

IL DILEMMA SULL'OPINIONE DISSENZIENTE: APERTURE E CHIUSURE DI UN DIBATTITO RICORRENTE

Sommario: 1. Rilievi preliminari sull'ipotesi di dissent nel sistema di giustizia costituzionale in Italia e metodo d'indagine - 2. Il dissent e la forma di governo - 3. Il retroterra storico del dissenso giudiziale nei sistemi giuridici continentali - 4. Un confronto sul dissent tra il controllo di costituzionalità italiano e quello statunitense - 5. Il dibattito dottrinario in Italia: cenni - 6. L'opinione dissenziente e il modello incidentale - 7. Conclusioni.

1. Rilievi preliminari sull'ipotesi di *dissent* nel sistema di giustizia costituzionale in Italia e metodo d'indagine

Periodicamente oggetto di studio da parte della dottrina, il *dissent* torna ad essere al centro del dibattito sul controllo di costituzionalità in Italia¹. In diversi periodi, infatti, si è discusso sull'opportunità di introdurre nel processo costituzionale tale istituto, radicato in altri

* Ricercatore di diritto costituzionale presso l'Università di Napoli Federico II.

¹ A inaugurare la nuova stagione di confronto sul tema, e.g. B. Caravita, *Ai margini della dissenting opinion. Lo "strano caso" della sostituzione del relatore nel giudizio costituzionale*, Torino, 2021; A. Ruggeri, *Ancora in tema di opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali: è meglio accendere i riflettori sulla Consulta o lasciarla in penombra?*, in *Giustiziainsieme.it*, 28 gennaio 2021; *Id.*, *Tornando a ripensare al dissent nei giudizi di costituzionalità (spunti offerti da un libro recente)*, in *Giustiziainsieme.it*, 10 giugno 2021; AA.VV., *Il Forum - Sull'introduzione dell'opinione dissenziente nel giudizio di costituzionalità*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1, 2021; A. Anzon Demmig, *Ripensando alle opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali e alla legittimazione della Corte*, in *Giur. cost.*, 5, 2020, 2571 ss.; D. Tega, *La Corte costituzionale allo specchio del dibattito sull'opinione dissenziente*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2020, 91 ss.; G. Ragone, N. Zanon (a cura di), *The dissenting opinion. Selected essays*, Milano, 2019; A. Fusco, *L'indipendenza dei custodi*, Napoli, 2019, in particolare il capitolo IV; *Id.*, «Ne riparleremo, dunque, tra qualche tempo»: a proposito dell'introduzione delle opinioni separate (e non meramente dissenzienti) vs. l'attuale forma di «dissenso mascherato», in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1, 2021, 360 ss.

ordinamenti, sia di *common law* che di *civil law*, sia pur con diversa intensità applicativa. Frequentemente all'attenzione degli esperti di giustizia costituzionale, esso ha suscitato interesse nel nostro Paese almeno in due circostanze: la prima, su iniziativa di Costantino Mortati, che al tema dell'opinione dissenziente dedicò nel 1964 una raccolta di saggi di diversi studiosi², esprimendo il proprio favore e proponendo il suo inserimento nelle norme integrative; la seconda, in concomitanza di un seminario promosso dalla stessa Corte costituzionale nel 1993³. Tra gli anni settanta e ottanta l'opinione dissenziente è stata poi oggetto di alcune proposte legislative⁴ riferibili a giuristi di primissimo piano⁵, per essere ripresa successivamente in altri progetti di legge⁶, fino alle recenti iniziative del 2020 e del 2021⁷.

Riservandomi di tornare in seguito sui principali studi condotti nel nostro Paese, è necessario preliminarmente chiedersi se allo stato attuale si stiano definendo particolari condizioni per parlare di nuovo di *dissent* nell'ambito della giustizia costituzionale. A questo riguardo, le recenti iniziative dell'*Osservatorio AIC* e della *Rivista del Gruppo di Pisa* di attivare un dibattito sull'argomento sembrano costituire il segnale di una nuova stagione di confronto, così come avvenne negli anni '60 con la rivista *Democrazia e diritto*⁸.

Oltre ad essere, dunque, evidente l'interesse per l'argomento, che come un fiume carsico riaffiora in superficie, vi sono delle condizioni di contesto, definitesi a partire dalla recente modifica delle norme integrative, che sembrano rappresentare la premessa al nuovo dibattito.

Con delibera dell'8 gennaio 2020 – com'è noto – la Corte costituzionale, anche facendo seguito agli orientamenti emersi in occasione di un seminario dalla stessa organizzato

² C. Mortati (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, 1964.

³ A. Anzon, (a cura di), *L'opinione dissenziente, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 5 e 6 novembre 1993*, Milano, 1995; si veda anche S. Panizza, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino, 1998.

⁴ La prima iniziativa a favore del *dissent* è quella contenuta in una proposta di legge costituzionale su iniziativa di *De Martino e Altri*, «Modificazioni dell'art. 135 della Costituzione e disposizioni sulla Corte costituzionale» presentata il 9 luglio del 1973; la seconda «Proposta di legge d'iniziativa del deputato Rodotà, presentata il 6 febbraio 1981: Menzione delle opinioni difformi dei giudici nelle pronunce della Corte costituzionale».

⁵ Tra cui ricordiamo S. Rodotà, *Abolire il segreto sul voto dei giudici*, in *il Giorno*, 31 marzo 1973, 2; E. Cheli, *Render noti i motivi del dissenso in giudizio*, in *Corriere della Sera*, 8 aprile 1973. Sull'argomento, qualche anno dopo, ancora S. Rodotà, *L'opinione dissenziente dei giudici costituzionali*, in *Politica del diritto*, 1980.

⁶ Nel progetto della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali 1997 era prevista una riformulazione dell'art. 136 Cost. secondo cui le decisioni della Corte avrebbero dovuto essere pubblicate con le eventuali opinioni di dissenso dei giudici. Ricordiamo, inoltre, il «Disegno di legge costituzionale d'iniziativa del senatore Cossiga presentato il 19 gennaio 2004», nonché la proposta di legge a iniziativa della Senatrice Lanzillotta «Modifiche alla legge 11 marzo 1987 n. 87 e alla legge 31 dicembre 2009 n. 196 in materia di istruttoria e trasparenza nei giudizi di legittimità costituzionale».

⁷ Proposta di legge costituzionale *Coletti ed Altri*: «Modifiche alla legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, concernenti l'introduzione del ricorso diretto di costituzionalità d'iniziativa di una minoranza parlamentare qualificata e della dichiarazione dell'opinione dissenziente da parte dei giudici della Corte costituzionale» (2953) presentata il 16 maggio 2021 alla Camera dei deputati; Disegno di legge *Pagano ed Altri*: «Modifica all'articolo 18 della legge 11 marzo 1953, n. 87, in materia di indicazione della maggioranza con cui sono adottati i provvedimenti nei giudizi davanti alla Corte costituzionale e di espressione dell'opinione dissenziente» (2560), presentato il 25 giugno 2020 alla Camera dei Deputati.

⁸ Si tratta di un questionario predisposto dalla Rivista dal titolo «*Per un miglioramento della comprensione e della funzionalità della giurisprudenza costituzionale*» inviato a diversi studiosi, le cui risposte (tra cui ricordiamo quelle di V. Andrioli, F. Carnelutti, V. Denti, P. Barile, G. Amato, S. D'Albergo, etc.) furono pubblicate in *Democrazia e diritto*, 1963, 507 ss. e in *Democrazia e diritto*, 1964, 106 ss.

il 18 dicembre del 2018⁹, è intervenuta sulle norme integrative, introducendo nel processo costituzionale in via incidentale nuovi istituti di diritto processuale (l'*amicus curiae*, il terzo interveniente e l'esperto) al fine di "aprire" alla società civile¹⁰. Lo spirito, che ha animato questa iniziativa, di cui tanto si è discusso in dottrina¹¹, è quello di ampliare il contraddittorio dinanzi alla Corte costituzionale, per rendere il suo percorso decisionale più inclusivo di interessi, competenze e punti di vista che, a diverso titolo, presentino un nesso con l'oggetto del controllo e la cui acquisizione possa costituire "materiale" utile per la decisione.

L'idea di una Corte costituzionale che si dispone verso l'esterno si riflette anche in altre iniziative che hanno riguardato, in particolare, il piano della comunicazione. Sono note, infatti, le novità promosse dalla Corte, a partire da un rinnovamento del sito istituzionale, che è stato arricchito di nuovi materiali di approfondimento con protagonisti i singoli giudici¹², fino a un ricorso ormai stabile al comunicato stampa, che anticipa i punti salienti delle decisioni più significative, con un linguaggio più immediato, che rivela uno stile nuovo nella scrittura dei provvedimenti¹³.

⁹ Dal titolo *Interventi di terzi e "amici curiae" nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell'esperienza di altre corti nazionali e sovranazionali*.

¹⁰ Si veda a riguardo la *Relazione* di fine anno della Presidente Cartabia, del 28 aprile 2020, in *cortecostituzionale.it*.

¹¹ Sul tema si vedano P. Ridola, "La Corte si apre all'ascolto della società civile", in *Federalismi.it*, 22 gennaio 2020; A. Pugiotto, *Per un'autentica dialettica a Corte. Note a margine del seminario promosso a Palazzo della Consulta*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019; T. Groppi, *Verso un giudizio costituzionale «aperto»? Riflettendo su interventi di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019; ed inoltre sia consentito rinviare a S. Lieto, *Processo e partecipazione nel controllo di costituzionalità*, Napoli, 2020; sul tema dell'apertura, nel senso di ampliare l'ambito conoscitivo da parte della Corte costituzionale, si veda, in particolare, M. Troisi, *Le pronunce che costano. Poteri istruttori della Corte costituzionale e modulazione delle conseguenze finanziarie delle decisioni*, Napoli, 2020, 111 ss.

¹² Si pensi, ad esempio, ai *podcast*, recentemente strutturati anche con la partecipazione di diversi esponenti del mondo della cultura.

¹³ In senso critico sulla tendenza della Corte a ricercare un collegamento continuo e diretto con l'opinione pubblica, A. Morrone, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 12, 2021, 175 ss., il quale osserva: «La nostra Corte costituzionale, nel tempo, ha costruito una specifica funzione comunicativa che ha i contenuti più svariati: di conoscenza e di promozione del ruolo e delle funzioni del giudice costituzionale, di dialogo continuo con i mezzi di informazione e con l'opinione pubblica, probabilmente in linea con gli sviluppi contemporanei della società digitale. Anche la novella che ha esteso il novero dei soggetti che possono intervenire nei giudizi (nelle forme più diverse, soggette però a un potere selettivo interno molto discrezionale), va nella stessa direzione di un'amplificazione dei canali comunicativi, non priva di problematiche. Soprattutto i viaggi nelle carceri e nelle scuole, i comunicati stampa, i video e il *podcasting*, l'utilizzo dei più diffusi social network sono forme di comunicazione non neutre, che, nell'immettere la Corte nella società digitale, non andrebbero sottovalutate, anche per le conseguenze istituzionali e politiche, celate dietro la facciata, abilmente dipinta dall'ufficio stampa della Consulta, di un'istituzione che vuole apparire più vicina ai cittadini. Una simile sovraesposizione mediatica, che si presta a esiti politici evidenti, ma di cui sono dubbi i vantaggi dal punto di vista del migliore esercizio delle funzioni giurisdizionali, anzi con sicure contraddizioni, come quelle dei comunicati stampa che anticipano al pubblico i contenuti di decisioni non ancora formulate, è un unicum»; *Id.*, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 251 ss.; il testo di Morrone ha attivato un dibattito piuttosto intenso: sulle sue posizioni, con argomenti in senso critico, R. Bin, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 757 ss. e E. Cheli, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, ivi, 777 ss.

In un tale contesto credo si possa collocare la ripresa del dibattito sull'opinione dissenziente, che dovrebbe, quindi, essere discussa anche tenendo conto della recente riforma di ampliamento della partecipazione al processo costituzionale.

Tenuto conto del lasso di tempo relativamente breve dalla modifica delle norme integrative, ancora non sembra potersi definire l'andamento nell'utilizzazione di questi nuovi dispositivi, pur essendoci già - allo stato - diverse iniziative in tal senso, né immaginare, in uno scenario futuro, le conseguenze di tanti cambiamenti nella definizione del contraddittorio.

