



# NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato  
e storia costituzionale

## Perché il diario di un giudice\*

di Sabino Cassese\*\*

Sono tante le cose che potrei raccontarvi, ma è bene che mi limiti a tre ordini di considerazioni. La prima riguarda il genere letterario. La seconda la cultura sulla quale lavoriamo e quella alla quale cerchiamo di contribuire. La terza i rapporti delle corti con gli altri ordinamenti e con l'esterno.

Il genere letterario. È stato più volte citato il libro di Dominique Schnapper<sup>1</sup>. Al *Conseil constitutionnel* francese, a differenza di altre Corti costituzionali, si può essere nominati anche senza essere giuristi. Dominique Schnapper, notissima sociologa, giudice costituzionale, a partire da questa esperienza scrisse questo libro che è una analisi sociologica, ma, allo stesso tempo, se letto attentamente, contiene moltissime informazioni cronistiche sul funzionamento dell'organo.

Peraltro, per il *Conseil constitutionnel* francese vi è un vincolo di riservatezza limitato a venticinque anni. Dopo, la Corte stessa pubblica i verbali delle discussioni, dove sono riassunte le posizioni dei singoli giudici su ogni caso. Nel primo volume pubblicato, relativo agli anni 1958 -1983<sup>2</sup>, consiglio di esaminare le posizioni che vennero prese dal grande costituzionalista Georges Vedel. Dunque, il *Conseil constitutionnel* francese possiede un verbale, cosa che la corte costituzionale italiana non ha. Questo verbale è analitico; riassume le argomentazioni di ciascun giudice nella Camera di consiglio, e, per legge, dopo venticinque anni, lo stesso *Conseil constitutionnel*, lo pubblica. Non so, peraltro, se quanto fatto finora potrà essere possibile dopo l'introduzione della *question prioritaire de constitutionnalité*.

\* Intervento al convegno "Pensare la Corte costituzionale. La prospettiva storica per la comprensione giuridica", a partire dal libro "Dentro la Corte" di Sabino Cassese Università "La Sapienza", Dipartimento di Scienze Politiche, Sala delle Lauree, mercoledì 24 giugno 2015.

\*\* Prof. Emerito di "Storia e teoria dello Stato" alla Scuola normale superiore di Pisa, già Giudice costituzionale.

<sup>1</sup> D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard, 2010.

<sup>2</sup> B. Mathieu, et. al., *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1986*, Paris, Dalloz, 2009.

Nella storia della Corte Suprema americana, vi sono stati 16 giudici, 9 nel corso del 1800, e 7 nel corso del 1900, che hanno pubblicato libri di memorie, in cui sono inclusi gli anni della Corte Suprema.

Lord Denning, morto centenario nel 1999, considerato il più grande giudice della storia inglese, ha pubblicato ben 3 libri sulla sua esperienza, di cui l'ultimo *What next in the Law*<sup>3</sup> è stato poi molto discusso per le opinioni espresse dall'insigne magistrato.

Per citare un precedente italiano, c'è, poi, una autentica opera letteraria, il *Diario di un giudice* di Dante Troisi, pubblicato nel 1955 da Vittorini nei "Gettoni" einaudiani (riedito due volte recentemente a cura di Toni Iermano, Atripalda, Mephite, 2003 e a cura di Andrea Camilleri, Palermo, Sellerio, 2012). In questo libro, che valse all'autore una censura disciplinare per offesa alla magistratura, i giudici non sono «gli intangibili ministri della divinità», ma sono uomini «zeppi di difetti, di dolori, di noia, di ambizioni, di desideri meschini».

Si può quindi affermare che c'è una letteratura memorialistico – diaristica riguardante le vicende delle corti supreme e delle corti in generale: i protagonisti hanno parlato.

Quanto a me, avevo tre possibilità: un diario; delle memorie; una storia.

