

Dipartimento di
GIURISPRUDENZA

Dottorato di Ricerca in
SCIENZE GIURIDICHE

Ciclo
XXXIII

Curriculum in
**DIRITTO PUBBLICO, DIRITTO PUBBLICO DELL'ECONOMIA E
FILOSOFIA DEL DIRITTO**

Tesi di dottorato in
DIRITTO PUBBLICO COMPARATO

**L'opinione dissenziente.
Una comparazione tra Spagna e Italia**

Cognome: **CAMONI** Nome: **DANIELE**
Matricola: **745720**

Tutor: **Prof. Claudio Martinelli** (Università degli Studi di Milano-Bicocca)

Co-tutor: **Prof.ssa Valentina Faggiani** (Universidad de Granada)

Coordinatore: **Prof.ssa Stefania Ninatti**

A mio padre

Wisdom too often never comes, and so one ought not to reject it merely because it comes late.

F. FRANKFURTER, J., dissenting, *Henslee v. Union Planters National Bank & Trust Company*, 335 U.S. 595 (1949), 600.

We need to be bold and adventuresome in our thinking to survive.

W.O. DOUGLAS, J., dissenting, *Adler v. Board of Education of City of New York*, 342 U.S. 485 (1952), 511.

Nunca es agradable formular una opinión disidente. Representa la confesión pública de un fracaso en la capacidad de persuasión para conformar una opinión mayoritaria.

J.A. XIOL RÍOS, voto particular in STC 31/2018, de 10 de abril.

INDICE

<i>Introduzione</i>	I
---------------------------	---

<i>Introducción</i>	V
---------------------------	---

CAPITOLO PRIMO

TEORIA ED INTERPRETAZIONE DELL'OPINIONE GIUDIZIARIA “NON MAGGIORITARIA”

1. Alcune premesse linguistico-metodologiche	1
2. Le ragioni favorevoli e contrarie all'introduzione della <i>dissenting opinion</i> : un quadro teorico	9
2.1. Opinione dissenziente e motivazione della sentenza: rottura o integrazione?	11
2.2. Amministrazione della giustizia, indipendenza e responsabilità del giudice, legittimazione istituzionale	16
2.3. Il timore della politicizzazione dei provvedimenti giudiziari e dei loro autori	20
2.4. Il dissenso formalizzato, i riflessi sulla soluzione contingente ed i (possibili) <i>revirement</i> giurisprudenziali	26
2.4.1. Il problema delle <i>plurality opinions</i>	28
2.5. Considerazioni di sintesi a favore dell'opinione dissenziente	32

CAPITOLO SECONDO

ORIGINI STORICHE ED EVOLUZIONE DEL DISSENSO GIUDIZIARIO IN PROSPETTIVA COMPARATA

1. Le peculiarità del sistema anglo-britannico delle <i>seriatim opinions</i>	39
1.1. Altri modelli di <i>common law</i> : Australia, Canada e Irlanda	45
2. La <i>dissenting opinion</i> come innovazione istituzionale della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America	49
3. Una conquista progressiva: <i>Sondervotum</i> e <i>abweichende Meinung</i> nell'esperienza di giustizia costituzionale tedesca	60
4. Tribunali internazionali e opinione dissenziente: alcuni spunti	72
5. Note minime sul dissenso nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo	75
6. Il (non) <i>dissent</i> presso la Corte di Giustizia dell'Unione europea ed il ruolo dell'Avvocato Generale	82

CAPITOLO TERZO

IL VOTO PARTICULAR NELL'ORDINAMENTO SPAGNOLO. PROFILI ISTITUZIONALI

1. Le origini storiche del <i>voto particular</i> in Spagna	89
2. L'uso (e abuso?) del dissenso nel <i>Tribunal de Garantías constitucionales</i> repubblicano	92
3. Opinione dissenziente e Costituzione democratica del 1978: origini, configurazione e disciplina normativa	99
4. Regolamentazione e modalità pratiche di deliberazione nel <i>Tribunal Constitucional</i>	104
4.1. Analisi sistematico-quantitativa dei dati raccolti (2009-2019)	107
4.2. Profili strutturali e funzionali del <i>voto particular</i>	117

4.3. <i>Voto particular</i> e Presidenza del <i>Tribunal Constitucional</i>	123
4.4. Criteri di nomina dei Giudici costituzionali, <i>voto particular</i> e ideologie politiche	129
5. <i>Voto particular</i> e giurisprudenza ordinaria: alcuni cenni sistematici	135
6. La proliferazione del dissenso negli organi amministrativi e non-giurisdizionali: brevi indicazioni	139

CAPITOLO QUARTO

IL *VOTO PARTICULAR* NELL'ORDINAMENTO SPAGNOLO. PROFILI GIURISPRUDENZIALI

1. “Grandi” e “piccoli” dissenzienti	142
2. <i>Voto particular</i> e <i>overruling</i> giurisprudenziale: una breve prospettiva storica	153
3. Un <i>focus</i> “particolare”: <i>cuestión catalana</i> e opinioni dissenzienti	163
4. La circolazione “trasversale” delle opinioni dissenzienti: alcuni esempi	170
5. Considerazioni finali di sintesi	182

CAPITOLO QUINTO

L'OPINIONE DISSENZIENTE NEL SISTEMA GIURISDIZIONALE ITALIANO

1. Brevi cenni storici di diritto comune	185
2. L'opinione dissenziente nel pensiero di Costantino Mortati	189
3. Tecniche “mascherate” di dissenso presso la Corte costituzionale	196
3.1. Relatore, redattore e relatore-redattore nelle deliberazioni collegiali	202
3.2. Il ruolo del Presidente nel Collegio costituzionale	213

4. La sentenza 19 gennaio 1989, n. 18 della Corte Costituzionale: l'opinione dissenziante "sotto mentite spoglie" nella giurisprudenza ordinaria (con spiragli su quella costituzionale)?	217
5. Il difficile inquadramento normativo del dissenso giudiziario nel sistema delle fonti	222
5.1 Profili costituzionali e progetti di riforma costituzionale	222
5.2. L'introduzione dell'opinione dissenziente mediante legislazione ordinaria	225
5.3. Autoregolazione normativa e giurisprudenziale	228
6. Postilla finale	234

CONCLUSIONI

QUALE FUTURO PER L'OPINIONE DISSENZIENTE IN ITALIA E SPAGNA?

1. Premessa	236
2. L'esperienza spagnola: riforma, revisione o consolidamento del modello?	237
3. L'esperienza italiana: aspettando (forse) Godot?	240

CONCLUSIONES

¿QUÉ FUTURO PARA EL VOTO PARTICULAR EN ITALIA Y ESPAÑA?

1. Premisa	245
2. La experiencia española: ¿reforma, revisión o consolidación del modelo?	246
3. La experiencia italiana: ¿esperando (quizá) a Godot?	249

<i>Bibliografia</i>	254
---------------------------	-----

TABELLE

Tabella n. 1: Sentenze/ordinanze e voti particolari (2009-2019)	109
Tabella n. 1-bis: Provvedimenti totali, sentenze ed ordinanze (2009-2019) - grafico	110
Tabella n. 1-ter: Sentenze (STC) e voti particolari (2009-2019) - grafico	110
Tabella n. 2: Sentenze e <i>votos particulares</i> (VP) per sentenza	114
Tabella n. 2-bis: Sentenze e <i>votos particulares</i> (VP) per sentenza (grafico)	115
Tabella n. 3: Sentenze con <i>voto particular</i> e numero dei giudici dissenzienti (GD) per sentenza	116
Tabella n. 3-bis: Sentenze con <i>voto particular</i> e numero dei giudici dissenzienti (GD) per sentenza (grafico)	117
Tabella n. 4: <i>Votos particulares</i> “per funzione” (2009-2019)	122
Tabella n. 4-bis: <i>Votos particulares</i> “per funzione” (2009-2019) - grafico	123
Tabella n. 5: <i>Votos particulares</i> prima e durante la Presidenza del TC (2004-2019)	123
Tabella n. 5-bis: <i>Votos particulares</i> prima e durante la Presidenza del TC (2004-2019) - grafico	124

Tabella n. 6: <i>Votos particulares</i> prima e durante la Presidenza del TC (1980-2004)	124
Tabella n. 6-bis: <i>Votos particulares</i> prima e durante la Presidenza del TC (1980-2004) - grafico	125
Tabella n. 7: <i>Votos particulares</i> per giudice costituzionale (2009-2019)	143
Tabella n. 8: <i>Votos particulares</i> per giudice costituzionale (1980-2009)	145
Tabella n. 9: <i>Greatest dissenters</i> e provenienza professionale	148
Tabella n. 9-bis: <i>Greatest dissenters</i> nella storia del <i>Tribunal Constitucional</i> (1980-2019) - grafico	149
Tabella n. 10 - Coincidenze tra giudici in <i>votos particulares</i> non individuali (ultimo rinnovo, 2017-2019)	151
Tabella n. 11: <i>Votos particulares</i> dei Giudici in servizio presso il <i>Tribunal Constitucional</i> (a conclusione dell'anno giudiziario 2019)	153
Tabella n. 12: Casi di mancata coincidenza tra relatore e redattore nella Corte costituzionale italiana (2003-2019)	209

