



NOMOS
Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

CORTE COSTITUZIONALE E CORTI EUROPEE*

INDICE

- [Paolo Carnevale, *Dialogando con Giuliano Amato in tema di dialogo fra Corti*](#)
- [Massimo Luciani, *La difficile linea di confine*](#)
- [Guido Melis, *La tecnica e il meticcio*](#)
- [Giuliano Amato, *La Corte e le Corti. Riflessioni dall'interno*](#)

* A proposito del volume di Giuliano Amato, *Corte costituzionale e Corti europee, Fra diversità nazionali e visione comune*, con la collaborazione di Benedetta Barbisan, Bologna, Il Mulino, 2017, pp. 126. Tavola rotonda svolta a Roma, Sala delle Lauree della ex Facoltà di Scienze Politiche, il 25 settembre 2017.

Dialogando con Giuliano Amato in tema di dialogo fra corti

di Paolo Carnevale*

SOMMARIO: 1. Il genere letterario del volume – 2. Il genere letterario della presentazione – 3. La Corte costituzionale italiana e la riflessione sulla costruzione del *decisum* – 4. Il dialogo fra Corte costituzionale e Corte EDU: il tema del parto in anonimato e la “convergenza parallela” dei reciproci approdi giurisprudenziali – 5. Nel dialogo entra in scena anche la Corte di Giustizia: la questione del processo contumaciale e il mancato utilizzo del canone della massimizzazione delle tutele ex art. 53 CDFUE.

1. Il genere letterario del volume

Comincio col rivelare l’esperienza occorsami durante la lettura del libro oggi al centro della nostra attenzione. Dico subito – prevenendo qualche cattivo pensiero, che pure a tutta prima potrebbe avere qualche buon motivo dalla sua – che non si tratta di espediente retorico, né di operazione di mestiere, quanto invece del racconto di una personale vicissitudine la cui comunicazione, per le ragioni che esporrò, ben si colloca in apertura di questa mia presentazione.

E l’esperienza è presto detta.

Mi è accaduto che, man mano che scorrevano le pagine dello scritto, nella mia mente è cominciato ad affacciarsi a più riprese – quasi fosse una sorta di *refrain* – il ricordo di un passo posto in chiusura del capitolo XIII del Vangelo secondo Matteo, a conclusione del discorso parabolico lì riportato, nel quale si afferma che:

“Ogni scriba divenuto discepolo del Regno è simile ad un padrone di casa che estrae dal proprio tesoro cose nuove e cose antiche”.

La cosa, pur singolare, mi è parsa subito assai chiara.

Quello appena citato, infatti, è un *loghion* che, di là dalla evidente distanza di piano e di merito, esprime abbastanza bene quella che – a mio parere – è la cifra stilistica complessiva del volume di Giuliano Amato. Giacché, come lo scriba evangelico è in grado di trar fuori dal proprio tesoro cose idonee a soddisfare palati assai diversi – di conservatori come di progressisti; di amanti della tradizione e di decisi innovatori – così anche questo libro è capace di fare altrettanto con i propri lettori.

Mi spiego.

Quello che abbiamo dinanzi è un lavoro che ha una dichiarata origine didattica: il volume raccoglie il contenuto di alcune lezioni tenute dall’Autore a studenti dell’Università di Macerata e – come si dice nell’avvertenza iniziale – non «ha lo stile, né le cadenze dei lavori accademici», essendo frutto di un’oralità che senza mediazione si fa scrittura, trattandosi di

* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso l’Università degli Studi di Roma ‘Roma Tre’.

testo non rivisto in funzione della pubblicazione. Ed è anche vero che lo scritto presenta un certo taglio didascalico-esplicativo, dovuto del resto alla natura di un uditorio fatto non solo da studenti, ma – come si precisa ancora nell'avvertenza – da studenti neppure tutti avvezzi ai temi della giustizia costituzionale. Cionondimeno – e si potrebbe dire ad onta di questa sua genesi e di questa forma – quanto vi si legge è in grado di fornire spunti e sollecitazioni capaci di stimolare e soddisfare il palato, non solo dello studente, ma anche dello studioso.

Vi si trovano, invero, come nel tesoro dello scriba, cose per gli uni – gli studenti – e cose per gli altri – gli studiosi – o meglio: cose che sia gli uni che gli altri possono al loro modo decifrare e metabolizzare a proprio uso e a propria convenienza.

Se mi si permette una seconda citazione eccentrica – prometto che è l'ultima – quanto appena osservato richiama alla mente ciò che è mirabilmente scolpito sul frontespizio del primo libro del Clavicembalo ben temperato di Johann Sebastian Bach, opera anch'essa nata in funzione didattica, specificamente per l'insegnamento della tecnica della tastiera, eppure divenuta nel tempo miniera ricchissima di indagine e studio per musicisti e musicologi. Ebbene in quel frontespizio si legge che il lavoro è destinato «all'uso e godimento di tutti i giovani desiderosi di imparare e in particolar modo per lo svago di quanti sono già abili in questi studi». Insomma, musica suonata per acquisire abilità, per i primi; musica suonata per il piacere (oltre che per l'accrescimento dell'abilità posseduta), per i secondi.

Quella di parlare a studenti, attraendo anche studiosi, è un'arte difficile, tutta giocata sul delicato equilibrio per cui l'attenzione dello studioso va attirata senza scoraggiare quella dello studente – destinatario primo della comunicazione – la cui cattura, però, non deve spingere la trattazione verso una dimensione che finisca per demotivare il primo, spegnendone la molla dell'interesse.

Ebbene, a mio parere – e di questo cercherò di dar conto nel prosieguo di questo mio intervento – questo libro reca l'impronta di questa arte difficile ed anzi ne rinverdisce i fasti, ponendosi nel solco di una tradizione che anche nell'ambito degli studi costituzionalistici vanta non pochi fulgidi esempi – per stare solo ad esperienze maturate fra le mura dell'Ateneo che ci ospita, mi sovviene il caso delle (auree) “Lezioni di diritto costituzionale” di Vezio Crisafulli o quelle (non meno auree) sulle forme di governo di Costantino Mortati.

Questo, a mio modo di vedere, è tanto più importante oggi, in un'epoca contrassegnata da una accentuata divaricazione fra trattazione didattica e trattazione scientifica, le quali – complice un processo di progressiva semplificazione che ha interessato la manualistica universitaria a far tempo dalla riforma degli ordinamenti didattici dei primi anni duemila – tendono per lo più (salve ovviamente lodevoli eccezioni) ad atteggiarsi ormai ad espressione di generi letterari e universi concettuali abbastanza distinti (e distanti): l'una, risultando tendenzialmente improntata a quella logica prevalentemente descrittiva e alla propensione per la dimensione non problematica che l'altra invece rigetta.

Prova ne sia il fatto, a mio avviso significativo, che mentre un tempo (quantomeno nelle materie che frequento) non era certo strano né singolare che negli studi scientifici si

ricorresse alla citazione di manuali, oggi invece una simile prassi sembra decisamente in declino – merce rara, si potrebbe dire – nonostante il deciso incremento delle opere manualistiche in circolazione. Due dimensioni parallele che stentano a nutrirsi reciprocamente, se non proprio a parlarsi.

Invero, dinanzi ad una simile linea di tendenza che sembra riflettere l'esistenza di un pericoloso vallo nella osmosi fra didattica e ricerca, il volume di Giuliano Amato va, già solo per questo, salutato con interesse e particolare favore.

2. Il genere letterario della presentazione

Vengo, a questo punto, alla riflessione di merito e quindi ai contenuti del volume che vorrei qui passare in esame in modalità dialettica, entrando cioè in discussione con l'Autore e con le posizioni espresse nel volume, allo scopo di dar conto della molteplicità di spunti e sollecitazioni ricevute dalla lettura. Ne soffriranno, certo, la completezza e l'organicità della presentazione; spero che, per converso, ne possa beneficiare la vivacità e l'efficacia della trattazione.

La mia sarà pertanto una presentazione “a partire da”, frutto di quella che per uno studioso è l'esperienza migliore si possa fare nel leggere: ricevere stimoli per ragionare e per elaborare una riflessione promossa dalle cose lette. In questo il libro si fa occasione maieutica: consegna di pensiero in grado di generarne altro. È quanto cercherò di mostrare.

3. La Corte costituzionale italiana e la riflessione sulla costruzione del *decisum*

Nel primo dei tre saggi che compongono il volume – dedicato alla modalità di lavoro del nostro giudice costituzionale e di interazione con le Corti europee – un ruolo assolutamente centrale ha il tema della motivazione delle decisioni della Corte costituzionale e, più in generale, della costruzione del *decisum*.

Il discorso sulla motivazione delle pronunzie costituzionali – intesa, questa, nella sua duplice dimensione: *endoprocessuale*, di supporto giustificativo della decisione ed *extraprocessuale*, di leva per il controllo e, al contempo, fattore di legittimazione della decisione (o forse dovrebbe dirsi, al pari, del decidente) – è inizialmente proposto valorizzando soprattutto questo secondo profilo, incanalando la riflessione nel solco della tematica dei controlli esterni cui van soggette le decisioni della Corte, sia da parte dei chierici (“di chi conosce” le regole giuridiche), sia dinanzi alla pubblica opinione (intesa come «opinione più larga, fuori dalla cerchia dei tecnici e degli esperti»).

Qualche parola sul punto.

Quanto al primo controllo, viene da osservare che esso dà luogo ad una forma di scrutinio di tipo elitario-sapientziale, assegnato alla c.d. “dottrina” ed espressione del ceto dei giuristi, nel quale si registra evidentemente la comunanza di genere letterario, bagaglio concettuale e forma del ragionare fra “controllore” e “controllato”, i cui assunti appaiono egualmente

improntati alla logica dell'«argomentazione razionale finalizzata alla persuasione». Se ne dovrebbe ricavare una relazione di interlocuzione fra dottrina e giurisdizione costituzionale destinata a tradursi in un rapporto di mutua alimentazione che, tuttavia, mai negato in astratto, non è assolutamente facile accertare in concreto, laddove si tratti di valutare, in particolare, il ruolo della prima quale formante della seconda. Come anche studi recenti hanno mostrato, l'assenza di indici ufficiali e il ricorso ad incerte fonti indirette o implicite rende l'analisi assai difficoltosa e gli esiti abbastanza incerti.

