69-80.

23. Per una storia (e anche una critica) di questo principio cfr. C. Asprella, 2012.

24. Ci si riferisce principalmente alla Spagna e alla Germania: per un quadro sull'opinione dissenziente in Europa cfr. K. Kelemen, 2013.

25. M.R. Ferrarese, 2013, 269.

eccessivamente la distinzione fra *civil law* e *common law* e afferma esplicitamente che «essa continua a mantenere una significativa capacità euristica»²⁶. Ed infatti, ancor prima che nelle rispettive concezioni della giurisdizione in generale e di quella costituzionale in particolare, è nella pratica stessa del dissenso che si ravvisa uno scarto di dimensioni tali da non poter essere sottaciuto – e che può a buon diritto considerarsi un riflesso di quelle concezioni.

Prendiamo, a titolo esemplificativo, gli Stati Uniti e la Germania. Innanzitutto, v'è un dato quantitativo che li separa: i *Justices* della Corte Suprema statunitense 'dissentono' molto di più dei propri colleghi del *Bundesverfassungsgericht*²⁷. Per i primi è 'normale' manifestare una propria personale opinione – *dissenting* o *concurring*, non è qui rilevante – mentre per i secondi questa evenienza è decisamente sporadica, il che accade di regola in rapporto a casi particolarmente discussi nell'opinione pubblica²⁸. Questa differenza non si spiega solamente in base alle personali – e contingenti – concezioni di ruolo che hanno i rispettivi componenti di ciascun collegio, ma, data la sua regolarità, rimanda alla ragion d'essere incorporata nel disegno istituzionale delle due Corti e che – come direbbe Hart – «deve essere considerata dal punto di vista interno come un criterio pubblico e comune per una sentenza corretta, e non come qualcosa che ogni giudice si limita, per quanto lo riguarda, ad obbedire»²⁹.

La Corte Suprema, infatti, si considera – ed è sempre stata considerata – un attore politico-costituzionale pienamente pariordinato agli altri poteri federali. Essa non si limita a fungere da 'legislatore negativo' di kelseniana memoria, perché si pone – con linguaggio politologico – come una delle *legittime* arene – accanto a e in concorrenza con il legislativo e l'esecutivo – volta ad intercettare la domanda politica proveniente dalla società³⁰. Pertanto, è 'normale' che i *Justices* non solo esercitino spesso il diritto a pubblicare il dissenso, ma che usino questa prerogativa per esplicitare senza mezzi termini proprie preferenze di *policy*: la Corte Suprema 'fa politica' – una politica condotta con forme sicuramente diverse da quelle del Congresso e del presidente, più «al dettaglio» che «all'ingrosso»³¹ – perché opera in un contesto costituzionale ove i giudici – tutti i giudici e non solo quelli della Corte Suprema – sono visti come

26. Ivi, 376.

27. Per le statistiche cfr. – relativamente alla Germania – M. T. Rörig, 2009, e – riguardo agli Stati Uniti – i dati offerti dal sito ufficiale della Corte Suprema (<http://www.supremecourt.gov/opinions/opinions.aspx>).

28. Come riporta M. T. Rörig, 2009, 4.

29. H. L. A. Hart (1961, 137), trad. it. 1991.

30. Sulla concezione del giudiziario nei paesi di *common law*, proprio da un punto di vista politologico, cfr. almeno C. Guarnieri, P. Pederzoli, 2002, 49-81.

31. Ivi, 80.

una possibile risorsa politica al di fuori del circuito direttamente rappresentativo³².

La *dissenting opinion*, allora, non è semplicemente una modalità operativa della Corte Suprema – sviluppatasi a partite dalla tecnica deliberativa *seriatim* delle corti di *common law* –, ma costituisce, invece, una delle tante forme giuridiche in cui si incanala il ruolo politico svolto da questa istituzione – come, ad esempio, l'argomento delle *political questions* che notoriamente viene adoperata dalla Corte Suprema come *actio finium regundorum* fra la propria 'politicità' e quella del legislatore³³. Pertanto, essa non ha solo lo scopo di rendere trasparente il processo decisionale interno al collegio e, quindi, di rinforzare quello che ne è il prodotto più importante – la motivazione –, ma serve per condizionare potentemente l'orientamento giurisprudenziale futuro della Corte, serve per offrire una sponda nel dibattito pubblico a posizioni politiche al momento minoritarie, serve – e non dimentichiamo che, ad onta degli avvicinamenti fra le due sponde dell'Atlantico, il diritto statunitense rimane ancora in buona parte un *judge-made-law* – da canovaccio per la costruzione di precedenti nelle corti inferiori, sia federali che statali.