ABBREVIAZIONI (RIVISTE)

ABA J.: American Bar Association Journal
Am. Hist. Rev.: American Historical Review
Am. J. Comp. Law: American Journal of Comparative Law
Am. J. Int. Law: American Journal of International Law
Am. Pol. Sci. Rev: American Political Science Review
Ariz. St. Law J.: Arizona State Law Journal
Aust. J. Pol. Sci.: Australian Journal of Political Science
Br. J. Am. Leg. Stud.: British Journal of American Legal Studies
Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud.: Cambridge Yearbook of European Legal Studies
Canadian J. Pol. Sci.: Canadian Journal of Political Science
Cass. pen.: Cassazione penale
Chicago-Kent L. Rev.: Chicago-Kent Law Review
Col. J. Eur. Law: Columbia Journal of European Law
Col. Law Rev.: Columbia Law Review
Commonw. Comp. Politics: Commonwealth and Comparative Politics
Conn. Law Rev.: Connecticut Law Review
Const. Comment.: Constitutional Commentary
Cornell Law Rev.: Cornell Law Review
Corr. giur.: Corriere giuridico
Dig. disc. pubbl.: Digesto delle discipline pubblicistiche
Dig. it.: Digesto italiano
Dir. soc.: Diritto e società
Dir. Un. Eur.: Diritto dell'Unione europea
DPCE: Diritto Pubblico Comparato ed Europeo
Duke Law J.: Duke Law Journal
Enc. Dir.: Enciclopedia del Diritto
Eur. J. Int. Law: European Journal of International Law

Eur. Law Rev.: European Law Review
Fed. Law Rev.: Federal Law Review
Foro it.: Il Foro italiano
Georgetown Law J.: Georgetown Law Journal
Giur. cost.: Giurisprudenza costituzionale
Giur. it.: Giurisprudenza italiana
Gonzaga Law Rev.: Gonzaga Law Review
Harv. J. Law & Pub. Pol'y: Harvard Journal of Law & Public Policy
Harv. Law Rev.: Harvard Law Review
Hastings Const. L. Q.: Hastings Constitutional Law Quarterly
Hastings Law J.: Hastings Law Journal
Human Rights Law J.: Human Rights Law Journal
Hum. Rights Law Rev.: Human Rights Law Review
Ind. Law J.: Indiana Law Journal
Int'l & Comp. Law Q.: The International and Comparative Law Quarterly
Int. Organ. Law Rev.: International Organizations Law Review
J. Empir. Leg. Stud.: Journal of Empirical Legal Studies
J. Leg. Anal.: Journal of Legal Analysis
J. Am. Judicature Soc'y: Journal of the American Judicature Society
J. Empirical Legal Stud.: Journal of Empirical Legal Studies
J. Int. Dispute Settl.: Journal of International Dispute Settlement
J. Int. Econ. Law: Journal of International Economic Law
J. Politics: Journal of Politics
Lapland Law Rev.: Lapland Law Review
Leg. Pen.: Legislazione penale
Law Q. Rev.: Law Quarterly Review
Maquarie Law J.: Maquarie Law Journal
McGill Law Rev.: McGill Law Review
Melbourne U. Law Rev.: Melbourne University Law Review
Minn. Law Rev.: Minnesota Law Review

Mo. Law Rev.: Missouri Law Review
N. Ill. U. Law Rev.: Northern Illinois University Law Review
N.Y. Univ. J. Law Lib.: New York University Journal of Law & Liberty
Pol. dir.: Politica del diritto
Quad. cost.: Quaderni costituzionali
Rass. dir. pubbl.: Rassegna di diritto pubblico
Regent U. Law Rev.: Regent University Law Review
Rev. Esp. Der. Const.: Revista Española de Derecho Constitucional
Riv. arb.: Rivista dell'arbitrato
Riv. dir. civ.: Rivista di diritto civile
Riv. trim. dir. pubbl.: Rivista trimestrale di diritto pubblico
Santa Clara Law Rev.: Santa Clara Law Rev.
Stanford Law Rev.: Stanford Law Review
Sydney Law Rev.: Sydney Law Review
U.C. Davis Law Rev.: U.C. Davis Law Review
U. Kan Law Rev.: University of Kansas Law Review
U. Pa. Law Rev.: University of Pennsylvania Law Review
U. Rich. Law Rev.: University of Richmond Law Review
Wash. Law Rev.: Washington Law Review
Wash. & Lee Law Rev.: Washington & Lee Law Review
Wash. U. J. Law & Pol'y: Washington University Journal of Law and Policy
Wash. U. Law Q.: Washington University Law Quarterly
West. Political Q.: Western Political Quarterly

INTRODUZIONE

La presente tesi di dottorato intende analizzare, in un'ottica di prevalente comparazione tra l'ordinamento spagnolo e quello italiano, l'istituto dell'opinione "non maggioritaria" – declinata nelle sotto-articolazioni dell'opinione dissenziente *stricto sensu* intesa e di quella concorrente – nei rispettivi sistemi giurisdizionali, con specifica attenzione al modello di giustizia costituzionale.

In tale contesto, la delimitazione del campo d'analisi agli ordinamenti di Spagna e Italia risponde non solo a ragioni di interesse scientifico, ma vuole altresì essere l'occasione per riflettere sulle possibilità di una concreta implementazione dell'opinione dissenziente nel sistema giurisdizionale italiano.

Si tratta, infatti, di uno strumento che, pur dibattuto e scomposto in tutti i suoi aspetti da acute riflessioni teoriche e dottrinali (con riguardo, soprattutto, al Giudice delle Leggi) non è mai stato veramente vicino ad essere implementato nel *modus operandi* degli organi chiamati ad amministrare giustizia nelle loro differenti articolazioni.

I risultati ai quali si perverrà – sia attraverso un'analisi delle disposizioni che hanno positivizzato l'opinione "separata" nell'ordinamento costituzionale spagnolo e delle sue ricadute pratiche, sia ripercorrendo le tappe di un dibattito (quello italiano) che solo ad una lettura superficiale può apparire come una oziosa discettazione accademica – non possono prescindere da una ricostruzione storico-teorica del suddetto istituto che fotografi lo stato presente dell'arte e renda conto delle premesse che si assumeranno progressivamente come pietre di paragone nello sviluppo dell'elaborato.

In primo luogo, dopo aver inquadrato l'opinione dissenziente dal punto di vista etimologico-linguistico e di contenuto, si fornirà un quadro preliminare relativo alle diverse argomentazioni che sono state addotte, sul piano teorico, a favore e contro la sua introduzione nei sistemi giurisdizionali.

In questi termini, il dibattito si sovrapporrà necessariamente con ulteriori questioni “di sistema”, dalla funzione della motivazione giudiziaria al ruolo pubblico e soggettivo-istituzionale del giudice, dalla percezione che il contesto sociale e politico può (o deve) avere nell’attività giurisdizionale alle possibili ricadute – di segno positivo o negativo – che potrebbero determinarsi in forza di un utilizzo (a volte anche “patologico”) del *dissent*.

A seguire, ampio spazio sarà dedicato alle origini storiche del voto non maggioritario in alcuni ordinamenti costituzionali. Prendendo le mosse dai sistemi di *common law* (innanzitutto, Regno Unito e Stati Uniti), si cercherà di dimostrare come, tra le diverse esperienze che, a livello nazionale e sovra-nazionale, hanno recepito la pubblicizzazione formale dello scostamento rispetto all’opinione maggioritaria, non esista una netta soluzione di continuità, bensì una differente configurazione della forma del dissenso a seconda delle specifiche caratteristiche dell’ordinamento considerato.

In tale direzione, si assumeranno come osservatori privilegiati l’esperienza statunitense – in ragione del consolidamento plurisecolare e dell’importanza che l’opinione dissenziente ha assunto a livello di percezione “diffusa” della motivazione giudiziaria e di configurazione del sistema costituzionale – e quella tedesca, ove l’implementazione contrastata e progressiva della *abweichende Meinung* suscita interessanti suggestioni a proposito del rapporto simbiotico tra legislazione, dottrina e giurisprudenza.

Allo stesso tempo, verranno tracciati alcuni cenni in relazione alle non secondarie esperienze dei Tribunali sovra-nazionali, con particolare attenzione rivolta ai Tribunali di diritto internazionale ed alla Corte europea dei diritti dell’Uomo, concludendo con qualche considerazione a proposito della figura dell’Avvocato Generale presso la Corte di Giustizia dell’Unione Europea.

L’attività di comparazione principale proseguirà considerando i numerosi (e ampiamente consolidati) indici di diritto positivo contenuti nell’ordinamento giurisdizionale spagnolo.