Uno degli argomenti principali a favore dell'opinione dissenziente andrebbe ricondotto alla possibilità di compensare il *deficit* di democraticità della Corte con una esplicitazione del suo percorso decisionale, all'insegna della trasparenza, della pubblicità e della responsabilità dei giudici. Tuttavia, i vantaggi di questo istituto dipendono molto dalle caratteristiche del sistema politico in cui la Corte costituzionale opera¹⁴. Per quanto siano rilevanti i risultati delle esperienze di altri ordinamenti¹⁵, il *dissent* va valutato tenendo conto degli specifici equilibri politici e istituzionali su cui va ad incidere. Andrebbero poi approfonditi gli effetti dell'opinione dissenziente sui vari tipi di giudizio, e in particolare sul giudizio *a quo* e sulla posizione del giudice, soprattutto nel caso in cui il dissenso riguardi una decisione di rigetto.

D'altro canto, non può essere trascurato il rilievo avanzato in dottrina della «contraddittorietà di una Corte che si apre all'esterno, ma rimane – malamente – chiusa all'interno»¹⁶ e pertanto dell'esigenza di «coerenza» in un quadro riformista ispirato all'apertura. Da una ricognizione dei casi di divergenza tra giudice relatore e giudice redattore sono infatti emerse alcune incoerenze dovute essenzialmente ad una «forma dimezzata di *dissenting opinion*»¹⁷, che si riflette in negativo sulle motivazioni, rendendole insoddisfacenti sul piano argomentativo e per l'avanzamento della discussione in ambito scientifico. La sostituzione del giudice relatore con un nuovo giudice che redige la sentenza, pur essendo, nella maggior parte dei casi, indice di dissenso del relatore rispetto alla maggioranza, non può infatti essere esplicitamente motivata. Una recente vicenda di sostituzione si è avuta con la sentenza n. 278 del 2020 sulla sospensione del termine di prescrizione di alcuni procedimenti penali in concomitanza con l'emergenza Covid, in occasione della quale il Presidente ha sostituito il giudice relatore con un altro giudice per la redazione della sentenza¹⁸. Sulla questione proprio il giu-

¹⁴ A riguardo, si vedano le considerazioni critiche sul *dissent* in relazione alla situazione politico - sociale di A. Anzon Demmig, *Ripensando alle opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali e alla legittimazione della Corte*, cit., 2583.

¹⁵ Si veda a riguardo E. Ferioli, *La Dissenting Opinion nella giustizia costituzionale europea di matrice kelseniana*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2017, 687 ss., in particolare per quanto riguarda l'esperienza tedesca e quella spagnola; e recentemente D. Camoni, *Due importanti lezioni europee per l'introduzione dell'opinione dissenziente nella Corte costituzionale italiana*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2021.

¹⁶ B. Caravita, *Ai margini della dissenting opinion*, cit., 87.

¹⁷ *Ivi*, 86.

¹⁸ Un altro caso interessante è quello della sentenza n. 262 del 2017 sull'autodichia delle Camere, che si è rivelata una pronuncia sofferta, come testimoniato dalla circostanza che essa è firmata da un redattore, Zanon, diverso dal relatore, Amato; a commento della decisione si veda N. Lupo, *Sull'autodichia la Corte Costituzionale, dopo lunga attesa, opta per la continuità (nota a Corte Cost. n. 262 del 2017)*, in *Forum di QC*, 21 dicembre 2017; sul tema della non coincidenza di relatore e redattore anche S. Panizza, *I recenti casi di discrepanza (meramente episodici?) tra giudice relatore e giudice redattore*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 599.

dice sostituito, in una intervista alla stampa, non ha esitato a chiarire la sua posizione, affermando, in sostanza, di non ritenere accettabile un sistema in cui viene resa nota la sostituzione del giudice al quale, tuttavia, non è permesso di esprimere pubblicamente gli argomenti del suo dissenso¹⁹. A riguardo, dunque, la soluzione della “mancata firma” da parte del relatore sostituito non può essere considerata propriamente un’opinione dissenziente, quanto piuttosto una forma di dissenso «autoreferenziale e introversa», affermatasi in via di prassi, «largamente insufficiente».

In ogni caso - nel metodo - ogni qual volta si discuta di riforme, bisogna interrogarsi sulla loro effettiva necessità. Riguardo all’opinione dissenziente e al suo ritorno in auge, sulla scia di un’idea di processo costituzionale più aperto e plurale, c’è da chiedersi pertanto se siano emerse esigenze particolari della giustizia costituzionale tali da giustificare l’introduzione di questo istituto. Il caso appena richiamato (ma non è il solo)²⁰ sembrerebbe far protendere in senso affermativo, anche se pure i fautori dell’opinione dissenziente, prudentemente, ne riconoscono i possibili svantaggi e la necessità di salvaguardare la collegialità, a dimostrazione che la preferenza per l’istituto non è affatto pacifica²¹.

In generale, si può riscontrare, nell’ampio lasso di tempo che ha visto la dottrina riflettere sull’opinione dissenziente, una contestuale ritrosia degli stessi giudici costituzionali (con alcune eccezioni, naturalmente) a prevedere il *dissent* nel controllo di costituzionalità. Con delibera del 2002, adottata in sede non giurisdizionale, è stata, infatti, rigettata la proposta di opinione dissenziente nelle norme integrative.

La domanda, pertanto, anche oggi si ripropone e ad essa si cercherà di dare una risposta o comunque qualche spunto di riflessione nel presente lavoro: il nostro sistema di giustizia costituzionale ha bisogno effettivamente che le opinioni dei giudici possano essere esternalizzate? La risposta – come si diceva – va articolata tenendo conto innanzitutto del

¹⁹ N. Zanon, *E’ tempo che la Corte faccia conoscere l’opinione dissenziente*, in il *Manifesto* del 29 dicembre 2020, il quale, sui motivi per cui non ha firmato la sentenza, risponde: «Perché avevo una tesi diversa rispetto alla maggioranza dei colleghi. Non svelo nulla di segreto, questa è l’unica ipotesi in cui il dissenso del giudice risulta dalla lettura della sentenza, c’è scritto infatti che il relatore è stato «sostituito» per la redazione. Quello che non si sa, perché resta nel segreto della camera di consiglio, è se altri giudici, e quanti, erano in dissenso come lui. Sul quesito che riguardava la sospensione della prescrizione la mia proposta al collegio era di segno diverso da quella adottata. È prevalsa la non fondatezza e non me la sono sentita di scrivere una motivazione che proprio non condividevo. È un caso estremo, tante volte succede di redigere pronunce che hanno un dispositivo diverso da quello che si immaginava all’inizio, ma che magari, discutendo con i colleghi, si impone come soluzione migliore».

²⁰ Sul punto, si veda, diffusamente, B. Caravita, *Ai margini della dissenting opinion*, cit.

²¹ Sul dilemma fra unanimità e individualità delle procedure deliberative, si veda E. Ferioli, *La Dissenting Opinion nella giustizia costituzionale europea di matrice kelseniana*, cit., la quale individua tre diverse soluzioni: «quella dei paesi che hanno escluso il dissenso nella convinzione che esso avrebbe potuto minare la compattezza e l’autorevolezza della giustizia costituzionale e che hanno, in un certo senso, anteposto la promozione della democraticità del sistema a quella della democraticità delle decisioni di un singolo organo, senza cambiare posizione nemmeno a transizione conclusa (es. Belgio, Francia, Italia); quella dei paesi che, per le medesime ragioni, hanno escluso il dissenso solo nel periodo strettamente necessario al consolidamento democratico e al consolidamento della giustizia costituzionale, per poi approdare a un parco utilizzo dell’istituto (es. Finlandia, Germania, Lituania, Romania); infine quella dei paesi che, da subito, hanno autorizzato la facoltà di esprimere voti individuali nel corso delle deliberazioni (es. Grecia, Portogallo, Spagna e numerose corti estereuropee). Eppure, anche quando aperte al dissenso, le corti europee praticano una trasparenza decisionale ben lontana dal radicalismo statunitense», 708.

contesto politico e istituzionale e del ruolo che la Corte costituzionale vi occupa. Essa quindi è condizionata dagli equilibri politici su cui l'istituto incide e dal ruolo della Corte nel mantenimento degli stessi²².

Vi è poi da evidenziare preliminarmente che la collegialità, che non è sinonimo di unanimità, è qualcosa di connaturato ai contesti composti da più persone quando si deve decidere su questioni complesse.

Nel caso italiano, una "spia" di posizioni diversificate e di divisioni all'interno del Collegio – come si diceva - è ampiamente documentata da tutte (almeno tendenzialmente) quelle decisioni in cui il giudice redattore è diverso dal relatore²³. Con la delibera della stessa Corte del 7 luglio 1987, infatti, venne soppresso l'obbligo di sottoscrizione delle decisioni da parte di tutti i giudici e introdotta la regola per cui le ordinanze e le sentenze sono sottoscritte dal Presidente e dal giudice nominato per la redazione (che può essere dunque diverso da quello relatore)²⁴.

Nel testo sarà, inoltre, brevemente ripercorso il dibattito dottrinario sviluppatosi in Italia a partire dagli anni '60 e che in diverse occasioni è sfociato in iniziative legislative sull'opinione dissenziente, mai giunte però a compimento. Molte le questioni affrontate, tra cui quella riguardante la fonte con la quale disciplinare il *dissent*²⁵, e cioè se intraprendere la strada della potestà regolamentare della Corte²⁶ o della sua giurisprudenza, o sia invece preferibile la legge, magari di rango costituzionale. Scelta che a sua volta molto dipende dalla visione che si ha della disciplina del processo e dalla opportunità (o meno) che sia lo stesso giudice a intervenire sulle regole riguardanti la sua funzione²⁷.

²² Sono queste del resto le medesime perplessità espresse tempo addietro da G. Zagrebelsky, il quale, in occasione del seminario promosso dalla Corte costituzionale sul *dissent* nel 1993, pur manifestando pieno favore all'opinione dissenziente, sottolineava che «considerando realisticamente che l'opinione dissenziente indebolisce nell'immediato l'impatto di una decisione, in quanto si presenta contrastata e discutibile (mentre io credo che, nel lungo periodo, rafforzi la Costituzione, radicandone e diffondendone il valore), la domanda che andrebbe posta è la seguente: se essa non sia una riforma da consegnare ai tempi della normalità della Costituzione e se essa, introdotta in un momento sbagliato, non possa avere effetti dannosi per la Corte costituzionale nel suo insieme», così in A. Anzon, (a cura di), *L'opinione dissenziente, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 5 e 6 novembre 1993*, cit., 159.

²³ Sul punto, diffusamente, B. Caravita, *Ai margini della dissenting opinion. Lo "strano caso" della sostituzione del relatore nel giudizio costituzionale*, cit.

²⁴ Art. 17 n.i. (nella versione modificata nel 2008), *Deliberazione delle ordinanze e delle sentenze*: «1. Le ordinanze e le sentenze sono deliberate in camera di consiglio con voti espressi in forma palese. Alla deliberazione devono partecipare i giudici che siano stati presenti a tutte le udienze fino alla chiusura della discussione della causa. 2. Il Presidente, dopo la relazione, dirige la discussione e pone in votazione le questioni. 3. Il relatore vota per primo; votano poi gli altri giudici, cominciando dal meno anziano per nomina; per ultimo vota il Presidente. In caso di parità di voti, il voto del Presidente prevale. 4. *Dopo la votazione, la redazione delle sentenze e delle ordinanze è affidata al relatore, salvo che, per indisponibilità o per altro motivo, sia affidata dal Presidente ad altro o a più giudici.* 5. La data della decisione è quella dell'approvazione di cui al comma 3. 6. *Le ordinanze e le sentenze, il cui testo è stato approvato dal collegio in camera di consiglio, sono sottoscritte dal Presidente e dal Giudice redattore*», (mio il corsivo).

²⁵ AA.VV., *Il Forum - Sull'introduzione dell'opinione dissenziente nel giudizio di costituzionalità*, cit., 416 ss.

²⁶ Sul tema, si veda G. Famiglietti, E. Malfatti, P. P. Sabatelli, (a cura di), *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione. Atti del Seminario di Pisa del 26 ottobre 2001*, Torino, 2002.