Ben diverso è il discorso da riservarsi alla Germania. In primo luogo, come dimostra l'*occasio* che spinse il legislatore tedesco ad introdurlo, il cosiddetto *Sondervotum* fu istituito come strumento per allentare la tensione del collegio giudicante alle prese con casi politicamente 'sensibili', non certo per rivedere *ab imis* la posizione politico-costituzionale della Corte costituzionale tedesca³⁴. Tale posizione, infatti, è figlia di una più ampia concezione della giurisdizione in virtù della quale il giudice tendenzialmente è subordinato al legislativo – attraverso il principio di legalità – e, se questa subordinazione viene meno, ciò accade nella forma di una giurisdizione diversa da quella comune e diversa proprio per dar *istituzionalmente* conto della preminenza *politica* del legislatore democraticamente eletto³⁵. Essa, pertanto, tende a presentarsi – e anche a comportarsi di fatto – come l'organo di chiusura di un sistema costituzionale che ha il proprio baricentro nel circuito rappresentativo e risulta orientata più

32. Il che si riflette proprio sul modo attraverso cui i membri della Corte Suprema deliberano e che è poco 'collegiale' e più 'individuale' (S. Cassese, 2009, 978, discorre di «collegialità debole»).

33. E che, non a caso, è ritenuta non praticabile dalle corti costituzionali europee: cfr. G. Zagrebelsky, 2008, 302.

34. Sulle origini del *Sondervotum*, chiamato anche «*Abweichende Meinung*» cfr. J. Luther, 1994. Inoltre, già il lemma prescelto dal legislatore tedesco – e che non può considerarsi una traduzione possibilmente fedele di *dissenting opinion* – è indicativo dello scarto fra l'esperienza statunitense e quella tedesca e, ad avviso di S. Cassese, 2009, 974, rifletterebbe, in realtà, una più ampia «incertezza terminologica e concettuale», che deriverebbe proprio dalla differenza dei contesti in seno ai quali il *dissent* è praticato.

35. Si può dire che sia stato il *Bundesverfassungsgericht* stesso a certificare questo ruolo quando si definì nei termini di un «privilegio del legislatore» (BVerfGE, I, 1951).

a fungere da garante dei diritti fondamentali nei confronti di *tutti* i poteri pubblici – e non solo avverso il legislativo – che da competitore di quest'ultimo nel governo della cosa pubblica³⁶.

A ciò si aggiunga che la storia costituzionale tedesca si è incaricata di confermare sul piano del *Sein* quanto rilevato poc'anzi sul piano del *Sollen*. In effetti, è notorio quanto il sistema politico tedesco abbia avuto un buon rendimento nell'intercettare e soddisfare la domanda proveniente dalla società: ciò testimonia di una coesione etico-politica che, sotto un profilo giurisdizionale è significativa non solo perché ha avuto l'effetto di riversare poca decisionalità sul complesso del giudiziario, ma anche perché ha impedito un'eccessiva polarizzazione politica degli interpreti – soprattutto i giudici costituzionali –, consentendo una gestione tutto sommato poco travagliata dalla discrezionalità interpretativa che inevitabilmente si associa al giudizio sulle leggi³⁷. Il risultato è che la pratica del *Sondervotum* assurge più che altro a valvola di sfogo della tensione politica che può accumularsi in rapporto a casi posti sotto i 'riflettori' del dibattito pubblico e, nel suo complesso, la sua resa è consistita semplicemente nell'elevare la qualità teorica degli argomenti adoperati dalla giurisprudenza costituzionale³⁸.