Mi permetto, però, sul punto una notazione: all'inizio della mia attività di studio della giurisprudenza costituzionale, nei primi anni ottanta dello scorso secolo, ricordo quanto preziosa fosse per il giovane annotatore delle sentenze della Corte la consultazione delle ricerche preparatorie elaborate dagli assistenti di studio. E la preziosità stava tutta nel fatto che in quelle pagine veniva offerto un ricco e articolato quadro della dottrina e della giurisprudenza rilevanti per il tema oggetto della pronuncia; quadro che si presentava come un dittico formato da due tavole sostanzialmente di egual misura. Ebbene, sfogliando oggi una ricerca preparatoria quello che mi colpisce è il profondamente mutato rapporto fra le due tavole per l'evidente preponderanza della rassegna giurisprudenziale su quella dottrina, quasi ad esemplare – questa è la sensazione – una egemonia del punto di vista interno su quello esterno rappresentativa di una sorta di rivendicazione di alterità dei giudici costituzionali.

Per quanto concerne, poi, il più ampio controllo (diffuso) della pubblica opinione, di là da ingenuità quanto irrealistiche ipotesi di occhuto scrutinio *ex post* operato dalla *communitas civium*, c'è da dire che esso si atteggia a sindacato mediato dalla lettura (asseritamente) disinteressata della decisione da parte dei mezzi di informazione e da quella (maggiormente) interessata delle forze politiche, il quale ha talvolta portato a forme di reazione critica che, se di regola non hanno partorito granché ove incanalate nella via dello scontro frontale e della neutralizzazione della sentenza costituzionale, qualche maggiore risultato hanno ottenuto superando il *decisum* della Corte mercé la modifica del parametro costituzionale. Penso, in proposito, ai non troppo risalenti (e assai noti) casi di revisione-reazione che hanno dato luogo alle modifiche degli art. 111 e 51 della Costituzione, in funzione di superamento degli sgraditi approdi giurisprudenziali della Corte costituzionale.

Ad ogni modo – come accennato in precedenza – la riflessione sulla motivazione delle pronunzie di quest'ultima è nel volume inserita nel discorso sul metodo di lavoro del collegio dei quindici e sul processo di edificazione del convincimento che porta ad assumere la decisione. Si tratta di un processo fondato sul confronto dialettico razionale finalizzato alla reciproca persuasione, in cui «se metto sul tavolo un argomento razionalmente forte, esso può essere respinto solo avanzando un argomento razionalmente più forte». È il «valore enorme, gigantesco, profondamente paritario» della collegialità che fa sì che anche l'opinione riuscita minoritaria avrà, quantomeno, avuto il benefico effetto di contribuire alla fortificazione della posizione uscita maggioritaria che, per superarla, avrà dovuto incrementare e rendere più solida la «batteria di argomenti a sostegno della decisione che verrà adottata».

Utilizzando il confronto con la dimensione decisionale politica cui l'A., per esperienza personale, fa esplicito riferimento, si potrebbe dire che dalla *maggioranza generata dal consenso*, tipica della dinamica politico-rappresentativa, si passa qui al *consenso* razionalmente raggiunto *generatore di maggioranza* (o unanimità); dalla maggioranza come esito di una decisione collettiva – come nelle elezioni – o di una appartenenza collettiva – come negli organi politici rappresentativi – alla maggioranza (o unanimità) come approdo per la decisione collegiale. Del resto, questo mutamento di prospettiva spiega altresì l'opposto valore che nei due contesti assume l'unanimità nel decidere: sinistro, nell'una; auspicabile, nell'altra.

Nel volume si respira un sincero quanto convinto favore per il metodo della collegialità che caratterizza il processo decisionale della Corte – «il meno arbitrario» possibile – sino ad arrivare a far trasparire una certa sottile soddisfazione per l'esperienza del mutar di avviso, uscendo dalla camera di consiglio con una posizione diversa (o diversamente fondata) rispetto a quella di partenza. È l'ibridazione delle ragioni e degli argomenti che scaturisce dalla discussione su base dialettico-razionale a far sì che gli argomenti contrari «avanzati via via dagli altri, argomenti ai quali tu a volte non avevi pensato, [...] finiscono per entrare nella sequenza dei tuoi e a volte per cambiarla del tutto, trasformando così l'esito del confronto».

Registro a questo punto, però, la difficoltà del tenere assieme una simile rappresentazione del processo decisionale del giudice costituzionale e il favore che nel saggio in esame si manifesta per l'introduzione della opinione dissenziente, che – si dice – il nostro sistema dovrebbe arrivare a prevedere quale forma espressiva del disaccordo del singolo giudice «con l'orientamento della maggioranza», oggi consegnato a modalità rappresentative in sé abbastanza chiare ma *argomentativamente mute*, come la divaricazione fra giudice relatore e giudice redattore o, più opache ma *argomentativamente più eloquenti*, come il ricorso all'inserimento di *obiter dicta* nelle pieghe della motivazione.

Quello del *dissent* nella pronunzia costituzionale è tema non certamente nuovo nella riflessione nostrana sulla giustizia costituzionale: si potrebbe dire costituisca anzi una *vexata quaestio*, che presenta – come noto – radici che rimontano al dibattito scientifico svoltosi già nei primi anni sessanta dello scorso secolo e che, a più riprese, è stata nel tempo oggetto di considerazione.

Tramontato l'argomento contrario delle origini, legato all'esigenza di non minare l'autorevolezza di un organo di nuovo conio, come la Corte costituzionale, bisognevole di radicamento nel sistema, esso vanta ancor oggi diverse buone ragioni favorevoli o contrarie all'introduzione dell'istituto: dall'effetto di responsabilizzazione del singolo giudice all'affinamento della tecnica argomentativa; dalla trasparenza decisionale alla promozione dell'evoluzione e del dinamismo della giurisprudenza (ma anche della legislazione) – da un verso – dal timore per i rischi per l'indipendenza del giudice all'incentivazione del protagonismo individuale; dalla enfaticizzazione della dimensione polemica nella motivazione alla preoccupazione per l'indebolimento del ruolo dell'organo discendente dalla rappresentazione *ab externo* delle crepe interne al collegio, sino all'effetto di incremento della litigiosità costituzionale – dall'altro.

Non voglio qui entrare nel merito per esprimere una mia posizione personale, quanto piuttosto, in aderenza al genere di questo scritto, interrogarmi circa il grado di compatibilità dell'istituto della *dissenting opinion* con la visione del metodo decisionale collegiale espressa dall'Autore.

Mi chiedo, in proposito: sarebbe questo, ove introdotto, un elemento capace di assecondare (o armonizzarsi in) quella prospettiva o non piuttosto un fattore di attrito?

Temo, al riguardo, che la possibilità di far emergere pubblicamente e formalizzare l'opinione dissenziente da parte del singolo giudice possa costituire una ragione d'ostacolo a quella logica del confronto razionale orientato al reciproco convincimento, di cui s'è ampiamente detto, perché finirebbe per rendere il singolo giudice meno disposto (o disponibile) alla persuasione e alla ricerca del consenso convergente. Non penso tanto al fenomeno del protagonismo individuale, quanto semmai ad un fattore di deterrenza psicologica, ad una tentazione in grado di incidere sull'atteggiamento mentale e sull'approccio al confronto. Insomma, una causa di *competizione* piuttosto che di *coesione* dialettica.

Senza poi dimenticare un paio di considerazioni di contorno.

Per una Corte, come la nostra, con giudici aventi un mandato temporalmente predefinito l'introduzione dell'opinione dissenziente dovrebbe essere accompagnata dalla previsione di una ricca ed ampia rete di ipotesi di incompatibilità a fine carica che, auspicabile a mio avviso anche oggi in assenza del *dissent*, diverrebbe a quel punto assolutamente necessaria. Così come sarebbe forse opportuno fissare una soglia minima di età – ora assente, ma già prevista, come si sa, per altre cariche istituzionali – per ricoprire il ruolo di giudice costituzionale.

A questo si aggiunge anche un'osservazione personale di carattere decisamente più congiunturale. Mi riferisco all'attuale momento storico vissuto dal nostro Paese e, in particolare, alla cultura della divisione che sembra da qualche tempo denotare, permeandolo, il dibattito pubblico. Non voglio certo impegnarmi in analisi che, in questa sede, risulterebbero eccentriche e sin troppo disinvolute, ma più modestamente limitarmi alla notazione circa il fatto che un simile clima temo abbia in qualche misura catturato anche il ceto dei giuristi. Non è certo il divergere negli esiti della riflessione che qui viene in considerazione – che, anzi, è cosa salutare e quasi naturale nel dibattito scientifico: “sul punto la dottrina risulta divisa” è affermazione assai ricorrente in letteratura – ma il pensare in funzione delle preve divergenze.

Ad avermi suggerito il rilievo è stata la recente vicenda referendaria conclusasi alla fine del 2016 con la bocciatura popolare del testo di revisione, riguardante la seconda parte della Carta costituzionale, approvato dalle Camere nell'aprile di quell'anno (c.d. riforma Renzi-Boschi).

Ebbene, quel che mi ha colpito in quella vicenda non è tanto il fatto che l'accademia, ed in specie la specifica categoria dei costituzionalisti, si sia divisa e abbia mostrato contrapposizioni interne assai più pronunciate che in passato ovvero che sia scesa in campo in prima linea nel dibattito referendario, abbandonando la tendenziale unitarietà e il

maggiore riserbo che ne aveva caratterizzato l'atteggiamento in precedenti (analoghi) frangenti. Quel che invece mi ha un po' sorpreso è scoprire qua e là anche fra giuristi eccessi di piegatura partigiana e mancanza di quella presa di distanza dalla contesa in atto che consente, pur nella presa di posizione in favore di una parte, una maggiore obiettività valutativa. Insomma – per essere estremamente sintetico – una certa tendenziale trasformazione dello studioso in avvocato.

Se quanto osservato ha un minimo di valenza e se il segnale colto ha un suo fondamento nella realtà, la scelta di immettere anche all'interno del collegio dei giudici costituzionali un fattore di distinzione come l'opinione dissenziente potrebbe non cadere nel momento giusto.

4. Il dialogo fra Corte costituzionale e Corte EDU: il tema del parto in anonimato e la “convergenza parallela” dei reciproci approdi giurisprudenziali

Sempre nel solco della riflessione sul metodo di lavoro dei giudici costituzionali che attraversa, come un fiume carsico, l'analisi compiuta nel primo saggio, si situano le interessanti considerazioni sul rapporto fra giudice e assistenti di studio: circa la scelta e le caratteristiche di questi ultimi.

Quanto alla prima, l'Autore confessa l'adozione di un criterio di tipo protettivo che credo sia abbastanza diffuso: non avendo «mai fatto il giudice di mestiere in vita mia» – osserva – «ho sentito io stesso il bisogno di mettermi al fianco qualcuno che potesse offrirmi una qualche maturità». Esigenza, questa, del tutto opposta a quella nutrita dallo stesso nell'esperienza parlamentare, in cui l'assoluta padronanza del tema del *drafting* e l'abitudine a maneggiare prodotti legislativi lo avevano spinto a scegliere collaboratori «fra giovani talenti [...] per farli crescere accanto a me».

