



A. DI MARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, Jovene Editore, Napoli, 2016, pp. 577\*

In apertura del volume, nella sua introduzione, l'Autrice precisa che il proprio lavoro di ricerca circa l'istituto dell'opinione dissenziente adotta un punto di vista che prende le mosse dalla «consapevolezza di un'assenza e la valutazione di una presenza». La prima fa riferimento alla mancata introduzione dell'opinione dissenziente nell'ordinamento italiano, seppur al netto di un lungo e vivace dibattito dottrinale; la seconda è rivolta all'analisi dei fondamenti teorici e prassistici che consentono di apprezzare gli sviluppi e gli effetti della *dissenting opinion* – nelle sue molteplici forme – all'interno di quegli ordinamenti che invece la accolgono.

In realtà la riflessione è avviata attraverso un primo capitolo di storia del diritto, cui fa da ideale spartiacque la rivoluzione francese. Viene messo in evidenza come sia esistita una tradizione giuridica europea prerivoluzionaria non ostile a forme più o meno esplicite di espressione del dissenso da parte dei giudici, pur prediligendo il radicarsi in sistemi che prevedevano l'obbligo di motivazione della sentenza, come ad esempio le rote romana e fiorentina od i senati di Nizza, Savoia e Piemonte. Sotto tale profilo si prende in considerazione, contestualizzandolo, il filone di studi gorliano, che ha dimostrato come «in certi periodi i parlamenti e i [...] senati costituirono dei centri di resistenza al potere del principe», specie sotto l'egida dei principi giusnaturalistici. Contemporaneamente i *Parlements*, in possesso di funzioni sia normative che giurisdizionali, venivano attaccati dall'ideologia illuministica soprattutto a causa del segreto delle loro procedure interne. Tale fattore perpetuava, in capo ai *Parlements*, una concezione sacerdotale del diritto, che attraverso l'elemento della segretezza legittimava privilegi ingiustificabili ed una giurisprudenza non imparziale schermandosi dietro gli *arcana juris*.

Tuttavia gli sviluppi progressivi dell'ideologia illuministico-rivoluzionaria, sulla scorta della separazione dei poteri montesquieana e in ossequio alla concezione della volontà

---

\* Contributo sottoposto a *peer review*.

generale di J. J. Rousseau, portarono tanto alla netta definizione ed assegnazione dei poteri tra gli organi dello Stato quanto all'affermarsi di un modello burocratico-funzionario di giudice, secondo una concezione che vedeva con sfavore l'attività interpretativa di quest'ultimo. Sancendo la centralità del legislatore nel sistema, la legge, generale ed astratta, andava non soltanto applicata meccanicamente secondo lo schema sillogistico – con evidente disagio per l'espressione di una opinione dissenziente – ma doveva anche venire sistematizzata, raccolta e resa omogenea. In quest'ottica si inserisce l'attività di codicizzazione napoleonica, tesa a rafforzare l'identità statale e le sue nuove istituzioni, conformandosi all'idealtipo weberiano della legittimità razionale-legale, almeno nel contesto continentale.

La diversa strutturazione del processo inglese ha invece accompagnato sin dagli albori la pronuncia di opinioni *seriatim*, in connessione con un'idea dell'indipendenza del giudice differente da quella del *continental law*. La compattezza sociale e professionale del ceto giudiziario inglese è uno degli elementi tipici della stratificazione storica del *common law*, specie con riguardo all'aspetto della protezione dei diritti, che rappresenta uno dei cardini del costituzionalismo inglese. La questione investe anche una concezione della sentenza che è rivolta alla migliore definizione della controversia concreta alla luce delle prove offerte, piuttosto che alla ricerca di una verità univoca. Tale concezione, oltre a ribadire il carattere *adversarial* del *trial* di *common law*, meglio si presta alla enunciazione di opinioni in serie su di un medesimo caso, contemplando le *opinions* nella qualità di espressioni delle singole personalità di giudici inamovibili, divenuti tali al culmine della propria attività professionale e la cui indipendenza ed imparzialità non sono in discussione. Come ha del resto sottolineato Dicey, i principi costituzionali «sono il risultato di decisioni giudiziali che definiscono i diritti degli individui in casi particolari portati dinanzi alle corti», valorizzando così la connessione fra indipendenza formale dei giudici e funzione sostanziale di garanzia svolta dalle corti, abbinando *rule of law* e *parliamentary sovereignty* come fondamenti della costituzione inglese.