3. 'OBEDIENZA' VS. 'ACCETTAZIONE' DEL SEGRETO NELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA: UNA POSSIBILE SPIEGAZIONE

Da quanto detto appare riduttivo, allora, presentare l'opinione dissenziente come una problematica di carattere tecnico, il cui uso dia immancabilmente il medesimo risultato. Del resto, anche solo una considerazione strutturale di questa figura giuridica pone in un luce un 'conflitto' di interessi avente caratteristiche tali da suggerire più di una 'forma' per la sua soluzione e da richiedere particolare attenzione al contesto – normativo e fattuale – all'interno del quale essa è calata³⁹.

A ben vedere, infatti, l'opinione dissenziente mostra talune significative analogie con la libertà di divulgazione del proprio pensiero. Come quest'ulti-

36. Tant'è che, secondo P. Pasquino, 2002, 362-5, il *Bundesverfassungsgericht*, al di là delle prospezioni offertene dalla dottrina, ha finito con il costruire un proprio e specifico tipo ideale di giustizia costituzionale: quello di «*giudice dei giudici*», in quanto «dapprima ha incominciato a proteggere i cittadini degli ufficiali pubblici e più di recente i cittadini dai giudici».

37. Cfr., in senso confermativo, C. Guarnieri, P. Pederzoli, 2002, 82-100. Ciò può forse contribuire a spiegare perché la Corte tedesca, se nei confronti dei poteri pubblici nazionali si comporta come classicamente dovrebbero comportarsi i tribunali costituzionali ovvero come «*cani da guardia*» (P. Pederzoli, 2008, 8), invece nei confronti di istituzioni straniere e soprattutto dell'Unione Europea sembra atteggiarsi – per rimanere in metafora – a «*doberman*» del legislatore nazionale.

38. cfr. M. T. Rörig, 2009.

39. Come invita a fare S. Cassese, 2009, 979.

ma, in quanto avente luogo «*in modo pubblico*, cioè indirizzato ad un numero non determinato di persone»⁴⁰, può scontrarsi con altri interessi costituzionalmente protetti in misura maggiore della libertà di espressione *in forma privata* del medesimo pensiero – che ha il proprio fondamento nell'art. 15 della Costituzione e che, non a caso, è tutelata in maniera molto meno condizionata della prima –, così parrebbe eccessivo obbligare i giudici costituzionali ad andare d'accordo con i proprio colleghi – prevedendo magari l'unanimità per una valida deliberazione –, ma altrettanto non potrebbe dirsi per la pubblicizzazione del disaccordo, essendovi ragioni trascendenti il singolo membro dissenziente che potrebbero consigliare una soluzione contraria a questa possibilità⁴¹.

Da questo punto di vista, anzi, l'attuale regime potrebbe considerarsi persino una 'forma' adeguata per questo conflitto d'interessi, giacché essa, se impedisce di render noto il dissenso di uno dei membri della Corte, non vieta affatto di esprimerlo all'interno della camera di consiglio – dal momento che l'art. 16 della legge 87/53 statuisce che la Corte decide «con la maggioranza assoluta dei votanti». Ecco perché, nel momento in cui si suggerisce un'altra 'forma' per questo conflitto – l'opinione dissenziente – sarebbe altamente opportuno chiedersi *ancor prima* perché la 'vecchia forma' sia – in termini hartiani – più obbedita che veramente accettata, al punto da innescare quella già ricordata messe di fenomeni che gli studiosi additano quale sintomo di 'malessere' all'interno della Corte.

In primo luogo, v'è un dato che balza agli occhi e che, entro una certa qual misura, marca uno scarto evidente rispetto all'esperienza tedesca. Notoriamente il sistema politico italiano non è paragonabile in termini di efficienza a quello tedesco: in particolare, da tempo gli studiosi lamentano uno scadimento della legge, che o si riduce ad un manifesto – limitandosi ad enunciare vagamente principi e fini da perseguire senza l'indicazione dei mezzi per raggiungerli – oppure si amministrativizza – dettando una normativa assai dettagliata quale espressione di accordi politici puntuali e circoscritti⁴². In tal modo, i giudici costituzionali – ma non solo costoro – finiscono, volente o nolente, con lo svolgere una funzione di supplenza, dovendo