È qui però che si annida il problema: se il giudice sceglie i propri assistenti «in una cerchia tecnica» col fine di individuare le «persone [...] più adatte di altre ad aiutar[lo] nel lavoro» e se questa scelta è spesso legata alla professionalità di origine del medesimo giudice o agli ambiti di sua competenza professionale, mirando a soddisfare la necessità di colmare lacune discendenti dalla propria formazione – si pensi, ad esempio, al fatto che in un tribunale costituzionale come la nostra Corte, al dato dell'assoluta prevalenza di giudici di estrazione accademica corrisponda quello dell'assoluta prevalenza degli assistenti magistrati – allora evidentemente il rischio che gli attrezzati e maturi assistenti di studio possano surrettiziamente divenire «i veri autori della sentenza, anziché il giudice» e che sia questi «a collaborare con loro nella impostazione e nella stesura della sentenza piuttosto che il contrario» non appare una eventualità del tutto remota. Si prefigura così il pericolo di giudici eterodiretti dai propri assistenti, i quali più ancora che “eminenze grigie” finirebbero per trasformarsi in veri e propri *ghost writers*.

Nel volume si guarda, in proposito, con un certo favore ad esperienze di altri tribunali costituzionali, come la Corte suprema negli Stati Uniti (ma un analogo discorso potrebbe

farsi per il *Bundesverfassungsgericht*), ove l'assistente di studio (c.d. *law clerk*) è in genere reclutato fra giovani neolaureati e può permanere nel ruolo per un arco temporale abbastanza circoscritto, così da immergere la categoria dei *law clerck* in un flusso dinamico di rotazione assai spinto e sterilizzare il paventato timore di un eccesso di condizionamento nei riguardi del giudice. Con «assistenti di studio giovani e ancora in formazione, indubbiamente la distinzione dei ruoli è anche anagraficamente chiara» così come la differenziazione dei compiti rispetto al giudice.

Certo, viene a riguardo da osservare che, se è vero che la normativa interna della Corte, avendo nel tempo eliminato talune limitazioni verso l'alto circa il livello delle funzioni di provenienza degli assistenti di studio, ha di fatto favorito, complice anche la previsione di limiti di durata nel ruolo abbastanza ampi, l'affermarsi della figura dell'assistente di studio "anziano", è altrettanto vero che nulla impedisce al singolo di giudice di perseguire, in una certa misura, la via (per dir così) americana.

A sconsigliarne la scelta gioca forse – provo qui ad ipotizzare, non avendo mai ricoperto né ovviamente la carica di giudice costituzionale, né tantomeno quella di assistente di studio – il timore di un eccesso di indebolimento o il rischio di scopertura nutrito dal giudice di fronte alla ricchezza ed articolazione di una domanda di giustizia costituzionale che, una volta giunta a Palazzo della Consulta, non conosce filtri all'ingresso, né smistamenti interni, nonché alla mole e alla stratificazione della giurisprudenza costituzionale.

Peraltro, credo che nella dinamica del rapporto giudice-assistente, ai fini della potenziale insorgenza di un potere di condizionamento del secondo nei confronti del primo, abbiano un certo peso, oltre a condizioni obiettive, anche fattori di ordine soggettivo legati alla personalità del giudice, oltre che dell'assistente di studio. Come pure ritengo che ad incidere sulla entità del problema e spingere verso una sua più corretta perimetrazione giochino in una certa misura anche la qualità ed il rilievo delle questioni sottoposte, di volta in volta, all'attenzione del giudice costituzionale.

Penso, altresì, che una soluzione organizzativa utile anche al problema che ci occupa possa essere quella di costituire un *pull* di assistenti (sono ormai tre) articolato sul piano delle professionalità originarie – accademiche e giudiziarie – in modo da favorire un moto dialettico interno anche nella presentazione dell'attività propedeutica e nel rapporto col giudice.

Resta, infine, un'ultima considerazione che mi viene suggerita proprio da quanto osservato nel volume circa la modalità costruttiva della motivazione e del *decisum*, di cui abbiamo già ampiamente parlato in precedenza. Se, infatti, a condurre il tutto è il metodo della collegialità basato sul confronto dialettico razionale fra i giudici finalizzato alla reciproca persuasione, mi viene da pensare che questo possa costituire di per sé un fattore di possibile neutralizzazione (limitazione) dell'eventuale potere di condizionamento dell'assistente sul singolo giudice; potere che vedrebbe attenuarsi la sua forza nell'incontro della posizione di quest'ultimo con quelle degli altri giudici, il cui rimescolamento nella competizione a quindici finirebbe per restituire al giudice il necessario spazio di emancipazione. Se si vuole, dal giudice eterodiretto dall'assistente si potrebbe passare al giudice eterodiretto dal collegio

e se anche si volesse pensare ad un collegio in cui si riversano paritariamente le “eterodirezioni singolari” rivolte dall’assistente al suo proprio giudice, il semplice fatto di questo *mix* finirebbe per indebolirle.

5. Il dialogo fra Corte costituzionale e Corte EDU: il tema del parto in anonimato e la “convergenza parallela” dei reciproci approdi giurisprudenziali

Nel secondo e terzo saggio si affronta in modo diretto il tema della interazione fra Corte costituzionale e Corti europee, rimasto invero un po’ ai margini nel primo che vi dedica solo una parte iniziale destinata a rapidamente ricostruire il percorso evolutivo dei rapporti fra Corti e che ora è portato al centro dell’attenzione attraverso l’analisi ragionata di due importanti casi giudiziari: la vicenda *Godelli* riguardante la delicata questione del c.d. parto in anonimato o, meglio, del diritto all’oblio della madre che abbia optato per quella modalità e quella dei diritti dell’imputato nel caso del processo contumaciale culminata nel c.d. caso *Melloni*. Nella prima si registra una interlocuzione fra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo, nell’altra il dialogo si fa più polifonico, aggiungendosi alle prime due (quantomeno sul fronte sovranazionale) anche la voce della Corte di giustizia dell’Unione europea.

Si tratta di casi selezionati in ragione della attualità, crucialità e problematicità delle tematiche evocate che, proprio in quanto «diversamente inquadrati e risolti a seconda delle differenti culture e sensibilità giuridiche», si offrono come terreno ideale per far percepire il carattere «illuminante [...] della giurisprudenza» e cogliere, nella sua complessità, l’«intreccio, il confronto e il dialogo o le resistenze reciproche» fra Corti «chiamate a convergere sulle stesse materie».

Mi soffermo, per ora, sulla vicenda riguardante il parto in anonimato, di cui è offerta nel volume una essenziale quanto brillante ricostruzione del profilo legislativo, come di quello giudiziario nei quali essa si è dipanata, concludendosi con due pronunzie pressoché coeve della Corte EDU e della Corte costituzionale di identica censura nei confronti della disciplina italiana in tema di adozioni (l. n. 184 del 1983, art. 28, comma 7), la quale prevede il diritto intangibile e assoluto di mantenere l’oblio per la madre che abbia optato a suo tempo per il parto in anonimato, anche dinanzi a contrapposte esigenze legate, ad esempio, alla tutela della salute del figlio.

Ebbene, quel che rileva è che la soluzione di condanna cui pervengono le due Corti risulta diversamente motivata, nel senso che la Corte intervenuta per seconda – cioè quella italiana – pur potendolo fare, non si è sostanzialmente avvalsa della sentenza dei giudici di Strasburgo. La declaratoria di illegittimità costituzionale è affermata sulla scorta dell’accertata violazione degli artt. 2 e 3 della Costituzione, ritenendosi invece assorbito il profilo del *vulnus* apportato all’art. 117, comma 1 pel tramite del contrasto con la CEDU. E a decidere dell’incostituzionalità non è l’ingiustificatezza della prevalenza assoluta del diritto alla perennità dell’anonimato della madre sul diritto del figlio alla conoscenza della propria

identità – come nella sentenza della Corte europea – bensì l'irragionevolezza di un diritto che non ammette lo *ius poenitendi*, cioè a dire il diritto di cambiare idea, facendo di quell'originaria scelta in favore del parto in anonimato un che di irreversibile anche a fronte della richiesta del figlio variamente motivata.

Per usare la terminologia propria della tematica del *dissent* giudiziario – cui s'è fatto prima riferimento – la decisione della Corte italiana, ove letta in combinazione con la pronuncia della Corte EDU, sembrerebbe dar luogo ad una sorta, per dir così, di *concurring opinion*: concorso nell'esito, ma non nelle ragioni addotte a sostegno dal giudice europeo.

Vero è che il richiamo all'ordine argomentativo privilegiato dalla Corte di Strasburgo compare nella motivazione della sentenza nazionale, così come il riferimento alla giurisprudenza europea, ma è evidente che si tratta di un che di relegato sullo sfondo. Insomma, se interlocuzione c'è fra le due Corti è una interlocuzione in cui si marca chiaramente la “distanza” piuttosto che la prossimità.

A cosa siamo posti dinanzi? Forse ad un «gioco delle parti in cui ciascuna cerca di uscire dalla partita integra nella sua autorevolezza e senza rischi di subalternità all'altra»? Oppure ci troviamo di fronte ad un effettivo difetto di comunicazione o ad una mancanza di convergenza?

Si tratta, certo, di domande legittime – rileva l'A. – ma in una certa misura «ignare delle circostanze reali che condizionano oggettivamente queste vicende». Invero, a parte il fatto che la convergenza si realizza comunque nell'approdo conclusivo cui pervengono i due giudici, nazionale ed europeo, la situazione di disallineamento nell'assetto motivazionale – si osserva nel testo – va colta ed apprezzata tenendo conto della diversità dei sistemi ordinamentali di riferimento e, in specie, del fatto che il Consiglio d'Europa conta un numero molto elevato di Stati membri – assai di più, ad esempio, dell'Unione europea – e soprattutto molto «diversificati nelle rispettive legislazioni e nei contesti storico-culturali che in esse si riflettono». Il compito – estremamente delicato e complesso – che si propone alla Corte di Strasburgo è quello di «gestire di volta in volta una differenza mentre cerca di costruire una convergenza» con l'ambizione di «sviluppare una giurisprudenza che rimanga autorevole e presa sul serio da un numero così vasto e diversificato di realtà nazionali». Nell'adempiere a questo compito, utilizzando criteri valutativi come “il margine di apprezzamento”, è comprensibile che si registrino difficoltà di sintonizzazione con i giudici costituzionali nazionali che pure concorrono con la prima nella funzione di salvaguardia dei corrispondenti diritti.

Se ne può dedurre che – per usare una celebre espressione del nostro gergo politico – quelle fra le due Corti e le rispettive giurisprudenze sono, sì, convergenze, ma “convergenze parallele”.