L'orientamento britannico più recente rispetto all'impiego delle opinioni dissenzienti è essenzialmente influenzato, per l'autrice, da tre fattori: *in primis* il tendenziale accantonamento dell'oralità in favore della scrittura, specie nella fase di emissione della sentenza; poi l'*incorporation* della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), attraverso l'approvazione dello *Human Rights Act* del 1998; in ultimo la creazione nel 2005 della *United Kingdom Supreme Court*, cui sono state trasferite le funzioni giudicanti dell'*Appellate Committee* della *House of Lords* e quelle, relative alle questioni connesse al processo di devoluzione, del *Judicial Committee* del *Privy Council*.

La confluenza del diritto inglese in quello delle Tredici Colonie americane, all'indomani della Dichiarazione di Indipendenza e della Costituzione del 1787-1789, non preclude tuttavia a un'evoluzione del tutto peculiare della *dissenting opinion* negli Stati Uniti.

Analizzata nel secondo capitolo, e proprio perché ponderata all'interno del dinamismo costituzionale statunitense, lo sviluppo dell'opinione dissenziente viene descritto in corrispondenza di cangianti contesti storico-giuridici (permeati, comprensibilmente, dalla politica) e convenzioni costituzionali.

Una delle caratteristiche interessanti del volume è di inquadrare la traiettoria dell'opinione dissenziente, negli ordinamenti specificatamente analizzati, ricorrendo a tre coordinate teoretiche in rapporto dialogico fra loro:

- a) una ricostruzione dell'essenziale dibattito dottrinale che soggiace al tessuto giuridico del paese in esame;
- b) l'individuazione di figure e momenti che siano esemplari per tratteggiare gli sviluppi dell'opinione dissenziente;
- c) la casistica più rilevante, tesa a materializzare le direttrici evidenziate, contestualizzandola negli stadi per cui transita naturalmente ogni sistema giuridico.

Così, per accompagnare le trasformazioni dell'opinione separata nelle diverse organizzazioni statuali, l'autrice si avvale di alcune illustri personalità della rispettiva storia costituzionale. È il caso, *ex multis*, di Johnson, Holmes, Brandeis e Scalia per gli Stati Uniti, ad esempio, per i quali più che di biografie forse si può parlare di ritratti costituzionalistici, nel senso di illustrarne il peculiare contributo in ordine al tema cardine del libro. Vengono interpretate le diverse *judicial philosophies* caratterizzanti tali figure di spicco, ricostruendo efficacemente le tradizioni e le traiettorie della Corte Suprema sin dall'inizio della sua azione, nel 1790. In tal modo è possibile cogliere nell'ordinamento statunitense la massima vitalità dell'opinione dissenziente, rintracciando molteplici passaggi cruciali della storia costituzionale come la tensione fra federalisti e repubblicani, i momenti di protagonismo della *opinion of the Court* oppure l'avvicendamento fra la *norm of acquiescence* e la *norm of individual expression*, sino ad una delle conseguenze possibilmente più eclatanti del dissenso, ovvero l'*overruling*.

Emerge come il graduale passaggio da una concezione dichiarativa del diritto ad una più creativa sia stato ampiamente sostenuto dal robusto e continuativo impiego dell'opinione dissenziente, in grado di accompagnare il mutamento giuridico assecondando il rinnovamento della società. Senz'altro il mandato sostanzialmente vitalizio (*during good behavior*) della carica di giudice della Corte Suprema ha favorito l'alto tasso di autorialità e personalizzazione dell'opinione separata, consentendo l'affinamento e la solida elaborazione di caratteristiche giurisprudenziali originali. L'opinione dissenziente diventa in tal modo una chiave di lettura per penetrare l'evoluzione costituzionale statunitense da Marshall a Scalia, per citare i poli opposti del *continuum* proposto dall'autrice.