Il diario - lo ha scritto di recente uno storico della letteratura - è un "non finito". Fornisce informazioni giorno per giorno, settimana per settimana. È una narrazione puntuale. Chi legge un diario si deve preparare anche all'idea che l'autore del diario registri opinioni che cambiano nel tempo.

Le memorie sono un esame della propria esperienza, compiuto quando che questa esperienza è conclusa. Uno dei libri di memorie più famoso è quello di un grande storico, François Guizot. Divenuto Presidente del Consiglio dei ministri, durante la Restaurazione, ha scritto i *Mémoires pour servir à l'histoire de mon temps* (Parigi 1858-61). Da storico sapeva che non poteva fare lo storiografo della propria esperienza, ed ha scritto delle memorie che dovevano servire alla storia del proprio tempo.

La storia è cosa diversa: richiede ricerche approfondite, la padronanza di un mestiere, un certo distacco, la consultazione di archivi. Se tra i sociologi e gli antropologi vi sono "osservatori partecipanti", è difficile che questi vi siano tra gli storici (una eccezione è Pietro Colletta).

Io ho pensato che tra le varie soluzioni possibili quella del diario fosse la più sincera e la più utile per gli studiosi, perché supplisce alla carenza di dati fondamentali sull'attività della Corte costituzionale italiana (che non ha verbali né archivi), con informazioni sulla vita della Corte giorno per giorno. Ho pensato che non avrei dovuto solo raccontare la mia opinione, ma anche esporre fatti come mi si presentavano, affinché altri potessero lavorarci.

<sup>3</sup> A. Denning, *What next in the Law*, Oxford, OUP, 1982<sup>1</sup>.

Questa riflessione mi conduce al secondo argomento, quello della cultura, che inizia con un interrogativo: con i dati che fornisce la Corte, che cosa si può scrivere su di essa? Studi come quello di Patrizia Pederzoli<sup>4</sup>, o della politologa americana Mary Volcansek<sup>5</sup> toccano solamente alcuni aspetti: chi sono i giudici, come sono nominati, quali sono le decisioni adottate. Si può fare un po' di biografia, a partire dalla storia personale delle persone, per poi dare conto delle sentenze, rimanendo prigionieri del motto, spesso ripetuto all'interno: "la corte parla solo con le sue sentenze". Ma le sentenze dicono tutto? Quanto sono chiare? A chi si indirizzano? Permettono ad una persona di media cultura di capire? Riferiscono tutto il dibattito interno?

Sono stato uno dei quattro giudici favorevoli all'introduzione dell'opinione dissenziente. Ho anche proposto l'opinione dissenziente senza indicazione dell'autore (la motivazione viene scritta da un redattore che ha l'onere di dare informazione delle varie opinioni affacciate nella Camera di consiglio). Come ha scritto Nino Scalia, la Corte Suprema non è soltanto il giudice supremo, è anche un'autorità morale che contribuisce alla cultura giuridica e politica<sup>6</sup>.

La conseguenza è che non c'è evidenza empirica per ricostruire il tracciato della corte. Quindi, la cultura italiana è prigioniera della nota a sentenza. Sono pochissimi quelli che riescono a ricostruire il "percorso" della Corte: da ultimo – e da grande maestro - lo ha fatto Mario Libertini in un articolo su "Mercato Concorrenza e Regole" sulla giurisprudenza della corte costituzionale in materia di tutela della concorrenza<sup>7</sup>. Ma anche questo non basta. Bisogna vedere come certi ragionamenti passano di materia in materia, dalla tutela della concorrenza all'ordinamento civile, ai rapporti Stato-regione.