Quanto detto sin qui suscita in chi scrive un'ulteriore considerazione circa le ragioni di questo guardarsi mantenendo le distanze.

Parto dall'ovvio dato che le due Corti, di Roma e Strasburgo, sono poste rispettivamente a presidio di una Carta costituzionale che fonda un ordine costituzionale statale e di una

Carta dei diritti contenuta in una convenzione internazionale che fonda un sistema di relazioni fra Stati.

Ebbene, la diversità di quadro di riferimento sistematico, oltre a riflettere difformità di contesto storico-culturale e a comportare che una medesima istanza possa ottenere una distinta considerazione, pel fatto di andare incontro nei differenti ordinamenti – nazionale e convenzionale – ad operazioni di ponderazione idonee a produrre soluzioni diversificate, va a mio modo di vedere apprezzata anche con riguardo alla possibilità di diseguale capacità qualificatoria dei fenomeni che essa reca con sé. Cosa che non sempre viene tenuta nella debita considerazione.

Mi spiego – adeguandomi alla metodologia del volume – richiamando una nota vicenda che ha, a suo tempo, coinvolto entrambe le Corti e che, a mio avviso, può dar conto in modo abbastanza efficace di tale fenomeno divaricante.

Mi riferisco alla questione della esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche: all'uno e all'altro giudice si è posto il medesimo quesito di conformità alle rispettive Carte della previsione della presenza del simbolo religioso nelle scuole, immerso tuttavia in una luce abbastanza diversa. Per la Corte di Roma, quella prospettata – e tuttavia non affrontata per vizi di ordine processuale dell'ordinanza del giudice remittente – è una questione di compatibilità con il principio (supremo) di laicità, sotteso ad una molteplicità di precetti costituzionali; per quella di Strasburgo è invece una questione di rispetto del diritto dei genitori a liberamente educare i propri figli secondo le matrici ideali, religiose e filosofiche prescelte (e del diritto di libertà di coscienza [pensiero, religione] degli alunni). Per Roma (e per l'ordinamento costituzionale italiano) c'è un problema di qualificazione dello spazio pubblico; per Strasburgo, invece, (e per l'ordinamento convenzionale) a porsi è un problema di salvaguardia di diritti individuali.

La partita dinanzi ai giudici europei è stata giocata ponendo tutta l'attenzione sul carattere offensivo – prima decisione della Piccola Camera – o non offensivo – seconda definitiva decisione della Grande Camera – dell'esposizione in aula del crocifisso per la libertà individuale, laddove nei nostri confini il tema prefigurato è parzialmente diverso, ha dimensione obiettiva, ordinamentale e pur implicando la tutela riflessa di posizioni soggettive non ne resta assorbito, non risultando astretto nella prospettiva della relazione si(ng)olo/si(mb)olo.

In estrema sintesi: qui c'è un principio e là c'è un diritto!

Non intendo in questa sede minimamente entrare nel merito, non mi interessa. Quel che qui importa rilevare è la divaricazione dei termini della *quaestio*, frutto, non già, di un fattore accidentale legato alla prospettazione della stessa dinanzi ai due giudici, bensì della logica profonda che intesse i due sistemi di riferimento e che implica conseguenze e soluzioni che possono non poco differire fra loro. Se a venire in primo piano è la salvaguardia dei diritti individuali, nella prospettiva del rapporto singolo/simbolo, allora si può immaginare la correttezza di una definizione del problema rilasciata alle comunità scolastiche, ad esempio (c.d. soluzione bavarese); soluzione che invece risulta impraticabile se a porsi è il tema della qualificazione dello spazio pubblico scolastico.

La logica della salvaguardia del *diritto* individuale si apre ad una disponibilità o flessibilità che la tutela del *principio* non consente: ciò non foss'altro perché la lesione del primo è pur sempre riservata all'apprezzamento del suo titolare che, però, non ha alcuna possibilità di incidere sull'applicazione/non applicazione del secondo, per l'essere, nella specie, la qualificazione dello spazio pubblico scolastico sottratta alla sua personale valutazione.

Tutto questo solo per segnalare come anche il profilo logico delle *rationes* fondative dei sistemi di riferimento possa rappresentare un fattore di disallineamento argomentativo fra le due Corti e le rispettive giurisprudenze; fattore di cui tener conto nel valutare l'eventuale "parallelismo delle convergenze".

6. Nel dialogo entra in scena anche la Corte di Giustizia: la questione del processo contumaciale e il mancato utilizzo del canone della massimizzazione delle tutele ex art. 53 CDFUE

Qualche considerazione conclusiva sul terzo ed ultimo saggio imperniato, come già ricordato in precedenza, sulla «tecnicamente un po' più complicata» tematica relativa al c.d. processo *in absentia* o contumaciale previsto nel nostro ordinamento e sulla relativa vicenda giudiziaria. Quest'ultima si presenta, rispetto alla precedente, come più frammentata, non soltanto per il fatto che il fronte giudiziario europeo si arricchisce della voce della Corte di giustizia dell'Unione europea (che si aggiunge a quella della Corte EDU), ma anche perché ad affollarsi è anche il "cartello" nazionale che vede aggiungersi alla nostra Corte costituzionale la Corte di cassazione, nonché un altro giudice costituzionale: il *Tribunal* spagnolo.

È proprio l'interlocuzione fra quest'ultimo e la Corte di giustizia a costituire il momento culminante e conclusivo dell'itinerario giudiziario esaminato nel testo, noto ai più come vicenda Melloni, dal nome del contumace condannato in Italia per bancarotta fraudolenta con sentenza passata in giudicato, trasferitosi in Spagna e per questo destinatario di una richiesta di estradizione da parte del nostro Paese avanzata sulla scorta di un mandato di arresto europeo. Ad esso vorrei dedicare la mia attenzione per svolgere qualche considerazione in contrappunto con quanto si osserva nel testo.

A seguito della richiesta di estradizione il Melloni si rivolge al *Tribunal constitucional* con un *recurso de amparo* che si basa sulla diversità di trattamento assicurata dall'ordinamento spagnolo al condannato in contumacia rispetto a quanto previsto nell'ordinamento italiano, la quale si sostanzia nel regime di maggior favore che il primo riconosce allo stesso, consentendo quel ricorso contro la sentenza di condanna, anche se divenuta nel frattempo definitiva, che il nostro sistema giudiziario, invece, impedisce. È a questo punto che il *Tribunal*, nel trattare del *recurso*, chiama a sua volta in causa la Corte di giustizia con un rinvio pregiudiziale nel quale si chiede, in sostanza, come debba interpretarsi la normativa sul mandato di arresto europeo – che esclude la possibilità di rifiutare l'esecuzione del mandato di arresto europeo, ai fini dell'extradizione di un condannato in contumacia nello Stato richiedente, laddove questi sia stato informato dell'addebito e abbia conferito il mandato

per essere rappresentato in dibattito (art. 4^{bis}, decisione-quadro 2009/299) – alla luce della previsione dell’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’Ue (c.d. Carta di Nizza). Quest’ultimo infatti, sotto la rubrica “livello di protezione”, statuisce come noto che: “Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri”.

Quella appena richiamata è una delle previsioni di più incerta definizione e quindi più misteriose dell’intera Carta di Nizza. Vero è che essa bisca l’omologa e parimenti numerata disposizione della CEDU, ma se ne differenzia, da un verso, proprio per lo specifico riferimento alle “Costituzioni degli stati membri”, assente nella clausola convenzionale, e, dall’altro, per l’inquadramento in un ordinamento, come quello dell’Unione, in cui le ben più rilevanti esigenze di integrazione non possono accreditare la visione minimalista di clausola orizzontale volta ad assicurare la salvaguardia di un minimo comun denominatore di tutela – oltre il quale tornerebbe a valere il margine di apprezzamento degli stati – che si attaglia, in linea con simili formule utilizzate nel diritto internazionale, alla previsione convenzionale. Non a caso per l’art. 53 CDFUE si è parlato, con linguaggio assai più pregnante, di canone di massimizzazione delle tutele.

La risposta fornita dalla Corte di giustizia è stata abbastanza netta. Nell’escludere l’utilizzabilità dell’art. 53 per introdurre una deroga nella disciplina riguardante il mandato di arresto europeo, la Corte afferma che l’adozione della decisione quadro 2009/299, sulla scorta di un consenso raggiunto da tutti gli Stati membri, aveva lo scopo di armonizzare le condizioni per l’esecuzione di un mandato d’arresto europeo nel caso di condanna pronunciata in contumacia. Ebbene – prosegue la Corte – nei settori di competenza del diritto dell’Unione in cui si registra piena armonizzazione, l’art. 53 della Carta non consente agli stati membri l’applicazione delle proprie norme costituzionali perché, pur a fronte della possibilità di elevare il livello di tutela del diritto fondamentale implicato con il ricorso alle norme statali, ad essere compromesso finirebbe per essere il principio cardine del primato e dell’uniformità del diritto dell’Unione.

Insomma, da un verso, fedeltà al consenso espresso in sede di approvazione della decisione-quadro da parte di ciascuno stato firmatario e, dall’altro, necessità di proteggere la primazia del diritto UE.

La vicenda si chiude con la decisione del *Tribunal constitucional* di respingere il ricorso, adeguandosi, sia pur con una certa fatica, alla decisione della Corte di giustizia, modificando *oborto collo* la propria posizione in ordine alle garanzie che assistono l’equo processo ai sensi dell’art. 24 della Costituzione spagnola.

Dinanzi a questo epilogo del caso Melloni, pur non celando un certo sentimento di sottile delusione, l’A. del volume spinge tuttavia per una certa lettura comprensiva della posizione assunta dalla Corte di giustizia alla stregua della necessità di presidiare una sorta di «ragion

d'Unione» e di salvaguardare il sistema da una deriva che potrebbe portare ad uno «sgretolamento dell'intera impresa europea». Del resto – si aggiunge – alla Corte di giustizia si proponeva un'operazione di «bilanciamento che nessuna delle altre due Corti ha davanti, ma che è parte ciò nondimeno del sistema in cui viviamo», nella quale dover considerare anche (e, nella specie, far prevalere) il «principio di superiorità ed uniformità del diritto dell'Unione». Quello della massimizzazione delle tutele sembrerebbe così un canone che «va incontro ad ostacoli e [...] ragioni di bilanciamento che collocano quel massimo possibile a livelli diversi per le Corti nazionali, per la Corte di Strasburgo, per quella del Lussemburgo».