²⁷ Si rinvia alle diverse posizioni assunte in dottrina in occasione di un importante seminario tenutosi presso il palazzo della Consulta il 13 e 14 novembre 1989, i cui atti sono confluiti in AA.VV., *Giudizio "a quo" e*

La dottrina costituzionalistica italiana, in ogni caso, resta debitrice degli studi di diritto comparato sull'argomento, rimanendo il *dissent*, ad oggi, ancora solo una "promessa" per il nostro sistema di giustizia costituzionale. Sia pur per cenni, rinviando a contributi sull'argomento più esaustivi²⁸, sarà sviluppata qualche riflessione in chiave comparata, con particolare riguardo al sistema statunitense, e fatto qualche richiamo al retroterra storico culturale continentale, che pure vanta precedenti importanti di dissenso giudiziale. Ripercorrere l'evoluzione dell'opinione dissenziente rimanda, poi, a una questione più generale e cioè alla concezione del giudice nelle differenti tradizioni giuridiche occidentali. Ad una visione dello stesso più proteso alla soluzione del caso concreto, e dunque più incline ad un ruolo giuridicamente creativo, si contrappone un modello di giudice burocrate, di stampo illuministico, che opera con metodo logico-deduttivo e meccanicamente applica la volontà del legislatore. Anche le Corti costituzionali, pur essendo giudici *sui generis*, non si sottraggono a queste contrapposizioni, cui è strettamente legata la questione della loro legittimazione. Le Corti, infatti, hanno la funzione di annullare le leggi incostituzionali, ma è raro che si limitino a questo, contribuendo invece, nella maggior parte dei casi, a innovare l'ordinamento giuridico. Di qui, pertanto, la loro identificazione come giudici che non giudicano sulla base di un sillogismo categorico sulla conformità costituzionale della legislazione, ma intervengono sull'ordinamento, riformulandolo in conformità ai dettami costituzionali così come da loro interpretati.

Infine, alcune considerazioni in coda sull'impatto del *dissent* nel modello incidentale e sui potenziali effetti di così tanti interventi di "apertura" del processo costituzionale che, combinati tra loro, potrebbero "amplificare" l'opinione individuale a discapito della collegialità, e, più in generale, pregiudicare l'autorevolezza della Corte su questioni particolarmente delicate e divisive a livello sociale e politico.

2. Il *dissent* e la forma di governo

Non sono i giudici costituzionali, in prima battuta, a dover recepire le istanze della collettività e adeguare di conseguenza gli ordinamenti giuridici. Questo compito spetta prioritariamente alle Assemblee rappresentative, che devono dare risposte ai bisogni della convivenza sociale in un determinato momento storico e favorire il confronto tra le forze politiche. Per tutelare il pluralismo politico e sociale, nei Parlamenti – il cui funzionamento si basa sulla regola della maggioranza – le minoranze godono di importanti garanzie e le loro posizioni possono, ad ogni tornata elettorale, divenire quelle di maggioranza. L'elezione, infatti, è un meccanismo che consente l'alternanza in Parlamento, rimettendo ai cittadini elettori la scelta

promovimento del processo costituzionale, Milano, 1990; si vedano, inoltre, R. Romboli, *La Corte costituzionale e il suo processo*, in *Foro it.*, I, 1995; M. Cecchetti, *Per una rinnovata riflessione sul potere normativo della Corte costituzionale per la disciplina dei propri giudizi*, in P. Caretti, M. C. Grisolia (a cura di), *Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale (Scritti in onore di Enzo Cheli)*, Bologna, 2010, 227 ss.; *Id.*, *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir. (Agg.)*, V, Milano, 2001; *Id.*, *Il principio del "giusto processo" nel nuovo art. 111 della Costituzione. Origini e contenuti normativi generali*, in P. Tonini (a cura di), *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, Padova, 2001.

²⁸ Diffusamente si veda A. Di Martino, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, Napoli, 2016.

se confermare o meno i propri rappresentanti. Da questo punto di vista, pertanto, è evidente la necessità che l'azione svolta in Parlamento dagli eletti avvenga in assoluta pubblicità e trasparenza, in modo da consentire agli elettori di osservare il loro operato e poterlo giudicare. Da ciò l'importanza del dibattito parlamentare e della esplicita manifestazione degli orientamenti e dei punti di vista, in una prospettiva non solo di confronto dialettico, che è elemento indispensabile per una sana democrazia, ma anche di assunzione di responsabilità di ciascuna forza politica sulle proprie scelte. La struttura democratico rappresentativa, che si definisce a partire dal voto, è fisiologicamente predisposta al confronto, tanto più se la stessa è il riflesso di società eterogenee, con profonde differenze sul piano sociale, culturale ed economico.

Discorso diverso va fatto per gli organi di garanzia, e in particolare per la Corte costituzionale. Essa ha il compito di sorvegliare il legislatore di maggioranza e di intervenire sulle leggi che possano sovvertire l'ordine costituito, ripristinando la legalità costituzionale. Trattandosi di un collegio, è chiaro che il percorso che conduce alla decisione può essere scandito da posizioni individuali differenti e, in astratto, non si nega che poter seguire "in chiaro", senza l'aura di segretezza della camera di consiglio, l'iter decisionale in tutti i suoi risvolti possa essere auspicabile in conformità ai principi di pubblicità e trasparenza dell'azione pubblica in genere. Ci sono, tuttavia, delle valutazioni di contesto, politiche e sociali, che potrebbero suggerire più cautela. Il modello parlamentare, come è noto, ha il suo asse portante nel rapporto di fiducia tra Parlamento e Governo, ma è incentrato innanzitutto sull'Assemblea democraticamente eletta. La forma di governo che emerge dal disegno costituzionale è, poi, completata dal sistema partitico che costituisce un tassello imprescindibile per definirlo compiutamente in un dato momento storico²⁹. Non è questa la sede per ripercorrere un tema così complesso, su cui la migliore dottrina da anni ha incentrato le proprie riflessioni³⁰; vale, tuttavia, considerare brevemente, ai fini del discorso, il contesto politico e istituzionale attuale nel quale l'opinione dissenziente, per ipotesi, si andrebbe a collocare³¹.

Il Parlamento è un organo in profonda crisi sul piano dell'effettività. La realtà ci consegna, infatti, una rappresentanza spesso sopraffatta dalla compagine governativa. La torsione del modello e lo spostamento del baricentro verso l'esecutivo hanno avuto una evidente manifestazione nel nostro Paese proprio in questi ultimi tempi, con la gestione dell'emergenza sanitaria causata dal Covid-19³². Nei commenti più sensibili all'urgenza del

²⁹ L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Milano 1970, XIX; *Id.*, *Forme di Stato e forme di governo*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006.

³⁰ S. Staiano, G. Ferraiuolo, A. Vuolo (a cura di), *Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, Napoli, 2020; S. Staiano, *La forma di governo come norma e come processo*, in F. Musella (a cura di), *Il governo in Italia*, Napoli, 2019, 29; *Id.*, *La forma di governo italiana, permanenza e transizione*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2018; *Id.*, *Trasformazioni dei partiti e forma di governo*, in *Federalismi.it*, 19, 2015; *Id.*, *Prolegomeni minimi a una ricerca forse necessaria su forma di governo e sistema dei partiti*, in *Federalismi.it*, 3, 2012. ss.

³¹ Sugli elementi di contesto e sul ruolo del giudice costituzionale nell'assetto dei poteri, si veda S. Staiano, *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccostamento*, in *Federalismi.it*, 3, 2021; ed inoltre, diffusamente, D. Tega, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accostamento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, 2020.

³² Sul punto, A. Lucarelli, *Il modello dualista dei "Presidenti": prodromi del cambiamento della forma di governo parlamentare*, in *Diritto pubblico europeo - Rassegna online*, 1, 2021.

ripristino dell'ordine nel sistema delle fonti³³ è stato, infatti, ritenuto ingiustificato rispetto alla forma di governo parlamentare, il ruolo normativo assunto dal Governo e in particolare dal Presidente del Consiglio dei Ministri, che attraverso atti di natura amministrativa ha inciso su diritti fondamentali mettendo in discussione la riserva di legge e, in generale, il canone della legalità. Naturalmente, questa riconfigurazione degli equilibri a vantaggio dell'esecutivo non può essere imputata esclusivamente al sopravanzare della componente governativa; in questo processo, infatti, la perdita di centralità deriva anche dalla debolezza del Parlamento e delle forze politiche che lo costituiscono. Il sistema partitico attuale appare frammentato, carente sul piano identitario, distante dai cittadini, avulso dai problemi concreti e ripiegato su stesso, in un costante sforzo di autopromozione in un'ottica di sopravvivenza³⁴. Si osserva, inoltre, all'interno dei partiti, rapidi capovolgimenti e trasformazioni, sia sul versante della *leadership* che della struttura organizzativa, senza mai risolversi in un intervento decisivo di messa in opera, attraverso una legge, di una effettiva democratizzazione interna³⁵. Anche questi sintetici rilievi meriterebbero ulteriori approfondimenti, ma ciò condurrebbe inevitabilmente lontano dal tema che ci occupa. Va rilevato, in ogni caso, che la Corte costituzionale, da tempo, su alcuni temi cruciali ha svolto un ruolo supplente. In sede di controllo di costituzionalità sono state, infatti, trasferite questioni che invece avrebbero dovuto essere risolte in Parlamento (ad esempio la questione della legge elettorale)³⁶. La Corte ha sopperito spesso all'inattività del Parlamento e delle forze politiche, preferendo queste "esternalizzare", per mero calcolo elettorale, la soluzione dei problemi. Non esistono, naturalmente, soluzioni migliori, in assoluto, per ristabilire il modello di governo codificato o approssimarsi quanto più è possibile ad esso e il tema della crisi della rappresentanza è troppo complesso per poter essere affrontato in questa sede. Quel che si può dire però è che il ripristino della forma di governo parlamentare classica "passa" per il contributo di tutti gli organi costituzionali. Trattan-

³³ A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2, 2020; A. Lucarelli, M. Calamo Specchia, F. Salmoni, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in *Rivista AIC*, 1, 2021; A. Lucarelli, *La gestione della pandemia davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni intorno all'ordinanza di remissione n. 27/2020 del Giudice di pace di Frosinone*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2, 2021; S. Staiano, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2, 2020; *Id.* (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Napoli, 2020.

³⁴ Sul tema, diffusamente, S. Staiano, (a cura di), *Nella rete dei partiti. Trasformazione politica, forma di governo, network analysis*, cit.; C. De Fiores, *Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018.

³⁵ Sull'argomento la letteratura è molto vasta. Si vedano, in ogni caso, V. Crisafulli, *Partiti, Parlamento, Governo*, in *Id.*, *Stato, Popolo e Governo*, Milano, 1985, 207 ss.; L. Elia, *Per una legge sui partiti*, in AA.VV., *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, 1992, 1, 407 ss.; C. Esposito, *I partiti nella Costituzione italiana*, in *Id.*, *La Costituzione italiana*, Padova, 1954; S. Bartole, *Partiti politici*, (voce), in *Digesto discipline pubbl.*, X, Torino, 1995; P. Ridola, *Partiti politici*, (voce), in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, 1982, 66 ss.; G.U. Rescigno, *Potere politico e sistema dei partiti: limitare il sovrano*, in *Politica del diritto*, 1984, 81 ss.

³⁶ La sentenza è stata molto commentata; si rinvia, in ogni caso, a scopo di sintesi, a G. Zagrebelsky, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, in *Giur. cost.*, 2014, 2960; ed inoltre ad A.A.V.V., *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della L. n. 270 del 2005*, in *Giur. cost.*, 2014; R. Romboli, *L'incostituzionalità dell'«Italicum»: la Consulta conferma il superamento della «zona franca» delle leggi elettorali, ma anche la creazione di una nuova per le leggi costituzionalmente necessarie*, in *Foro. it.*, I, 3, 2017, 782 ss.; A. Spadaro, *Sulla intrinseca «politicità» delle decisioni «giudiziarie» dei tribunali costituzionali contemporanei*, in *Federalismi.it*, 2017, 3.

dosi, infatti, di una struttura complessa, essa si definisce con l'azione dei suoi principali attori. La Corte, piuttosto che intervenire in sostituzione, avvalorando in questo modo l'inattività dell'Assemblea, dovrebbe rimanere nell'ambito delle sue competenze. Non sempre, infatti, l'interventismo in supplezza – a meno che non sia *una tantum* – è utile per ristabilire gli equilibri. E di questo la Corte costituzionale sembra essere consapevole, come dimostrato negli ultimi tempi le decisioni di “messa in mora” del Parlamento con scadenze puntuali (si veda il caso Cappato, quello sull'ergastolo ostativo e quello sulla disciplina sanzionatoria della diffamazione a mezzo stampa)³⁷.

Nella complessa geometria delle dinamiche istituzionali, se, da un lato, è bene che la Corte operi un *self-restraint* rispetto al Parlamento, dall'altro, la stessa dovrebbe intervenire in maniera più decisa quando è il Governo a sopravanzare rispetto all'Assemblea. La Corte è stata in alcuni casi, infatti, poco incisiva nella salvaguardia del ruolo del Parlamento e delle prerogative dei parlamentari nei confronti del Governo. Si pensi, ad esempio, al giudizio sul conflitto di attribuzione tra poteri deciso con l'ordinanza n. 17 del 2019 a proposito del procedimento di approvazione della legge di bilancio, in cui la Corte, pur aprendo sul versante soggettivo, attraverso il riconoscimento al singolo parlamentare della qualità di potere dello Stato, non ha rinvenuto «tono costituzionale» nella materia del giudizio, pur trattandosi, nella fattispecie, di un'evidente compressione dell'iter legislativo e del diritto di emendamento dei singoli parlamentari³⁸. In casi di questo genere, la manifestazione esplicita del dissenso forse potrebbe rivelarsi utile ed evitare che la giurisprudenza della Corte possa essere percepita come eccessivamente “deferente” verso gli organi politici e la maggioranza di Governo.