A tal proposito, dopo aver ricostruito le (lontane) origini storiche del *voto particular*, un'attenzione specifica sarà dedicata alla sua introduzione e sviluppo negli organi di giustizia costituzionale, dalla breve esperienza del *Tribunal de Garantias Constitucionales* della seconda Repubblica a quella attuale del *Tribunal Constitucional*: quest'ultima costituirà il fulcro centrale delle presenti riflessioni.

In particolare, l'obiettivo principale di questa sezione consisterà altresì in una rilettura “moderna” e contestualizzata all'ultimo decennio (2009-2019), di alcune riflessioni sul tema di grandi Maestri (spagnoli e non), onde comprendere se ed in quale misura le riflessioni da costoro magistralmente elaborate soprattutto nell'ultimo quarantennio del Ventesimo secolo conservino ancora l'attualità del momento in cui furono concepite o impongano un riassetto degli equilibri raggiunti oggi in ordine agli sviluppi del voto “non maggioritario”.

In ogni caso, non verranno trascurati cenni all'incidenza dell'opinione dissenziente nel campo della giurisprudenza ordinaria (in particolare, quella del *Tribunal Supremo*) e di alcuni organi non-giurisdizionali/amministrativi, in un'ottica di proliferazione degli strumenti di pubblicizzazione del dissenso forse fin troppo estesa.

Successivamente, l'analisi si concentrerà sull'esperienza italiana: una storia d'attesa di beckettiana (o buzzatiana) memoria che, al giorno d'oggi, non sembra ancora aver trovato – anche in ragione di un interesse sul tema sempre più evanescente – una soluzione definitiva e soddisfacente.

Sul punto, si ricostruiranno i corposi dibattiti dottrinali sviluppati sul punto, raffrontandoli con i numerosi tentativi che sono stati fatti (a distinti livelli normativi e sempre in modo infruttuoso) per un'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale.

In tale direzione, rilievo specifico verrà dedicato alle implicazioni concettuali derivanti dalla fondamentale sentenza n. 18/1989 della Corte Costituzionale – la quale sembrava avere finalmente aperto gli argini alla possibilità di un'introduzione del *dissent* – nonché allo stimolante confronto di posizioni relativo alla tipologia di

fonte normativa deputata alla realizzazione di una siffatta innovazione, oscillando tra stretta legalità ed opportunità.

Infine, sulla base di quanto precedentemente esposto, nell'ultima sezione dell'elaborato si svilupperanno alcune riflessioni in una dimensione proiettata al futuro, che guardi cioè alle possibili evoluzioni dell'istituto (pubblico, motivato e nominativo) del dissenso giudiziario.

In conclusione, traendo stimolo del recente quarantennale della Costituzione spagnola, si farà il punto sull'evoluzione e attuale vitalità del *voto particular*, in un'ottica che possa parallelamente fungere anche da stimolo per una ripresa del dibattito – e soprattutto, per una sua materiale implementazione – anche nell'ordinamento italiano, da sempre sospettoso (quando non contrario) di fronte all'introduzione dell'opinione dissenziente.

INTRODUCCIÓN

La presente tesis doctoral tiene como objeto analizar el voto particular, con especial atención a los ordenamientos jurisdiccionales de España e Italia, desde el método jurídico comparado, partiendo de las correspondientes experiencias nacionales y desarrollando dicho análisis a través de las versiones de la opinión discrepante (*dissenting opinion*) y de la opinión concurrente, sobre todo en relación con los correspondientes modelos de justicia constitucional.

En un contexto de tal amplitud, la delimitación conceptual a estos últimos responde no solo a razones científicas, sino que también quiere ser la ocasión para reflexionar sobre las posibilidades de implementación concreta en el sistema jurisdiccional italiano de un elemento sobre el cual se ha debatido (particularmente en relación con la *Corte Costituzionale*) de forma extensa y magistral pero que jamás ha dado la impresión de estar cerca de ser realmente incorporado.

Las conclusiones a las que se llegará en este trabajo –elaboradas, por un lado, desde un estudio razonado del dato positivo arrojado por el sistema constitucional español y de su desarrollo concreto; por otro, interpretando el debate que tuvo lugar en la doctrina italiana y que solo en razón de una lectura superficial podría ser tachado de estéril y teórico– no pueden prescindir de una reconstrucción histórica del instituto del voto particular que dé cuenta de su existencia y vitalidad en diferentes ordenamientos jurídicos y pueda servir como trampolín e instrumento de comparación con los ordenamientos de España e Italia.

En primer lugar, una vez identificado el voto “no mayoritario” desde el punto de vista etimológico-lingüístico y de contenido, se elaborará un marco preliminar dedicado a los diferentes argumentos que han sido esgrimidos, desde un punto de vista abstracto, tanto a favor como en contra de su introducción.

De esta forma, el debate viene necesariamente a entrelazarse con otras temáticas de extensa envergadura, desde la función de la motivación de las

decisiones judiciales hasta el rol público y subjetivo-institucional del juez, desde la percepción que un determinado contexto social y político puede (o tiene que) tener de la actividad judicial hasta llegar a las posibles consecuencias – positivas o negativas – que podrían derivarse a partir de una determinada utilización (a veces incluso “patológica”) del voto particular.

A seguir, se dedicará una parte importante de la tesis a la descripción de los orígenes históricos del voto “no mayoritario” en algunos ordenamientos significativos para la historia del constitucionalismo. Empezando por los sistemas de *common law* (en primer lugar, Reino Unido y Estados Unidos), se tratará de demostrar como no existan diferencias insalvables entre las diferentes realidades estatales que actualmente contemplan el voto particular, ya que este último simplemente se caracteriza de forma distinta a partir de las peculiaridades de cada ordenamiento.

En este sentido, se hará especial hincapié en el sistema estadounidense – piedra angular de esta materia, en razón de su consolidación plurisecular y de la importancia que el *dissent* ha asumido en el relativo equilibrio constitucional de poderes– y en el alemán, donde la introducción (discutida y progresiva) del voto particular revela interesantes sugerencias acerca de la compenetración entre legislación, doctrina y jurisprudencia.

Al mismo tiempo, se esbozarán algunas pinceladas acerca de las experiencias de algunos Tribunales supra-nacionales, con especial atención a los Tribunales de derecho internacional y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concluyendo con algunas rápidas consideraciones sobre el Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su colocación respecto de la actividad jurisdiccional de esta última.

La actividad de comparación que representa el fulcro principal de este trabajo empezará analizando los numerosos (y consolidados) índices de derecho positivo sobre el tema en el ordenamiento jurisdiccional español.

A este propósito, una vez descritos los (remotos) orígenes históricos del voto particular, se prestará atención a su introducción y desarrollo en los órganos de

justicia constitucional, comenzando desde las vicisitudes del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República hasta llegar a la actualidad del Tribunal Constitucional, cuya análisis representará el acmé de nuestras reflexiones.

El objetivo principal de esta parte del trabajo consistirá también en una relectura “moderna” y actualizada a la última década (2009-2019) de las consideraciones de algunos grandes Maestros del Derecho público, al fin de comprender si y en qué medida las ideas por ellos elaboradas de forma magistral en los últimos cuarenta años del siglo XX todavía conservan la actualidad del momento en el que fueron concebidas o, vice versa, impongan un reajuste de los equilibrios conseguidos en relación con la vitalidad del voto particular.

De todas formas, tampoco se quedará ajena de consideración la influencia del voto “no mayoritario” en el ámbito de la jurisprudencia ordinaria (sobre todo, del *Tribunal Supremo*) y de algunos órganos no-jurisdiccionales/administrativos, en un horizonte de proliferación de las opiniones discrepantes quizá demasiado amplia.

A seguir, el estudio se centrará en el ordenamiento italiano, que bien se podría describir como una reproducción con tintes jurídicos de la obra más famosa del dramaturgo irlandés Samuel Beckett: una historia de sempiterna espera que, al día de hoy, no parece haber encontrado una solución definitiva y satisfactoria, también a raíz de un interés sobre el tema cada vez más remoto.

En estos términos, se dará cuenta de los importantes debates doctrinales surgidos al respecto, trazando un paralelismo con los múltiples intentos que se han hecho (en los distintos niveles normativos, siempre sin éxito) para una introducción del voto particular en el sistema de justicia constitucional.

A tal propósito, se prestará especial atención a la fundamental sentencia n. 18/1989 de la *Corte Costituzionale* –la cual parecía haber abierto las puertas a la *opinione dissenziente*– y a los diferentes planteamientos sobre la fuente normativa más adecuada para la realización de dicha innovación, oscilando entre estricta legalidad y razones de oportunidad.

Y finalmente, en la última parte de la tesis se reflexionará sobre las diferentes temáticas desarrolladas en una perspectiva proyectada hacia el futuro, que mire a

las posibles evoluciones de la discrepancia (pública, motivada y nominal) en el ámbito judicial expresada a través del voto “no mayoritario”.

