

L'opinione dissenziente nelle Corti costituzionali: un formante giurisprudenziale con influenza sul procedimento legislativo?

di Daniele Camoni

Abstract: The dissenting opinion in Constitutional Courts: a “judicial formant” with an impact on the lawmaking process? – The paper deals with the role and functions of the dissenting opinion in Constitutional Courts in a comparative perspective, focusing especially on the interaction between judicial activity and lawmaking process. On the one side, particular attention will be paid to the influence the dissent can have on how Judges apply the law and parliamentary Assemblies act. On the other one, it will be highlighted that the dissenting opinion could also contribute to the shaping of a certain relationship between Judges and Parliaments, in order to favour a dialogue between different points of view and to consolidate the way both of them work.

Keywords: dissenting opinion; Constitutional Courts; legal formants; application of law; lawmaking process.

1. Premessa introduttiva

Lo studio dell'opinione dissenziente in sede giudiziaria è stato prevalentemente approfondito da numerose ricostruzioni dottrinali, nelle diverse realtà nazionali, con riferimento ad ordinamenti specifici (salvo alcune “incursioni” comparate), soprattutto guardando alle modalità di organizzazione, interpretazione e decisione delle Corti costituzionali (e/o Corti Supreme) che ne ammettono la sottoscrizione e pubblicazione.

In particolare, tra i modelli più significativi vengono in evidenza quelli di Stati Uniti, Germania, Spagna¹ e, sul piano della riflessione teorica, anche quello italiano (nonostante la ben nota lacuna in proposito).

¹ Tra le principali ricostruzioni in argomento (e senza pretesa di completezza), vedi M. Urofsky, *Dissent and the Supreme Court. Its Role in the Court's History and the Nation's Constitutional Dialogue*, New York, 2015; A. Anzon (cur.), *L'opinione dissenziente. Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 5 e 6 novembre 1993*, Milano, 1995; L. Luatti, *Profili costituzionali del voto particolare. L'esperienza del Tribunale costituzionale spagnolo*, Milano, 1995; G. Cámara Villar, *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991)*, Madrid, 1993; F.J. Ezquiaga Ganuzas, *El voto*

Più circoscritta e meno articolata è stata invece la discussione sul ruolo del *dissent* nella Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo ed in alcuni Tribunali di diritto internazionale che ne prevedono la pronuncia (es. Corte Internazionale di Giustizia, Corte Penale Internazionale e Tribunale Internazionale per il diritto del mare)².

Al netto delle prevalenti ricostruzioni di diritto “interno”³, nonché dell'accettazione o rifiuto della *dissenting opinion* quale strumento di decisione mediante un voto contrario «motivato, pubblico e nominativo»⁴, l'obiettivo del presente saggio è di articolare alcune riflessioni sulle suggestioni ricavabili dalle linee direttrici del VI Convegno Biennale dell'Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo (tenutosi presso l'Università di Pisa nel periodo 8-10 settembre 2021) e del *panel* di lavoro sulle “fonti culturali”, nel quale il corrispondente intervento orale si è inserito.

Traendo una prima ispirazione dal concetto di “formante giuridico” elaborato da Rodolfo Sacco – ricostruito quale complessa sintesi di «rules of constitutions, legislatures, courts, and, indeed, of the scholars who formulate legal doctrines»⁵ e qui declinato nella sua dimensione giurisprudenziale – si cercherà di riflettere in particolare sul rapporto tra l'istituto dell'opinione dissenziente e la sua possibile incidenza sul metodo e sistema di produzione (legislativa) delle norme di diritto, anche attraverso il richiamo ad una casistica comparata di innovazioni normative che hanno trovato una spinta propulsiva proprio a partire dalle interpretazioni giurisprudenziali di minoranza.

Nella descritta dimensione, l'impostazione indicata richiede innanzitutto di considerare le delicate interazioni sistematiche e gli equilibri tra la funzione del Giudice costituzionale, da un lato, e l'ordinaria produzione di norme di legge da parte del Legislatore, dall'altro.

In questo senso, pertanto, si guarderà alla *dissenting opinion* non come uno strumento dotato di una tradizionale dimensione “interna” – capace influenzare la futura giurisprudenza della Corte alla quale appartiene il giudice dissenziente, con l'obiettivo che tale dissenso possa trasformarsi in

particular, Madrid, 1990 e K.M. Millgram, *Separate opinions und Sondervotum in der Rechtsprechung des Supreme Court of the United States und Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, 1985.

² Cfr. R.C.A. White, I. Boussiakou, *Separate Opinions in the European Court of Human Rights*, in 9 *Human Rights Law Review* 37 (2009); F.J. Bruinsma, M. De Blois, *Rules of Law from Westport to Wladwostok. Separate Opinions in the European Court of Human Rights*, in 15 *Netherlands Quarterly of Human Rights* 175 (1997) e R.P. Anand, *The role of individual and dissenting opinions in international adjudication*, in 14 *The International and Comparative Law Quarterly* 788 (1965).

³ In una più ampia prospettiva comparata, si vedano K. Kelemen, *Judicial Dissent in European Constitutional Courts. A Comparative and Legal Perspective*, London, 2019; E. Ferioli, *Dissenso e dialogo nella giustizia costituzionale*, Padova, 2018 e A. Di Martino, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, Napoli, 2016.

⁴ L. Luatti, *Profili costituzionali del voto particolare*, cit., 4.

⁵ R. Sacco, *A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, in *The American Journal of Comparative Law*, 39, 1991, 21. Si veda anche R. Sacco, *A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)*, in *The American Journal of Comparative Law*, 39, 1991, 343-401.

soluzione maggioritaria (e diventare giurisprudenza vincolante) – bensì quale istituto caratterizzato da un meno immediato rilievo “esterno”, potenzialmente in grado di “stimolare” l’azione legislativa (ove questa si lasci persuadere)⁶ e di incidere sulle riforme ritenute necessarie da parte di determinati settori del tessuto politico e sociale⁷.

2. L’opinione dissenziente come formante interpretativo delle Corti costituzionali (e che guarda anche al Legislatore?). Spunti di teoria della decisione costituzionale

Sin dalle prime teorizzazioni sugli organi di giustizia costituzionale e sulla corretta identificazione di un “custode” della Costituzione – giurisdizionale o politico, secondo gli schemi del dottissimo confronto tra Hans Kelsen e Carl Schmitt⁸ – l’istituzione delle Corti costituzionali ha rappresentato in modo plastico il sempre complicato rapporto tra funzione giudiziaria ed azione legislativo-normativa.

Si guardi, in primo luogo, alle contrapposte alternative disponibili riguardo al contenuto delle disposizioni delle Costituzioni, ai parametri applicativi delle stesse ed alle caratteristiche della loro interpretazione da parte del Giudice delle Leggi.

Nel caso si faccia propria una concezione evolutiva della Costituzione come «organismo vivente, che affida la vitalità delle sue formule alla loro aderenza alla coscienza sociale, alla loro idoneità ad adeguarsi agli svolgimenti cui essa è sottoposta, e quindi riconosce nell’attività del giudice una funzione creativa di esplicazione e di adattamento dei principi costituzionali»⁹ – l’opinione dissenziente diviene traduzione in sede giudiziaria della vitalità del testo costituzionale e del suo mutare al cambiare della società, delle istituzioni e dei valori che permeano entrambe¹⁰.

⁶ Non ne risulta convinto, tuttavia, A. Ruggeri, *Ancora in tema di opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali: è meglio accendere i riflettori sulla Consulta o lasciarla in penombra?*, in www.giustiziasieme.it, 28 gennaio 2021, nota 30, il quale ripropone i suoi dubbi in Id., *Tornando a ripensare al dissent nei giudizi di costituzionalità (spunti offerti da un libro recente)*, in www.giustiziasieme.it, 10 giugno 2021.

⁷ Sull’invito, da parte della maggioranza di un organo giurisdizionale, affinché il potere legislativo intervenga a livello normativo, cfr. L. Hausegger, L. Baum, *Inviting Congressional Action: A Study of Supreme Court Motivations in Statutory Interpretation*, in 43(1) *American Journal of Political Science* 162 (1999).

⁸ Di recente sul tema, in termini monografici, J. De Miguel Bárcena, J. Tajadura Tejada, *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Madrid, 2018.

⁹ C. Mortati, *Prefazione*, in C. Mortati (cur.), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, 1964, XI.