Nella famiglia giuridica di *civil law* sono analizzate due coppie di sistemi idealmente contrapposte nella concezione dell'opinione dissenziente, ovvero Germania e Spagna da

un lato ed Italia e Francia dall'altro, almeno nel senso che, a differenza della prima coppia, la seconda non concede la possibilità della posizione separata del giudice. Il modello accentrato di giustizia costituzionale, comune agli ordinamenti summenzionati, fa riferimento alla soluzione kelseniana, particolarmente concretizzatasi nel continente europeo nelle carte costituzionali pluralistiche del secondo dopoguerra, successive a paradigmi autoritari.

In Germania, dopo due tentativi falliti per introdurre l'opinione dissenziente tra il 1949 ed il 1950 (in sede di approvazione della legge sul *Bundesverfassungsgericht*) e tra il 1960 ed il 1961 (nell'ambito della legge sull'ordinamento giudiziario), fu merito della comunità dei giuristi se nel 1970 venne accolto nell'ordinamento il *Sondervotum* (che è l'espressione processuale dell'opinione dissenziente, mentre il termine *abweichende Meinung* è riferibile al mero contenuto). In quegli anni la società tedesca ripensava sé stessa sotto la spinta di forze tese a rinnovare le proprie istituzioni nella direzione della trasparenza e dell'apertura, proprio mentre si verificava (1966-1969) la prima esperienza di *Große Koalition*. Significativamente, gli anni '60 del XX secolo costituiscono anche per Francia e Italia due intensi momenti di riflessione per i giudici delle leggi, nel solco della apertura ad una maggiore partecipazione. La V repubblica francese attraverso l'ingrandimento del *bloc de constitutionalité* e la concessione della *saisine* alle minoranze parlamentari; in Italia in virtù sia del celebre questionario di *Democrazia e Diritto* – i cui risultati, largamente favorevoli all'istituto dell'opinione dissenziente, furono pubblicati nelle annate 1963-64 – sia sulla scorta delle riflessioni di Mortati.

Meritevole di riflessione è l'aspetto per il quale in questa galassia di ordinamenti europei, sostanzialmente venuti fuori faticosamente da esperienze autoritarie se non a tendenza totalitaria, le corti costituzionali abbiano dovuto raccogliere la sfida della legittimazione all'interno del sistema, specie in considerazione della elezione non popolare ma secondo le rispettive procedure costituzionali, coinvolgenti attori differenziati fra i vari ordinamenti. La cultura giuridica diventa allora un'istanza di normalizzazione o di polemicità, secondo uno schema che interpreta la lacerazione dell'unitarietà del giudizio (peraltro spesso apparente e semplicemente formale) come un'insidia per la tenuta dell'equilibrio dei poteri dello Stato. Alla maturazione della cultura giuridica partecipano diversi fattori in grado di incentivare o scoraggiare l'adozione dell'opinione dissenziente, che possono denunciare – è il caso mortatiano – il rischio di una deriva partitocratica ostile all'apertura di nuovi spazi di discussione oppure, in Francia, l'ancoramento a tradizioni giuridiche più resistenti, come la duratura concezione del principio del segreto delle deliberazioni o lo stile stesso della sentenza transalpina.

In tal senso il contesto del giudice tedesco appare più protetto ed immunizzato dalle sollecitazioni politico-ideologiche, circostanze che hanno sorretto l'autorevolezza del Tribunale costituzionale federale, integrandolo felicemente nel regime, anche in

considerazione di un impiego dell'istituto dell'opinione dissenziente votato alla prudenza, almeno in termini quantitativi.

Il *Tribunal constitucional de España*, impiantato nella cornice della terza ondata di democratizzazione con la Costituzione del 1978, prevede la possibilità del *voto particular* nell'ottica di un superamento del modello di opinione dissenziente già previsto tra il 1933 ed il 1939, con esiti in chiaroscuro, dal *Tribunal de Garantías Constitucionales* nella Seconda Repubblica. Il giudice delle leggi spagnolo si è rivelato un organo centrale per l'assestamento costituzionale dell'ordinamento dopo la fine del franchismo, garantendo con successo la preservazione dell'equilibrio fra le istituzioni statali ed a legittimarsi presso l'opinione pubblica: in una prima fase, la preoccupazione centrale del Tribunale spagnolo è stata quella di precisare a più riprese i propri limiti funzionali, per non incorrere nell'accusa di sostituirsi al legislatore; tuttavia la prassi recente, che è intervenuta in *cleavages* sociali assai significativi come ad esempio la questione degli statuti delle autonomie o il matrimonio fra omosessuali, ha riflesso un notevole tasso di conflittualità sul Tribunale, spaccato al suo interno circa argomenti per definizione dall'elevato coefficiente di divisività. Circostanze che, lungi dall'intaccare la valenza specifica dell'opinione dissenziente, ne hanno semmai sottolineato il rilievo euristico, proiettando ad alto livello nell'arena pubblica le diverse voci che compongono la comunità politica spagnola.