De esta forma, conmemorando el reciente aniversario de los cuarenta años de la Constitución española, se desarrollarán algunas consideraciones acerca de la evolución y actualidad del voto particular en la actividad del Tribunal Constitucional, quizá tratando también de abrir caminos hacia un nuevo debate sobre el tema en Italia y, sobre todo, hacia una introducción efectiva en este Estado de la opinión discrepante, siempre observada con suspicacia cuando no del todo rechazada.

CAPITOLO PRIMO

TEORIA ED INTERPRETAZIONE DELL'OPINIONE GIUDIZIARIA “NON MAGGIORITARIA”

SOMMARIO: 1. Alcune premesse linguistico-metodologiche – 2. Le ragioni favorevoli e contrarie all'introduzione della *dissenting opinion*: un quadro teorico – 2.1. Opinione dissenziente e motivazione della sentenza: rottura o integrazione? – 2.2. Amministrazione della giustizia, indipendenza e responsabilità del giudice, legittimazione istituzionale – 2.3. Il timore della politicizzazione dei provvedimenti giudiziari e dei loro autori – 2.4. Il dissenso formalizzato, i riflessi sulla soluzione contingente ed i (possibili) *revirement* giurisprudenziali – 2.4.1. Il problema delle *plurality opinions* – 2.5. Considerazioni di sintesi a favore dell'opinione dissenziente.

1. Alcune premesse linguistico-metodologiche

Opinione dissenziente, *dissenting opinion*, *voto particular*, *abweichende Meinung* (o *Sondervotum*), *opinion séparée* (o *dissidente*), *voto de vencido*: sono, queste, alcune delle formule con le quali si suole indicare l'espressione personale di non conformità – all'interno di un organo collegiale – rispetto alla soluzione adottata dalla maggioranza¹. Il dissenso può manifestarsi rispetto alla decisione di un procedimento giudiziario (parte dispositiva) ovvero a proposito del percorso logico-ermeneutico che ha condotto a quella specifica soluzione (parte motiva)².

¹ Come ricorda J. IGARTUA SALAVERRÍA, *Estudio introductorio. Voto particular vs. tesis de la única solución correcta*, in F.J. EZQUIAGA GANUZAS, *El voto particular*, Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1990, 59, l'esistenza del citato istituto presuppone «la concurrencia necesaria de dos requisitos de base: que el órgano judicial o aplicador del derecho esté compuesto por más de un juez [...]; y que en el seno de ese órgano colegial surja una discrepancia relativa a cualquier aspecto del proceso aplicador del derecho que no consiga ser resuelta».

² Secondo H. CAMPBELL BLACK, *Black's Law Dictionary*, 4^aed., St. Paul, West Pub. Co., 1968, 559, il termine *dissent* «is most commonly used to denote the explicit disagreement of one or more judges of a court with the decision passed by the majority», mentre «a concurring opinion is one filed by

Nel primo caso, si può discorrere di opinione dissenziente “in senso stretto”; nel secondo, invece, appare consolidata la categoria concettuale dell’opinione “concorrente” (*concurring opinion*)³.

Ai fini del presente lavoro, è d’obbligo premettere che, quando si farà riferimento alla categoria dell’opinione dissenziente senza ulteriori specificazioni – non collocandola entro i confini di un dato ordinamento o guardando ad un suo profilo specifico – si alluderà ad uno scostamento dalla soluzione della maggioranza in termini generali e riferibile ad entrambe le categorie.

Innanzitutto, un rapido affresco di matrice linguistica può essere utile al fine di contestualizzare la tematica di ricerca, soprattutto guardando alle caratteristiche di contenuto che un’opinione “non maggioritaria”⁴ deve possedere per rientrare nel contesto complessivo qui considerato.

Alcuni idiomi, infatti, presentano espressioni idonee ad identificare tanto la categoria generale dello scostamento dalla soluzione conclusiva quanto la specifica divergenza dalla motivazione e/o dal dispositivo.

A titolo di esempio, la normativa e le prassi giurisprudenziali spagnole⁵ parlano sia di *voto particular* che di *voto (particular) discrepante* e *voto*

one of the judges or justices, in which he agrees with the conclusions or the result of another opinion filed in the case (which may be either the opinion of the court or a dissenting opinion) though he states separately his views of the case or his reasons for so concurring» (*ivi*, 363).

³ Il carattere “sfuggente” dell’opinione concorrente è sottolineato da A. CORASANITI, *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*, Milano, Giuffrè, 1995, 15: «[...] se per tale si intende l’impiego di ulteriori argomenti riconducibili alla stessa linea motivo, è chiaro che rispetto ad essa non nascono problemi come quelli che concernono l’opinione dissenziente. Se invece per motivazione concorrente si intende una motivazione alternativa interamente diversa da quella considerata, è altrettanto chiaro che tali problemi nascono». Più ampiamente, un’analisi esaustiva delle diverse sfaccettature della *concurrency* è stata tracciata da P.C. CORLEY, *Introduction*, in ID., *Concurring Opinion writing on the U.S. Supreme Court*, Albany, SUNY Press, 2010, 16 ss. e L.K. RAY, *The Justices write separately: uses of the Concurrency by the Rehnquist Court*, in 23 *U.C. Davis Law Rev.* 77 (1990).

⁴ Conforta tale presa di posizione “interpretativa” la lettura di S. PANIZZA, *L’introduzione dell’opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995, 32, secondo cui il dissenso allude «a quella presa di posizione minoritaria, manifestata come tale al termine della deliberazione in cui viene adottata la decisione, che indichi una divergenza rispetto ad altra prospettazione che sia risultata condivisa dalla maggioranza dei componenti del collegio».

⁵ Cfr. gli artt. 164.1 della Costituzione spagnola (CE) e 260 della *Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (LOPJ). Nel merito, il nucleo del *voto particular* può essere desunto o

(*particular*) *concurrente* mentre, nella lingua inglese, si discorre di *separate opinion*⁶ e più frequentemente, di *dissenting opinion* e *concurring* (o, in alcune ipotesi, *individual*)⁷ *opinion*.

Altri, invece, identificano il solo “contenitore”. In questo senso, la formulazione tedesca della *abweichende Meinung* (*rectius*, del *Sondervotum*)⁸ e quella portoghese del *voto de vencido*⁹ riassumono – almeno dal punto di vista dell’inquadramento complessivo – le specifiche declinazioni contenutistiche sopra accennate, non esplicitate però in altrettante formulazioni letterali.

Meritano, inoltre, un breve cenno le formule a tal proposito elaborate in lingua italiana e francese. Sul punto, non pare secondario rilevare come, trattandosi di ordinamenti che non contemplano il dissenso nei propri sistemi giurisdizionali, i riferimenti alle possibili varianti lessicali trovino ragione di esistere quasi esclusivamente nelle ricostruzioni degli studiosi.

Con particolare attenzione al nostro sistema, infatti, se è vero che, soprattutto l’elaborazione accademica meno recente (e di prevalente estrazione

dall’epigrafe (secondo la formula abituale «voto particular discrepante/concurrente que formula el/la Magistrado/a don/doña [...] en relación con la Sentencia/Auto [...]») ovvero dalle sue parole introduttive, ove si argomenta se il dissenso attiene al dispositivo o alla motivazione.

⁶ Cfr. l’art. 45.2 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU) nelle versioni inglese e francese, ove si parla di *separate opinion* e *opinion séparée*. R.P. ANAND, *The role of individual and dissenting opinions in international adjudication*, in *14 Int’l & Comp. Law Q.* 788 (1965), 788-789, distingue però anche tra *separate* e *dissenting opinion* nell’ambito del diritto internazionale: in tale ricostruzione, pertanto, l’opinione separata è intesa come sinonimo di opinione concorrente (o individuale) e non quale iperonimo. Da ultimo, cfr. il *Report on separate opinions of Constitutional Courts* (Opinion No. 932/2018) della Commissione europea per la democrazia attraverso il Diritto (Commissione di Venezia), pubblicato il 18 dicembre 2018.

⁷ Cfr. R.P. ANAND, *The role of individual and dissenting opinions*, cit., 788.

⁸ Stando alla lettura del §30(2) del *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (*BVerfGG*), si ricava che l’*abweichende Meinung* (sia sul dispositivo che sul merito del provvedimento) è il ragionamento interpretativo del giudice “dissenziente” poi istituzionalmente tradotto nella forma del *Sondervotum*: una conferma è data da F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La recepción del Sondervotum en Alemania*, in *Revista de las Cortes Generales*, 77, 2009, 39, per il quale «el precepto legal deja efectivamente claro que la expresión ‘abweichende Meinung’ alude al contenido, mientras que el término ‘Sondervotum’ identifica la forma procesal del instituto».

⁹ Cfr. art. 42.4, *Lei n. 28/82, de 15 de Novembro (Lei orgânica do Tribunal Constitucional)*. A commento, si veda J.J. GOMES CANOTILHO, V. MOREIRA, *Constituição da República portuguesa anotada*, vol. II, Coimbra, Coimbra editora, 1985, 593 ss.

internazionalistica) ha avuto modo di discorrere di “opinioni separate”¹⁰ – ed anche di “voto particolare”¹¹ – è altrettanto vero che la scienza giuridica italiana pare aver preferito la categoria dell’opinione dissenziente in senso ampio¹², la quale include anche la mancata condivisione del percorso argomentativo.