Certo, viene da osservare in proposito che, innanzitutto, pure l'art. 53 CDFUE costituisce diritto europeo, la cui cedevolezza rischia di tradursi (anch'essa) in un *vulnus* apportato al principio di primazia del diritto dell'Unione e del diritto europeo di natura primaria, stante l'equiparazione fra Carta di Nizza e Trattati istitutivi *ex art. 6* del Trattato di Lisbona. In sostanza, una sorta di corto circuito logico: assicurare la primazia... a danno della primazia.

Non solo, il bilanciamento effettuato dalla Corte di giustizia appare come una ponderazione *a sensu unico* nella quale l'esigenza della maggior tutela interna del diritto non è realmente posta in raffronto col principio di superiorità del diritto dell'Unione che si limita, in tal modo, solamente ad occultarla: essa semplicemente non entra in circolo. Si potrebbe dire non che si tratti di un diverso bilanciamento ma che non si tratti di vero e proprio bilanciamento.

Ma, al di là del caso ricordato, è l'intera giurisprudenza della Corte di giustizia ad essere in proposito assai deludente: poche sono le decisioni in cui risulta richiamato l'art. 53 della Carta e nessuna, a quanto mi risulta, si fonda su tale previsione. Quel che se ne ricava è una sorta di processo di rimozione o, comunque, di marginalizzazione di un criterio che in sé avrebbe potuto costituire una delle più significative strade per l'osmosi integrativa fra ordinamenti nazionali e ordinamento europeo e che soprattutto avrebbe finito per porre proprio il supremo giudice europeo nella condizione di crocevia privilegiato del processo, nella sua funzione di interlocutore dei giudici e delle Corti costituzionali nazionali.

Tutto questo fa dell'art. 53 CDFUE una delle prescrizioni più ambiziose, quanto misteriose – come dicevo – dell'intero edificio ordinamentale europeo.

Mi chiedo allora, in questo contesto, se la sostanziale devitalizzazione dello stesso che si registra anche nella vicenda in esame non possa assurgere a simbolo di un'integrazione europea che sembra oggi vivere non pochi contraccolpi e registrare significative resistenze, con la conseguenza di un dialogo fra le Corti europee e nazionali che pare segnare un po' il passo e conoscere qualche rigurgito muscolare; oppure se venga piuttosto a rappresentare realisticamente la cifra più genuina di un'integrazione che, come si dice nel volume, per ricercare convergenza sa che, «oltre un certo limite, l'uniformità non possa andare ma, oltre un certo limite, le stesse diversità distruggono l'unità».

La difficile linea di confine

di Massimo Luciani*

1 .- Dico subito due cose, in premessa. Anzitutto che questo è un libro piccolo, ma non è un piccolo libro. Ciò significa che la mole non deve ingannare: le sue dimensioni sono esigue, ma è fitto di questioni. In secondo luogo, che interesserebbe molto (soprattutto dialogando con i non giuristi presenti fra il pubblico) discutere dell'*Introduzione* al volume, nella quale si tratta della formazione culturale e politica di Giuliano Amato: ci sono molte cose interessanti e anche divertenti, ma parlarne ci condurrebbe al di là dei limiti tracciati dal titolo del nostro incontro. Non posso non fare eccezione, però, per la notazione con cui il giovane Amato mostrò di comprendere la *ὑβρις* (anche sua, all'epoca, per qualche tempo) di chi ritiene che non si possa seriamente discutere con chi non è in grado di leggere Platone direttamente in greco. Aveva ragione criticare quell'atteggiamento presuntuoso, ma un qualche governo del greco e del latino sarebbe bene mantenerlo: chi conosce un po' l'attuale situazione culturale europea sa bene quale catastrofe sia stata l'abbandono degli studi classici da parte dei sistemi educativi di molti dei paesi del nostro continente, catastrofe che ha avuto effetti molto negativi anche su consolidate tradizioni di studi giuridiche (penso, per tutte, a quella tedesca).

2.- Torno, però, al resto del volume, forse meno accattivante per chi non è giurista, ma pieno di spunti interessanti per chi di diritto si occupa. Ne ho isolati - per ovvie ragioni di tempo - solo alcuni, scegliendo, in particolare, quelli che hanno sollecitato, in me, una riflessione più attenta, talvolta anche critica.

i) La prima questione riguarda l'introduzione della *question prioritaire de constitutionnalité* in Francia. Si tratta, come è noto, dell'introduzione di una sorta di giudizio incidentale (lo chiameremmo noi) in un ordinamento giuridico che per decenni ha conosciuto solo un giudizio *a priori* di costituzionalità, o comunque non ha dato alcuna possibilità di accesso dei giudici all'*aile Montpensier* del *Palais-Royal*. Afferma Amato che, in questo modo, il giudizio da astratto si è fatto concreto. Condivido in pieno questa osservazione: più di trent'anni fa, dedicandomi allo studio di questi temi, avevo trovato proprio nella regolazione dell'accesso la spiegazione dell'oscillazione dei singoli sistemi di controllo di costituzionalità fra l'astrattezza e la concretezza: mi sembra evidente che l'accesso incidentale apra sulla concretezza dei rapporti giuridici una finestra che un controllo *a priori* o riservato a pochi soggetti istituzionali non potrà mai spalancare.

C'è, però, nel caso dell'esperienza francese, un punto che non va trascurato. La ritrosia delle istituzioni francesi nei confronti di questa novità, forse troppo rivoluzionaria per quell'ordinamento, le ha indotte a prevedere un filtro assai diverso dal nostro, riservando

* Professore ordinario di istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Roma 'La Sapienza'.

l'accesso al controllo di costituzionalità solo alla Corte di cassazione e al Consiglio di Stato e per ciò solo - a mio parere - allontanando la prospettiva di una piena concretizzazione.

ii) C'è poi il tema della valutazione positiva del dualismo che, nel sistema inglese, sarebbe stato determinato da quella distinzione fra *iurisdictio* e *gubernaculum* che Mc Ilwain aveva ricondotto agli scritti di Bracton, e dunque al tredicesimo secolo. Anche qui l'osservazione è corretta, perché la parabola inglese è molto diversa da quella (propri dei paesi continentali) che abbiamo conosciuto noi, ma mi permetto di osservare che, forse, in *Constitutionalism: Ancient and Modern* (altro libro piccolo, ma non piccolo libro) c'è un qualche eccesso agiografico nella lettura della storia inglese, nella quale il *gubernaculum*, per molti secoli, e in molti passaggi-chiave, l'ha fatta da padrone e non ha avuto i temperamenti che Mc Ilwain si sforza di mettere in luce.

iii) Un'osservazione che, probabilmente, oggi andrebbe rivista è quella (che incontriamo a p. 35) che il Parlamento potrebbe adottare le leggi senza alcun onere di spiegare e di spiegarsi. Certo, abbiamo sempre insegnato agli studenti che la legge è un atto *sine motivatione* e che (al contrario dell'atto amministrativo) non può essere viziata da alcun difetto motivazionale, ma forse non è più così. E se non è più così lo si deve proprio alla giurisprudenza della Corte costituzionale. Penso, in particolare a quella sui vincoli di bilancio: non si esige forse il rispetto di oneri motivazionali quando si chiede di accompagnare la legge con una relazione tecnica? O quando si vuole che da questa relazione si desumano le ragioni, poniamo, del taglio di una spesa? O, ancora, quando si pretende dal legislatore che spieghi perché certi diritti non possono (più) essere soddisfatti a causa di un difetto di risorse?

In astratto, dunque, la legge resta un atto che non abbisogna di motivazione, ma, in realtà, negli ultimi anni abbiamo assistito a un suo consistente avvicinamento al provvedimento amministrativo.

iv) Il libro si occupa anche delle discussioni in seno alla Corte costituzionale, ma lo fa in modo molto diverso da altri che hanno dato testimonianza - dall'interno - dei lavori del collegio, perché è assai più riservato. Amato, però, conferma almeno una cosa che all'esterno era in qualche modo nota, e cioè che oggi l'ordine della discussione non è più quello di una volta. Un tempo la parola era data a tutti i giudici, partendo dal meno anziano di mandato e via via in ordine di anzianità sino al Presidente, sicché tutti i componenti del collegio (fosse pure solo per qualche secondo, se non avevano rilievi particolari da fare) partecipavano alla discussione. Ora non è più così e questa organizzazione dei lavori è riservata solo alle questioni più importanti e delicate.

Vista dall'esterno questa novità è fonte di qualche preoccupazione. Capisco bene che una discussione organizzata "alla vecchia maniera" affatica - e non poco - l'andamento delle operazioni, ma credo che in questo modo tutti siano costretti a studiare con attenzione le singole problematiche e a intervenire *ex informata conscientia* anche sulle questioni di cui non sono relatori, con evidente valorizzazione della collegialità.

v) Sulla *dissenting opinion* molto ha detto Paolo Carnevale nel suo intervento. Aggiungo solo un'osservazione.

Giuliano Amato ci dice che, quando alla Corte ci si divide, non lo si fa seguendo le astratte linee politiche che (inevitabilmente) attraversano qualunque collegio, ma in ragione di concrete divergenze d'opinione su questioni giuridiche, della propria sensibilità culturale, degli studi che si sono fatti, delle proprie esperienze di giurista, etc. Ebbene: personalmente, così come tutti - credo - gli addetti ai lavori che sono qui presenti, non esito a credere a questa rappresentazione dei fatti, ma il problema è che in un paese come il nostro non è affatto detto che siano altrettanto propensi a farlo i *non* addetti ai lavori. A mio parere, l'introduzione della *dissenting opinion* sarebbe dunque pericolosa anche per questo profilo: in quanto può rafforzare, in un'opinione pubblica imbarbarita da una stampa raramente attenta alla logica del diritto e da un dibattito in rete che brilla per violenza di toni, il convincimento che, in realtà, "là dentro" si faccia politica. Condivido, dunque la cautela che in questo volume si dimostra nei confronti dell'opinione dissenziente. Certo, vi si elencano molti argomenti a favore, ma prevalgono quelli contrari, ai quali aggiungerei anche quello - che ho appena enunciato - dell'immagine della Corte.

vi) Sul "governo dei giudici" si dice che spetta ai giudici stessi dissipare l'idea che questo spettro (che aleggia periodicamente: direi ogni cent'anni) possa aggirarsi nelle nostre esperienze politico-istituzionali. È vero, spetta a loro, ma questi giudici, proprio per essere idonei ad assolvere a questo compito, dovrebbero munirsi di tecniche decisorie e di teorie dell'interpretazione adeguate alla bisogna, sicché, in particolare, dovrebbero rifiutare quella tesi della natura creativa della giurisprudenza che purtroppo sembra egemone in dottrina ed è significativamente presente anche in alcuni strati dell'ambiente giudiziario.

vii) Amato, giustamente, ricorda che la Corte è molto attenta a tener conto del fatto che, nelle esperienze giuridiche in cui siamo immersi, abbiamo "carte dei diritti che sono uguali". Eppure, qui va fatta qualche precisazione.