Lecito soffermarsi brevemente sulla riflessione circa le opinioni separate presso le Corti europee. Se la matrice della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) è rinvenibile nella Corte internazionale di giustizia (CIG), per quanto concerne la Corte di Giustizia dell'Unione europea il modello di riferimento è il *Conseil d'État* francese. Riguardo quest'ultima, la figura dell'avvocato generale presso la Corte è ispirata all'omonimo francese, ma su di un livello diverso: uno agisce in seno ad una istituzione chiamata ad applicare un diritto sovranazionale; l'altro presso la più alta autorità amministrativa francese, concepita per garantire l'osservanza del diritto interno. Inoltre, considerando che la Corte di Lussemburgo fu istituita nel 1957, la pubblicità dei dissensi interni avrebbe, per un verso, ingenerato dubbi interpretativi relativamente ad un ordinamento di tipo "nuovo" come quello comunitario, per un altro avrebbe corso il rischio di incentivare comportamenti non virtuosi da parte di quegli Stati membri che si fossero trovati in disaccordo con una decisione.

Diversamente, la CEDU è stata dotata delle opinioni separate sin dalla sua istituzione nel 1950. L'azione dell'opinione dissenziente nella Convenzione è soprattutto valutata nella duplice capacità di fondare un *consensus standard* fra le parti, chiarificando le traiettorie di protezione dei diritti, e di contestualizzare le tradizioni costituzionali nazionali in materia. Mentre si sottolinea la funzione di mediazione offerta dal giudice nazionale fra l'ordinamento di riferimento e la Convenzione, allo stesso tempo i giudici nazionali dimostrano di affrancarsi dalla pressione dei governi del proprio paese, in virtù

dell'adozione di un approccio pluralistico ed integrato nel tema della salvaguardia dei diritti.

La ricchezza e varietà delle argomentazioni proposte, oltretutto assistite da una bibliografia importante e da un interessantissimo parco di note, vengono fatte dialogare nel capitolo conclusivo, dalla caratura propriamente comparatistica. Le questioni che l'autrice definisce «trasversali» attengono ad un ampio spettro di influenze che l'opinione dissenziente può esercitare nel sistema, dalle interazioni fra questa e le teorie sull'interpretazione e l'argomentazione al collegamento fra l'opinione separata e lo stile delle sentenze. Inoltre si analizza la difficile compresenza di consenso e voto nel procedimento decisionale delle corti od il bilanciamento fra principio di trasparenza e libertà di espressione del giudice in ordine alla facoltà di esprimere *dissenting opinions*.

Spicca in ogni caso la contiguità ideologica dell'autrice alle tesi häberliane, almeno nella enfattizzazione del concetto di cultura costituzionale, connesso tanto alla cultura giuridica quanto allo spazio pubblico, ma al contempo distinto da questi. La compenetrazione di elementi oggettivi e soggettivi nella cultura costituzionale contribuisce a rappresentarla come un'area semantica che è tanto più articolata ed espressiva quanto più viene discussa, approfondita e confrontata, anche in maniera conflittuale. In quest'ottica appare convincente la prospettiva per la quale l'introduzione o il rifiuto dell'opinione dissenziente si coniughi con due rappresentazioni idealtipiche dell'uomo, e quindi del giudice: una fiduciosa ed ottimista nella responsabilità ed indipendenza del giudice, in grado di rapportarsi costruttivamente con una società policroma e partecipe; l'altra, chiusa e pessimista nella difesa ad oltranza dei propri margini di autonomia, minacciati da forze sociali frammentate e bellicose.

Michele Crisafi