In proposito, si è sostenuto che «il termine ‘voto particolare’, tuttavia, è più comprensivo dell’espressione ‘opinione dissenziente’ poiché fa riferimento sia al contrasto sul dispositivo che a quello concernente la sola motivazione; il secondo termine invece fa riferimento, a rigore, soltanto alla prima ipotesi, distinguendosi infatti tra *dissenting* e *concurring opinion*»¹³.

Sul punto, non sembra comunque errato ricomprendere l’opinione concorrente entro la categoria del *dissent* (quantomeno a titolo di sintesi concettuale)¹⁴, poiché anche uno scostamento dalle ragioni giuridiche che hanno condotto alla decisione finale rappresenta un atto di dissenso rispetto all’esegesi maggioritaria.

Così si desume, ad esempio, dall’art. 90.2 della *Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional* (LOTC), ove si afferma, sulla scorta del modello tedesco, che «el Presidente y los Magistrados del Tribunal podrán reflejar en voto particular su opinión discrepante, siempre que haya sido defendida en la deliberación, tanto por lo que se refiere a la decisión como a la fundamentación».

¹⁰ Cfr. A.P. SERENI, *Le opinioni separate dei giudici dei Tribunali internazionali*, in C. MORTATI (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, Giuffrè, 1964, 113 ss.

¹¹ Cfr. A. ANZON, *Forma delle sentenze e voti particolari. Le esperienze di giudici costituzionali e internazionali a confronto*, in ID., *L’opinione dissenziente*, cit., 167 ss. e L. LUATTI, *Profili costituzionali del voto particolare. L’esperienza del Tribunale costituzionale spagnolo*, Milano, Giuffrè, 1995.

¹² Tra le opere più importanti nella dottrina italiana che hanno utilizzato la predetta definizione, sia qui sufficiente indicare i già citati lavori collettanei di C. MORTATI, *Le opinioni dissenzienti*, cit.; A. ANZON, *L’opinione dissenziente*, cit. e la monografia di S. PANIZZA, *L’introduzione dell’opinione dissenziente*, cit.

¹³ L. LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., 3.

¹⁴ In questa direzione anche S. CASSESE, *Una lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, in *Quad. cost.*, 4, 2009, 973, per il quale «[...] ciò che chiamiamo opinione dissenziente certamente non è una opinione e non sempre è dissenziente», giacché «si indica un giudizio o la motivazione di un giudizio, quindi non una opinione» e «con opinione dissenziente si riassumono diverse ipotesi: il dissenso può essere sulla motivazione o sulla decisione».

L'unica eccezione a tale interpretazione può essere ricondotta al delicato fenomeno (tipicamente statunitense) delle *plurality opinions*, ove cioè l'iter argomentativo che ha fondato la decisione non è stato condiviso da un numero maggioritario di giudici¹⁵.

Un ragionamento analogo può essere sviluppato altresì in riferimento alle ricostruzioni dottrinali in lingua francofona, ove si oscilla – nel quadro di un panorama che non prevede il *dissent*¹⁶, salvo l'eccezione dell'ordinamento giurisdizionale canadese¹⁷ – tra le definizioni, spesso fungibili, di *opinion divergente*, *opinion séparée* e *opinion dissidente*¹⁸.

Inoltre, si tenga presente che l'accettazione o negazione dell'opinione dissidente determina profonde ricadute a livello di organizzazione e funzionamento del sistema giudiziario.

Lungi dal presentarsi come una mera tecnicità della legge processuale applicabile al caso concreto, infatti, il suo accoglimento viene ad incidere sulle modalità di composizione degli organi giurisdizionali, sulle decisioni dagli stessi

¹⁵ Cfr. *infra*, in questo stesso Capitolo, 28 ss.

¹⁶ Si tenga tuttavia presente che, a seguito dell'adozione della *Loi organique* n. 2008-695 del 15 luglio 2008, i verbali dattiloscritti delle camere di consiglio del *Conseil Constitutionnel* sono sottoposti ad un vincolo di segretezza della durata massima di venticinque anni (anziché di sessanta, come in precedenza) prima di essere resi pubblici e consultabili.

¹⁷ Sul quale *infra*, Cap. II, §1.1. In ordine al modello francese, si veda la ferma contrarietà manifestata in proposito da J.L. DEBRÉ (già Presidente del *Conseil Constitutionnel* tra il 2007 ed il 2016), *Ce que je ne pouvait pas dire*, Paris, Robert Laffont, 2016, 16 juillet 2007, quando afferma che «une telle possibilité n'entre pas dans notre tradition juridique. C'est une entorse grave au secret du délibéré, gage d'un débat serein au chacun se détermine en son âme et conscience. La décision du Conseil doit demeurer collégiale et non devenir l'expression d'une majorité contre une minorité». In precedenza, si era espresso in termini analoghi G. VEDEL, *Préface*, in D. ROUSSEAU, *Manuel de droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1999, 7: «À qui voudrait porter malheur au Conseil j'offre deux recettes infallibles: La première serait de confier au Conseil l'élection de son président [...]. L'autre recette, celle de l'admission des opinions dissidentes, serait encore plus foudroyante».

¹⁸ Per la definizione di *opinion séparée*, si considerino le posizioni contrapposte di W. MASTOR, *Pour les opinions séparées au Conseil constitutionnel français*, Cour de Cassation, 18 octobre 2005 – per la quale «le mot 'dissident' pris dans son acception englobante, du moins en ce qui concerne la justice constitutionnelle, doit être réfuté. L'opinion dissidente n'est que l'une des variantes des opinions séparées – e C. L'HEUREUX-DUBÉ, *La pratique des opinions dissidentes au Canada – L'opinion dissidente: voix de l'avenir?*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 8, juillet 2000, 1, secondo cui «la dissidence peut porter soit sur le résultat auquel en arrive la majorité, soit sur les principes de droit qui le sous-tendent».

adottate e sulla generale funzione attribuita al potere giurisdizionale nel suo complesso¹⁹, in un intreccio tra forma e sostanza della decisione, tra contenuto concreto e modalità formali di estrinsecazione²⁰.

A titolo di ulteriore premessa, un'attenzione particolare verrà dedicata all'evoluzione e, ove assente, alla possibile introduzione del suddetto istituto nei sistemi di giustizia costituzionale²¹ – con specifico riferimento all'ordinamento italiano²² – non solo per la pervasività delle funzioni del Giudice delle Leggi sui diversi aspetti della vita sociale ed istituzionale²³ ma anche in ragione della sua natura “ambigua” e dell'essere crocevia privilegiato (e spesso discusso) delle intersezioni relazionali e funzionali tra i diversi poteri dello Stato²⁴.

In merito alle caratteristiche intrinseche che detto istituto deve possedere al fine di poter essere classificato come autentico “dissenso” giudiziario, si condivide

¹⁹ Cfr. E. DUMBAULD, *Dissenting opinions in international adjudication*, in 90 *U. Pa. L. Rev.* 929 (1942), 929-930. Negli stessi termini G. ZAGREBELSKY, *Intervento*, in A. ANZON, *L'opinione dissenziente*, cit., 156, secondo cui «la questione pubblicità/segretezza delle posizioni personali – dissenzienti e concorrenti – dei giudici costituzionali [...] tocca la stessa concezione della giustizia costituzionale la quale, a sua volta, è funzione della concezione della costituzione come tale».

²⁰ Lo evidenzia bene la ricostruzione giusfilosofica di G. BISOGNI, *La 'forma' di un 'conflitto'*. *Brevi osservazioni sul dibattito italiano intorno all'opinione dissenziente*, in *Ars interpretandi*, 1, 2015, 54, laddove ricorda che «[...] abbiamo un 'conflitto': più precisamente, un conflitto interpretativo in senso proprio ovvero la prassi nient'affatto infrequente dei giudici costituzionali di dissentire dalle decisioni assunte dalla maggioranza del collegio nell'interpretare la Costituzione. Dall'altro lato, abbiamo una 'forma' di questo conflitto – il principio giuridico del segreto della camera di consiglio».

²¹ Un'interessante eccezione *a contrario* poteva essere rinvenuta, fino a pochi anni orsono, nell'ordinamento giudiziario irlandese: per un approfondimento in tema, cfr. *infra*, Cap. II, §1.1.

²² In parallelo, tra i principali modelli di giustizia costituzionale che non contemplano l'espressione di opinioni dissenzienti si possono menzionare il *Verfassungsgerichtshof* austriaco, il *Conseil constitutionnel* francese e la *Cour d'arbitrage* belga.

²³ Insiste su questo aspetto C. MORTATI, *Prefazione*, in ID., *Le opinioni dissenzienti*, cit., III-IV.