La Corte rimane, quindi, un soggetto oscuro, che non si può studiare, perché non si sa nulla sulla preparazione delle decisioni e sui fattori che concorrono a prenderle, inclusi i dibattiti preparatori

Un esempio: studiando il problema dell'aborto ebbi l'impressione che la decisione della Corte - io non ero alla Corte nel 2002 - richiamasse qualcosa che già conoscevo. Cercai il fascicolo con il materiale preparatorio della sentenza 18 febbraio 1975 n. 27, e vi trovai il testo della decisione *Roe vs. Wade* della Corte Suprema americana del 1973, riportato sia nella sua versione inglese, che nella sua traduzione italiana. Quindi è chiaro che nel processo decisionale che ha portato a quella sentenza italiana, la sentenza *Roe vs. Wade*, abbia giocato un ruolo importante, nonostante l'assenza di riferimenti diretti.

Vi sono anche aspetti più minuti che andrebbero studiati. Nel libro pongo l'interrogativo se sia significativo che il *Bundesverfassungsgericht* abbia una biblioteca tre volte più ricca di libri della biblioteca della Corte costituzionale italiana, con uno stanziamento tre volte superiore<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> P. Pederzoli, *La Corte costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2008.

<sup>5</sup> M. Volcansek, *Constitutional Politics in Italy: The Constitutional Court*, Houndsmills, Basingstoke, UK, Macmillan Press, New York, St. Martin's Press, 2000.

<sup>6</sup> A. Scalia, *The Dissenting Opinion* (1994), riprodotto in *Global Constitutionalism*, Yale Law School, 2008, p. 1-42.

<sup>7</sup> M. Libertini, *La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, in "Mercato Concorrenza Regole", n. 3, dicembre 2014.

<sup>8</sup> S. Cassese, *Sul funzionamento della Corte costituzionale*, Documento interno del 2008 pubblicato in Id., *Dentro la corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2015, pp. 269-274.

La Corte italiana ha rifiutato la donazione della biblioteca di Costantino Mortati e di quella di Antonino di Stefano (se la vastissima biblioteca alla Corte dei Conti è una delle più ricche biblioteche amministrative italiane ciò è avvenuto sicuramente per suo merito).

Questi elementi contano ed è questo il motivo per cui ho concluso il mio diario con quel passaggio tratto dalla *Winterreise* di Schubert. Mi sono sentito per tutto il tempo “dentro” e “fuori” la Corte. Dentro la Corte perché sono stato l'unico giudice che, per nove anni, è entrato tutti i giorni alle otto e cinquanta alla Corte per uscirne alle 19.30-20. Valerio Onida ha detto o scritto che, tornando da Milano, si rendeva conto che c'erano stati colloqui - a due o a tre - tra i giudici, perché il processo di decisione non si esaurisce nella Camera di Consiglio: questa è la conclusione, il precipitato terminale di un processo di convincimento e discussione. Nello stesso tempo, mi sono sentito fuori perché mi indigna dover constatare che la mia biblioteca - la mia personale biblioteca - sia più ricca degli ultimi libri usciti sulle corti costituzionali nel mondo di quella della biblioteca della corte costituzionale.

In conclusione, dobbiamo liberarci di questa idea per la quale la Corte parla con le sue sentenze e la cultura giuridica studia solo le singole sentenze. In questo modo, la cultura giuridica rimane incapace di comprendere gli orientamenti complessivi della giustizia costituzionale. E si finisce per confermare la tendenza secondo la quale quelli che sanno non parlano e quelli che parlano non sanno.

Mi chiedo se due libri storici pubblicati di recente in Francia, quello di Frédéric Audren e Jean-Louis Halpérin sulla storia della cultura giuridica francese<sup>9</sup>, e, quello, recentissimo, di Jean-Michel Blanquer e Marc Milet su *L'invention de l'Etat*<sup>10</sup>, data la nostra mancanza di dati, potrebbero essere scritti oggi in Italia.

L'ultimo argomento è quello riguardante i rapporti della Corte con le altre corti e con il mondo esterno. Potrebbe la Corte costituzionale italiana, potrebbero in generale le corti, essere più attente a quello che accade in altri ordinamenti, non essere prigioniera del diritto positivo del loro proprio ordinamento, ampliare lo sguardo, come facevano gli studiosi del diritto naturale? Potrebbero partecipare di più a quello che viene chiamato solitamente il “dialogo fra le corti”, una espressione coniata da una scienziata politica americana, Anne-Marie Slaughter, che oramai è entrata nell'uso e che copre una varietà di rapporti di tipo diversissimo?