¹⁰ Guardando al ruolo “propulsivo” dell’opinione dissenziente, secondo G. Zagrebelsky, *Intervento*, in A. Anzon, *L’opinione dissenziente*, cit., 157, «l’opinione dissenziente (e concorrente) è concettualmente contraria a ogni pietrificazione dell’interpretazione costituzionale ed è invece coerente con l’idea dello sviluppo della Costituzione nel tempo, con l’idea di una Costituzione vivente». Invero, accanto alla separazione concettuale tra

A sua volta, l'impostazione ideologica così descritta – sublimata in particolare nella formula (statunitense) del *living constitutionalism* – trova opportuni riflessi anche sulla natura intrinseca di un determinato modo di concepire l'interpretazione normativa. Come è stato osservato da Justice William Orville Douglas (in carica nel periodo 1939-1975), infatti, «[...] l'interpretazione presenta carattere tanto legislativo che giudiziario. Non si può omettere di rilevare come il legislatore ha lasciato al giudice la scelta delle tesi o teorie in competizione», soprattutto laddove si consideri che «la legge è la più elevata forma di compromesso fra interessi contrastanti [...], il prodotto degli esperimenti di conciliazione fra i diversi gruppi sociali. La conciliazione non può essere compito della sola funzione legislativa. Anche quella giudiziaria vi è inevitabilmente implicata»¹¹.

In questo senso, il legame tra opinione dissenziente ed interpretazione della legge è connaturato allo stesso contenuto della fonte normativa: in particolare, la prima si configura come una vera e propria «quiebra de la tradicional idea de la interpretación como razonamiento lógico y perfectamente previsible conducente a la única solución correcta»¹².

A titolo di esempio concreto, le parole di Douglas sopra riportate meritano di essere lette in correlazione alla celeberrima costruzione concettuale da egli stesso plasmata nell'opinione di maggioranza in *Griswold v. Connecticut* (1965).

In essa, a fronte di un divieto statale di commercializzazione di prodotti contraccettivi, si affermò che l'esistenza di un diritto alla riservatezza trovava il proprio fondamento costituzionale in alcune specifiche zone di “penombra” contenute, in forma implicita, nel campo dei diritti fondamentali già enunciati in modo esplicito nel *Bill of Rights*¹³.

L'appoggio strutturale di tale interpretazione merita di essere in parallelo collegata al recente sviluppo, nella dottrina statunitense, dell'impostazione argomentativa della cosiddetta *demospudence*, «a

Costituzione “evolutiva” e modello “originalista” (su quest'ultimo, vedi *infra* nel testo, 13 ss.), è possibile ricostruire anche uno schema integrato, che tenga insieme la duplice declinazione häberliana del testo costituzionale come “atto” e “processo” (cfr. P. Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Berlin, 1978), interpretato quale «atto puntuale e ‘statico’, perché legato al preciso e decisivo momento storico in cui il potere costituente si è tradotto in potere costituito» nonché, «col passare del tempo, [quale] processo storico/dinamico, perché contemporaneamente ricettivo di nuovi interessi» (A. Spadaro, *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero dalla continua “evoluzione” del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3, 1998, 417). Da ultimo, sul tema, L. D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 282 ss.

¹¹ W.O. Douglas, *Il «dissent»: una salvaguardia per la democrazia*, in C. Mortati, *Le opinioni dissenzienti*, cit., 106.

¹² G. Cámara Villar, *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español*, cit., 11.

¹³ U.S. Supreme Court, 381 U.S. 479 (1965), 484: «Specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance [...]. Various guarantees create zones of privacy».

lawmaking or legal practice that builds on the collective wisdom of the people [and] on the relationship between the lawmaking power of legal elites and the equally important, though often undervalued, power of social movements or mobilized constituencies to make, interpret, and change law»¹⁴.

In questa dimensione, è stato ricordato che l'opinione dissenziente può essere chiamata ad assumere una dimensione ulteriore rispetto alla stretta critica tecnico-giuridica formulata dalla minoranza, destinata a rimanere uno strumento specifico per esperti e con una mera rilevanza interna alla Corte che ha adottato la soluzione maggioritaria.

Ne deriva che la *demosprudence* (intesa in senso ampio) trova traduzione in un simmetrico *demosprudential dissent*, dotato di sue specifiche caratteristiche. In particolare, si è ritenuto che tale tipologia di dissenso presti una particolare attenzione alla dimensione della legittimazione e sostenibilità democratica di determinate scelte politico-sociali, adoperi uno stile maggiormente piano e comprensibile rispetto alla complessa (e specialistica) riflessione giuridica e, infine, si rivolga soprattutto a tutti gli attori esterni all'organo giurisdizionale, tra i quali in primo luogo il Legislatore e la stessa società civile, con l'obiettivo di stimolare un dibattito il più ampio possibile sulla tematica in oggetto¹⁵.

Un significativo riflesso pratico di tale filosofia giurisprudenziale può essere individuato nella tradizione statunitense del *dissent from the bench*, pronunciato in alcune occasioni dal giudice dissenziente – al momento della lettura pubblica dell'opinione di maggioranza – per evidenziare la sua più forte e radicale opposizione alla soluzione infine risultata prevalente¹⁶.

Laddove, invece, si accogla una lettura “determinista” della Costituzione, «intesa quale insieme di precetti definiti una volta per sempre, di cui il giudice dichiara il significato, facendone applicazione ai casi concreti,

¹⁴ L. Guinier, *The Supreme Court 2007 term foreword: demosprudence through dissent*, in 122 *Harvard Law Review* 6 (2008), 47. Cfr. anche L. Guinier, G. Torres, *Changing the Wind: Notes Toward a Demosprudence of Law and Social Movements*, in 123(8) *Yale Law Journal* 2740 (2014) e L. Guinier, *Courting the people: demosprudence and the law/politics divide*, in 127(1) *Harvard Law Review* 437 (2013).

¹⁵ L. Guinier, *The Supreme Court 2007 term foreword*, cit., 49. Tra le opinioni – dissenzienti e concorrenti – che rientrano in tale categoria sono state ricordate U.S. Supreme Court, *Baze v. Rees*, 553 U.S. 35 (2008), Stevens, J., concurring; *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), Stevens, J., dissenting; *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. 701 (2007), Breyer, J., dissenting e *Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co.*, 550 U.S. 618 (2007), Ginsburg, J., dissenting.

¹⁶ Cfr. T.R. Johnson, R.C. Black, E.M. Ringsmuth, *Hear Me Roar. What Provokes Supreme Court Justices to Dissent from the Bench?*, in 93 *Minnesota Law Review* 1560 (2009). Peraltro, tale istituto è presente anche presso il BVerfG, ove il §55.3 GO-BVerfG prevede che, in sede di lettura pubblica della decisione, il Presidente debba dar conto dell'esistenza di eventuali opinioni dissenzienti e, soprattutto, che il *dissenter* possa rendere noti i profili fondamentali (*wesentlicher Inhalt*) del suo dissenso.

in via logico-deduttiva»¹⁷, l'opinione dissenziente potrebbe essere un valido strumento per evidenziare la necessità di preservare una netta distinzione tra interpretazione giurisdizionale e produzione normativa (*rectius*, discrezionalità del Legislatore), invocando anche un rigoroso *judicial restraint*¹⁸.

Nell'ambito dei confini costituzionali ordinari, allora, solo al potere legislativo spetta l'ultima parola sull'adozione o meno di decisioni politiche, non dovendo quello giudiziario invadere in modo indebito il campo discrezionale riservato al primo.

In questo senso, sempre con riferimento a *Griswold*, si guardi alla parallela *dissenting opinion* di Justice Hugo Black (in carica nel periodo 1937-1971). Nonostante egli sia considerato come uno dei giudici più progressisti nella storia della Corte Suprema degli Stati Uniti¹⁹, Black è stato altresì uno dei migliori interpreti della filosofia del *judicial restraint*, prima che questa divenisse appannaggio quasi esclusivo delle nuove correnti giuridico-giurisprudenziali originaliste, di chiaro stampo conservatore²⁰.

Nel caso di specie, egli rifiutava l'impostazione "creativa" e parnormativa di Douglas – nonostante la solida alleanza tra i due in numerose altre questioni²¹ – poiché, a suo dire, la Costituzione non riconosceva affatto l'esistenza di un tale diritto, frutto in un'indebita sostituzione del giudice alla funzione del Legislatore²².

¹⁷ C. Mortati, *Prefazione*, cit., XI.

¹⁸ Con parole di Scalia (citato in E.J. Segall, *The Constitution According to Justices Scalia and Thomas: Alive and Kickin'*, in 91 *Washington University Law Review* 1663 (2014), 1663): «I have classes of little kids who come to the court, and they recite very proudly what they've been taught, 'The Constitution is a living document'. It isn't a living document! It's dead. Dead, dead, dead!». In termini analoghi, secondo N. Zanon, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 3, 2021, 94, «la Costituzione non è un *living document* cui far dire quel che oggi si vorrebbe dicesse. E, tra Corte e legislatore, le "antenne" per intercettare i mutamenti della "coscienza sociale" le ha il secondo».