3. Il retroterra storico del dissenso giudiziale nei sistemi giuridici continentali

Come importanti studi storici hanno dimostrato³⁹, già nel periodo che va dal XII al XIII secolo, nella fase di passaggio dagli ordinamenti di matrice franco-germanica a quelli di diritto comune, vi sono tracce dell'opinione giudiziale individuale. Essa si radica poi, tra il XV e XVI secolo, con il consolidarsi del diritto giurisprudenziale e l'obbligo di motivazione delle sentenze. La pubblicità del processo contraddistingue gli ordinamenti di diritto comune e prima ancora il diritto romano classico. Essa persiste in epoca medievale, caratterizzando il processo in tutte le sue articolazioni, dall'iter deliberativo alla condanna, rivelandosi un elemento tipico del giudizio anche se «non le si attribuiva quella funzione costituzionale di legit-

³⁷ Ordinanza n. 207 del 2018 sul c.d. Caso Cappato; ordinanza n. 97 del 2021 sull'ergastolo ostativo; ordinanza n.132 del 2020 sulla disciplina sanzionatoria della diffamazione a mezzo stampa.

³⁸ Sul tema, in senso critico, sia consentito rinviare a S. Lieto, *Conflitto tra poteri e «soglia di evidenza»*. *Notazioni a margine dell'ordinanza n. 17 del 2019*, in *Rivista AIC*, 1, 2019.

³⁹ Per tutti si vedano A. Giuliani, N. Picardi, *I modelli storici della responsabilità del giudice*, in *Id.*, (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, I, Rimini, 1985; G. Gorla, *Le opinioni non “segrete” dei giudici dissenzianti nelle tradizioni dell'Italia preunitaria*, in *Id.*, *Il segreto nella realtà giuridica italiana. Atti del convegno nazionale*, Roma, 26 – 28 ottobre 1981, Padova, 1983; *Id.*, *Introduzione allo studio dei Tribunali supremi Italiani nel quadro europeo fra i secoli XVI e XIX*, in A. Giuliani, N. Picardi, (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, cit.; T. Ascarelli, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952.

timazione e controllo che essa avrebbe sviluppato nel XIX secolo»⁴⁰. Tuttavia, il giudizio basato sulla pubblicità e sull'oralità, nel corso dei secoli, si trasforma, conformandosi progressivamente ai canoni della scrittura e della segretezza. Si consolidano i tribunali territoriali, organizzati secondo una logica burocratica, con giudici di professione. A partire dal basso Medioevo si afferma, dunque, un nuovo modello di processo in cui si eclissa – senza mai del tutto sparire - l'opinione giudiziale individuale⁴¹. In ogni caso, almeno fino alla metà del XII secolo, il dissenso giudiziale è praticato⁴², e la sentenza non è concepita come l'esito di un percorso sillogistico deduttivo ma improntata alla soluzione del caso concreto. Successivamente, nonostante la graduale trasformazione di cui si diceva, le fonti storiche testimoniano, comunque, la presenza del dissenso in epoca rinascimentale⁴³. Dal materiale giurisprudenziale dell'epoca, compilato in via informale, se ne riscontrano tracce ad esempio presso la Rota fiorentina, che imponeva anche l'obbligo di motivazione delle decisioni⁴⁴, nonché nelle *decisiones* di Matteo d'Afflitto, relativamente alle sentenze del Sacro Regio Consiglio napoletano (1557). Anche in altre aree geografiche, come in Germania, il dissenso in qualche modo sopravvive. Lo stesso discorso per la Francia, dove si rinvengono decisioni motivate e materiali da cui emerge la presenza di dissensi individuali. Con il passare del tempo, tuttavia, le opinioni dissenzienti diventano più rare. Nel corso del XIX secolo, con l'avvento degli ordinamenti giuridici post rivoluzionari, esse tendono a scomparire. E' introdotto l'obbligo di motivazione della sentenza⁴⁵ per arginare l'arbitrio che aveva caratterizzato le corti durante l'*ancient regime*; ma, soprattutto, si consolida il modello illuministico di giudice che applica la legge sulla base di un metodo sillogistico e che si rimette al legislatore nel caso in cui la norma risulti incerta o oscura⁴⁶. Con l'entrata in vigore del *Code civil* nel 1804 l'organizzazione della giustizia si burocratizza e non c'è più spazio per il dissenso. Il giudice è concepito come un funzionario dello Stato, che svolge la sua attività all'insegna della segretezza e della spersonalizzazione⁴⁷. Il modello francese tenderà ad influenzare altre realtà, ad esempio gli stati preunitari italiani e il successivo Regno d'Italia. Nonostante ciò, in diversi ordinamenti italiani, come ad esempio in Toscana, si riscontrano, comunque, casi di dissenso individuale e il voto di scissura, in qualche modo, sopravvive.

Questa rapida panoramica sull'opinione dissenziente in Europa nel corso dei secoli va naturalmente completata con qualche cenno all'esperienza anglosassone, che è all'origine del *dissent* nordamericano e della sua fioritura oltreoceano. Va innanzitutto precisato che il *dissent* nasce nella prassi giurisprudenziale comune, che contemplava un'udienza

⁴⁰ A. Di Martino, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali*, cit., 16.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ivi*, 20.

⁴³ A. De Nitto, *In tema di opinioni dissenzienti nell'esperienza delle Corti italiane*, in *Id.*, *Diritto dei giudici e diritto dei legislatori*, Lecce, Argo, 2002, 61 ss.

⁴⁴ M. Ascheri, *Tribunali, giuristi, istituzioni. Dal medioevo all'età moderna*, Bologna, 1989, 57; G. Gorla, *Le opinioni non "segrete"*, cit., 148.

⁴⁵ M. Taruffo, *L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*, in *Id.*, *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, II, Firenze, 1972, 606.

⁴⁶ M. A. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, Ed. di Comunità, 1966, 28.

⁴⁷ M. Weber, *Burocratismo*, in *Id.*, *Economia e società. Dominio*, H. Hanke (a cura di), Roma, 2012, 59 ss.

pubblica con dibattito dinanzi a giudici laici. Nella *Appellate Committee* della *House of Lords* (sostituita successivamente dalla *Supreme Court of the United Kingdom* istituita nel 2005, fino alla seconda metà del XVIII secolo non si aveva propriamente conoscenza delle opinioni dei singoli giudici, anche se questi, in quanto contestualmente parlamentari, avevano in ogni caso il diritto di tenere un discorso (*make a speech*) in Assemblea.

La prassi delle *seriatim opinions* nelle corti di *common law* viene documentata, a partire dal XIII secolo, nei *reports*, cioè in documenti redatti da un compilatore, in cui veniva illustrata la discussione orale che si era svolta su uno specifico caso da parte dei giudici, degli avvocati e delle parti e si riportava il contenuto della sentenza, che non era scritta. Il processo di *common law*, di tipo accusatorio, era finalizzato alla migliore definizione della controversia sulla base delle prove presentate dalle parti. Il giudice, pertanto, aveva un ruolo essenzialmente concreto e ciò giustificava una risposta giudiziaria sotto forma di “opinione”⁴⁸. Tale approccio è alla base della presenza nelle decisioni dei tribunali collegiali di più opinioni su una medesima questione. L’opinione, inoltre, si poneva in connessione con il principio di indipendenza dei giudici, molto radicato nell’ordinamento inglese, per la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali⁴⁹. A differenza del modello illuministico, il giudice inglese svolge «una essenziale funzione di mediazione tra diritto legislativo e *common law*, nella misura in cui le leggi del parlamento dispiegano i loro effetti solo se integrate – attraverso l’attività interpretativa – nella tradizione di *common law*. Il tipo di ragionamento del giudice non è logico-deduttivo, né va alla ricerca dell’autorità fittizia di una volontà del legislatore, ma fa leva su una ragione artificiale basata sull’osservazione e sull’esperienza, profondamente radicata nei fenomeni sociali»⁵⁰.

Principale punto di osservazione del *dissent* è rappresentato, in ogni caso, dall’esperienza che l’istituto ha avuto negli Stati Uniti d’America. Anche a riguardo non si potrà procedere che per cenni. Innanzitutto, va detto che non esistono norme scritte sull’uso del *dissent* ed è questa la ragione per cui si parla di *norm of acquiescence* oppure di *norm of individual expression*, volendo in questo modo sottolineare la dimensione consuetudinaria e convenzionale dell’istituto⁵¹, il cui utilizzo da parte dei giudici della Corte suprema è comunque molto mutato nel corso del tempo. In origine, nelle corti coloniali vigeva il sistema delle *seriatim opinions* di origine anglosassone e anche la Corte suprema, istituita con la Costituzione del 1787 ed entrata in funzione nel 1790, ha cominciato a operare in questo modo. Tuttavia, tale sistema presentava alcuni inconvenienti in quanto la sequenza di opinioni distinte rendeva più difficile individuare con chiarezza il dispositivo della decisione. Per questa ragione, durante la Presidenza Marshall (1801 – 1835) fu introdotta stabilmente *the opinion of the Court* che garantiva maggiore neutralità e autorevolezza all’organo. Le opinioni indivi-

⁴⁸ A. Di Martino, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali*, cit., 59.

⁴⁹ E. Santoro, *Rule of law e “libertà degli inglesi”. L’interpretazione di Albert Venn Dicey*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto*, Milano, 2002, 175 ss.

⁵⁰ A. Di Martino, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali*, cit., 61.

⁵¹ R. Post, *The Supreme Court Opinion as Institutional Practice: Dissent, Legal Scholarship, and Decisionmaking in the Taft Court*, in *Minnesota Law Review*, 2001, 1267 ss.

duali, tuttavia, non scomparvero del tutto e riemersero successivamente⁵², assumendo un ruolo di bilanciamento rispetto *all'opinion of the Court*. Come si diceva, non si possono ripercorrere tutte le stagioni del *dissent* attraverso il contributo dei giudici che più vi hanno fatto ricorso. Vanno ricordate, tuttavia, almeno alcune Corti: Taft, Hughes e Stone, che hanno operato nella prima metà del 900, in cui si registra un ridimensionamento dell'unanimità, fino alla definitiva prevalenza della *norm of individual expression* sulla *norm of acquiescence* durante la Corte Stone⁵³. Da quel momento in poi il *dissent* si consolida definitivamente, contribuendo all'affermazione di una concezione creativa del diritto e all'idea che la legittimazione delle decisioni della Corte derivi proprio dalla loro struttura argomentativa e non necessariamente dall'unanimità. Questa visione non è più stata messa in discussione anche se, per scongiurare un eccesso di personalizzazione della politica giudiziaria, non sono mancati, anche in tempi recenti, moniti da parte di alcuni *Chief justice* (Roberts ad esempio) ai giudici di praticare maggiore compattezza nelle decisioni⁵⁴.

4. Un confronto sul *dissent* tra il controllo di costituzionalità italiano e quello statunitense

Come già evidenziato nel paragrafo precedente, il *dissent* non è una prerogativa dei sistemi giuridici di *common law*. Anche la tradizione civilistica occidentale ha dei trascorsi importanti in tal senso. Gli ordinamenti europei, che hanno codificato nella seconda metà del Novecento l'opinione dissenziente nel processo⁵⁵, non sono stati influenzati soltanto dall'esperienza anglosassone, ma anche da una tradizione continentale risalente e da una particolare concezione del giudice e della giustizia. In ogni caso, la maggioranza dei paesi dell'Unione europea hanno formalizzato, a partire dal secondo dopoguerra, l'istituto del *dissent*, ispirandosi in particolare ai modelli che si sono definiti in Germania e Spagna. Per quanto riguarda il modello tedesco, va brevemente ricordato che il giudizio individuale si consolida inizialmente a livello decentrato e in forma anonima, per essere successivamente positivizzato con la modifica della legge sul funzionamento della Corte costituzionale federa-

⁵² K. M. Zo Bell, *Division of opinion in the Supreme Court: A History of Judicial Disintegration*, in *Cornell Law Review*, 1959, 194 ss.; sull'esperienza in particolare di Johnson si veda A. Di Martino, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali*, cit., 70 ss.