²⁴ Sul citato dibattito, che chiama in causa il tema della natura “giurisdizionale” o “politica” del Giudice costituzionale, ineludibile è il rinvio al confronto tra Hans Kelsen e Carl Schmitt, recentemente ripreso in J. TAJADURA TEJADA, J. DE MIGUEL BÁRCENA, *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Madrid, Guillermo Escolar editor, 2018. Nella dottrina italiana, sia qui sufficiente il rinvio alle ricostruzioni di N. ZANON, *La polemique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle*, in *Annuaire International de Justice constitutionnelle*, V, 1989, Paris, 1991, 177-189 e C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Napoli, Editoriale scientifica, 1984.

la tesi che impone l'esistenza di un «voto contrario motivato, pubblico e nominativo»²⁵.

Dei tre indici strutturali evocati, quello della pubblica conoscibilità assume senza dubbio il carattere preliminare di «contenuto minimo e imprescindibile del voto particolare»²⁶.

In proposito, se pure è vero che vi sono state esperienze storiche che prevedevano la possibilità, per il giudice rimasto in minoranza, di dare formale costanza della propria contrarietà alla soluzione adottata (anche in forma motivata, eppure segreta)²⁷, occorre tuttavia evidenziare che un *dissent* così strutturato non sembrerebbe potersi dire autenticamente tale. Infatti, esso si poneva come uno strumento di confronto interiore con la propria coscienza e “distacco morale” riservato al giudice che non fosse in grado di abdicare alle proprie intime convinzioni.

Tutt'al più, potrebbe fungere da valido strumento di difesa a fronte dell'avvio di un'azione disciplinare che coinvolga l'intero Collegio giudicante, ma non esplicherebbe nessuna delle funzioni che tradizionalmente si attribuiscono al presente istituto.

In secondo luogo, il requisito della motivazione rappresenta non solo il contraltare “in negativo” delle ragioni che hanno condotto all'adozione (maggioritaria) di una determinata soluzione, bensì anche il riflesso dell'obbligo

²⁵ L. LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., 4. In termini più estesi e non esattamente coincidenti S. PANIZZA, *L'introduzione dell'opinione dissenziente*, cit., 51, il quale discorre di «[...] manifestazione di pensiero, in forma scritta oppure orale, verosimilmente accompagnata da una argomentazione, ma pure, semplicemente, nella manifestazione di una volontà di non adesione alla deliberazione, al limite anche senza supporto linguistico, ma mediante fatti giuridicamente significativi (si pensi, ad esempio, al rifiuto di sottoscrizione) – formalizzata come tale al termine della deliberazione in cui viene adottata la decisione e, in qualche modo (o a determinate condizioni) conoscibile».

²⁶ L. LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., 4. Cfr. anche F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La Justicia Constitucional: una visión de Derecho Comparado*, vol. I, Madrid, Dykinson, 2009, 488 ss.

²⁷ Richiami alla tradizione italiana pre-unitaria del cosiddetto “voto di scissura” *infra*, Cap. V, §1.

motivazionale del provvedimento contestato²⁸ e l'essenza stessa del concetto di dissenso.

Detto altrimenti, la mera indicazione del voto negativo immotivato²⁹ o del dato numerico dei rapporti di forza tra maggioranza e minoranza non apporta nessun *quid pluris* alla della pubblicazione del provvedimento giudiziario, se non quella di disvelare l'esistenza di due (o più) blocchi tra loro contrapposti, senza che si possano conoscere le ragioni della carenza di unanimità e le differenti posizioni ermeneutiche in seno al Collegio³⁰.

Infine, l'indicazione nominale di coloro che hanno ritenuto di dissentire potrebbe (forse) essere considerata come un elemento strutturale prescindibile nella configurazione dell'opinione dissenziente³¹, sempre quando si guardi a quest'ultima in una prospettiva "ristretta", che tenga conto dei soli aspetti contingenti della motivazione.

In tal senso, infatti, parrebbero militare non solo ragioni di ordine teorico – che, salvaguardando la pubblicizzazione delle opinioni non maggioritarie, evitino di trasformare il singolo giudice in facile bersaglio di pretestuose critiche personali³² ovvero in "ostaggio" delle forze politiche – ma, soprattutto, alcune

²⁸ Una lettura combinata delle motivazioni del dissenso e della pronuncia con esso censurata è fornita da S. PANIZZA, *L'introduzione dell'opinione dissenziente*, cit., 33-40.

²⁹ Ricorda, ad esempio, K.H. NADELMANN, *Il "dissenso" nelle decisioni giudiziarie. Pubblicità contro segretezza*, in C. MORTATI, *Le opinioni dissenzienti*, cit., 41 che «in Portogallo [prima della legge 28/82] i giudici hanno avuto per un lungo tempo il diritto di aggiungere alla loro firma la parola *vencido*», senza quindi necessità di giustificare il proprio dissenso.

³⁰ Come ricordato da C. MORTATI, *Relazione illustrativa della proposta di emendamenti dell'art. 18 «Norme integrative»*, in A. ANZON, *L'opinione dissenziente*, cit., 401, «[...] è certo che la funzione che si attribuisce all'istituto [dell'opinione dissenziente] verrebbe grandemente diminuita, se non annullata, ove faccia difetto la pubblicità non della sola opinione, ma dei motivi che la sostengono e del nome di chi l'adotta». *Contra* F. SANTOSUOSSO, *Aspetti procedurali connessi alla eventuale ammissibilità delle opinioni dissenzienti*, ivi, 117, per il quale «[...] una volta introdotto il nuovo istituto della *dissenting*, sarebbe opportuno che il voto di un giudice contrario ad una certa decisione possa emergere pubblicamente, senza tuttavia che sia obbligatoria la motivazione della propria posizione dissenziente».

³¹ L. LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., 4.

³² Cfr. J. MARKHAM, *Against Individually Signed Judicial Opinions*, in 56(3) *Duke Law J.* 923 (2006), 946.

esperienze comparate che ben possono includersi nel novero del *dissent* giudiziario³³.

Da ultimo, non deve essere eluso un rimando anche alla soluzione “mediana” della anonimizzazione delle singole opinioni dissenzienti, in origine implementata nell’ordinamento tedesco³⁴ e successivamente oggetto di un non secondario dibattito anche nel corso dei lavori costituenti che avrebbero portato alla stesura della Carta costituzionale spagnola del 1978³⁵.

2. Le ragioni favorevoli e contrarie all’introduzione della *dissenting opinion*: un quadro teorico

Entrando ora nel merito della questione, una ricostruzione dell’evoluzione storica dell’opinione dissenziente tra passato e presente – a livello di accettazione concettuale in dottrina e giurisprudenza, nonché di implementazione concreta – non può fare a meno di essere raffrontata con il variegato panorama di argomentazioni

³³ In ordine all’originaria strutturazione del *Sondervotum* tedesco in questi termini, si veda *infra*, Cap. II, §3. Per un esempio di opinione dissenziente anonima, oramai superata, si può fare riferimento all’antico modello danese indicato da L. LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., 37 (e richiamato anche da S. CASSESE, *Una lezione*, cit., 978), ove «[...] dal 1937 nelle sentenze sono indicate le opinioni divergenti, le quali – a partire dal 1958 – non sono più anonime, giacché si è consentita la pubblicazione del nome del loro autore».

³⁴ In questo senso S. CASSESE, *Lezione*, cit., 978; A. ANZON, *Per l’introduzione dell’opinione dissenziente dei giudici costituzionali*, in ID., *L’opinione dissenziente*, cit., 445 e L. LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., 34. Più diffusamente *infra*, Cap. III, §3.

³⁵ F.J. EZQUIAGA GANUZAS, *El voto particular*, cit., 98-99; a titolo di approfondimento del richiamato dibattito, cfr. *infra*, Cap. III, §3. In campo dottrinale, spunti in questa direzione sono stati suggeriti in Italia da A. SANDULLI, *Voto segreto o palese dei giudici costituzionali*, in *Corriere della Sera*, 8 maggio 1973, 2 e F. SANTOSUOSSO, *Aspetti procedurali*, cit., 118, secondo cui «se poi si volesse fare un coraggioso passo verso la spersonalizzazione delle decisioni, si potrebbe proporre la non menzione del redattore della motivazione e la segretezza del nome del dissenziente, in modo che non si enfatizzi la contrapposizione delle persone, ma si verifichi solo un confronto di idee». Oltre i confini italiani, si veda G. TRUJILLO, *Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español*, in *Revista de Estudios políticos*, 7, 1979, 155, il quale però ne parla in un contesto di necessario consolidamento istituzionale del neonato organo di giustizia costituzionale. Recentemente, cfr. J. MARKHAM, *Against Individually Signed Judicial Opinions*, cit., 945.

che sono state addotte per giustificarne (e riaffermarne, ove già esistente) la sua previsione o, al contrario, per scongiurarne una possibile introduzione³⁶.