¹⁹ Valgano, per tutti, i riferimenti alla sua interpretazione "assolutista" della libertà di espressione contenuta nel Primo Emendamento, sulla quale cfr. P. McBride, *Mr. Justice Black and His Qualified Absolutes*, in 2 *Loyola of Los Angeles Law Review* 37 (1969).

²⁰ Sulle origini ed evoluzione dell'originalismo negli Stati Uniti, vedi K.E. Whittington, *Originalism: A Critical Introduction*, in 82 *Fordham Law Review* 375 (2013), L.B. Solum, *What is originalism? The evolution of contemporary originalist theory*, in G. Huscroft, B.W. Miller (a cura di) *The Challenge of Originalism. Theories of Constitutional Interpretation*, Cambridge, 2011, 12-41 e J. O'Neill, *Originalism in American Law and Politics*, Baltimore, 2005. Il moderno legame tra filosofia giuridica originalista ed ideologia politica conservatrice è invece riassunto da K.E. Whittington, *Is Originalism Too Conservative?*, in 34(1) *Harvard Journal of Law & Public Policy* 29 (2010).

²¹ Cfr. H. Ball, P.J. Cooper, *Of Power and Right: Hugo Black, William O. Douglas and America's Constitutional Revolution*, New York, 1992. Sulle differenze tra i due nell'interpretazione della funzione giudiziaria, si veda T.E. Yarbrough, *Justices Black and Douglas: the judicial function and the scope of constitutional liberties*, in 1973 *Duke Law Journal* 441 (1973).

²² Si veda U.S. Supreme Court, *Griswold v. Connecticut*, Black, J., dissenting, cit., 509: «I get nowhere in this case by talk about a constitutional 'right of privacy' as an emanation from one

In ogni caso, in un'ottica nella quale sia il giudice costituzionale, sia il Legislatore svolgono ciascuno le proprie funzioni, non dovrebbe escludersi la possibilità che l'organo legislativo assuma la pronuncia di opinioni dissenzienti/concorrenti come indice proteiforme di riferimento per eventuali interventi successivi²³. Esso potrebbe così servirsi della "sponda" fornita dalle Corti, in una corretta divisione dei poteri che – senza sconfinare in indebite invasioni di campo – potrebbe a sua volta essere benefica per la tenuta complessiva dell'intero ordinamento²⁴.

A fronte di due distinte modalità di interpretazione del ruolo strutturale delle Corti costituzionali (e, in generale, del potere giudiziario *tout court*), con riferimento al rapporto tra Corte costituzionale italiana e potere legislativo è stato affermato che «l'indipendenza reciproca tra i poteri non contraddice la necessaria interdipendenza fra gli stessi»²⁵. Il legislatore, pertanto, non può certo disinteressarsi della contingente giurisprudenza della Corte in nome della reciproca indipendenza funzionale, non foss'altro perché il prodotto dell'azione normativa è l'oggetto principale e prevalente dell'attività di quest'ultima.

In questo senso, esiste un'ideale linea di continuità tra le due funzioni, diverse eppure collegate tra loro, in un quadro nel quale la pronuncia costituzionale rappresenta «più che il punto conclusivo di una certa vicenda, il punto intermedio di uno sviluppo normativo che trova compimento solo quando il legislatore lo conclude»²⁶.

Appurata l'esistenza di un inscindibile rapporto inter-istituzionale tra Giudice delle Leggi e Legislatore, la presenza dell'opinione "non maggior-

or more constitutional provisions. I like my privacy as well as the next one, but I am nevertheless compelled to admit that government has a right to invade it unless prohibited by some specific constitutional provision».

²³ Così, secondo E.C. Voss, *Dissent: Sign of a Healthy Court*, in 24 *Arizona State Law Journal* 643 (1992), 653-654, «while most dissents are written in an effort to obtain subsequent judicial review, others serve as an appeal to the legislative branch for a corrective amendment. The dissent may be intended to provide forensic material for later interpretation of revisionary legislation».

²⁴ Con parole del *Magistrado* Aragón Reyes nel *voto particular concurrente* alla STC 198/2012 (che ha ritenuto conforme a Costituzione la legalizzazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso in Spagna, realizzata con *Ley 13/2005, de 1 de julio*), «la Constitución no es una hoja en blanco que pueda reescribir el legislador a su capricho, y ha de añadirse que tampoco es una hoja en blanco que pueda reescribir, sin límites, su supremo intérprete».

²⁵ Relazione annuale del Presidente della Corte costituzionale Marta Cartabia, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020, 7, disponibile in [1_relazione.pdf](#) ([cortecostituzionale.it](#)).

²⁶ Relazione del Presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nell'anno 2018, 21 marzo 2019, 8 (disponibile in [Corte costituzionale - Relazioni Annuali](#)). Per un'aspra critica all'esistenza di una «collaborazione tra il supremo organo di garanzia della Costituzione e gli organi di indirizzo politico», si veda il richiamo di N. Zanon, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore*, cit., 92-93, a G. Miglio, *Utopia e realtà nella Costituzione. Tre schede ed una considerazione generale* (1978), ora in Id., *Le regolarità della politica*, vol. II, Milano, 1978, pp. 713 ss.

taria” potrebbe contribuire a generare positivi riflessi (quantomeno in via mediata) sulla stessa funzione normativa²⁷, innanzitutto fotografando in modo plastico lo “stato dell’arte” del sistema legislativo, le sue criticità interpretative e strutturali ed il ruolo che i diversi poteri dello Stato sono chiamati a giocare di fronte alla “tensione” tra la decisione politico-legislativa ed il testo costituzionale²⁸.

Da un lato, le riflessioni tecnico-giuridiche argomentate dal giudice rimasto in minoranza «si mostrerebbe[ro] assai util[i] nell’ipotesi di un eventuale riesame di certe disposizioni, oltre a segnalare con immediatezza gli ambiti particolarmente controversi ovvero le sfere dove maggiori sono il disagio e la conflittualità sociali»²⁹.

Il giudice dissenziente diventerebbe così una sorta di sentinella di un conflitto giuridico latente, più o meno marcato nei contenuti (anche alla luce del tasso quantitativo di dissensi), rispetto al quale il potere legislativo non potrebbe disinteressarsi, tanto in relazione alle ricadute sulla sua futura attività di normazione, quanto alla luce del fatto che la stessa *quæstio iuris* ed il nuovo prodotto normativo potrebbero essere oggetto di un ulteriore sindacato costituzionale (magari con maggioranze diverse in seno alla Corte, con tutto ciò che ne conseguirebbe).

Dall’altro, non è irrazionale immaginare che l’utilizzo di tale opinione (*sub specie*, concorrente) si possa inserire nell’ambito di garantire una determinata preservazione – e separazione, anche netta – degli equilibri tra i poteri considerati, sia con l’obiettivo di evitare impropri sconfinamenti nel delicato terreno dell’attivismo giudiziale, sia sollecitando il Legislatore a mettere da parte la propria ignavia ed insipienza, onde non “costringere” più il giudice ad operare, ad ogni costo, quale organo risolutore dei costanti conflitti politici³⁰.

²⁷ Come ricordato da G. Maranini, *La posizione della Corte e dell’autorità giudiziaria in confronto all’indirizzo politico di regime (o costituzionale) e all’indirizzo politico di maggioranza*, in G. Maranini (cur.), *La giustizia costituzionale*, Firenze, 1966, 138, «la Costituzione è quella che i giudici costituzionali ritengono che sia: è dunque in concreto l’espressione del loro indirizzo di politica costituzionale [...]; indirizzo politico [del quale] le camere e il governo sono costretti a tener conto anche preventivamente». Per una “smentita” dell’esistenza della categoria concettuale dell’indirizzo politico costituzionale, cfr. P. Barile, *Intervento*, in M. Ainis, A. Ruggeri, G. Silvestri, L. Ventura (cur.), *Indirizzo politico e Costituzione. A quarant’anni dal contributo di Temistocle Martines*, Milano, 1998, 111-113, che pure ne aveva coniato la formula (P. Barile, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir., pubbl.*, 2, 1958, 307 ss.), salvo poi pregare «[...] stufo dei fraintendimenti che aveva provocato [...] di non parlarne più, visto che tanti equivoci si erano prodotti» [G. Silvestri, *Paolo Barile costituzionalista*, in S. Merlini (cur.), *Il potere e le libertà. Il percorso di un costituzionalista*, Firenze, 2019, 117].

²⁸ L’immagine di tensione da ultimo evocata richiama lo schema impiegato nell’ordinanza dell’11 maggio 2021, n. 97, in ordine all’incostituzionalità (possibile e differita?) del cosiddetto ergastolo ostativo, disciplinato dall’art. 4-bis della l. 26 luglio 1975, n. 354.

²⁹ E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2016, 77.

³⁰ Ampiamente sul tema, anche in prospettiva comparata, può vedersi C. Drigo, *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna, 2017 e Id., *Giustizia costituzionale e political question doctrine. Paradigma statunitense e spunti comparatistici*, Bologna, 2012.