⁵³ R. Post, *The Supreme Court Opinion*, cit., 1279 ss.; M. T. Henederson, *From seriatim to Consensus and back again: a Theory of Dissent*, John M. Olin Program, in *Law and Economics Working Paper* n. 363, 2007, 33 ss.; A. Di Martino, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali*, cit., 83 ss.

⁵⁴ Sul tema della personalizzazione J. Rosen, *The Supreme Court. The Personalities and Rivalries that Defined America*, NY, Times Book, 2006, 221 ss.; ed inoltre S. M. Griffin, *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, Bologna, 2003, citando a pagina 229 D. M. O'Brian, *Storm Center: The Supreme Court in American Politics*, New York, Norton & Company, 1986, il quale osserva: «Allo stato c'è una tendenza a riconoscere un minore consenso alle pronunce della Corte. I giudici tendono sempre più frequentemente a dividersi nelle loro decisioni. Le opinioni dei singoli vengono più apprezzate rispetto alle opinioni collegiali. La Corte ora funziona più come un organo legislativo che si basa sulla maggioranza dei voti ai fini della decisione delle controversie che come un organo collegiale nel quale si cercano di raggiungere decisioni ed opinioni comuni», 284.

⁵⁵ Si pensi, ad esempio, alla Germania e alla Spagna, in cui tuttavia si registra, con le dovute differenze, una tendenza sporadica all'uso del *dissent*; per quanto riguarda la Germania in particolare si veda A. Di Martino, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali*, cit., 249 ss.

le nel 1970 (paragrafo 30)⁵⁶. Sul ricorso al *Sondervotum* sono state rilevate fasi alterne⁵⁷, anche se, nel complesso, si registra una certa moderazione. In Spagna il *voto particular*, invece, non riguarda solo il Tribunale costituzionale ma anche quelli ordinari⁵⁸. La Costituzione del 1978 vi dedica uno specifico articolo (164) che ha ricevuto attuazione nell'anno successivo, con la legge organica n. 2 del 1979⁵⁹.

Un altro rilievo da fare in via preliminare è che l'Italia (insieme a Francia, Belgio, Lussemburgo e Austria) è tra i pochissimi ordinamenti a non aver codificato il *dissent*, nonostante il dibattito sull'argomento sia stato a più riprese sviluppato dalla dottrina costituzionalistica italiana a partire dagli anni 60. Questo dato di non allineamento del nostro sistema di giustizia costituzionale, dovuto in parte anche all'opposizione dei giudici costituzionali, si presta ad essere interpretato da diversi punti di vista. In ogni caso, l'assetto del processo costituzionale si è molto stabilizzato sulla dimensione collegiale del Giudice delle leggi, nonostante la previsione di alcune figure "di spicco", ovvero il presidente e il giudice relatore: il primo per il potere di assegnare la questione di legittimità costituzionale al singolo giudice, il secondo per il compito di studiare la causa e proporre una o più soluzioni al Collegio. Questi specifici ruoli, in qualche misura, ridimensionano la collegialità e scardinano il principio di segretezza, rappresentando sempre più elementi di "riconoscibilità" di posizioni individuali negli orientamenti della Corte e talvolta di "personalizzazione" delle sue decisioni.

Inoltre, tra le ragioni che hanno, almeno finora, fatto ritenere non necessario introdurre il dissenso esplicito nel processo costituzionale, sta anche la circostanza che il dinamismo delle posizioni in camera di consiglio non sembra aver conosciuto momenti di stasi. Ciò è sicuramente ascrivibile ad una composizione dell'organo che si rinnova con una certa frequenza e che rende il Collegio costantemente aperto, con l'arrivo di nuovi giudici, a posizioni e punti di vista nuovi, arricchendo in questo modo il dibattito interno e favorendo cambi di

⁵⁶ A riguardo J. Luther, *L'esperienza del voto dissenziente nei paesi di lingua tedesca*, in *Politica del diritto*, 1994, 25, 241 ss. e *Id.*, *L'esperienza del voto dissenziente nel Bundesverfassungsgericht*, in A. Anzon (a cura di), *L'opinione dissenziente*, cit., 259 ss.

⁵⁷ A riguardo, G. Bisogni, *La 'forma' di un 'conflitto'. Brevi osservazioni sul dibattito italiano intorno all'opinione dissenziente*, in *Ars Interpretandi*, 1, 2015, secondo il quale «la pratica del *Sondervotum* assurge più che altro a valvola di sfogo della tensione politica che può accumularsi in rapporto a casi posti sotto i 'riflettori' del dibattito pubblico e, nel suo complesso, la sua resa è consistita semplicemente nell'elevare la qualità teorica degli argomenti adoperati dalla giurisprudenza costituzionale», 59.

⁵⁸ *Ley Organica del Poder Judicial* del 1985.

⁵⁹ Sul tema E. Ferioli, *La Dissenting Opinion nella giustizia costituzionale europea di matrice kelseniana*, cit., la quale osserva: «lo sguardo del costituente spagnolo è stato dichiaratamente rivolto al *dissent* di stampo nordamericano», 699; ed inoltre: «In Spagna, difatti, la potenziale interferenza del giudice costituzionale nella sfera legislativa è enfatizzata dal ricorso di *amparo*, avente per oggetto la violazione dei diritti e delle libertà fondamentali proponibili in via diretta da parte di soggetti giuridici individuali, dal difensore del popolo o dal pubblico ministero (art. 53 cost.). Ben si comprende, allora, quanto un massiccio esercizio di simile competenza possa sfumare i confini strettamente giuridici dell'interpretazione: a mano a mano che l'oggetto dell'interpretazione si sposta dal testo a un «valore», si avrà, da un lato, il moltiplicarsi del catalogo degli interessi giuridici meritevoli di copertura costituzionale e, dall'altro, un corrispondente aumento delle divergenze tra gli interpreti sui contenuti da assegnare a questi valori», 699 ss.; ed inoltre F. Balaguer Callejón, G. Cámara Villar, L.F. Medina Rey, *La nueva ley orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2008, 118; L. Luatti, *Profili costituzionali del voto particolare. L'esperienza del Tribunale costituzionale spagnolo*, Milano, 1995.

orientamento su questioni particolarmente importanti⁶⁰. A ciò, poi, si aggiunga che probabilmente atteggiamenti gregari dei giudici costituzionali, per disinteresse a contribuire, con argomenti meditati, al dibattito interno e tali da favorire la formazione di opinioni unanimi, sono stati rari. Infine, la circostanza che le opinioni non vengano rese pubbliche non vuol dire che esse non rappresentino – come spesso si sottolinea a sostegno dell'introduzione del *dissent* – precedenti importanti nella rielaborazione, in futuro, degli orientamenti della giurisprudenza. Insomma, la questione è sull'opportunità o meno che il dissenso venga reso manifesto, non sul dissenso in sé⁶¹. Bisognerebbe poi approfondire il discorso sul tipo di *dissent* che si vorrebbe introdurre. L'opinione individuale dissenziente, ad esempio, potrebbe non essere personale ma anonima. Inoltre il dissenso potrebbe essere espresso non necessariamente nei confronti del dispositivo ma rispetto al percorso argomentativo (opinione concorrente).

Nonostante i modelli di matrice continentale, cui abbiamo fatto rapidamente cenno, quando si affronta questo tema in chiave comparatistica il pensiero va immediatamente all'esperienza statunitense, e in particolare ai giudici della Corte suprema federale. Siamo in un contesto ordinamentale fondato su matrici giuridiche molto diverse dai sistemi di *civil law*, in cui i giudici non si limitano ad applicare il diritto ma lo producono. Non è naturalmente possibile ripercorrere le complesse vicende che nel corso del tempo hanno portato, almeno su alcuni piani, ad un progressivo allineamento di queste due grandi famiglie normative, sta di fatto però che le caratteristiche originarie hanno continuato ad agire reiterando per entrambi i sistemi giuridici un'idea specifica di giudice e di giustizia⁶².

I giudici della Corte suprema sono nomine presidenziali, a vita, e ad alto tasso di politicità che offusca inevitabilmente l'elemento della collegialità, tanto che, soprattutto nella fase iniziale del *judicial review of legislation*, prevalse – come sottolineato - l'orientamento di garantire la centralità dell'*opinion of the Court*, non solo per consolidare le sue decisioni e renderle così meno esposte a strumentalizzazioni, ma anche per ovviare agli inconvenienti delle *seriatim opinions*. Dunque, i giudici della Corte suprema sono delle personalità molto note; il cittadino medio americano, a differenza di quello italiano, conosce bene la composizione del

⁶⁰ A proposito della circostanza che non necessariamente il *dissent* produce cambi giurisprudenziali, si vedano S. Lieto, P. Pasquino, *La Corte costituzionale e il principio di collegialità*, nella parte in cui si sottolinea: «Nessuno, infine, ha potuto dimostrare che l'esistenza di opinioni dissenzienti produca – come si afferma talvolta – un mutamento delle opinioni di una Corte costituzionale con maggior frequenza di quanto accada in Corti senza dissenso pubblico e quindi un maggiore adeguamento della giurisprudenza costituzionale alle trasformazioni della società. In Italia non c'è stato bisogno di opinioni dissenzienti per rovesciare la decisione sull'adulterio della nostra Corte costituzionale. Ciò è accaduto in virtù dei cambiamenti della società e della cultura negli anni sessanta. Si è dovuto d'altro canto attendere quasi un secolo perché la Corte Suprema americana rovesciasse *Dred Scott* (1857) con *Brown versus Board of Education* (1954), nonostante i *dissents* che accompagnarono la prima decisione. E più di 50 anni per l'abbandono della dottrina di "uguali ma separati" (*Plessy versus Ferguson*, 1896), malgrado la famosa opinione dissenziente del giudice Harlan. Sono stati necessari prima la guerra civile e poi il *New Deal*, e probabilmente il gran numero di morti afro-americani fra i soldati statunitensi durante la Seconda guerra mondiale», 8 ss.

⁶¹ Sul punto, S. Cassese, *Una lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2009, 974.

⁶² Sulla opinione dissenziente in relazione alle diverse visioni del giudice (anche costituzionale) tra formalismo e concezione dialettica e argomentativa del processo, si veda S. Niccolai, *Dissenso e diritto costituzionale. Appunti per una riflessione*, in *Questionegiustizia.it*, 4, 2015.

Collegio e gli orientamenti politici dei singoli giudici. Il ricorso al *dissent* è frequente: se si ripercorre la sua storia attraverso le testimonianze e le esperienze di quei giudici che più vi hanno fatto ricorso⁶³, si riscontra un significativo dinamismo nell'assumere posizioni dissenzienti (non esente talvolta da protagonismo) che ha probabilmente contribuito alla formazione di nuovi orientamenti giurisprudenziali, ma solo in parte, intervenendo su questi cambiamenti ben altri fattori, di natura innanzitutto sociale. Resta il fatto però, che a differenza di altre corti, come la nostra ad esempio, la composizione della Corte suprema è piuttosto statica. Quindi, sarà anche vero che la manifestazione del *dissent* può essere letta come un elemento di vitalità e di indipendenza, che garantisce la manifestazione di punti di vista anche molto differenti rispetto alla maggioranza, ma credo che le esigenze del pluralismo all'interno di questi organi possa essere altrettanto (se non di più) garantito dal loro dinamismo strutturale. La Corte costituzionale italiana non conosce il *dissent* manifesto, ma è una Corte che si rinnova con frequenza; la durata in carica per 9 anni dei giudici è un giusto compromesso tra le esigenze di imparzialità – che vogliono il giudice costituzionale nelle condizioni di poter operare senza il vincolo di condizionamenti esterni, cui sarebbe probabilmente più *sensibile* se il suo fosse un mandato di breve durata – e quelle di rinnovo dell'organo, al fine di garantire con l'avvicendamento dei singoli giudici composizioni inedite e, di conseguenza, nuovi equilibri che, a mio avviso, rappresentano la principale ricchezza all'interno del Collegio. Inoltre, la garanzia di pluralismo è data anche dalla modalità di investitura dei giudici che coinvolge, a differenza del sistema americano, organi diversi (Parlamento, Presidente della Repubblica, Supreme magistrature), nel rispetto di un'equa assegnazione di quote. In questa prospettiva, pertanto, mentre per la Corte italiana il *dissent* non rappresenta una necessità, la rappresenta probabilmente per la Corte suprema americana che ha una connotazione marcatamente politica ed è composta da giudici con carica vitalizia. Se non ci fosse l'opinione dissenziente, l'opinione della Corte, coperta dal velo dell'unanimità, sarebbe infatti percepita all'esterno come quella di una stessa maggioranza cristallizzata per moltissimi anni, senza garanzie per le minoranze, nella misura in cui queste non sono visibili. Con il *dissent*, almeno, è data la possibilità di rendere manifesto, in un contesto che è molto assimilabile ad un agone politico - salvo non averne propriamente i requisiti sul piano della responsabilità, non essendo i giudici eletti dai cittadini -, un punto di vista diverso a garanzia del pluralismo. Sapere che un attore politico – costituzionale, equiparato agli altri poteri federali, così longevo in una sua specifica composizione, si disponga ad accogliere una pluralità di opinioni e, soprattutto, a renderle pubbliche, costituisce il minimo in un sistema democratico dove concepire ancora una carica politica a vita rappresenta un retaggio storico che non ha più, da tempo, ragion d'essere⁶⁴.