40. P. Barile, 1991, 639.

41. Cfr. P. Pasquino, 2006, 106: «Bisogna sottolineare che nel primo caso, quello del voto, il segreto protegge colui che vota e gli permette di fare a meno di argomentazioni [...]. Nel caso della *deliberazione*, il segreto protegge l'organo della decisione nel suo insieme non i suoi membri individualmente presi, i quali, al contrario, sono obbligati a presentare argomenti ai propri *partenaires*, come l'organo nel suo insieme è obbligato a presentare al pubblico le ragioni della propria decisione (la motivazione) – cosa che non è necessaria nel caso di votazione (che può essere descritta come una semplice somma, meccanica e senza ragioni, delle preferenze individuali)».

42. Cfr. da ultimo M. Ainis, 2010.

assumersi la responsabilità di definire il concreto assetto di interessi in un dato settore, e proprio per questo motivo si espongono fatalmente al rischio di polarizzazione politica e alla tentazione di forzare il segreto della camera di consiglio per 'segnalarla'⁴³.

A questa tentazione, poi, non sono estranee alcune tendenze della cultura giusfilosofica degli ultimi vent'anni le quali, al di là delle differenze anche cospicue che le separano, sono accomunate dall'enfasi posta sul ruolo sociale del giudice e dall'obiettivo di farne un promotore attivo e partecipe dei valori incorporati dal diritto chiamato ad applicare⁴⁴. Ora, indipendentemente da come le si possa giudicare, non v'è dubbio che esse si pongono come tentativi di razionalizzare il fenomeno della crescita della discrezionalità interpretativa dei giudici⁴⁵, ma occorre ammettere che, senza l'elaborazione di adeguati contrappesi – se non proprio istituzionali, quantomeno teorico-argomentativi –, possono sortire l'effetto di sovraesporre o il singolo giudice o complessivamente la funzione svolta dal collegio⁴⁶.

4. CONCLUSIONI

Insomma, «tutto lascia ritenere che l'istituzione dell'opinione dissenziente nelle decisioni della Corte non si riduce alla fissazione di una specifica modalità tecnica di organizzazione del lavoro giurisdizionale»⁴⁷. Un'analisi

43. S. Cassese, 2009, 982, sostiene, infatti, che «se si considera il funzionamento interno delle corti, il dissenso viene manifestato non per convincere una maggioranza, ma perché questa non fu convinta. Quindi, il dissenziente non scrive per dialogare con la maggioranza, ma piuttosto per parlare ad altri poteri (ad esempio, al legislatore), o direttamente all'opinione pubblica (o persino al popolo)».

44. Cfr. in tal senso *ivi*, 980.

45. Per un'esauritiva panoramica su queste tendenze si può consultare G. Bongiovanni, 2005.

46. A tal riguardo è estremamente significativa la relazione tenuta da M. Cartabia – giudice presso la Corte costituzionale – alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutasi a Roma il 24-26 ottobre 2013. Cartabia, infatti, dà atto che il canone di giudizio della ragionevolezza, *complice anche la dottrina*, ha assunto da tempo un carattere di «*pervasività*» nella giurisprudenza costituzionale; ad esso contrappone il giudizio di proporzionalità che si differenzia dal primo per essere più strutturato e, per certi aspetti, maggiormente prevedibile; non nega che tal tipo di giudizio *nei fatti* sia spesso praticato dalla Corte costituzionale, ma evidenzia la carenza di «formalizzazione dello standard di proporzionalità», che invece auspica sulla base di queste ragioni: «La predeterminazione dei paradigmi di giudizio ha un rilievo, anzitutto, sul piano *della valutazione e della deliberazione*, perché esso agevola il lavoro della Corte e le imprime una maggiore coerenza; incide altresì sul piano *dell'argomentazione*, favorendo una motivazione ordinata e persuasiva; e agisce, infine, sul piano della *legittimazione* della Corte, spesso sospettata – specialmente nell'ambito dei giudizi di ragionevolezza e proporzionalità – di travalicare i confini delle scelte giurisdizionali per sconfinare nell'ambito del merito politico» (M. Cartabia, 2013, 7).