Qualora, ad esempio, una Corte costituzionale ritenga di dover rigettare o dichiarare inammissibile una questione di costituzionalità al fine di non “invadere” l’area del potere discrezionale (e, in questo caso, insindacabile) del Parlamento³¹, un’eventuale opinione concorrente potrebbe segnalare al Legislatore – a margine della sentenza e, quindi, senza la stringente vincolatività delle sentenze di accoglimento – la necessità “politica” di agire in via normativa sulla questione in esame, suggerendo anche la “direzione” ed i contenuti della riforma³².

In questo modo, per un verso si aspirerebbe a tenere quanto più possibile dritta la barra della separazione tra giudice e legislatore³³, senza rinunciare all’invito (da parte del Giudice delle Leggi) al potere normativo ad intervenire secondo le sue normali prerogative – magari traendo ispirazione dagli orientamenti in dissenso rispetto alla soluzione giurisprudenziale maggioritaria³⁴ – e, al tempo stesso, senza neppure debordare nell’attivismo giudiziario con pericolose “fughe in avanti”³⁵.

Di conseguenza, si potrebbe dire che il giudice costituzionale continua a svolgere la sua funzione giurisdizionale (entro i confini del suo raggio d’azione) ma, in parallelo, invita il Legislatore a fare il Legislatore, qualora quest’ultimo ritenga opportuno agire secondo la propria sensibilità politica.

³¹ Cfr. art. 28, l. 11 marzo 1957, n. 83: «Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull’uso del potere discrezionale del Parlamento».

³² In questo senso, si veda U.S. Supreme Court, *Terry v. United States*, 593 U.S. ___ (2021), Sotomayor, J., concurring, in ordine all’esigenza di “politica criminale” – rimessa in via esclusiva al Congresso – di estendere i confini normativi di applicabilità retroattiva del *First Step Act* del 2018 (relativo al ricalcolo delle pene imposte per la detenzione e commercio di cocaina e affini). Peraltro, il “suggerimento” di Justice Sotomayor aveva trovato un’interessante sponda legislativa ed interpretativa, già in sede di giudizio, nell’*amicus curiae brief* trasmesso, senza successo, alla Corte Suprema dai quattro Senatori (Durbin e Booker per il Partito Democratico, Grassley e Lee per quello Repubblicano) proponenti il progetto di legge in questione.

³³ Ad esempio, sui confini tra potere giudiziario e legislativo in ordine all’esecuzione delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo in Spagna, cfr. il *voto particular* di Gimeno Sendra, §2, alla STC 245/1991: «[...] es claro que, de ninguna norma constitucional, se infiere la necesidad de que las Sentencias del TEDH hayan de ejecutarse en sus propios términos hasta el punto de que hayan de anularse las Sentencias firmes dimanantes del Poder Judicial español. Esto es una solución que la Constitución permite, pero que no impone. El Poder Legislativo es, pues, dueño de instaurar o no en nuestro ordenamiento procesal tan novedoso sistema de ejecución de Sentencias».

³⁴ Per L. Mengoni, *Intervento*, in A. Anzon, *L’opinione dissenziente*, cit., 57, l’opinione dissenziente «nelle sentenze di accoglimento [...] non mancherebbe di influire sull’eventuale intervento legislativo diretto a riparare il vuoto aperto dalla pronuncia nell’ordinamento».

³⁵ Si veda L. Pesole, *La Corte costituzionale oggi, tra apertura e interventismo giurisprudenziale*, in *Federalismi.it.*, 12, 2021, 251-252, la quale afferma che, se è vero che il legislatore ha assunto «nei confronti della Corte un atteggiamento oscillante tra l’astio e l’indifferenza, in un contesto di fondo segnato sin dall’inizio da una situazione di crisi del legislatore stesso [...], nei confronti del legislatore la Corte ha di fatto sconfinato in un ambito che non è di sua competenza».

Per l'altro – ed in forma sincronizzata – si andrebbe (forse) altresì ad evitare la presenza di controversi schemi di cosiddetta «legislazione coartata», laddove sia la stessa Corte costituzionale a sollecitare un determinato intervento di merito ed entro una certa cornice temporale da parte del Legislatore, anche «sotto la sostanziale minaccia dell'accoglimento della questione in caso di inerzia: una scelta che nega quella stessa (porzione di) discrezionalità che, in principio, si vorrebbe invece al legislatore riconoscere»³⁶.

Le recenti ordinanze ad «incostituzionalità prospettata»³⁷ dell'11 maggio 2021, n. 97 ([in]costituzionalità del cosiddetto ergastolo ostativo)³⁸, 26 giugno 2020, n. 132 (in ordine al profilo della pena detentiva per il reato di diffamazione a mezzo stampa *ex art. 595*, comma 3 c.p.) e 16 novembre 2018, n. 207 (caso Cappato) rappresentano la chiara dimostrazione di una spinosa questione di sistema sui rapporti tra giudizio costituzionale e funzione legislativa, la quale si presta alle più diverse interpretazioni e lascia inattuata le esigenze di «collaborazione» tra i due poteri³⁹.

Infine, da una parte l'opinione dissenziente potrebbe rappresentare, a fronte di una decisione di rigetto, un «invito» della minoranza a superare una determinata giurisprudenza in una certa materia (ritenuta erronea o, comunque, non più attuale e funzionante rispetto alle contingenze storico-normative)⁴⁰, fornendo argomenti di sicuro spessore per una possibile revisione legislativa⁴¹ ovvero, in relazione ai «moniti» della Corte – più o

³⁶ N. Zanon, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore*, cit., 92. Sempre con riferimento alla descritta problematica (definitivamente esplosa con l'ordinanza n. 207/2018), si veda E. Grosso, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, 3, 2019, soprattutto 552 ss. Infine, per una lettura critica sugli «sconfinamenti» della giustizia costituzionale, cfr. A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, 251-290 e Id., *Suprematismo giudiziario II. Sul panguridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 12, 2021, 170 ss.

³⁷ Così il Presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi, in relazione al «caso Cappato», nella Relazione sull'attività svolta nell'anno 2018, cit., 12.

³⁸ In attesa di un (eventuale) intervento legislativo di «adattamento», entro il 10 maggio 2022.

³⁹ A. Ruggeri, *Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione e di direzione politica?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2021, 580-581, ha parlato in proposito di «invenzione di tecniche inusuali che mettono in stato di palese sofferenza la discrezionalità del legislatore fino a determinarne [...] la messa da parte [...] cura[ndosi] ben poco (o, diciamo pure, per nulla) dell'approdo al quale fatalmente in tal modo si perviene, che è quello dello smarrimento del principio della separazione dei poteri».

⁴⁰ Il richiamo è alla *workability* del principio di diritto in discussione, recentemente enunciato in U.S. Supreme Court, *Janus v. American Federation of State, County and Municipal Employees (AFSCME)*, 585 U.S. ___ (2018), 34, quale parametro da considerare per il superamento di un proprio precedente da parte della stessa Corte Suprema.

⁴¹ In parallelo, il legislatore dovrebbe evitare di perseverare negli schemi problematici tracciati dalla giurisprudenza censurata: a titolo di esempio, con riferimento alla necessità di rivedere il precedente di U.S. Supreme Court, *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990) – in materia di eccezioni legittime al diritto di libertà religiosa, in presenza di «neutral

meno stringenti – «a cercare delle soluzioni alternative a quelle indicate dal collegio»⁴².

Dall'altra, anche nell'ipotesi di decisioni di accoglimento, «il legislatore [potrebbe] desumere dagli orientamenti minoritari spunti utilizzabili per la redazione delle norme da sostituire a quelle dichiarate incostituzionali»⁴³, senza che ciò vada ad inficiare la regola della separazione dei poteri.

In quest'ultimo senso, peraltro, attraverso l'opinione dissenziente/concorrente lo strumento del “monito” (articolato in varie forme e spesso inascoltato dal Legislatore) potrebbe essere poco a poco sottratto dal terreno delle controversie suscitate dalla sua problematica inclusione nei provvedimenti della Corte costituzionale⁴⁴, per essere ricondotto alla più “naturale” sede processuale dell'opinione separata.

Nel dettaglio, l'evoluzione sempre più accentuata sperimentata dai moniti del Giudice delle Leggi⁴⁵ – da iniziale suggerimento persuasivo di principio ad una piena «creatività della Corte che non è più solamente riconducibile al piano dell'iniziativa o dell'impulso ma ad una fase attuativa dell'azione legislativa»⁴⁶ – potrebbe forse essere temperata attraverso l'introduzione e modulazione (in sostituzione del monito stesso) dell'opinione dissenziente⁴⁷.