⁶³ Come fa A. Di Martino in *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali*, cit. 83 ss.

⁶⁴ Sulla Corte suprema come attore politico, si veda G. Bisogni, *La 'forma' di un 'conflitto'. Brevi osservazioni sul dibattito italiano intorno all'opinione dissenziente*, cit., nella parte in cui evidenzia: «Essa non si limita a fungere da 'legislatore negativo' di kelseniana memoria, perché si pone – con linguaggio politologico – come una delle *legittime* arene – accanto a e in concorrenza con il legislativo e l'esecutivo – volta ad intercettare la domanda politica proveniente dalla società. Pertanto, è 'normale' che i *Justices* non solo esercitino spesso il diritto a pubblicare il dissenso, ma che usino questa prerogativa per esplicitare senza mezzi termini proprie preferenze di

5. Il dibattito dottrinario in Italia: cenni

Un primo significativo contributo della dottrina allo studio dell'opinione dissenziente in Italia si deve – come anticipato – all'iniziativa di Mortati che nel 1964 raccoglie in un volume i contributi di diversi studiosi, in cui l'argomento che viene trattato sia in chiave storica che nella prospettiva di diritto comparato. Mortati esprime un netto favore per il *dissent*. Le corti costituzionali, il cui compito è di assicurare l'osservanza dei limiti imposti al legislatore dalla Costituzione, svolgono, con metodo giurisdizionale, una attività assimilabile a quella politica, ragion per cui la pubblicità del voto e delle sue motivazioni andrebbe, in generale, garantita. In Assemblea costituente fu, in effetti, avanzata una proposta di adozione dell'opinione dissenziente, che però venne respinta in quanto si ritenne che la pubblicità del voto avrebbe amplificato la componente politica dell'attività della Corte con il rischio di controllo dei giudici da parte dei partiti. Questo argomento, tuttavia, con il passare del tempo, si rivelò debole, tenuto conto del sistema di nomina dei giudici e delle garanzie di indipendenza ad essi riconosciute. Un argomento più convincente, piuttosto, avrebbe potuto essere quello di eliminare qualsiasi elemento che potesse «indebolire, anche solo potenzialmente, la forza morale dei suoi giudicati»⁶⁵. In questo senso, del resto, si poneva l'art. 18 delle norme integrative del 1956 che stabiliva il divieto di rendere pubblico il nome del giudice redattore. A distanza di alcuni anni dall'entrata in funzione della Corte costituzionale, Mortati riprende in considerazione l'opinione dissenziente nel processo costituzionale, evidenziando il senso di insoddisfazione che talvolta le decisioni della Corte suscitano, in quanto anche se apparentemente unitarie tradiscono nella motivazione la presenza di opinioni discordanti. Se queste ultime, viceversa, fossero espressamente palesate ciò potrebbe «conferire alla motivazione la completezza e l'organicità, che le consentono di bene assolvere alla funzione sua propria, e nello stesso tempo di arricchirla, attraverso i pareri delle minoranze, di impostazioni e di svolgimenti suscettibili di feconda utilizzazione in avvenire»⁶⁶. Alle critiche secondo cui l'autorevolezza delle decisioni della Corte potrebbe essere messa in discussione, egli replica che «la coscienza collettiva rimane soddisfatta [...] da una chiara, precisa indicazione dell'articolarsi delle varie argomentazioni attraverso cui si è sviluppato il procedimento logico che ha portato ad una determinata soluzione e, quindi, da una espressa formulazione delle medesime divergenze che accompagnano la soluzione accolta»⁶⁷.

Nel volume è poi elaborata una linea di riflessione che pone il dissenso giudiziale in correlazione con la nozione di opinione pubblica e con il livello di maturità democratica della

policy: la Corte Suprema 'fa politica' – una politica condotta con forme sicuramente diverse da quelle del Congresso e del presidente, più «al dettaglio» che «all'ingrosso» – perché opera in un contesto costituzionale ove i giudici – tutti i giudici e non solo quelli della Corte Suprema – sono visti come una possibile risorsa politica al di fuori del circuito direttamente rappresentativo», 57 ss.

⁶⁵ C. Mortati, *Prefazione*, in *Id.* (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali e internazionali*, cit., VI.

⁶⁶ *Ivi*, IX.

⁶⁷ *Ivi*, X.

società⁶⁸. A riguardo si ritiene di dover distinguere tra contesti sociali i cui membri sono destinatari passivi delle decisioni degli organi statali e contesti caratterizzati invece da più attivismo e consapevolezza democratica. In questi ultimi l'opinione pubblica non è unitaria e, di conseguenza, le sue reazioni dinanzi alla decisione di una corte sono diverse, rispecchiando l'eterogeneità sociale⁶⁹. Proprio le decisioni rispetto alle quali è espresso un *dissent* sono quelle che suscitano maggiore interesse nel pubblico, ragion per cui, «uno strumento che contribuisce in rilevante misura a creare l'interesse popolare intorno alla Costituzione ed al suo massimo interprete meriterebbe sol per questo di essere adottato»⁷⁰.

Su precedenti italiani del voto di scissura, nel contributo di Vittorio Denti⁷¹, vengono richiamate alcune esperienze di ordinamenti processuali italiani, ispirati alla legislazione spagnola, che ammettevano espressamente il dissenso (legislazione napoletana, toscana, estense), almeno fino a quando non prevalse in Italia il modello napoleonico che indusse la dottrina ad uniformarsi al dogma della segretezza del voto, «ignorando che la nostra tradizione giuridica aveva conosciuto un diverso orientamento, ispirato a valide ragioni ideali»⁷². Tuttavia, il consolidamento di un modello di giustizia fortemente burocratizzato provoca come reazione un bisogno di rinnovamento della giustizia in una prospettiva di personalizzazione del giudizio⁷³. In quest'ottica si colloca la valorizzazione da parte di Denti dell'opinione dissenziente nell'ambito di un più ampio discorso sulla motivazione delle sentenze. «Certamente, infatti, il *dissent* richiede ai giudici un impegno e una dedizione assai maggiori della "impersonale" decisione collegiale, non solo perché mette in gioco la loro diretta responsabilità, ma perché li costringe ad un controllo più profondo delle proprie opinioni. La motivazione delle decisioni diviene, in presenza del *dissent*, un'opera assai più complessa di quanto non lo sia laddove è concessa solo l'espressione del pensiero della maggioranza»⁷⁴.

Nelle riflessioni di Zo Bell⁷⁵, invece, assume centralità l'analisi dei pareri dissenzienti nei tribunali di appello inglesi e nella Corte suprema degli Stati Uniti, e viene sviluppato nella parte finale del contributo un approfondimento dei fattori che rendono auspicabile o meno l'espressione dei pareri di minoranza. A riguardo sono ripresi gli argomenti classici a sostegno dell'opinione dissenziente e quelli ad essa contrari. Questi ultimi, in particolare, sono sostanzialmente ricondotti all'idea che i dissensi contribuiscono a indebolire l'autorevolezza della Corte e a minare la fiducia dei cittadini nei suoi confronti. A favore del *dissent*, invece, si ritiene che esso contribuisca allo sviluppo futuro del diritto positivo⁷⁶. In ogni caso, sarebbe

⁶⁸ G. Amato, *Osservazioni sulla "dissenting opinion"*, in C. Mortati, (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali e internazionali*, cit., 22.

⁶⁹ *Ivi*, 23.

⁷⁰ *Ivi*, 24.

⁷¹ V. Denti, *Per il ritorno al "voto di scissura" nelle decisioni giudiziarie*, in C. Mortati, (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali e internazionali*, cit., 1 ss.

⁷² *Ivi*, 7.

⁷³ *Ivi*, 12.

⁷⁴ *Ivi*, 13.

⁷⁵ K. M. Zo Bell, *L'espressione di giudizi separati nella Suprema Corte: storia della scissione della decisione giudiziaria*, in C. Mortati, (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali e internazionali*, cit., 60 ss.

⁷⁶ *Ivi*, 102.

auspicabile che la Corte operi tentando di comporre le proprie divergenze interne al fine di assumere una decisione soddisfacente per tutti⁷⁷, così come dovrebbe essere responsabilità di ciascun giudice di valutare bene i *pro* e i *contra* nell'esprimere il dissenso, attribuendo «il giusto peso ai fattori che debbono porsi sulla bilancia»⁷⁸.

Il volume contiene, poi, altri importanti contributi, tra cui va ricordata la testimonianza del giudice Douglas, secondo il quale il diritto si genera proprio dall'incertezza⁷⁹ e che «lo strumento democratico è quello che riesce a far valere e rendere note le vedute dissidenti. Il giudice deve essere onorato piuttosto che criticato pel fatto di seguire tale tradizione, di proclamare il proprio articolo di fede in modo che tutti possano conoscerlo»⁸⁰.

Il tema dell'opinione dissenziente nella dottrina italiana viene ripreso di nuovo nel 1993, in occasione di un seminario promosso dalla Corte costituzionale⁸¹. Molte le riflessioni sviluppate anche in questa occasione, che ripropongono i principali argomenti a favore e contrari⁸². In sintesi, i primi si fondano sull'idea che l'opinione dissenziente rappresenti uno strumento di libertà, indipendenza e responsabilità del giudice⁸³, consentendogli di esprimere la propria posizione rispetto alla decisione di maggioranza. In questo senso, dunque, il *dissent* rappresenterebbe un veicolo di pluralismo e di democraticità all'interno dell'organo giurisdizionale e uno strumento di maggiore trasparenza, controllabilità e conoscibilità dell'iter decisionale. Inoltre, l'opinione individuale agirebbe in prospettiva, contribuendo alle evoluzioni giurisprudenziali, e fornirebbe al legislatore un tessuto importante per innovare l'ordinamento giuridico, nella consapevolezza che «nessuna questione costituzionale possa dirsi mai in linea di principio definitivamente o “dogmaticamente” chiusa [...]»⁸⁴. Il *dissent* poi servirebbe a rendere la motivazione della decisione più lineare, nel senso che la esplicitazione delle opinioni individuali favorirebbe un maggiore equilibrio nelle argomentazioni a sostegno di tesi differenti e, in generale, maggiore chiarezza del ragionamento seguito. Ciò avrebbe, inoltre, un impatto positivo sul piano della autorità della decisione della Corte costituzionale in quanto «una volta rese pubbliche anche le opinioni difformi e le loro motivazioni, [...], la sua pronuncia si dimostrerebbe fondata sulla dialettica e la selezione di tesi giustificate da argomentazioni giuridiche e non potrebbe perciò accusarsi di essere frutto solo di contese e

⁷⁷ *Ivi*, 103.

⁷⁸ *Ivi*, 104.

⁷⁹ W. D. Douglas, *Il «dissent»: una salvaguardia per la democrazia*, in C. Mortati, (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali e internazionali*, cit., (testo indirizzato dal Giudice Douglas della Suprema Corte americana alla sezione dell'Amministrazione giudiziaria dell'associazione americana degli Avvocati l'8 settembre del 1948 – 105), 109.

⁸⁰ *Ivi*, 109 ss.

⁸¹ A. Anzon, (a cura di), *L'opinione dissenziente, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 5 e 6 novembre 1993*, cit.; si veda anche S. Panizza, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino, 1998.

⁸² Per una sintesi degli argomenti a favore e contrari si veda A. Anzon, *Per l'introduzione dell'opinione dissenziente dei giudici costituzionali*, in A. Anzon, (a cura di), *L'opinione dissenziente*, cit., 433 ss., (anche in *Politica del diritto*, 1992).

⁸³ A. Anzon, *Per l'introduzione dell'opinione dissenziente dei giudici costituzionali*, in *Politica del diritto*, 1992, 329 ss.

⁸⁴ G. Zagreblesky, *Intervento*, in A. Anzon, (a cura di), *L'opinione dissenziente, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 5 e 6 novembre 1993*, cit., 157.

scelte politiche e ideologiche, mascherate da un apparente unanimità e da motivazioni deboli e insoddisfacenti»⁸⁵.