A tale scopo, soccorre l'impostazione già proposta da alcuni autorevoli studiosi e che opera un'ampia bipartizione tra ragioni di ordine istituzionale (di matrice "statica", relative all'organo giudicante ed ai suoi componenti) e quelle concernenti l'applicazione pratica delle norme giuridiche (o di carattere "dinamico", proprie del *decisum* finale, ossia delle modalità argomentative e del suo futuro destino giurisprudenziale)³⁷.

In ogni caso, si tenga presente che il florilegio di argomentazioni favorevoli e contrarie alla *dissenting opinion* rappresenta un quadro descrittivo – non scevro, evidentemente, da profili valutativi – dei confini concettuali entro cui orientarsi.

Infatti, è doveroso evidenziare che «in materia non si possono formulare opzioni valide in assoluto, senza verificare, caso per caso, alla luce delle particolari condizioni di un determinato ordinamento, se i profili favorevoli possono prevalere sulle controindicazioni, se i pregi dell'istituto non corrono il rischio di essere annullate dai difetti»³⁸.

³⁶ A livello statistico, si consideri che, dei 47 Stati facenti parte del Consiglio d'Europa, unicamente 11 (Andorra, Austria, Belgio, Francia, Irlanda – con riferimento alla giustizia costituzionale – Italia, Liechtenstein, Lussemburgo, Malta, San Marino e Svizzera) non prevedono la possibilità di pronunciare opinioni dissenzienti.

³⁷ Cfr. F.J. EZQUIAGA GANUZAS, *El voto particular*, cit., 77-78, ove si distinguono «las razones relacionadas con los caracteres que se consideran deseables de un tribunal para su correcto funcionamiento – que llamaremos argumentos de orden institucional interno – y las razones que tienen en cuenta el papel social del tribunal, es decir, sus relaciones recíprocas con la sociedad en la que está inmerso – que llamaremos argumentos de orden institucional externo». Una descrizione ancora più dettagliata sul punto in G. ROLLA, *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, Napoli, Jovene, 1986, 138.

³⁸ *Ibid.*, 146. Peraltro, secondo W.J. BRENNAN Jr., *In defense of dissents*, in 37 *Hastings Law J.* 427 (1985), 429, «to explain why a dissenter holds out, we should examine some of the many different functions of dissents. Not only are all dissents not created equal, but they are not intended to be so. In other words, to answer 'why write', one must first define precisely what it is that is being written». In questo senso, l'opinione dissenziente non solo svolge diverse funzioni, ma può essere altresì diversamente strutturata ed interpretata a seconda dell'ordinamento e dell'orizzonte giuridico-accademico che si prende in considerazione.

2.1. Opinione dissenziente e motivazione della sentenza: rottura o integrazione?

In primo luogo, l'esistenza pubblica e formale di un voto difforme da quello della maggioranza rivela uno scostamento dalla soluzione finale che ha posto termine ad una determinata controversia³⁹.

A tal proposito, è stato sostenuto che l'introduzione del *dissent* potrebbe causare un indebolimento della *auctoritas* della pronuncia giudiziaria in quanto, squarciando il velo (formale) dell'unità decisoria, porterebbe alla luce l'esistenza (sostanziale) di contrasti e conflitti tra gli stessi componenti dell'organo decidente⁴⁰.

Ne deriva, pertanto, che la sentenza non sarebbe più una sintesi perfetta e monolitica delle diverse sensibilità interne ad un collegio – e come tale allo stesso imputabile in forma “istituzionale” – bensì si trasformerebbe in un prodotto partigiano, frutto esclusivo di una maggioranza contrapposta ad una minoranza che, in quanto tale, verrebbe percepito “esternamente” come più debole e meno persuasivo⁴¹.

³⁹ Come ricorda V. DENTI, *Per il ritorno al «voto di scissura» nelle decisioni giudiziarie*, in C. MORTATI, *Le opinioni dissenzienti*, cit., 3, «la storia del *dissent* coincide, nel nostro paese, con la storia della motivazione delle sentenze, ed è dunque storia relativamente recente, poiché com'è noto, l'obbligo della motivazione si generalizza solo col XVIII secolo, mentre anteriormente le ragioni o 'cause' della decisione rimanevano chiuse, come si diceva, *in scrinio pectoris*».

⁴⁰ Nelle parole di B. LEARNED HAND, *The Bill of Rights*, Cambridge, Harvard University Press, 1958, 72-73, il dissenso «cancels the impact of monolithic solidarity on which the authority of a bench of judges so largely depends». Sul piano giurisprudenziale, poi, già in *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.*, 157 U.S. 429 (1895), 608 (White, J., dissenting) si era affermato che «the only purpose which an elaborate dissent can accomplish, if any, is to weaken the effect of the opinion of the majority, and thus engender want of confidence in the conclusions of courts of last resort». In termini antitetici, A. PACE, *La Corte costituzionale nell'esperienza di un avvocato*, in *Giornale di Storia costituzionale*, 11, 2016, 107-108, secondo cui il dissenso debole e “partigiano” squalifica chi lo pronuncia (e non la Corte) mentre, al contrario, quello solidamente motivato può essere occasione per un *overruling* o, comunque, per rendere l'opinione della maggioranza più organica e lineare.

⁴¹ Acuta, sul punto, l'osservazione di G. AMATO, *Osservazioni sulla «dissenting opinion»*, in C. MORTATI, *Le opinioni dissenzienti*, cit., 23, quando osserva che «[...] l'opinione pubblica è un complesso di idee, di orientamenti confliggenti che si riallacciano all'eterogeneità dell'aggregato sociale; parlare di una 'sua' reazione di fronte al comportamento del supremo organo giurisdizionale è assumerla irrealisticamente come un'entità unitaria». Per J. MARKHAM, *Against Individually Signed Judicial Opinions*, cit., 947, tuttavia, «anonymous opinions would also bring a measure of

Orbene, siffatta interpretazione risente di un doppio ordine di vizi, di carattere storico-ideologico⁴² e percettivo-valutativo. L'idea che la sentenza possa essere interpretata come una sorta di monade leibniziana⁴³ – perfetta in ogni suo elemento e lineare derivazione di una norma giuridica che non può che condurre ad un'unica soluzione – deriva, infatti, da una concezione della motivazione giudiziaria “auto-rassicurante” che, a sua volta, è anche il precipitato di una precisa configurazione della giustizia e della figura soggettiva del giudice.

In questi termini, la burocratizzazione del sistema giudiziario (inaugurata in Francia come reazione ai mutamenti della Rivoluzione) segna il consolidamento di un modello nel quale il giudice-persona fisica si dissolve nell'organo-entità di cui fa parte⁴⁴.

La sentenza, pertanto, non è mai il prodotto dell'esegesi soggettiva del giudicante, bensì è una “rivelazione” che, dalla legge – formalmente priva di aporie interpretative – arriva al destinatario attraverso la maestà del Tribunale⁴⁵. Per tale ragione, non è concepibile che si riveli all'esterno l'esistenza di un qualche

equality to the litigants by precluding the possibility that an opinion would be read differently because of its author. In any discussion about the Court, involving anything from questions at oral argument to written opinions, reference to the name of a particular Justice is convenient shorthand for professors and other commentators for setting out the political underpinnings of a given decision».

⁴² Cfr. V. DENTI, *Per il ritorno*, cit., 10, il quale fa presente sul punto che «il discorso diviene necessariamente 'ideologico', poiché muove da una certa concezione della funzione giudiziaria, come aspetto di un determinato *ethos* civile».

⁴³ Cfr. G.W. LEIBNIZ, *La monadologia*, Padova, CEDAM, 1942.

⁴⁴ Richiami alle origini storiche del principio di segretezza assoluta della camera di consiglio nell'ordinamento francese – prima, durante e dopo la stagione rivoluzionaria – possono essere letti in C. ASPRELLA, *L'opinione dissenziente del giudice*, Roma, Aracne, 2012, 90-97 e 113-116 e K.H. NADELMANN, *Il "dissenso" nelle decisioni giudiziarie*, cit., 43-46.

⁴⁵ J. IGARTUA SALAVERRÍA, *Estudio introductorio*, cit., 21, parla di una «ideología de la *decisión determinada*» di matrice liberal-giuspositivista che si fonda sul tradizionale postulato montesquiviano del giudice *bouche de la loi* e di una decisione giudiziaria che deriva da leggi che «forman un sistema suficientemente preciso, completo, cerrado y no contradictorio». Per V. DENTI, *Per il ritorno*, cit., 12, «il carattere impersonale della decisione, espresso nella segretezza della deliberazione, si accorda con la concezione del potere statale come 'macchina inanimata' (secondo l'immagine weberiana del potere burocratico)».

contrasto, poiché esso viene meno nell'esposizione della (unica ed omogenea) motivazione finale⁴⁶.

Ciononostante, appare irrazionale concepire il principio dell'unanimità nella motivazione come un indice graniticamente costante, mascherando tramite una *fictio iuris* la presenza anche solo di un'opinione isolata e distinta dalla maggioranza.