La persuasività (non vincolante) di contenuto di quest'ultima, infatti, ben potrebbe bilanciarsi con quella separazione dei poteri che risulta sempre più scossa ogniquale volta la Corte ricorre allo strumento monitorio – nella sua versione “aggiornata” – e ne estende i confini in modo significativo, senza

laws of general applicability» – cfr. U.S. Supreme Court, *Fulton v. City of Philadelphia*, 593 U.S. ___ (2021), Alito, J., concurring, 3: «We may hope that legislators and others with rule-making authority will not go as far as *Smith* allows, but the present case shows that the dangers posed by *Smith* are not hypothetical».

⁴² J. Luther, *L'esperienza del voto dissenziente nel Bundesverfassungsgericht*, in A. Anzon, *L'opinione dissenziente*, cit., 271.

⁴³ D. Tega, *La Corte costituzionale allo specchio del dibattito sull'opinione dissenziente*, in *Quad. cost.*, 1, 2020, 99.

⁴⁴ Del resto, non ci si può affatto negare che «tutti i moniti, anche quelli che non si spingono a vere e proprie indicazioni di politica legislativa, siano intenzionalmente diretti a condizionare il successivo processo parlamentare» (E. Grosso, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018*, cit., 535, nota 7), con un ben maggiore disallineamento degli equilibri tra azione legislativa e giudiziaria rispetto a quanto non accadrebbe se il “suggerimento” fosse contenuto in un'opinione minoritaria a carattere non obbligatorio.

⁴⁵ Sulla dimensione classica delle “raccomandazioni” della Corte costituzionale, cfr. L. Pegoraro, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Padova, 1987 e Id., *Le sentenze-indirizzo della Corte costituzionale italiana*, Padova, 1984.

⁴⁶ I. Roberti, *I moniti “a termine” della Corte costituzionale e le implicazioni sull'attività legislativa del Parlamento*, in *Federalismi.it*, 17, 2021, 182.

⁴⁷ Per una lettura che, invece, fa leva sulla positiva dimensione dialettico-cooperativa di tale istituto nel rapporto tra Corte costituzionale e Legislatore, cfr. R. Dickmann, *Considerazioni sui profili funzionali processuali e ‘politici’ delle ordinanze monitorie di rinvio della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 22, 2021, 32-49.

bisogno di «rompere per via giurisprudenziale il solido ormeggio alle regole, necessariamente rigide»⁴⁸ sia del giudizio di costituzionalità, sia dei limiti connaturati all'esercizio e ad un necessario *self-restraint* del potere legislativo e giudiziario.

In questi termini, l'opinione dissenziente non sembra allora confliggere con le funzioni tipiche della sentenza costituzionale – a differenza del monito para-legislativo “all'italiana” – andando ad armonizzarsi, al contrario, con l'esigenza di fornire “suggerimenti” al Legislatore senza però invaderne il campo.

3. Opinione dissenziente e funzione normativa: alcuni esempi comparati

Sul piano della comparazione storico-giuridica, la casistica di alcune esperienze presso diversi organi di giustizia costituzionale può essere utile per inquadrare l'argomento in una prospettiva “dinamica”, nella quale l'opinione dissenziente è stata accolta nel terreno della (o ha influenzato la) discrezionalità del Legislatore.

L'esperienza della Corte Suprema degli Stati Uniti è sicuramente la più prolifica e densa di riferimenti nella direzione invocata⁴⁹. Si pensi, in primo luogo, alle *dissenting opinions* pronunciate dai giudici Benjamin Curtis e John McLean nel famigerato caso *Dred Scott v. Sandford* (1857), il quale negò che le persone di origine afroamericana potessero essere considerate cittadini secondo l'interpretazione ricavabile dalla Costituzione americana.

Tali opinioni dissenzienti preusero, in forma simbolica, all'adozione del Tredicesimo Emendamento (abolizione della schiavitù) nel 1865 e, in via indiretta, anche del Quattordicesimo (*Equal Protection Clause*) e del Quindicesimo Emendamento (diritto di voto), nel 1868 e 1870⁵⁰.

Addirittura, si narra che l'opinione dissenziente di Curtis⁵¹ fosse divenuta così popolare da essere stampata e venduta in commercio sotto forma di *pamphlet*, nonché portata con sé da Abraham Lincoln durante la campagna elettorale che, nel 1861, lo avrebbe condotto alla Presidenza degli Stati Uniti⁵².

In parallelo, l'implementazione di embrionali modalità legislative di tutela e protezione dei lavoratori nella prima metà del Novecento – ostacolata dalla Corte Suprema (durante la controversa fase della cosiddetta

⁴⁸ R. Bin, *Zone franche e legittimazione della Corte*, in *Giur. cost.*, 1, 2014, 643.

⁴⁹ Cfr. E. Ferioli, *Dissenso e dialogo nella giustizia costituzionale*, cit., 200-203.

⁵⁰ Prima ancora, la possibilità che un privato cittadino potesse agire in giudizio nei confronti di uno Stato membro della Federazione, sancita in *Chisholm v. Georgia* (1793), era stata superata dall'approvazione dell'Undicesimo Emendamento nel 1795.

⁵¹ S.A. Streichler, *Justice Curtis's Dissent in the Dred Scott Case: An Interpretive Study*, in *24 Hastings Constitutional Law Quarterly* 509 (1997).

⁵² Si veda L.E. Morel, *The Dred Scott Dissents: McLean, Curtis, Lincoln, and the Public Mind*, in *32 Journal of Supreme Court History* 133 (2007), 143.

Lochner Era) in nome della libertà contrattuale e di mercato pure⁵³ – avrebbe trovato nelle numerose opinioni dissenzienti di Justice Oliver Wendell Holmes un costante punto di riferimento, poi recepito dalla Corte stessa a partire da *West Coast Hotel Co. v. Parrish* (1937)⁵⁴.

Nel caso di specie, non si era trattato di un vero e proprio “stimolo” proveniente dalle *dissenting opinions* per l’adozione di una legislazione prima inesistente, quanto piuttosto della strenua difesa di riforme legislative che, sino ad allora dichiarate illegittime in modo ciclico, avrebbero finalmente visto riconosciuta la dignità costituzionale dei principi proclamati nella sentenza da ultimo citata, sfociando nella prima disciplina legislativa federale di sistema (il *Fair Labor Standards Act* del 1938).

Con riferimento ad una più stretta connessione tra dissenso e recenti riforme legislative, soccorrono, tra le altre, due fattispecie che, risolte sul piano giurisdizionale dalla Corte Suprema statunitense, hanno trovato una nuova configurazione nell’ultima parola del Legislatore grazie alla spinta “propulsiva” delle *dissenting opinions*⁵⁵.

In *Goldman v. Weinberger* (1986), dopo un travagliato iter giurisdizionale⁵⁶ il ricorrente (capitano dell’Aeronautica militare) si era infine visto negare il diritto di indossare il tradizionale copricapo ebraico durante lo svolgimento dell’attività di servizio: in particolare, ad avviso della maggioranza della Corte Suprema il diritto di libertà religiosa sancito dal Primo Emendamento non poteva trovare applicazione nel caso di specie, in quanto «within the military community, there is simply not the same [individual] autonomy as there is in the larger civilian community»⁵⁷.

Tra le opinioni dissenzienti, emerge soprattutto quella di Justice William Brennan: in concreto, nel fustigare la ritenuta violazione dei diritti costituzionali del ricorrente, egli auspicava che il Congresso intervenisse in materia, ponendo termine a tale significativo errore attraverso una specifica addenda normativa ancora inesistente⁵⁸.

Di lì a poco, il potere legislativo avrebbe dato seguito a siffatta sollecitazione attraverso l’adozione di una specifica disposizione contenuta nel *National Defense Authorization Act* del 1988, ammettendo la possibilità per

⁵³ Per tutti, cfr. H. Gillman, *The Constitution Besieged: The Rise And Demise Of Lochner Era Police Powers Jurisprudence*, Durham, 1993.

⁵⁴ U.S. Supreme Court, 300 U.S. 379 (1937).

⁵⁵ Per tutte, cfr. U.S. Supreme Court, *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. 503 (1986) e *Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co.*, 550 U.S. 618 (2007), entrambe commentate a seguire nel testo.

⁵⁶ Dopo aver visto soddisfatte le proprie pretese in primo grado (sia in sede cautelare, sia nel giudizio di merito), la Corte d’Appello riformò le pronunce precedenti – cfr. 34 F.2d 1531 (1984) – declinando altresì la possibilità di un *rehearing en banc*: cfr. 739 F.2d 657 (1984). In quest’ultima pronuncia, merita di essere citato il dissenso congiunto sottoscritto da Bader Ginsburg e Scalia.

⁵⁷ U.S. Supreme Court, *Goldman v. Weinberger*, cit., 507.