Per l'ultima sessione dei *Law Lords* prima della costituzione della Corte Suprema del Regno Unito, fu organizzato un seminario di studi a cui fui invitato, insieme con una decina di altri giudici, tra cui il *Chief Justice* della Corte Suprema americana. Assistemmo all'ultima sessione solenne dei *Law Lords* nella *House of Lords*. Poi si svolse una discussione, tra l'altro anche sul ricorso al diritto straniero. Sostenni la tesi dell'apertura, ma Roberts mi oppose l'argomento: quale diritto straniero? Uno a tua scelta, quello inglese o quello nigeriano? È un

<sup>9</sup> F. Audren, J. L. Halpérin, *La culture juridique française, Entre mythes et réalités XIXe-XXe siècles*, Paris, CNRS éditions, 2013.

<sup>10</sup> J. M. Blanquer, M. Milet *L'invention de l'Etat. Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne*, Paris, O. Jacob, 2015.

argomento che fa presa su chi non riconosce che esistono tradizioni costituzionali comuni, espressione che è addirittura scritta nei trattati dell'Unione europea, nell'ambito delle quali noi tutti lavoriamo.

Errato è anche l'argomento che le corti sono organi *re-active* e non *pro-active*, debbono giudicare solo sulla base degli argomenti offerti. Nella realtà, vi è un intenso dialogo tra le corti, fatto di incontri, discussioni, scambi di esperienze. Nei miei nove anni, ho avuto, in veste ufficiale o personale, ogni anno da quattro a sei incontri con giudici di altre corti costituzionali. Ed è evidente che questi hanno fornito elementi che sono poi penetrati nella giurisprudenza.

Per quanto riguarda il peso del contesto italiano, Maria Rosaria Ferrarese parla giustamente di condizione di infermità permanente. Questo è il vero problema della corte costituzionale: di dover trattare in modo razionale testi dominati dalla provvisorietà ed irrazionalità. E quindi dover giudicare leggi nazionali e regionali redatte come se la Costituzione non fosse stata mai scritta.

Si è qui discusso, con domande a me dirette, dei rapporti tra aristocrazia ed elettocrazia. Confesso che se dovessi scrivere oggi, spinto dall'esperienza della Corte, un altro libro, lo dedicherei al tema dei limiti della "democrazia" e delle "aristocrazie". Quali possono essere e come sono configurate nei nostri ordinamenti le aree libere dall'influenza di quella che chiamiamo democrazia o "elettocrazia" e come sono conformate le zone in cui prevalgono principi diversi ed anzi opposti (merito, giustizia)?

Mi soffermo, per fare un esempio, sul limite del potere redistributivo della Corte, emerso nella recente decisione riguardante le pensioni. Il Parlamento può, quando decide di bloccare la perequazione delle pensioni, adottare misure compensative a favore di altri soggetti sfavoriti, quali i giovani. La Corte può fare solo una cosa: ridare ai vecchi.

Nel passato la Corte è stata molto attenta alle implicazioni distributive delle proprie decisioni, perchè consapevole di poter agire solo su un lato. Questioni importanti sono state rinviate e hanno fatto poi oggetto di trattative con Parlamenti e governi, perchè questi correggessero e rivedessero, senza dover costringere la Corte a intervenire con l'accetta.

Ecco la mia domanda - e qui vorrei concludere - : come possono svolgere le due funzioni l'elemento democratico e l'elemento aristocratico? Quali sono le aree del nostro sistema politico in cui ciascuna delle due componenti deve astenersi dall'intervenire o limitarsi nell'intervenire? Quali sono le aree in cui debbono entrare? E come si debbono reciprocamente influenzare?