Certo, queste Carte dei diritti sono sempre più simili, ma i contesti nei quali esse operano sono assai differenziati. E proprio questa diversità dei contesti spiega a sufficienza la grande difficoltà di interlocuzione fra le varie Corti poste a presidio delle singole dichiarazioni, difficoltà che emerge ampiamente da questo volume. In questa prospettiva (Amato lo riconosce) diventa centrale l'elemento della democraticità della decisione. Proprio verso la fine del libro ci si chiede se sia più democratico che decida *una* Corte, a livello europeo, oppure che decidano i singoli Parlamenti. Ebbene, qui non avrei dubbi: penso che sia sempre meglio che la decisione spetti ai Parlamenti e che questi abbiano il dovere di definire le priorità da seguire nella protezione dei diritti, entro il quadro assiologico definito dalle singole Costituzioni. Da questo punto di vista non si può non vedere con angosciata preoccupazione il fatto che il processo di integrazione europea sia giunto a una fase di stallo, dalla quale è imperativo uscire. Personalmente, auspico che si esca in avanti, con un suo approfondimento (intendo, con una maggiore integrazione *politica*), ma se non ci si riesce comprendo anche le ragioni di una marcia indietro, perché è difficile rimanere, bloccati, in queste condizioni.

viii) Si dice, nel libro, che di fatto il conflitto fra le Corti è evitato il più possibile. È indubbiamente così, perché registriamo continuamente i tentativi di far sì che il conflitto

non esploda, ma è evidente che ci sono momenti in cui il conflitto fatalmente viene alla luce. Ricordiamo bene di avere assistito, a distanza di quarant'anni l'una dall'altra, a due "guerre fra le Corti", che hanno visto sul campo la nostra Corte costituzionale e la Corte di cassazione; oggi stiamo assistendo a qualcosa che non si ancora se chiamare guerra, ma è quanto meno - diciamo - un dialogo "intenso", fra Corte costituzionale e Corte di giustizia. Mi riferisco - ovviamente - al famoso caso *Taricco*, che ha registrato l'importante rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale con l'ord. n. 24 del 2017, e che ancora non si è concluso (conosciamo, oggi, solo le conclusioni dell'Avvocato Generale, che dal mio punto di vista non sono particolarmente entusiasmanti, per usare un eufemismo). Vedremo quale sarà la risposta della Corte di giustizia e quale sarà la controrisposta della Corte costituzionale.

ix) Vengo, infine, a quello che a mio avviso è il problema dei problemi, ovverosia alla questione del bilanciamento.

Di bilanciamento, in questo libro, si parla spessissimo ed è fatale che sia così, considerati i contenuti della giurisprudenza e della discussione dottrinale. Correttamente, nel libro non solo ci si interroga su quale sia la distinzione concettuale fra lo spazio del bilanciamento che spetterebbe alle Corti (tanto la Corte costituzionale, quanto la Corte di giustizia e la Corte di Strasburgo) e il *marge d'appréciation* spettante al legislatore, ma si mette anche in luce l'enorme difficoltà di tracciare una linea di confine. E questo non sorprende, perché, a mio avviso, una linea di demarcazione, semplicemente, non si può disegnare.

Personalmente, ritengo che sarebbe assai opportuno che i giudici rifuggissero dal bilanciamento. Mi rendo ben conto che si tratta di un'affermazione in controtendenza, perché, al di là di quanto si legge in dottrina, tutte le Corti costituzionali, sovranazionali e internazionali, ma anche gli stessi giudici comuni, dicono continuamente di aver bilanciato fra questo e quel diritto, fra questo e quell'interesse, fra questo e quel valore e via discorrendo (con varietà terminologica che - aggiungo - dovrebbe destare qualche sospetto sulla chiarezza dell'impianto concettuale). Eppure, è proprio un bilanciamento quello che fanno? E, soprattutto, è proprio un bilanciamento quello che dovrebbero fare?

Anzitutto, quanto a quello che fanno: quando la Corte di giustizia, ad esempio, ha risolto la questione del mandato di arresto europeo (mi riferisco al caso *Melloni*) ha davvero fatto un bilanciamento fra i valori inclusi nell'art. 53 della Carta europea e i confliggenti valori che poi l'hanno indotta a decidere come ha deciso? A me sembra di no: mi sembra - invece - che, puramente e semplicemente, abbia del tutto trascurato l'art. 53, facendo riferimento ad altre previsioni normative, i cui contenuti ha ritenuto prevalenti.

Poi, quanto a quel che dovrebbero fare. A me sembra che proprio perché il bilanciamento non si distingue dal margine d'apprezzamento, quando i giudici bilanciano non facciano altro che sostituirsi al legislatore, al quale l'apprezzamento, invece, istituzionalmente spetta. La decisione sulla meritevolezza di certi valori (o beni, interessi, diritti) è già stata compiuta dal Costituente. Spetta al legislatore bilanciare fra gli uni e gli altri nel concreto dell'esercizio della funzione di indirizzo politico (che, come si sa, trova anche nella legge un suo punto di emersione), rispettando la gerarchia esistente (non

nell'intera Costituzione, che non conosce alcuna *allgemeine Wertordnung*, ma) nei singoli “campi di attività” tracciati dalla Costituzione (per riprendere la corretta formula di Antonio Baldassarre). Spetta, infine, alle Corti supreme (e ai giudici in generale) controllare il bilanciamento effettuato dal legislatore, senza pretendere di bilanciare essi stessi, pesando le grandezze a raffronto. Deve trattarsi di un controllo (oltre che - ovviamente - di rispetto della Costituzione) di coerenza, di logicità, di completezza, di corrispondenza tra il mezzo e il fine, di fondazione (quando è necessario) su dati di fatto veridici. Nulla più di questo. L'ultimo punto, in particolare, merita attenzione. Da tempo sono convinto che l'uso dei poteri istruttori da parte (in generale delle Corti supreme, ma soprattutto) della Corte costituzionale dovrebbe essere più assiduo e trasparente, specie se si vuole essere coerenti con quella esigenza di “motivazione” della legge della quale ho parlato in precedenza. Questo è essenziale soprattutto nelle questioni in cui sono in ballo i conti e quando si discute del costo della protezione dei diritti, spesso sacrificati in ragione di un generico richiamo a indimostrate esigenze di bilancio.

In definitiva: non si tratta tanto di constatare la difficoltà di tracciare una linea divisoria fra bilanciamento e margine di apprezzamento, quanto di rassegnarsi a riconoscere ch'essa non può essere definita. Il che conduce a una conclusione estrema, ma inevitabile: se il bilanciamento altro non è che il margine di apprezzamento diversamente denominato, è bene che i giudici, di qualunque rango o natura siano, si astengano dal praticarlo; che lo lascino al legislatore; che ne verificchino - però - con rigore e sulla base di saldi paradigmi le modalità di conduzione, nei termini e nei limiti che abbiamo appena visto.

La tecnica e il meticciano

di Guido Melis **

Intervenendo in questa presentazione, mi sento, in certo modo, un intruso, non essendo io né un costituzionalista, né un giurista.

Ho accettato la proposta di Fulco Lanchester perché, già quando me l'ha gentilmente formulata, avevo letto il libro e ne ero rimasto impressionato, e anche un po' affascinato. Lasciamo il giudizio su Amato costituzionalista, che non mi compete. Ma non dico nulla di originale se segnalo la capacità straordinaria di rendere semplici e interessanti le cose difficili e apparentemente aride. Queste tre lezioni delle quali il libro si compone sono rivolte a un pubblico evidentemente colto ma non di specialisti; e tuttavia al tempo stesso spiccano per acutezza intellettuale, densità di ragionamento, cultura e metodo di esposizione.

La prima osservazione che vorrei formulare è forse un po' estranea al libro, ed è una specie di autocritica professionale. Riguarda i ritardi della storiografia italiana, specie di quella delle istituzioni e del diritto, rispetto all'esperienza delle grandi Corti in età liberale e repubblicana.

Una storia della Corte costituzionale italiana non c'è. Esistono ottimi libri di sintesi, alcuni anche con taglio storico, ma bisogna riconoscere che nessuno di noi ha saputo ricostruire a tutto tondo l'esperienza di un istituto che ha ormai 60 anni di vita e che ha segnato profondamente la storia politica e istituzionale del Paese. Del resto, con poche distinzioni, si potrebbe dire la stessa cosa per altre grandi istituzioni dell'età repubblicana: non esiste una storia della Corte di cassazione, né del Consiglio di Stato, né del Csm, né – per venire a tempi più recenti – delle varie *Autorities*. In definitiva non abbiamo neanche una storia del Parlamento che si addentri nel suo funzionamento reale.

Il perché di questa lacuna diffusa è variamente spiegabile. Per quanto riguarda la Corte costituzionale ha inciso certamente l'esclusione della *dissenting opinion*, il che poi si traduce nella laconicità della documentazione sulle discussioni in camera di consiglio. La Corte non ha un archivio vero e proprio, le carte personali dei giudici non sono disponibili e quel che è dato leggere sulla attività si limita alle pratiche del personale e ad una documentazione

** Professore ordinario di Storia delle Istituzioni Politiche – Università “La Sapienza” di Roma.

prevalentemente amministrativa. Quasi inutile, dunque. Come se per scrivere la storia della Fiat si studiasse tutto salvo i processi di produzione.

E' un punto – questo – quasi paradossale (lo ha denunciato in un libro recente anche Sabino Cassese, lo richiama ora Giuliano Amato) che certamente ha ostacolato la ricerca storica. Analisi anche raffinate delle sentenze non bastano a scrivere la storia della giurisdizione. In Francia uno studioso di sociologia, Bruno Latour, ha potuto eccezionalmente assistere alle camere di consiglio del Conseil d'Etat e ne ha tratto un libro non banale (*La fabrique du droit*), restando tuttavia nel campo delle notazioni sociologiche. Quel che servirebbe sarebbe – e lo dimostra implicitamente questo libro di Giuliano Amato – una lettura in chiave storico-istituzionale della “sala macchine” e di ciò che in essa quotidianamente si svolge. Non l'abbiamo.

Delle tre lezioni che il libro raccoglie, è la prima quella che più mi ha colpito. Vi ho ritrovato temi che già in parte avevo incontrato nella lettura del libro di Cassese e in quello, precedente di qualche anno, di Zagrebelsky (*Principi e voti*, che curiosamente non ho trovato citato nella accurata bibliografia finale).

Come funziona la Corte? come lavora il giudice relatore e come viene scelto? come collaborano (e come sono reclutati e utilizzati) gli assistenti? come si svolge l'udienza? qual è il ruolo del presidente? Infine, cosa succede in camera di consiglio? Come si formano le decisioni? E, una volta formate, come si redige la sentenza?