⁵⁸ Cfr. *ibid.*, 524: «The Court and the military have refused these servicemen their constitutional rights; we must hope that Congress will correct this wrong».

i militari di indossare copricapi religiosi nell'esercizio delle proprie funzioni, laddove non interferenti con l'attività ordinaria e conformi al necessario decoro richiesto in un contesto di vita militare⁵⁹.

Nel più recente caso *Ledbetter v. Goodyear*, invece, la ricorrente (impiegata dal 1979 al 1998 presso una filiale della società Goodyear) aveva iniziato, a seguito del suo pensionamento, una serie di azioni giudiziarie contro l'impresa nella quale aveva lavorato, allegando di essere stata discriminata per ragioni di sesso in ordine allo stipendio (più basso) che le veniva corrisposto, a parità di condizioni di lavoro, rispetto a quello dei colleghi uomini.

Nel 2007, la Corte Suprema rigettò le pretese della sig.ra Ledbetter per ragioni procedurali, asserendo che tali comportamenti presuntamente discriminatori erano stati denunciati oltre il termine di 180 giorni (imposto dal Titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964) dal momento in cui si sarebbero verificati: per tale motivo – ed a prescindere dall'esistenza e valutazione di una discriminazione concreta – essi erano divenuti oramai inesigibili a titolo di risarcimento del danno.

Il Congresso degli Stati Uniti reagì attraverso l'implementazione del *Lilly Ledbetter Fair Pay Act*⁶⁰ – prima legge promulgata durante la Presidenza di Barack Obama (nel 2009) – in forza del quale tale termine sarebbe decorso *ex novo* ogniqualvolta, nel frattempo, fosse stata posta in essere una (ulteriore) condotta discriminatoria⁶¹.

Ai fini che qui interessano, è suggestivo notare come l'intero dibattito parlamentare per l'approvazione di tale legge si sia snodato a partire dalle feroci argomentazioni spese contro la sentenza dall'opinione dissenziente (enunciata *from the bench*)⁶² di Justice Bader Ginsburg⁶³ – richiamata da diversi parlamentari nei loro interventi in Assemblea – la quale, pur “soccombente” in sede giudiziaria, è però risultata in ultima battuta vincente, conducendo ad una significativa riforma della legislazione in questione.

Del resto, la stessa Bader Ginsburg aveva attivamente invocato in proposito l'intervento “correttivo” del potere legislativo, affermando che

⁵⁹ Ripercorre l'intera vicenda D.H. Sullivan, *The congressional response to Goldman v. Weinberger*, in 121 *Military Law Review* 125 (1988).

⁶⁰ Lilly Ledbetter Fair Pay Act of 2009, Pub. L. No. 111-2, 123 Stat. 5 (codified as amended at 42 U.S.C. § 2000e-5(e)).

⁶¹ Cfr. C.E. Sorock, *Closing the Gap Legislatively: Consequences of the Lilly Ledbetter Fair Pay Act*, in 85 *Chicago-Kent Law Review* 1199 (2010).

⁶² Cfr. J. Duffy, E. Lambert, *Dissents from the Bench: A Compilation of Oral Dissents by U.S. Supreme Court Justices*, in 102 *Law Library Journal* 7 (2010). Nel caso di specie, peraltro, il carattere belligerante del dissenso di Bader Ginsburg è rivelato anche dall'assenza di qualsiasi riferimento alla volontà di manifestare un «respectful dissent»: su quest'ultimo profilo, vedi *Note. From consensus to collegiality: the origins of the “respectful” dissent*, in 124 *Harvard Law Review* 1305 (2011).

⁶³ Si veda A. Feldman, *Empirical Scotus: The recent role of separate opinions*, in www.scotusblog.com, 13th November 2019.

«once again, the ball is in Congress' court. As in 1991, the Legislature may act to correct this Court's parsimonious reading of Title VII»⁶⁴.

In quest'ultimo senso, peraltro, il richiamo al *Civil Rights Act* del 1991 si inserisce in forma puntuale nel contesto in esame poiché esso, a sua volta, si era posto come importante reazione legislativa ad una pregressa giurisprudenza della stessa Corte Suprema oltremodo restrittiva in tema di protezione dei lavoratori in casi di discriminazione sul posto di lavoro⁶⁵.

Il dissenso di Bader Ginsburg nel caso di specie rivela in modo plastico il carattere “diffuso” (e *demosprudential*) dell'opinione dissenziente, non limitato ad una asettica e formalista riflessione giurisprudenziale destinata all'introspezione della camera di consiglio o del dibattito specialistico ma, al contrario, destinato ad assumere una significativa rilevanza sociale, ben oltre i confini dell'organo giudiziario considerato e delle posizioni personali dei suoi componenti⁶⁶.

Con riferimento all'esperienza tedesca del *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG), le travagliate vicissitudini relative all'adozione di una legislazione “permissiva” in materia di interruzione volontaria di gravidanza consentono di trarre alcuni spunti di interesse⁶⁷.

A fronte della riforma del Codice penale del 1974 – la quale aveva depenalizzato l'interruzione di gravidanza entro le prime dodici settimane – il 25 febbraio 1975 il BVerfG dichiarò, con una durissima sentenza, l'incostituzionalità dell'intera legge, imponendo al Legislatore un obbligo attivo di tutela penale a fronte di una condotta qualificata come “atto di omicidio” (*Tötungshandlung*)⁶⁸.

L'opinione dissenziente dei giudici Rupp-von Brunneck e Simon assume qui rilievo soprattutto laddove affermava che la previsione dell'interruzione di gravidanza entro determinate scadenze temporali e non,

⁶⁴ U.S. Supreme Court, *Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co.*, cit., 661.

⁶⁵ Si vedano U.S. Supreme Court, *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*, 490 U.S. 642 (1989); *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 U.S. 164 (1989) e *Martin v. Wilks*, 490 U.S. 755 (1989). In dottrina, cfr. D.R. Livingston, *The Civil Rights Act Of 1991 and EEOC Enforcement*, in 23 *Stetson Law Review* 53 (1993) e T. McMillan, *The Civil Rights Act of 1991 – One Step Forward on a Long Road*, in 22 *Stetson Law Review* 69 (1992).

⁶⁶ In questa prospettiva, «a dissent in the court of last resort is an appeal to the brooding spirit of the law, to the intelligence of a future day, when a later decision may possibly correct the error into which the dissenting judge believes the court to have been betrayed» (C.E. Hughes, *The Supreme court of the United States*, cit., 68). Laddove il Legislatore ritenga che la Corte ha “sbagliato”, non deve quindi escludersi che esso possa “intervenire” attraverso lo strumento normativo.

⁶⁷ Il riferimento è alla legislazione della Repubblica Federale di Germania (Germania Ovest), essendo invece l'interruzione volontaria di gravidanza ammessa nella Repubblica Democratica Tedesca dal 1972 (cfr. *Gesetz vom 9. März 1972 über die Unterbrechung der Schwangerschaft*, GBL. DDR I 89). Per un'analisi ampia del tema, cfr. M. D'Amico, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Milano, 1994. Una ricostruzione sintetica da parte di D.P. Kommers, *The Constitutional Law of Abortion in Germany: Should Americans Pay Attention?*, in 10 *Journal of Contemporary Health and Policy* 1 (1994).

⁶⁸ Cfr. BVerfGE 39, 1, §157.

invece, al ricorrere di condizioni fattuali specifiche, «neither arises from a fundamental attitude which is to be morally or legally condemned nor proceeds from apparently false premises in the determination of the circumstances of life»⁶⁹.

Tale impostazione avrebbe trovato accoglimento nella successiva legge “unitaria” di riforma del 1992 (*Schwangerschaftskonfliktgesetz*), la quale ripropose la soluzione temporale “trimestrale” dell’interruzione lecita di gravidanza, già dichiarata incostituzionale nel 1975.

Nonostante un’ulteriore censura di incostituzionalità da parte del BVerfG nel 1993, è stato comunque ricordato che «una parte delle critiche del primo voto dissenziente sembra aver fortemente condizionato la seconda sentenza»⁷⁰. In particolare, quest’ultima escludeva, nonostante la mantenuta esigenza di protezione del feto, la necessità legislativa del controverso obbligo di penalizzazione sancito nella precedente pronuncia del 1975 (ed avvertato fin da subito nel *Sondervotum* dei giudici Rupp-von Brunneck e Simon)⁷¹.

Nell’ordinamento spagnolo, infine, un recente esercizio del “diritto all’ultima parola” del Legislatore⁷² – in parte differente rispetto ai descritti esempi di diretta influenza legislativa ed “esterno” all’esperienza del Giudice delle Leggi – si ritrova in relazione alla cosiddetta *cuestión de las hipotecas* del 2018.