In senso contrario, riemergono invece argomenti più prudenti volti a scongiurare il rischio di strumentalizzazioni da parte delle forze politiche⁸⁶ e a salvaguardare la collegialità, l'autorevolezza della decisione e la certezza del diritto⁸⁷. Non che tali istanze siano per forza da leggere in chiave conservatrice e dogmatica. In particolare, l'esigenza di certezza non va intesa necessariamente come staticità del diritto e, nel caso di specie, di pietrificazione dell'interpretazione della Costituzione. La riferibilità della decisione al Collegio nella sua interezza, infatti, non vuol dire che al suo interno non si siano definite posizioni alternative, che, pur non esternalizzate, sedimentando nel corso del tempo, contribuiscono all'evoluzione del diritto. A ciò va aggiunto che, in ogni caso, le sentenze della Corte costituzionale sono discusse in dottrina e ciò consente di far emergere dalle pieghe della motivazione punti di vista non sempre in linea con il dispositivo, a dimostrazione di un processo evolutivo e di trasformazione che, in ogni caso, si compie.

6. L'opinione dissenziente e il modello incidentale

Il dibattito sull'opinione dissenziente si articola solitamente sull'alternativa tra apertura e chiusura verso questo istituto senza distinguere molto tra tipi di giudizio che si svolgono dinanzi alla Corte costituzionale⁸⁸. Si ritiene, tuttavia, importante soffermare l'attenzione quanto meno sul giudizio che si attiva per via incidentale, che rappresenta la modalità principale di controllo nel nostro sistema di giustizia costituzionale⁸⁹, e tentare di prospettare le potenziali ricadute del *dissent* sul giudizio *a quo* e, più in generale, sul canone del giusto processo. Naturalmente analogo discorso potrebbe essere fatto per gli altri giudizi dinanzi alla Corte. Si pensi, solo per fare un esempio, al giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo⁹⁰ e all'impatto che un'eventuale opinione dissenziente potrebbe avere sull'iniziativa referendaria e sul principio di sovranità popolare nel caso di una decisione di inammissibilità. Probabilmente la stessa verrebbe utilizzata come argomento per "delegitti-

⁸⁵ A. Anzon, *Per l'introduzione dell'opinione dissenziente dei giudici costituzionali*, in *Id.*, (a cura di), *L'opinione dissenziente*, cit., 435.

⁸⁶ In tal senso L. Elia, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 523; G. Rolla, *Indirizzo politico e tribunale costituzionale in Spagna*, Napoli, 1986, 44 ss.

⁸⁷ In tal senso R. Granata, *Intervento*, in A. Anzon, (a cura di), *L'opinione dissenziente*, cit., 51 ss., id inoltre, ma in senso critico, si veda C. Mortati, *Prefazione*, cit., X; e V. Andrioli, *Motivazione collegiale e dissensi dei giudici di minoranza*, in *Democrazia e diritto*, 1963.

⁸⁸ Si veda recentemente G. Repetto, in AA.VV., *Il Forum - Sull'introduzione dell'opinione dissenziente nel giudizio di costituzionalità*, cit., il quale propone di escludere la possibilità di manifestare il dissenso per alcune tipologie di giudizio, ponendosi il problema della necessità di differenziare, 401. Anche se su alcune specifiche questioni, la dottrina si è particolarmente soffermata. Si veda a riguardo E. Ferioli, *La Dissenting Opinion nella giustizia costituzionale europea di matrice kelseniana*, a proposito del *dissent* nella giurisprudenza costituzionale spagnola sugli statuti delle comunità autonome, 704 ss.

⁸⁹ A riguardo sia consentito rinviare a S. Lieto, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Napoli, 2018; ed inoltre G. Repetto, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017.

⁹⁰ Rilevi critici anche in G. Repetto, in AA.VV., *Il Forum - Sull'introduzione dell'opinione dissenziente nel giudizio di costituzionalità*, cit., 401.

mare” la Corte che già, in generale, nel procedimento referendario occupa una posizione “scomoda”, avendo a riguardo l’ultima parola.

Nel caso del giudizio di costituzionalità per via incidentale si può definire un altro ordine di problemi. Come è noto nel nostro sistema di giustizia costituzionale la modalità principale di attivazione del controllo di costituzionalità è quella secondo cui un giudice nel corso di un giudizio può sollevare questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte, nel caso di dubbio su una norma che in quel processo deve trovare applicazione. Il giudice, che è soggetto solo alla legge, è tenuto a ricorrere alla Corte per evitare, nel caso, di applicare una legge incostituzionale. Stretto è, dunque, il legame tra processo comune e processo costituzionale, nonostante quest’ultimo assuma un carattere astratto, avendo ad oggetto la valutazione di una norma e non di un fatto. Ciò nonostante le ricadute sul giudizio *a quo* sono inevitabili. L’iter che conduce la questione alla Corte ha poi una fase discendente che investe nuovamente il giudizio principale. Per quanto si sia assistito nel corso del tempo ad una interpretazione della rilevanza più flessibile⁹¹, resta comunque il fatto che il modello incidentale ha carattere concreto. Il processo da cui scaturisce il controllo resta sospeso e si riattiva, con le specifiche conseguenze del caso, con la decisione della Corte costituzionale. Escluse le ipotesi di decisioni di inammissibilità, che possono essere determinate da ragioni piuttosto eterogenee, nel merito la sentenza può essere di accoglimento o di rigetto, anche se nella realtà la Corte ha elaborato tante tipologie di sentenze, rendendo il quadro molto più articolato, e non da ultimo anche ordinanze di “messa in mora” del Parlamento su questioni particolarmente delicate, rispetto alle quali pure, in astratto, si potrebbe esprimere un dissenso.

Certamente la complessità delle decisioni della Corte non rende agevole immaginare l’effetto di una o più opinioni dissenzienti rispetto a ciascuna di esse. Si possono tentare, tuttavia, delle simulazioni, partendo dall’ipotesi di semplice accoglimento, in cui la norma è dichiarata incostituzionale ma viene espressa una opinione di senso contrario. Sembra evidente che in tal caso il dissenso non consisterebbe in una pretesa conformità a Costituzione della norma, quanto piuttosto in una “diversa” idea di incostituzionalità in base ad “altro” percorso argomentativo e con riferimento ad “altri” parametri costituzionali. Dunque, in questa ipotesi, più corretto sarebbe parlare di opinione concorrente, ovvero di un giudizio individuale che giunge alla stessa conclusione della maggioranza ma sulla base di un percorso argomentativo differente. Sarebbe, infatti, poco verosimile che rispetto ad una decisione di incostituzionalità possano levarsi opinioni di senso contrario, anche se questo astrattamente non può essere escluso.

In questo caso, inoltre, l’opinione concorrente potrebbe offrire un apparato argomentativo utile, e alternativo, per addivenire ad una declaratoria di incostituzionalità di una norma analoga, essendo quella oggetto di controllo stata, in ogni caso, annullata.

⁹¹ G. Zagrebelsky, *La rilevanza: un carattere normale ma non necessario della questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1969, 1001 ss.; ed inoltre F. Dal Canto, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, Torino, 2002, 164 e ss.

Più complesso è il discorso nell'ipotesi in cui il dissenso lo si esprima rispetto ad una decisione di rigetto. Questo tipo di sentenza, come è noto, ha effetto *inter partes* e non consiste in una dichiarazione di costituzionalità. Con essa, infatti, la Corte dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale così come prospettata dal giudice *a quo*. In tal caso, un'eventuale opinione dissenziente dovrebbe fondarsi su un percorso argomentativo alternativo, ovvero su argomenti diversi da quelli prospettati dal giudice *a quo*. Tale circostanza, tuttavia, implicherebbe per i giudici costituzionali dissenzienti di andare oltre i limiti del *petitum*, ridefinendo il *thema decidendum* sulla base di altri parametri rispetto a quelli contenuti nell'ordinanza di rimessione. In questo modo si realizzerebbe una cesura rispetto al giudizio *a quo*, che finirebbe a questo punto per divenire un mero pretesto per il processo costituzionale.

Le simulazioni descritte hanno riguardo – come si diceva – ad ipotesi semplici di decisione. Le tipologie di sentenze, però, sono molteplici e complesse, e rispetto a ciascuna di esse non sarebbe sempre agevole prospettare un *dissent* senza che tale giudizio individuale non crei delle tensioni con il processo principale. Si pensi all'ipotesi di una interpretativa di rigetto. Come è noto, si tratta di decisioni con le quali la Corte dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale, rilevando che il giudice *a quo* non ha tenuto conto di un percorso interpretativo alternativo conforme a Costituzione e glielo indica, risolvendo in questo modo il suo dubbio. Potrebbe accadere, tuttavia, che rispetto a tale tipo di decisione si definisca un *dissent* fondato su un altro schema interpretativo, che contraddice quello proposto dalla maggioranza. A quel punto il giudice *a quo* si troverebbe in difficoltà, nella fase della applicazione, se affidarsi all'uno o all'altro schema, con conseguenze concrete sull'esito del suo giudizio.

Nelle ipotesi di accoglimento – tenuto conto dell'ampio panorama di tipologie decisorie – ci si troverebbe di fronte a declaratorie di incostituzionalità o contraddette dal dissenso o non sorrette dal medesimo impianto argomentativo (opinione concorrente). La struttura della decisione sarebbe, inoltre, resa ancor più complessa dal *dissent* in base al tipo di accoglimento. Si pensi, ad esempio, alla sentenza additiva che configura due tipi di addizione, quello proposto dalla maggioranza e quello individuale. Oppure si faccia il caso delle decisioni di accoglimento che modulano la loro efficacia nel tempo, come avvenuto, ad esempio, con la sentenza n. 10 del 2015 che ha dichiarato l'incostituzionalità della norma solo *pro futuro*. In una ipotesi del genere, che già di per sé crea non pochi problemi al giudice *a quo*⁹², un eventuale dissenso all'interno del Collegio potrebbe costituire un ulteriore motivo di "disobbedienza" del giudice comune, con ricadute gravi sul sistema complessivo di controllo di costituzionalità.

Si argomenta spesso che uno dei vantaggi di rendere esplicite le opinioni dissenzienti sarebbe quello di agevolare la comprensione delle motivazioni che quando non sono condivise all'unanimità appaiono ambigue e contraddittorie e che tale circostanza aiuterebbe il di-

⁹² Sul ruolo del dissenso dei giudici comuni rispetto alle decisioni della Corte costituzionale, si veda G. Bergonzini, *Corte costituzionale e giudici disobbedienti*, in *Rivista AIC*, 2, 2019.

battito e favorirebbe l'evoluzione giurisprudenziale futura. A riguardo, tuttavia, va osservato che sarebbe forse più comodo per la Corte assecondare nel tempo un cambio di orientamento, in linea con le nuove istanze della società, rispetto a precedenti certi nel dispositivo piuttosto che apertamente conflittuali. Le esplicitazioni del *dissent* potrebbero, infatti, costituire un "vincolo" sul piano argomentativo, mentre invece un dissenso più sfumato, ma comunque individuabile tra le pieghe della motivazione, potrebbe offrire alla Corte un margine più ampio di argomenti per definire un nuovo corso interpretativo.

Si faceva prima riferimento anche a decisioni di "messa in mora" del Parlamento su questioni che devono essere urgentemente disciplinate. Anche in questi casi, le decisioni della Corte non sono neutre, nel senso che pur riconoscendo di non poter invadere la sfera di discrezionalità politica del legislatore, essa disegna, in ogni caso, una cornice di principi entro i quali lo stesso è invitato a operare. Anche in tali ipotesi non si può escludere, in linea teorica, che si possano fornire, con il dissenso, indicazioni alternative, con il rischio in questo modo, piuttosto che accelerare il processo di risoluzione dell'illegittimità costituzionale da parte del legislatore, di dilatarne i tempi e confonderne i termini, con la conseguenza di far perdurare situazioni di incostituzionalità nell'ordinamento giuridico.

Sul giudizio *a quo* graverebbero, inoltre, non poche incertezze riguardo alla garanzia del giusto processo e ai tempi della tutela giurisdizionale. Nel caso di rigetto, l'opinione dissenziente potrebbe rappresentare un incentivo per il giudice *a quo* a sollevare nuovamente la questione sulla base di argomenti già tracciati dal *dissent*, dando luogo, soprattutto se il controllo è attivato da giurisdizioni di ultima istanza, a diatribe che non gioverebbero alle esigenze di certezza del diritto e alla celerità della giustizia in genere. Non si può, infatti, escludere che si possano ingaggiare delle vere e proprie contese tra Corte e giudici comuni sugli esiti del controllo, sorrette dalle spaccature interne al Collegio rese esplicite dall'opinione dissenziente.