Soprattutto importerebbe sapere come si affronta, senza pregiudizi dice anche Amato, la discussione, e come si persegue, quasi *naturaliter* il fine della collegialità (le due pagine sul valore della collegialità sono tra le più efficaci della prima lezione: ricordo di aver letto in Zagrebelsky che a volte l'unitarietà è un fine così rilevante da indurre giudici di diverso parere a fare un passo indietro, pur di evitare, attraverso un compromesso, la spaccatura nel voto finale).

Ma soprattutto, già nella prima delle tre lezioni, emerge subito la grande questione del tempo presente: l'intreccio cioè (lo chiama proprio così Amato), o l'interazione, o se volete la connessione tra le Corti europee e quelle nazionali.

Il crearsi di un tessuto giurisprudenziale “meticcio”, nel quale non solo si mescolano la tradizione del *civil law* con quella del *common law*, ma si “contagiano” tra di loro le corti sovranazionali con quelle nazionali.

E' questa la rete dei "prestiti" e delle "influenze" su scala anche sovranazionale di cui ci ha parlato Guido Calabresi. Un prestito tuttavia che non si consuma nella mera acquisizione, nel passaggio lineare da una Corte all'altra. La cerniera dei diritti è mobile – spiega Amato; ma non necessariamente nel senso che una fonte debba prevalere sull'altra, in base a un adattamento "meccanico": piuttosto in base a una volontaria adozione e possibilmente rielaborazione nelle Corti nazionali dei principi delle Corti europee (delle due Corti qui prese in esame, Lussemburgo e Strasburgo, ognuna delle quali opera secondo funzioni, modalità di intervento, differenti da quelle dell'altra). In questo intenso lavoro sta la virtù, mi sembra di capire, del dialogo tra le Corti.

Quel che di questo complesso fenomeno più mi interessa, quello che più mi attrae come studioso delle istituzioni, è ciò che ho chiamato prima il "contagio", cioè la rete di interrelazioni che viene in questo modo a costituirsi. La storia del diritto dell'Ottocento e in gran parte quella del Novecento ci hanno documentato sistemi giuridici relativamente impermeabili, tradizioni nazionali compatte, isolazioniste, autolegittimantesi anzi proprio sulla base della loro corrispondenza al diritto nazionale. I "prestiti" culturali, la gita a Chiasso, almeno in Italia, sono stati più un'eccezione che la regola.

Anni fa avevo iniziato un lavoro poi sfortunatamente interrotto, per registrare le traduzioni di libri stranieri, la pubblicazione di saggi di studiosi di altri Paesi e le recensioni di opere francesi, spagnole, inglesi o tedesche nelle riviste giuridiche tra Otto e Novecento, prima del fascismo. Rivedendo quelle schede, ne ho tratto di nuovo l'impressione che ebbi allora: di un isolamento culturale di fondo. Del resto è stato di recente osservato quanto poco fossero tradotti all'estero i maestri del diritto pubblico italiano di prima generazione (Orlando, ad esempio). La circolazione delle idee sembra insomma si fermasse allora alle frontiere di ciascun Paese, sebbene (lo ha notato Cassese) poi certe acquisizioni, alcune intuizioni di fondo e "scoperte" (lo dico nel senso proprio che ha la parola nelle scienze sperimentali) siano miracolosamente avvenute negli stessi tempi in Paesi e continenti diversi: quasi che l'evolversi stesso delle società occidentali, specie tra le due guerre mondiali, dettasse lo sviluppo spontaneo e convergente di culture giuridiche tra loro non comunicanti.

Bene, oggi non è più così. Oggi si lavora – come in fondo è sempre stato per le discipline che chiamiamo scientifiche come la fisica o l'astronomia – su scala mondiale, nel caso qui studiato su scala continentale.

E una storiografia delle giurisdizioni costituzionali, oggi, dovrebbe lavorare appunto su questa zona grigia in espansione che chiamerei dei reciproci contatti, delle influenze più o meno dichiarate. Nel decalogo di Gino Gorla su come "leggere" le sentenze (poi ripreso da

un suo allievo, Giuseppe Barbagallo, in alcuni interessanti lavori sulla giurisdizione amministrativa) figurava anche, come indicatore, la presenza in sentenza di citazioni di giurisprudenza straniera.

Amato ci spiega bene, a un certo punto, come la Corte costituzionale, nel recepire in sostanza una certa posizione “esterna”, talvolta la fa sua ma con argomenti diversi, quasi volesse rivendicare la in questo modo la propria indipendenza. Non ho capito se Amato ritenga questa specie di *escamotage* un fatto storico, provvisorio, o se pensi che le Corti nazionali si autolegittimeranno ancora in futuro difendendo quest’ultima trincea. In ogni caso sarebbe, questo, un punto interessante da approfondire.

La maestria di Amato, poste le premesse nella prima lezione, sta però soprattutto nella capacità di svilupparle poi attraverso i due esempi posti al centro delle seconda e della terza: quello del diritto della madre a restare ignota e quello della posizione dell’imputato contumace nel processo.

Qui emerge una serie molto ricca di articolazioni e di spunti che meriterebbero ognuno una trattazione a sé. Viene specialmente in evidenza una parola chiave, nel diritto costituzionale e nella giurisprudenza della Corte: “bilanciamento”. “Bilanciare” è un verbo cruciale: cioè soppesare quantità e qualità, misurare, equilibrare. In fondo Amato ci propone qui un vocabolario intrinseco alla funzione della Corte e delle Corti in generale. Nel caso *Godelli*, quello della madre ignota, emergono le culture diverse delle Corti che se ne occupano, le sensibilità più o meno acute dei giudici per questo o quel lato della questione, e, sullo sfondo, il groviglio dei diritti di vari soggetti coinvolti, diritti che divergono tra loro. E’ sintomatico come Corti diverse giungano al medesimo risultato pratico ma attraverso percorsi logici e argomentativi obiettivamente diversi.

Il paradosso del futuro diritto europeo sta in ciò: che non potrà non tenere conto delle diversità nazionali, sicché non potrà che nascere da una dialettica interna tra i diritti degli Stati.

Concludo. Un libro intelligente, scritto in modo intelligente: e intendo dire quel che l’aggettivo esattamente significa, cioè un libro che capisce la realtà complessa del nostro tempo e che aiuta a capirla.

Scritto benissimo, anche, il che non è proprio un vanto che si possa attribuire alla scrittura giuridica in Italia.

Con un’autoprefazione inusuale, quasi sorprendente, in punta di penna, che è anche un’ironica autobiografia (sarà molto utile per rifare la storia futura del ceto dei giuristi a cavallo dei due secoli). Con qualche vezzo qua e là, qualche segnale nascosto delle passioni

segrete dell'autore che non sarà sfuggito al lettore attento: come quando, a p. 84, Amato rivendica *en passant* di avere organizzato un Master di tennis a Orbetello; o quando, a p. 73, cita “la divina Maria Sharapova”, per quella croce che porta al collo mentre gioca.

Che a nessuno – dice – verrebbe in mente di proibire in nome di una malintesa parità tra i credi religiosi.

La Corte e le Corti. Riflessioni dall'interno

di Giuliano Amato**

Ero io che dovevo sentire gli altri, e dunque ringrazio tutti. A partire dal rettore – gliel'ho già detto – e da te, Fulco, che sei l'insostituibile *manager* dotto delle nostre cose.

Rapidissimamente su alcuni dei punti cruciali. Intanto sullo stile del lavoro, che avete apprezzato. Lo dico con l'orgoglio di chi ha fatto come mestiere principale – e tale lo considera nella sua vita – quello di insegnante: quanto mi ha insegnato insegnare! Penso ancora al ragazzino intollerabile, che ero a Liceo, quando ritenevo che non si potesse parlare con qualcuno che non sapesse leggere Platone direttamente in greco. Col tempo ho imparato a scrivere ed a parlare in modo da comunicare con chiunque mi trovassi davanti, studente o studioso. A volte con la presunzione che lo studioso sapesse di più dello studente – presunzione smentibile dalla realtà in molti casi – ma essendo in ogni caso insegnante, e provando il massimo di soddisfazione nel cogliere nell'interlocutore i segni dell'avvenuta comprensione di ciò che gli sei venuto dicendo e spiegando. Quando si trattasse di studente, con soddisfazione ancora maggiore, perché doveva in primo luogo orientarsi ed era più che legittimo che gli servisse per farlo entrare gradualmente nel tema.

È stata per me una lezione straordinaria ed è il frutto di tale lezione che si realizza nello stile di questo libretto. E' lo stile del parlato in classe, con volute che vanno e vengono, vanno avanti e poi ritornano, in modo che chi ancora deve fissare nella mente ed ascolta possa così prima percepire, poi radicare. In realtà, ciò che dovremmo imparare è avvicinare lo stile accademico a quello che si usa nella didattica. Ne guadagnerebbe la chiarezza e forse anche l'attrattività di quanto scriviamo e diciamo. Avevo un professore le cui lezioni non riuscivo a seguire perché parlava esattamente come scriveva, e scriveva in modo assai difficile. Non dirò chi era.

Secondo punto e passo alla Corte. Ci sarebbero tante cose da dire, ma mi soffermerò su alcune soltanto, affrontando poi da ultimo la collegialità e la motivazione. Le modalità di discussione. Osserva Massimo Luciani che sarebbe meglio che vi fosse sempre, su ogni caso, la discussione a 360°, dal più giovane al più anziano. È facile capire che la riserva di una tale modalità alle questioni più importanti e controverse è dovuta all'economia dei lavori, perché non potremmo gestire più di un certo numero di questioni, se si facesse sempre così. Oggettivamente vi sono questioni che non la meritano una discussione così ampia, o perché particolarmente semplici o perché, come diciamo in gergo, già largamente coperte dai precedenti. Per cui dopo l'esposizione del relatore, se nessuno esprime disaccordo od anche perplessità, si approva la proposta iniziale e si va avanti, né credo che questo vada a repentaglio della qualità della decisione. Del resto, su questioni importanti o che comunque si rivelano più controverse di quanto si potesse pensare a priori, la

** Professore emerito di Diritto costituzionale italiano e comparato presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza". Giudice della Corte Costituzionale.

discussione a 360° viene fuori da sola, anche se il presidente non l'ha organizzata come tale. Capita spesso che, dopo il relatore, qualcuno alza il dito e poi, ad uno ad uno, tutti dicono la loro. Lasciata all'intelligenza dei giudici, credo che questa elasticità non danneggi la Corte.