A fronte delle forti criticità interpretative sorte riguardo all’individuazione del soggetto passivo del pagamento dell’imposta degli *actos jurídicos documentados* (in materia di mutui bancari ipotecari) di cui all’art. 29 del *Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre*, la giurisprudenza di legittimità era sempre stata costante nell’affermare che il suo versamento spettasse al mutuatario.

Tale orientamento era però prima smentito dal *Tribunal Supremo* con STS 1505/2018 (del 16 ottobre 2018) e, nel mese successivo (6 novembre 2018), riconfermato da una controversa sentenza STS 1670/2018 delle Sezioni Unite della *Sala de lo Contencioso-administrativo* (convocata a sorpresa dal Presidente in composizione plenaria), a seguito di un’agguerrita deliberazione conclusasi con quindici voti favorevoli, tredici contrari, *voto de calidad* del Presidente di Sezione e ben undici opinioni dissenzienti.

⁶⁹ *Ibid.*, §254.

⁷⁰ J. Luther, *L’esperienza del voto dissenziente nel Bundesverfassungsgericht*, cit., 271.

⁷¹ Cfr. BVerfGE 39, 1, §206: «The debates in Parliament and before the Federal Constitutional Court dealt not with the *whether* but rather only the *how* of this protection. This decision is a matter of legislative responsibility. Under no circumstances can the duty of the state to prescribe punishment for abortion in every stage of pregnancy be derived from the constitution. The legislature should be able to determine the regulations for counseling and the term solution as well as for the indications solution».

⁷² L’espressione è mutuata da N. Zanon *La Corte, il legislatore ordinario e quello di revisione, ovvero del diritto all’«ultima parola» al cospetto delle decisioni d’incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1998, 3169-3183.

Con *Real Decreto-Ley 17/2018, de 8 de noviembre*, il Governo spagnolo decideva di spazzare via quest'ultima "reinterpretazione" giurisprudenziale, imponendo una volta per tutte *ex lege* il pagamento del tributo in capo al soggetto mutuante.

Sebbene i *votos particulares* qui pronunciati non contengano un esplicito "invito" al Legislatore (affinché questi intervenisse sul piano normativo con maggiore chiarezza di linguaggio)⁷³, non pare irragionevole immaginare che essi siano stati decisivi per una riforma legislativa – sebbene non parlamentare – della normativa esistente, in questo caso motivata da quelle ragioni di incertezza giuridica e stabilità dei rapporti sociali invocate nelle opinioni dissenzienti e nella *exposición de motivos* del decreto-legge pocanzi citato.

Da ultimo, con riferimento alla giurisprudenza costituzionale, un invito esplicito non (ancora) accolto dal Legislatore per una riforma normativo-procedurale è contenuto nell'opinione dissenziente di Valdés Dal-Ré, Xiol Ríos e Balaguer Callejón alla STC 75/2019. In particolare, il *voto particular* in questione censurava in modo aspro la distinzione contenuta negli artt. 43 e 44 della *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (LOTIC), i quali dal 2007 impongono una differenziazione tra *recursos de amparo* rispettivamente riconducibili a condotte amministrative, da un lato e decisioni giudiziarie, dall'altro, prevedendo scadenze temporali diversificate (ritenute inspiegabili ed ingiustificabili) per la proposizione dei relativi ricorsi⁷⁴.

4. Considerazioni *de lege ferenda* sul caso italiano

In relazione all'ordinamento italiano ed alla Corte costituzionale, l'assenza dell'opinione dissenziente (inversamente proporzionale all'ampio dibattito dottrinale che si è sviluppato in materia e che sembra aver ritrovato recente vigore) impedisce di riflettere sulla concreta ricezione di eventuali "spunti" da parte del Legislatore.

Invertendo allora l'ordine dei fattori rispetto alla trattazione sin qui sviluppata, è possibile riflettere sul modo in cui il potere legislativo stesso può incidere rispetto all'accoglimento del dissenso presso il nostro Giudice delle Leggi (magari per addivenire agli schemi sopra descritti, nell'ambito del rapporto giudice-Legislatore, in quegli ordinamenti che già ammettono il voto particolare).

⁷³ Essendo il decreto-legge stato pubblicato nell'intervallo di tempo tra la deliberazione (6 novembre) e la pubblicazione della sentenza (27 novembre), come ricordato nel *voto particular* del giudice dissenziente Navarro Sanchís (cfr. STS 1670/2018, cit., 141, §41).

⁷⁴ Cfr. §2: «El legislador tiene la responsabilidad de solucionar esta inexplicable e injustificable diferencia de régimen, unificando el plazo de ambos preceptos mediante una reforma legislativa». *Contra*, M. Casino Rubio, *Los errores se pagan: el ejemplo de la inadmisión por extemporáneo del recurso de amparo formulado por un cauce procesal equivocado*, in *Revista de Administración Pública*, 210, 2019, 282.

Qualsiasi ragionamento sulla possibile traduzione normativa della *dissenting opinion* viene ad intrecciarsi con la discussione relativa alla sua accettabilità dal punto di vista giuridico e dei principi generali che regolano la configurazione istituzionale e le funzioni della Corte costituzionale, nonché all'opportunità di procedere in questa direzione⁷⁵.

A livello costituzionale, non sembrano rinvenirsi ostacoli di sorta all'introduzione del dissenso formalizzato: in particolare, la possibilità di un contrasto con il principio dell'indipendenza del giudice è stato escluso dalla Corte nella sentenza n. 19 gennaio 1989, n. 18, la quale ha riconosciuto che non esiste in Costituzione «un nesso imprescindibile tra indipendenza del giudice e segretezza [...] quale mezzo per assicurare l'indipendenza attraverso l'impersonalità della decisione»⁷⁶. Questa considerazione, a sua volta, non impedisce che si possa pensare di procedere a tale riforma anche attraverso una normale legge ordinaria⁷⁷.

Per quanto concerne una possibile “auto-regolamentazione” dell'opinione dissenziente è noto che, già nel maggio del 2002, la Corte si era riunita in sede non giurisdizionale al fine di discutere una proposta che suggeriva un'introduzione dell'opinione non maggioritaria – tanto sul dispositivo come nel merito – senza tuttavia prevedere la pubblicizzazione dei nomi dei giudici dissenzienti⁷⁸.

Sul punto, era stata prospettata la possibilità che fosse la Corte costituzionale a prendere posizione sul tema attraverso una modifica del proprio regolamento ovvero delle Norme integrative (come già aveva proposto Mortati)⁷⁹, pur non essendo venute mai del tutto meno le criticità

⁷⁵ Come ben evidenzia S. Panizza, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino, 1995, 181-182, se, da un lato «il problema della ricerca dello strumento normativo idoneo potrebbe apparire come null'altro che lo sviluppo logico obbligato per coloro che abbiano già compiuto la scelta di fondo, sposando, dunque, le ragioni dell'istituto», dall'altro «l'esistenza di molteplici correlazioni sembra suggerire una verifica oltremodo attenta del dato positivo, e mettere nel contempo in guardia dal considerare la forma dell'atto richiesta come una questione tecnica di scarso momento, quasi secondaria e consequenziale alla effettuazione della scelta di fondo sulla opportunità, o meno, dell'istituto».

⁷⁶ Cfr. Considerato in diritto, §25.

⁷⁷ In questa direzione, si vedano da ultimo la Proposta di legge costituzionale C. 2953 (Colletti 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”, presentata alla Camera dei Deputati il 16 marzo 2021 ed il disegno di legge C.2560, presentato alla Camera dei Deputati il 25 giugno 2020.

⁷⁸ Vedi D. Tega, *La Corte costituzionale allo specchio del dibattito*, cit., 91-110.

⁷⁹ In tal senso si esprime S. Panizza, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, cit., 199, in ragione del fatto che «il dissent si presenta essenzialmente – da un punto di vista tecnico, e al di là dei suoi molteplici, variegati riflessi – come istituto attinente all'esercizio da parte della Corte delle (sue) funzioni e riguardante, più precisamente, il momento deliberativo delle singole pronunce e le modalità di manifestazione (oltre che di argomentazione) dei processi decisionali interni al collegio». *Contra*, S. Bartole, *Opinioni dissenzienti: problemi istituzionali e cautele procedurali*, in A. Anzon, *L'opinione dissenziente*, cit.,

in ordine alla natura – ed “estensione” – della sua funzione regolamentare, alla sua “derivazione” normativa (costituzionalmente espressa o meno) ed al rapporto con la normazione ordinaria⁸⁰. L’innovazione suggerita nel 2002 non ebbe successo, pur registrando la presa di posizione favorevole del Presidente Ruperto e del Giudice Onida ed aprendo (forse) in modo timido la strada per un cambio di prospettiva che pareva sempre più condiviso anche dentro la stessa Corte⁸¹.