47. F. Gallo, 2009, 1.

sulle possibili ragioni che spingono i giudici costituzionali a mettere in crisi la segretezza della camera di consiglio rivela non solo quanto esse siano molto più profonde di quanto possa porvi rimedio il mero riconoscimento del diritto ad esternare il dissenso, ma anche quanto un dibattito in tal senso condotto nel quadro del funzionamento interno dello Corte rischi di essere di corto respiro. Valutare l'opportunità di sanzionare o meno quel diritto richiede pregiudizialmente un'indagine sulla teoria e sulla prassi della giurisdizione (non solo costituzionale): detto altrimenti, l'opinione dissenziente è un *posterius* rispetto ad un *prius* che deve definire il 'posto' che il giudice costituzionale ha di fatto e il 'posto' che gli si vuole assegnare, anche mediante la *dissenting opinion*⁴⁸. Ciò vale ancor più per l'Italia ove, a causa dei fenomeni suddescritti, quel 'posto' risulta poco definito sul piano sia normativo che fattuale⁴⁹: in caso contrario, l'attenzione dedicata a questo tema potrebbe avere l'effetto, magari involontario, di rimandare un dibattito sul ruolo della giurisdizione (costituzionale), il che – tra l'altro – non è secondario soprattutto per chi ha a cuore che la nuova 'forma' abbia più successo della precedente nel risolvere il 'conflitto' e che non sortisca magari l'effetto opposto di stimolare l'autocensura.

Dunque, il 'conflitto' che in Italia si cela dietro alle due 'forme' in gioco del segreto della camera di consiglio e dell'opinione dissenziente rimanda ad un 'conflitto' più ampio, di cui sembra inizi ad esserci consapevolezza, se spinge alcuni – preoccupati dal 'protagonismo' giudiziale generato dai processi evidenziati in precedenza – a proporre al legislatore di ritornare a fare il suo mestiere. Ciò che servirebbe, infatti, è «una riformulazione della stessa legalità costituzionale, attraverso una formulazione più precisa delle norme costituzionali e in particolare dei diritti fondamentali»⁵⁰, giacché «c'è [...] un solo modo, ripeto, per limitare l'arbitrio giudiziario e per rendere effettiva la soggezione del giudice alla volontà del legislatore: la stretta legalità o tassatività e perciò la formulazione quanto più possibile univoca e precisa delle norme che il giudice è chiamato ad applicare»⁵¹.

Per ragioni di spazio non è qui possibile valutare la fattibilità di questa più che legittima proposta, ma non si può fare a meno di notarne la buona dose di coraggio insita nella pretesa che la realtà si adegui alla teoria. A quest'ultima,

48. Cfr. S. Cassese, 2009, 983: «Le opinioni sull'opinione dissenziente sono molto influenzate dai contesti e fortemente sovradimensionate, rispetto all'istituto in sé, a causa della cultura di chi le ha espresse».

49. E una riprova di questa 'indefinitezza' sta anche nella posizione di chi – come G. Zagrebelsky – teorizza la centralità dei giudici nell'esperienza giuridica contemporanea (cfr. *inter alia*, G. Zagrebelsky, 1992, 177-217), ma poi, sullo specifico terreno della *dissenting opinion*, preferisce rimaner legato alla segretezza della camera di consiglio (cfr., da ultimo, G. Zagrebelsky, 2014, 41-6).

50. L. Ferrajoli, 2012, 19.

51. *Ibid.*

però, si può forse chiedere di essere ancor più coraggiosa: si può chiedere di cambiare se stessa e di mettere finalmente in discussione una concezione della giurisdizione che, sebbene non sia più proponibile nella sua interezza, sembra possedere una notevole vitalità se con tutti i suoi addentellati funzionali ed organizzativi «forse, si crede [...] di poter evitare di aprire il nuovo e pressoché inesplorato capitolo di questioni che ruotano intorno al carattere burocratico dell'organizzazione giudiziaria, ereditata dal tempo del positivismo imperante e difficilmente compatibile con il diritto dello Stato costituzionale»⁵².