Sulla *dissenting opinion* ha forse ragione chi ha espresso dei dubbi. Quando è nato il libretto che oggi commentiamo, ero poco più che un neo-giudice (un anno e mezzo di esperienza) e mi portavo dietro il *favor* per l'opinione dissenziente, nato negli anni '60 alla luce dell'esperienza statunitense ed espresso allora nel libretto sul tema, curato da Costantino Mortati ed edito da Giuffrè. L'argomento principe a favore era ed è l'incoraggiamento che essa può fornire ai giudici di merito ai fini della riproposizione di questioni respinte e quindi della evoluzione della giurisprudenza. Ciò che l'esperienza mi ha fatto apprezzare è la spinta, invece, che l'assenza di questa via d'uscita fornisce alla ricerca della soluzione condivisa, all'impegno nel convincere gli altri. In caso contrario, al primo emergere di un contrasto posso essere indotto a scavarci dentro e a lasciarlo in piedi, vedendovi anzi un'opportunità per uscire allo scoperto con una bella opinione dissenziente. Si pensi a un giudice della Corte Suprema Usa, di cui non ho mai condiviso nemmeno mezza idea, ma di cui ho ammirato tantissimo l'intelligenza e la formidabile preparazione giuridica, ovvero Nino Scalia. Sarei pronto a scommettere che in lui la voglia di scrivere la *dissenting opinion* superava spesso quella di convincere gli altri. Ha scritto delle formidabili opinioni dissenzienti, ma c'è da chiedersi se e quanto sarebbe stata diversa la decisione della Corte, ove lo stesso impegno l'avesse profuso nel tentare di convincere gli altri.

Il che non significa che io ora sia contro. Sono anche consapevole che la forzata riconduzione di tutti ad un'unica opinione, quella della sentenza, a volte porta l'inserimento in essa, tanto per dargli un po' di spazio, di un punto di vista che in realtà condurrebbe ad un'altra soluzione, e la coerenza complessiva della motivazione può risentirne. Lo stesso dicasi per l'indicazione di talune cautele, di *obiter dicta* che fanno intravedere dissensi non sedati all'interno della Corte.

La motivazione. Sento moltissimo questo tema, è un po' il filo rosso di tutto il lavoro, del rapporto tra le Corti come di quello con il Parlamento. Io vengo da un'esperienza politica, sono o meglio ero abituato molto al Parlamento. So bene che esso è venuto motivando sempre di più le sue scelte, ma sono anche consapevole di una profonda differenza che c'è fra il consenso che si forma al suo interno e quello che si forma da noi. Nella Corte è la razionalità degli argomenti che genera la maggioranza. In Parlamento è la maggioranza che genera il consenso sulla soluzione che essa ritiene più coerente con le preferenze dei suoi elettori. Può capitare che vada diversamente su singoli emendamenti, a seconda del clima, delle circostanze, dei rapporti in quel momento fra le parti politiche. Ma insomma, se è così che io penso che i miei elettori desiderano che io faccia, troverò il modo di dimostrare che è così che bisogna fare, oggettivamente. Si cerca allora di razionalizzare una scelta che precede il momento della motivazione.

Io mi sono trovato più volte in passato a fare od a leggere motivazioni sulle coperture finanziarie. Meno male che ora c'è un ufficio del bilancio, che spero col massimo disinteresse controlli tutto questo, perché vi assicuro che a volte, secondo una vecchia

regola, se non ci si arriva, ci si tira il cappello. Il cappello è sempre intessuto di numeri e quant'altro, ma è sempre un cappello tirato. Alla Corte non si può fare così, e non si fa così. E le leggi, soprattutto regionali, che cadono per la non credibilità delle loro coperture, sono numerose.

Io ho più volte segnalato questa differenza, che se volete è la differenza fra le discussioni tecniche e quelle cosiddette politiche, così come la vissi nella Convenzione europea. Nella fase iniziale eravamo suddivisi in gruppi di lavoro nei quali prevaleva la dimensione tecnica. Se un argomento non era persuasivo io lo dicevo, “così non mi puoi convincere”, e quindi il mio interlocutore, o trovava un argomento tecnicamente o razionalmente migliore del mio, oppure doveva prendere atto, e prendeva atto che la soluzione era la mia. Poi, nella parte finale dei lavori, mi trovai davanti un rappresentante di Governo che mi disse “no!”, e io gli obiettai “come no? Tu mi devi dire perché no...”. Risposta: “Giuliano, non l'hai capito? Qui ormai siamo alla decisione finale, decidiamo noi Governi. Il mio Governo ti dice no”. No che io chiamai il *niet sovrano*, che è tale anche quando è vestito con una motivazione.

Alla Corte non si può fare così. Alla Corte devi convincere gli altri con un argomento migliore del loro e devi farti convincere dagli argomenti migliori del tuo. Specie nelle controversie *border line* che ci si trova ad affrontare, questo è il punto focale su cui una Corte non solo deve essere persuasiva, ma si trova in ragione di ciò a mettere in gioco la sua stessa legittimazione nel sistema degli organi costituzionali. Perché, su tante delle questioni che ha davanti, non deve apparire all'esterno così come legittimamente appare invece il Parlamento nell'uso che esso fa del suo margine di apprezzamento.

Ed allora Massimo Luciani può aver ragione quando dice che il termine bilanciamento evoca un'operazione che fondamentalmente è quella del Parlamento- Ed è tecnicamente corretto quando aggiunge “voi chiamate bilanciamento quello che è il prodotto di un'interpretazione sistematica”. È vero, è così. Lo si chiama ciò nondimeno bilanciamento, perché così si fa ormai nella dottrina internazionale, tanto è vero che con la prevalenza in essa dell'inglese lo si chiama ormai *balancing*. Ma il nostro *balancing* deve essere fatto con gli argomenti di Luciani, perché se noi non riusciamo a dimostrare l'irragionevolezza, la non proporzionalità, lo squilibrio manifesto fra la tutela dell'uno e la tutela dell'altro fra gli interessi costituzionali in gioco, noi dobbiamo rimetterci all'uso che ha fatto il Parlamento del suo margine di apprezzamento. Io questo lo sento fortemente, anche perché ho una sensibilità che è cresciuta dalla parte di là.

Noi possiamo dire qual è la soglia ragionevole per un premio di maggioranza in una legge elettorale? Non possiamo dirlo, ma possiamo dire che l'assenza di qualunque soglia per un premio di maggioranza è irragionevole. Noi non possiamo decidere, in presenza di opinioni diversificate, se la destinazione degli embrioni soprannumerari alla ricerca è o non è costituzionalmente dovuta. Abbiamo detto in questo caso: questi sono gli argomenti pro, questi sono gli argomenti contro, nessuno di essi è coperto costituzionalmente più dell'altro, non c'è uno squilibrio irragionevolmente ampio tra l'uno e l'altro, decida il Parlamento. Per contro, quando ci siamo trovati davanti al quesito: se si espantano tre ovuli e si producono

tre embrioni, questi tre embrioni vanno davvero tutti impiantati nella donna? Abbiamo risposto che per la scienza medica questo è del tutto irragionevole, perché qualunque addetto ai lavori dirà che il numero degli impianti dipende dalle caratteristiche del singolo caso, dall'età della donna e da altre circostanze. Quindi il Parlamento non può decidere al posto della scienza.

Pensando all'osservazione di Luciani, può essere interessante ricordare che, nel caso della madre anonima, fra le protagoniste di questo libretto, il Presidente attuale della Corte, che allora non lo era, ma era relatore, Paolo Grossi, si rifiutò di parlare di bilanciamento. Leggete quella sentenza, che io pure spiego in termini di bilanciamento, perché c'è uno squilibrio fra la tutela esclusiva dell'anonimato della madre e l'assenza di ogni tutela delle ragioni del figlio che anche in difesa della propria salute può aver bisogno di sapere chi sia sua madre. La sentenza usa un diverso argomento e sostiene che l'unilateralità della legge trasforma in un vincolo per la madre quello che è un suo diritto sì. Una precedente sentenza sullo stesso tema, che questa ha cancellato, si esprimeva invece in chiave di bilanciamento, che essa aveva ritenuto non irragionevole.

È su questo terreno che noi ci troviamo con diversità fra i Paesi europei, in ragione del diverso uso dei margini di apprezzamento da parte dei diversi Parlamenti. Ed allora come se la cavano, non tanto le Corti nazionali, quanto le Corti europee? Come traggono le somme da tali diversità? È il tema più affascinante che, nel tempo, dovrebbe portare ad una crescita delle convergenze e ad una riduzione delle stesse diversità. Posso citare come esempio la questione degli omosessuali, perché è chiarissimo che è una questione rispetto alla quale le sensibilità nazionali sono diverse. Non a caso è problematica – diciamo – la decisione del luglio 2015 della Corte Suprema degli Stati Uniti, con la quale il divieto di matrimonio per gli omosessuali venne ritenuto una violazione del principio federale di eguaglianza, mentre in precedenza si era lasciata la questione alla legislazione degli Stati membri. Non a caso su questa sentenza Nino Scalia fece una *dissenting opinion* che era tutta su “voglio sapere se questo Paese è governato ancora dalle sue assemblee legislative o da noi, nove giudici di questa Corte”.

Da noi, la Corte di Strasburgo ha preso atto delle differenze esistenti, ma si è venuta gradualmente spostando verso un crescente riconoscimento del diritto degli omosessuali. Tre anni fa era stata portata alla sua attenzione una legge greca sulle unioni civili, che non includeva gli omosessuali. La Corte disse “non siete tenuti a fare una legge sulle unioni civili; ma se la fate, non potete escluderne gli omosessuali”. Due anni dopo le è arrivato un caso sull'Italia, prima che l'Italia facesse la legge sulle unioni civili, ed in esso la Corte ha preso atto che da noi i diritti degli omosessuali avevano una qualche tutela, ma ha aggiunto che senza una legge sulle unioni civili questa tutela non era adeguata. Era un passo in più. A questo punto è solo il matrimonio degli omosessuali a rientrare nel margine di apprezzamento dei Parlamenti nazionali. Fino a quando? Quando e con quali argomenti la Corte arriverà eventualmente a sostenere che le ragioni della convergenza sulla eguaglianza dei diritti sono ormai prevalenti?

Non siamo in grado di dirlo. Questo, del resto, è il tema cruciale non tanto e non soltanto della larga Europa della Corte di Strasburgo, quanto della stessa Unione Europea, che vive oggi una difficile crisi, proprio sul rapporto fra convergenza e diversità. È un tema sul quale noi italiani, figli di Ventotene, tendiamo a sottovalutare gli ostacoli e ad ignorare perciò che –come è stato scritto- l'arte dell'integrazione non sta tanto nel cancellare le diversità, quanto nell'assorbirle. E questo è il cimento più difficile, che impegna, ciascuno a suo modo, tanto i Parlamenti, quanto le Corti.