A conferma di quanto detto, si possono ricordare altresì le delibere di modifica delle Norme integrative, adottate dalla Corte il 10 giugno 2004 ed il 7 ottobre 2008: in entrambi i casi, l’art. 18 N.I. (oggi art. 17 N.I., a seguito della citata riforma), in materia di deliberazione delle ordinanze e sentenze, è rimasto immutato, comunicando – attraverso un silenzio mai così eloquente – la volontà di non porre mano ad una questione alla quale si guarda da sempre con reticenze e sospetti.

Negli ultimi tempi, è risaputo che la Corte costituzionale si è “aperta” verso l’esterno attraverso numerose iniziative (su tutte, i “Viaggi” nelle carceri e nelle scuole o la raccolta via *podcast* di alcune “pillole” delle sue più importanti decisioni storiche)⁸².

Sul piano giuridico, tale apertura si è rivelata in modo significativo nella riforma adottata dalla stessa Corte con delibera dell’8 gennaio 2020 (a modifica del proprio Regolamento interno)⁸³, con la quale è stata ammessa la possibilità di intervento in giudizio degli *amici curiae*, nonché quella del Collegio di potersi rivolgere ad esperti di chiara fama in specifiche discipline extra-giuridiche.

Nel menzionato scenario di progressive riforme, l’introduzione dell’opinione dissenziente in Italia – con buone probabilità non immaginata dalla Corte costituzionale in questo scenario di rinnovamento, sebbene evocabile a titolo di suggestione – si potrebbe porre come un ulteriore

12, per il quale «il ricorso al regolamento interno della Corte [...] sembra gravare una fonte subordinata alla Costituzione di un compito troppo pesante, quello di una scelta eversiva di orientamenti di fondo del nostro ordinamento costituzionale».

⁸⁰ Cfr. P. Carnevale, «*Ecce iudex in ca(u)sa propria: ovvero della Corte-legislatore dinanzi alla Corte-giudice (Prime riflessioni sulla posizione della giurisprudenza della Corte costituzionale intorno al problema della natura delle norme di autoregolamentazione dei propri giudizi nel quadro del dibattito ordinario)*, in P. Costanzo (cur.), *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, 36 ss.

⁸¹ Tra le ultime “voci” della Corte favorevoli al dissenso, si vedano l’allora Presidente della Corte costituzionale Cartabia, la quale ha affermato in proposito la sua non contrarietà «se venisse introdotta anche da noi, purché venga usata con responsabilità e cautela, solo in casi estremi» (G. Bianconi, *Cartabia: «Quella volta che Ginsburg rimbeccò il preside di Harvard»*, in *Corriere della Sera*, 16 ottobre 2020); N. Zanon, *È tempo che la Corte faccia conoscere l’opinione dissenziente*, in *Il Manifesto*, 29 dicembre 2020 e S. Cassese, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015, 53-54.

⁸² L’immagine figurata della “apertura” della Corte (oltre i muri del Palazzo della Consulta) inaugura e pervade la Relazione di fine anno della Presidente Cartabia per il 2019, cit. (cfr. *supra*, nota 25).

⁸³ Pubblicata in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n.17, del 22-01-2020.

tassello innovatore, contribuendo a rafforzare l'autorità delle sue pronunce⁸⁴ e a favorire un'ancor più estesa apertura della stessa alla «società aperta degli interpreti della Costituzione»⁸⁵.

Come è stato ricordato di recente, tuttavia, alla luce delle significative riforme promosse dal Giudice delle Leggi italiano a partire dal gennaio del 2020, non può non rilevarsi che «la contraddittorietà di una Corte che si apre all'esterno ma rimane – malamente – chiusa all'interno, appare ormai difficilmente accettabile»⁸⁶.

In particolare, a fronte della sempre più diffusa “consuetudine” della dissociazione tra giudice relatore e redattore, oramai consolidatasi da quasi trentacinque anni⁸⁷ – nonché caratterizzata da una cadenza regolare e numeri che non rivelano più solo l'esistenza di discrepanze isolate, episodiche e quasi casuali – sembra allora necessario compiere una scelta di campo che vada oltre questa ristretta modalità «autoreferenziale e introversa»⁸⁸ di timido (pseudo)dissenso individuale.

Inoltre, nel contesto del legame strutturale – quasi ontologico – tra legislazione ordinaria e giurisdizione costituzionale, il dissenso si configura quale «attributo di un giudice del tutto speciale per il carattere eminentemente politico della sua opera e del suo principale interlocutore (il Legislatore)»⁸⁹.

Anche quest'ultimo, pertanto, deve di necessità interessarsi all'esistenza ed al contenuto delle eventuali opinioni dissenzienti, cogliendo tutte quelle suggestioni che possono contribuire a migliorare il prodotto normativo o ad “orientare” lo stesso entro determinati crinali giuridici⁹⁰.

⁸⁴ Cfr. A. Pace, *La Corte costituzionale nell'esperienza di un avvocato*, in *Giornale di Storia costituzionale*, 11, 2016, 107-108.

⁸⁵ Si veda P. Häberle, *Interpretacion de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, in A. López Pina (cur.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, 1991, 274.

⁸⁶ B. Caravita, *Ai margini della dissenting opinion. Lo “strano caso” della sostituzione del relatore nel giudizio costituzionale*, Torino, 2021, 87.

⁸⁷ Come evidenziato da B. Caravita, *Ai margini della dissenting opinion*, cit., dall'intervenuta riforma delle Norme integrative del 7 luglio 1987 (in concreto, dall'ordinanza del 21 gennaio 1988, n. 52) si contano ottantotto casi di mancata coincidenza, l'ultimo dei quali riconducibile a Corte cost., 10 giugno 2021, n. 119. Tra i primi commenti sulla predetta questione si vedano A. Pizzorusso, *Dal 'relatore' al 'redattore' delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, I, 1988, 2 ss. e R. Chieppa, *Sottoscrizione e redazione delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, II, 1987, 2535 ss.

⁸⁸ N. Zanon, *È tempo che la Corte faccia conoscere l'opinione dissenziente*, cit.

⁸⁹ S. Niccolai, *Dissenso e diritto costituzionale. Appunti per una riflessione*, in *Questione Giustizia*, 4, 2015, 66.

⁹⁰ Un'indicazione in questo senso si ricava dal contenuto del disegno di legge S.1996 (a prima firma sen. Passigli, presentato il 23 gennaio 1997), 2, il quale suggeriva una modifica dell'art. 137 Cost., poiché «i pronunciamenti della Corte hanno sovente un notevole valore di indirizzo per l'attività legislativa, ed è quindi opportuno che il legislatore conosca appieno l'evoluzione degli orientamenti in seno alla Corte».

Sul punto, è stato altresì evidenziato in modo corretto che la presenza dell'opinione dissenziente «potrebbe in alcuni – non infrequenti – casi facilitare il lavoro del decisore politico, che potrebbe assumere decisioni più ponderate in relazione a nodi cruciali della vita associata, utilizzando all'uopo le opinioni separate che potrebbero essere state espresse anche in funzione di leale collaborazione istituzionale»⁹¹.

In conclusione, valga allora l'affermazione di sintesi per la quale «the right to dissent is the essence of democracy, the will to dissent is an effective safeguard against judicial lethargy, the effect of a dissent is the essence of progress»⁹².

La speranza è che l'opinione dissenziente – in questa sede declinata nel rapporto tra Corte costituzionale e Legislatore ma, al tempo stesso, dotata di contenuti ben più ampi – possa diventare (anche) una bella storia italiana⁹³, sull'onda delle evocate suggestioni comparate.

Daniele Camoni

Dip.to di Diritto Pubblico Italiano e Sovranazionale

Università degli Studi di Milano

daniele.camoni@unimi.it

⁹¹ B. Caravita, *Ai margini della dissenting opinion*, cit., 96.

⁹² J.W. Carter, *Dissenting Opinions*, in 4 *Hastings Law Journal* 118 (1953), 118.

⁹³ Nella recente rivitalizzazione del dibattito nel panorama dottrinale italiano, si vedano da ultimo S. Lieto, *Il dilemma sull'opinione dissenziente: aperture e chiusure di un dibattito ricorrente*, in *Rivista AIC*, 3, 2021, 312-338; il Forum *Sull'introduzione dell'opinione dissenziente nel giudizio di costituzionalità* (con interventi di Caravita, Di Martino, Marcenò, Panizza, Repetto, Ruggieri, Ruotolo, Tega e Violini), in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1, 2021, 383-446 e *ivi*, 360-367; A. Fusco, «Ne riparleremo, dunque, tra qualche tempo»: a proposito dell'introduzione delle opinioni separate (e non meramente dissenzienti) vs. l'attuale forma di «dissenso mascherato»; A. Ruggieri, *Tornando a ripensare al dissent nei giudizi di costituzionalità*, cit., e Id., *Ancora in tema di opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali: è meglio accendere i riflettori sulla Consulta o lasciarla in penombra?*, cit.