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AINIS Michele, 2010, *La legge oscura. Come e perché non funziona*. Laterza, Roma-Bari.
- ANZON Adele (a cura di) (1995), *L'opinione dissenziente*. Giuffrè, Milano.
- ASPRELLA Cristina, 2012, *L'opinione dissenziente del giudice*. Aracne, Roma.
- BARILE Paolo, 1991, *Istituzioni di diritto pubblico*. Cedam, Padova.
- BONGIOVANNI Giorgio, 2005, *Costituzionalismo e teoria del diritto. Sistemi normativi contemporanei e modelli della razionalità giuridica*. Laterza, Roma-Bari.
- CARTABIA Marta, 2013, «I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana». Relazione tenuta alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Palazzo della Consulta, Roma, 24-26 ottobre, in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf.
- CASSESE Sabino, 2009, «Una lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente». *Quaderni costituzionali*, 29: 973-83.
- CATANIA Alfonso, 2003, «Effettività e modelli di diritto». *Sociologia del diritto*, 30: 7-19.
- CORSO Lucia, 2011, «Opinione dissenziente, interpretazione costituzionale e costituzionalismo popolare». *Sociologia del diritto*, 38: 27-55.
- FERRAJOLI Luigi, 2012, «Costituzionalismo e giurisdizione». *Questione giustizia*, 3: 7-20.
- FERRARESE Maria Rosaria, 2013, «Il diritto comparato e le sfide della globalizzazione. Oltre la forbice differenze/somiglianze». *Rivista critica di diritto privato*, 31: 369-402.
- GALLO Franco, 2009, intervento al Seminario di studio dal titolo "L'opinione dissenziente", Palazzo della Consulta, Roma, 22 giugno, in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Relazione_Gallo_opinione.pdf.
- GUARNIERI Carlo, PEDERZOLI Patrizia, 2002, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*. Laterza, Roma-Bari.
- GUASTINI Riccardo, 1990, «La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano». *Ragion pratica*, 11: 185-206.
- HART Herbert L. A, 1961, *The Concept of Law*. Oxford University Press, London (trad. it. *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 1991).

52. G. Zagrebelsky, V. Marcenò, 2012, 73.

- KELEMEN Katalin, 2013, «Dissenting Opinions in Constitutional Courts». *German Law Journal*, 14: 1345-72.
- LUTHER Jörg, 1994, «L'esperienza del voto dissenziente nei paesi di lingua tedesca». *Politica del diritto*, 25: 241-65.
- MORTATI Costantino (a cura di) (1964), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*. Giuffrè, Milano.
- PANIZZA Saulle, 1998, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*. Giappichelli, Torino.
- ID., 2007, «I recenti casi di discrepanza (meramente episodici?) tra giudice relatore e giudice redattore». *Quaderni costituzionali*, 27: 599-601.
- PASQUINO Pasquale, 2002, «Tipologia della giustizia costituzionale in Europa». *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 52: 359-69.
- ID., 2006, «Votare e deliberare». *Filosofia politica*, 20: 103-14.
- PASQUINO Pasquale, RANDAZZO Barbara (a cura di) (2009), *Come decidono le corti costituzionali (e altre corti) – How Constitutional Courts Make Decisions*. Giuffrè, Milano.
- PEDERZOLI Patrizia, 2008, *La Corte costituzionale*. Il Mulino, Bologna.
- RÖRIG Maria Theresia, 2009, «L'opinione dissenziente nella prassi del Bundesverfassungsgericht (1994-2009)», in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_opinione_dissenziente_12012010.pdf.
- SCHMITT Carl, 1963, *Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen*. Duncker & Humblot, Berlin (trad. it. *Teoria del partigiano. Integrazione al concetto del politico*, Adelphi, Milano 2005).
- SILVESTRI Gaetano, 2014, «La Corte costituzionale vista da vicino. Intervista a cura di Diletta Tega». *Quaderni costituzionali*, 34: 757-68.
- ZAGREBELSKY Gustavo, 1992, *Il diritto mite*. Einaudi, Torino.
- ID., 2008, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*. Il Mulino, Bologna.
- ID., 2014, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*. Einaudi, Torino.
- ZAGREBELSKY Gustavo, MARCENÒ Valeria, 2012, *Giustizia costituzionale*. Il Mulino, Bologna.