Non va, infine, trascurata l'ipotesi dell'interpretazione conforme che investe il giudice comune del compito interpretativo di "adattamento" a Costituzione della norma che deve applicare al giudizio. Anche in questo caso, si potrebbero delineare in seno al Collegio posizioni diverse, alcune aderenti alla lettura fornita dal giudice, altre invece con essa in contrasto. Insomma, in estrema sintesi, a fronte della complessità dei problemi di incostituzionalità che ha spinto la Corte all'elaborazione di molteplici tipologie decisorie, che vanno ben oltre l'accoglimento e il rigetto, permettendo ad essa di spingersi al di là della linea di confine tra il controllo e l'innovazione dell'ordinamento giuridico, è evidente che il dissenso codificato finirebbe probabilmente per alimentare tensioni nel delicato equilibrio tra poteri.

Pur avendo voluto in questa sede circoscrivere il discorso al modello incidentale, qualche spunto di riflessione va forse proposto anche riguardo al giudizio in via principale e a quello sul conflitto tra poteri. Mentre nel caso del giudizio incidentale la linea di tensione è rappresentata dal rapporto tra Corte costituzionale e giudice comune, in queste altre due ipotesi entrano in scena altri attori istituzionali. A questo riguardo una prima considerazione da fare è che, a differenza del controllo per via incidentale, siamo di fronte a giudizi tra parti necessarie. Questo elemento induce a meditare ulteriormente sul dissenso in quanto una sua eventuale esplicitazione non si limiterebbe a "indebolire" la decisione di maggioranza ma ad

acuire tensioni tra le parti coinvolte. Nel caso della ripartizione tra Stato e regioni della competenza legislativa, definitasi a partire dalla riforma del titolo V e che continua ad alimentare incertezze, il dissenso potrebbe, ad esempio, incentivare ricorsi sul medesimo oggetto. D'altro canto, non si può neanche disconoscere che, in tale ipotesi, l'opinione dissenziente potrebbe fare da controcanto a orientamenti ispirati a visioni eccessivamente accentratrici a discapito dell'autonomia territoriale. Altrettanto può rilevarsi a proposito del giudizio sul conflitto tra poteri: se, da un lato, il *dissent* potrebbe contribuire a perpetrare il conflitto tra gli organi, dall'altro, esso potrebbe essere da stimolo per la Corte a determinarsi nel ripristino dell'equilibrio con posizioni più nette e chiare a presidio della forma di governo.

7. Conclusioni

In un contesto caratterizzato da una politica fragile, offrire al processo costituzionale nuovi strumenti che rendono visibili le dinamiche tipiche del rapporto maggioranza/minoranza, può forse essere un rischio. La Corte, infatti, potrebbe essere più apertamente coinvolta negli scontri politici e le sue decisioni risultare più attaccabili. Infatti, ciò che in alcuni contesti rafforza il ruolo della Corte, in altri potrebbe sortire l'effetto opposto. In Italia, almeno allo stato attuale, salvaguardare ancora la segretezza della camera di consiglio potrebbe evitare che il sindacato di costituzionalità sia inquinato da tensioni e contingenze politiche e le opinioni dei giudici strumentalizzate, piuttosto che essere lette in una prospettiva di libertà di espressione e di autonomia, di trasparenza dei circuiti decisionali e di assunzione di responsabilità.

Resta in ogni caso difficile prendere una posizione netta, anche perché il tema dell'opinione dissenziente, insieme alle altre "aperture" del processo costituzionale, si colloca in un più ampio scenario, a cominciare da quello amministrativo, di maggiore partecipazione, trasparenza e pubblicità, divenuti capisaldi dei circuiti decisionali in genere ed elementi indispensabili in un'ottica di incremento del tasso di democraticità nelle istituzioni pubbliche. Per questi motivi, una posizione "prudente" verso l'opinione giudiziale individuale va spiegata con chiarezza, per evitare che possa essere interpretata in senso banalmente conservativo. D'altro canto, non può essere nemmeno sottaciuto l'orientamento espresso dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 18 del 1989 che scardina il principio della segretezza della deliberazione come presidio essenziale all'indipendenza del giudice, riconducibile invece a un apparato composito di precetti costituzionali, che vanno dalla protezione della magistratura rispetto agli altri poteri dello Stato, all'assenza di una struttura gerarchica della stessa, fino alla previsione di un organo di autogoverno⁹³. Tale sentenza, pur riguardando l'ordinamento giudiziario, sembra tuttavia tracciare una via anche per la stessa Corte costituzionale che però non si è mai determinata a percorrerla fino in fondo, preferendo piuttosto assecondare prassi di dissenso implicito, da ricercare volta per volta nelle motivazioni delle decisioni, piuttosto che pubblicizzare il disaccordo. Del resto, trattandosi di un giudice collegiale che deli-

⁹³ A commento si veda F. Sorrentino, *Osservazioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 18 del 1989 in tema di responsabilità civile dei giudici*, in *Cass. pen.*, 1989, 497 ss.

bera, ovvero decide sulla base di un confronto dialettico tra i suoi componenti, in esso il segreto agisce su un piano differente rispetto al voto, che invece non necessita di argomenti, perché con esso si esprime semplicemente una preferenza. Infatti, è l'organo nel suo insieme ad essere tenuto a fornire all'esterno la motivazione della sua decisione, a differenza dei singoli suoi componenti che, invece, devono presentare argomenti all'interno del Collegio per persuadere gli altri⁹⁴. E' chiaro che quando si giunge alla formulazione esplicita del dissenso vuol dire che, non essendo riusciti a convincere la maggioranza, si vuol convincere qualcun altro altrove, all'esterno⁹⁵. In questa prospettiva, tuttavia, riconoscere una funzione di dialogo con le altre istituzioni al singolo dissenziente, sovradimensionandolo, appare eccessivo e a svantaggio dell'organo. Che i problemi di incostituzionalità debbano essere frequentemente risolti sulla base della collaborazione e del dialogo tra organi costituzionali, in particolare tra Corte e legislatore, è un dato acquisito che, tuttavia, non dovrebbe portare al risalto di posizioni individuali⁹⁶.

Sembra, infine, di poter condividere il rilievo secondo cui la necessità di esprimere all'esterno il dissenso molto dipende dal modo di deliberare del Collegio. Infatti, «la deliberazione comporta due elementi, la considerazione delle ragioni contrapposte e una decisione. Se il primo elemento è molto sviluppato, vi è spazio per discutere, convincere, negoziare, raggiungere compromessi. Se non lo è, è più facile che si ritenga necessario lasciare via libera alla manifestazione del dissenso»⁹⁷. A ciò aggiungerei un altro elemento che potrebbe favorire la manifestazione del dissenso, e cioè la durata della carica di giudice, nel senso che quanto più essa è lunga tanto più il *dissent* dovrebbe poter essere esplicitato. Viceversa, una durata più breve permetterebbe, in tempi ragionevoli, allo scadere della carica, di poter esprimere pubblicamente le proprie opinioni. Da questo punto di vista, non sembra che la Corte costituzionale italiana si trovi in nessuna di queste due condizioni, sia per la durata della carica di giudice, sia per il modo in cui si decide in camera di consiglio, che consente ai giudici di esprimere liberamente le proprie posizioni.

Non si nasconde la difficoltà rispetto al dissenso giudiziale di assumere una posizione netta, essendo evidenti vantaggi e svantaggi. Su di un piano più generale, che vede da tempo le istituzioni pubbliche più protese verso l'esterno e più dotate di strumenti di confronto e, dunque, disposte ad accogliere posizioni alternative, la codificazione del *dissent* si configura, senza dubbio, come un elemento di maggiore apertura e trasparenza dell'attività della Corte costituzionale.

⁹⁴ Sul tema si veda per tutti P. Pasquino, «Votare e deliberare», in *Filosofia politica*, 2006, 103 ss.

⁹⁵ Così S. Cassese, *Una lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, cit., 982, secondo il quale «se si considera il funzionamento interno delle corti, il dissenso viene manifestato non per convincere una maggioranza, ma perché questa non fu convinta. Quindi il dissenziente non scrive per dialogare con la maggioranza ma piuttosto per parlare ad altri poteri (ad esempio, al legislatore), o direttamente all'opinione pubblica (o persino al popolo)».

⁹⁶ In senso critico sulla valorizzazione della posizione individuale del giudice costituzionale verso l'esterno, si veda A. Anzon Demmig, *Ripensando alle opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali e alla legittimazione della Corte*, cit., 2580.

⁹⁷ S. Cassese, *Una lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, cit., 983.

Ma il dubbio è che i tempi non siano ancora maturi, in una società attraversata da profonde fratture e diseguaglianze, per recepire correttamente un istituto che va a incidere su questioni di interesse cruciale, all'interno di un organo di garanzia.

Va inoltre espressa una convinta propensione per il valore della collegialità che dovrebbe spingere i singoli giudici ad operare secondo il parametro della mediazione per giungere ad una decisione quanto più possibile condivisa⁹⁸. La collegialità, in questo senso, va letta come uno stimolo all'equilibrio, tenuto conto che anche nei soggetti collegiali – come appunto le Corti – ci sono quasi sempre elementi che valorizzano le individualità sulla base dell'assegnazione di ruoli specifici⁹⁹. Insomma, si ritiene che nel complesso, le istanze individuali e le visioni alternative – dunque il pluralismo – siano nel nostro sistema di giustizia costituzionale ancora adeguatamente garantite.

A sostegno del valore della collegialità, in generale, ritornano le recenti riflessioni dottrinali sulla gestione della pandemia e sulle criticità che la produzione normativa di stampo monocratico ha sollevato. Tale circostanza ha fatto spesso evocare l'importanza della dimensione collegiale e la necessità che i provvedimenti dell'esecutivo fossero adottati quanto meno dal Consiglio dei Ministri. La collegialità è stata, dunque, ritenuta come un importante presidio della forma di governo parlamentare e come una modalità di decisione più adeguata a misurarsi con la complessità. Le scelte individuali, infatti, corrono quasi sempre il rischio di un eccesso di semplificazione, disponendosi come soluzioni (atti) che baipassano il confronto e la mediazione (processi) che sono invece elementi importanti nella gestione di situazioni complesse¹⁰⁰. Trasferendo, con gli opportuni adattamenti, tale discorso sul controllo di costituzionalità, si può forse leggere anche il giudizio individuale come una forma di semplificazione rispetto all'impegno di concorrere, dalla propria prospettiva, alla formulazione di decisioni condivise. In altri termini, è forse più difficile riuscire a conciliare la propria posizione individuale con quella della maggioranza, contribuendo alla decisione, senza venir meno ai propri convincimenti, piuttosto che dissociarsi. La collegialità, in altre parole, rappresenta una sfida per le individualità che ne fanno parte a contribuire alla decisione dell'organo. Essa inoltre rappresenta il contesto ideale per la soluzione di problemi complessi perché contiene molti punti di vista e, dunque, molte potenziali decisioni, che però sono dell'organo, non del singolo. La decisione non dovrebbe dare adito a incertezze e ciò non per negare che la questione avrebbe potuto, in teoria, essere decisa diversamente – ciò è insito nella complessità – ma per dare in quel preciso momento una risposta inequivocabile a coloro che la formulano.

⁹⁸ Si veda in tal senso V. Marcenò, in AA.VV., *Il Forum - Sull'introduzione dell'opinione dissenziente nel giudizio di costituzionalità*, cit., 397; M. Ruotolo, *ivi*, che parla di «personalizzazione a danno della collegialità», 407.

⁹⁹ Sul principio di collegialità, si veda G. Branca, *Collegialità nei giudizi della Corte costituzionale*, Padova, 1970 e G. Zagrebelsky, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005; A. Criscuolo, *Relazione del Presidente Alessandro Criscuolo sulla giurisprudenza costituzionale del 2014*, in *Giur. cost.*, 1, 2015, p. 295 ss.; ed inoltre S. Lieto, P. Pasquino, *La Corte costituzionale e il principio di collegialità*, in *Federalismi.it*, 12, 2016.

¹⁰⁰ Tale linea di ricerca è sviluppata in A. Lucarelli, *Il mito della governabilità nelle società complesse: modelli decisionali tra atto e processo*, destinato agli *Scritti in onore di Pietro Ciarlo*, già in *Nomos*, 2, 2021.

Il giudice dissenziente, infine, non decide, in quanto dissociandosi non contribuisce alla decisione dell'organo. Il *dissent*, da questa prospettiva, rappresenta una fuga dall'organo. Ma tale fuga è ammissibile? Chi entra a far parte di un collegio dovrebbe mettere a suo servizio le proprie istanze per contribuire alla soluzione del problema. Persistono, dunque, molti interrogativi sul dissenso che, come una sonda calata nel profondo dell'architettura costituzionale, si conferma un interessante punto di osservazione delle sue dinamiche e dei molteplici sviluppi della giustizia costituzionale nelle società complesse.