Per un verso, è la scienza statistica a rendere evidente che, prima o poi, non tutti i componenti di un dato organo condideranno in modo costante la medesima decisione⁴⁷; per altro, l'artificiale costruzione di un consenso perpetuamente unanime evoca una concezione dell'autorità del provvedimento giurisdizionale suggestiva, quando non addirittura distorta.

In quest'ultima direzione, la pretesa di "soggettivizzare" la persuasività di una sentenza attraverso il mero conteggio numerico dei favorevoli e contrari crea una falsa illusione che, in forza di un'unità che si crede assoluta, sposta il centro dell'attenzione dal merito del provvedimento al conteggio finale dei voti⁴⁸.

⁴⁶ Valga, per tutti, la ricostruzione di M. TARUFFO, *La fisionomia della sentenza in Italia*, in AA.VV., *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova, CEDAM, 1988, 207-209: «la sentenza non è atto del giudice ma dell'organo, e la motivazione non è [...] l'auto-apologia del giudice che ha deciso, ma la giustificazione formale di una decisione impersonale, riferibile astrattamente ad un ufficio che ha svolto una funzione pubblica, non a soggetti che hanno risolto una controversia [...] Il dogma della segretezza della deliberazione, e la conseguente esclusione del voto e dell'eventuale motivazione dissenziente [...] implicano che la motivazione della sentenza sia un'argomentazione neutrale, oggettiva e spersonalizzata; sia cioè un discorso tecnico, formalistico e lineare, che non esprime le alternative e non giustifica le scelte di chi ha formulato la decisione». *Contra*, S. PANIZZA, *L'introduzione dell'opinione dissenziente*, cit., 56, fa presente come l'idea stessa del dissenso all'interno di un organo collegiale giudiziario risiede nella accettazione «delle conseguenze di un presupposto, di natura generale, secondo cui il processo di interpretazione e applicazione del diritto non si risolve sul piano della logica dimostrativa, non è pertanto riconducibile al c.d. sillogismo giudiziale, inteso quale suprema forza della necessità deduttiva, e non produce un risultato scientificamente apprezzabile in termini di vero o falso».

⁴⁷ Come ricordato da J. KIRBY, *Judicial dissent – common law and civil law traditions*, in 123 *Law Q. Rev.* 379 (2007), 386, «it is impossible that bodies of men should always be brought to think alike». Lo lascia intendere in modo caustico anche A. SCALIA, *La mia concezione dei diritti. Intervista a cura di Diletta Tega*, in *Quad. cost.*, 3, 2013, 673 quando afferma: «Com'è infatti possibile, per la vostra dottrina, analizzare criticamente l'operato dei vostri giudici costituzionali se le opinioni dell'organo sono sostanzialmente anonime? Non è infatti dato sapere chi si sia espresso in favore di esse. Tutto quello che è possibile conoscere nel vostro sistema è l'opinione della maggioranza della Corte».

⁴⁸ Secondo A. CORASANITI, *Considerazioni conclusive*, in AA.VV. *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, Giuffrè, 1994,

Peraltro, tale ragionamento sembra contraddire quella stessa impostazione di assolutezza della sentenza cui si appoggiano coloro che contrastano il *dissent*: infatti, se il prodotto della deliberazione giudiziaria è perfetto, allora si dovrebbe prestare attenzione al solo *corpus* di una sentenza che, come tale, sarebbe capace o meno di persuadere solo in forza dei suoi contenuti, a prescindere dal grado “quantitativo” della maggioranza che l’ha deliberata⁴⁹.

In tal senso, la capacità di un provvedimento giudiziario di orientare la giurisprudenza futura – nonché gli stessi comportamenti sociali e l’attività degli organi politici – dipende in via esclusiva dalle ragioni giuridiche che lo sorreggono⁵⁰.

Anzi, proprio perché è la sentenza che crea il diritto (e non il *dissent*, che affianca ed integra la sentenza ma non è vincolante)⁵¹, gli equilibri interni al collegio non dovrebbero mai essere letti in senso determinante rispetto alla soluzione adottata, potendo al più fungere da piattaforma di riflessione per il mondo accademico e per lo stesso Tribunale quando esso si troverà a dover affrontare questioni affini⁵².

267, «la monolitica compattezza della dimostrazione che assiste la decisione della maggioranza non giova affatto alla sua forza, e cioè alla persuasività di tale decisione; forza e persuasività che postulano per converso la conoscenza dei termini del dibattito e del modo in cui la maggioranza si è per mezzo di esso formata».

⁴⁹ Cfr. F.J. EZQUIAGA GANUZAS, *El voto particular*, cit., 79-80.

⁵⁰ Cfr. A. ANZON, *Per l’introduzione*, cit., 435. Per C. MORTATI, *Relazione illustrativa*, cit., 396, «appare retorico il chiedersi se tale funzione debba considerarsi meglio adempiuta da una claudicante o lacunosa o incerta sentenza pseudo-collegiale, che voglia apparire espressione di una presunta unanimità di consensi, ma in realtà non suscettibile di trovare nessun effettivo credito, o non piuttosto da un’altra che esprima, e con l’efficacia che può nascere solo dall’intima coerenza dell’argomentazione, la volontà del collegio quale espressa dalla maggioranza».

⁵¹ Con riferimento alle esperienze tedesca e spagnola, si veda A. ANZON, *Forma delle sentenze*, cit., 173. Nella giurisprudenza del TC, cfr. ATC 394/2006, FJ 4. Da ultimo, per L. MENGONI, *Intervento*, in A. ANZON, *L’opinione dissenziente*, cit., 55, «la *dissenting opinion* non è una semplice relazione di minoranza, ma fa corpo con la sentenza, ne è un elemento strutturale che concorre a determinarne l’identità».

⁵² Cfr. J.L. CASCAJO CASTRO, *La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 17, 1986, 177, per il quale «la eficacia y mayor aceptación de las sentencias no está tanto en función del número de magistrados que suscriben la fundamentación y el fallo, cuanto en el rigor y solidez de la argumentación y en su capacidad para suscitar convicciones firmes y seguras». Secondo F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Tribunal Constitucional español como organo constitucional del Estado: competencias, riesgos y experiencias*, in ID., *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993,

Sempre in relazione alla possibile perdita di prestigio dell'organo giudicante, il ragionamento sviluppato dai critici del dissenso può essere rovesciato, interpretando la *dissenting opinion* come indice di rafforzamento della sua autorità.

In quest'ottica, «when history demonstrates that one of the Court's decisions has been a truly horrendous mistake, it is comforting [...] to look back and realize that at least some of the [J]ustices saw the danger clearly and gave voice, often eloquent voice, to their concern»⁵³.

Esiste, pertanto, un ulteriore punto di contatto tra il prestigio della Corte – “salvato” *in extremis* da un solitario dissenso – e la coerenza storica delle sue motivazioni giudiziarie, che in ogni caso traggono origine da opinioni giudiziarie (dissenzienti) custodite tra le pieghe delle sue soluzioni giuridiche”⁵⁴.

Inoltre, la formalizzazione del *dissent* conferisce all'atto giudiziario una genuina autenticità⁵⁵: attraverso la manifestazione delle differenti motivazioni portate a sostegno di una certa tesi, il consenso attorno alla soluzione maggioritaria sarà reale⁵⁶, giacché chi sia ad essa contrario potrà palesare la propria non conformità senza il timore di vedersi artificialmente attribuita (in quanto membro del Collegio) l'espressione di un giudizio non condiviso⁵⁷.

59-60, «El voto [particular]... constituye... una ventana abierta al exterior por la que el Tribunal hace públicas sus propias dudas, aunque su fallo no pierda por ello rigor ni disminuya obviamente su eficacia. La autocrítica interna exteriorizada es así un poderoso instrumento de control además de ser, desde la subjetividad de los firmantes de cada voto, una vía de descargo».

⁵³ A. SCALIA, *Dissents*, in 13 *OAH Magazine of History* 18 (1998), 19.

⁵⁴ Sull'incidenza dell'opinione dissenziente a proposito di mutamenti giurisprudenziali, cfr. *infra*, §2.4.

⁵⁵ Per A. SCALIA, *Dissents*, cit. 19, «unlike a unanimous institutional opinion, a signed majority opinion, opposed by one or more signed dissents makes it clear that these decisions are the product of independent and thoughtful minds, who try to persuade one another but do not simply 'go along' for some supposed 'good of the institution'».

⁵⁶ Cfr. C. MORTATI, *Prefazione*, in ID., *Le opinioni dissenzienti*, cit., X.

⁵⁷ Già lo affermava C. MORTATI, «*Dissents*» nei giudizi costituzionali, in ID., *Raccolta di scritti*, III, 1972, Milano, Giuffrè, 859-860, alludendo alla mancata indicazione, sino alla modifica delle Norme integrative della Corte costituzionale nel 1987, del Giudice estensore.

2.2. Amministrazione della giustizia, indipendenza e responsabilità del giudice, legittimazione istituzionale

In seconda battuta, il dibattito a proposito dell'opinione dissenziente ha trovato un fertile terreno di contrapposizione in relazione alle ampie categorie concettuali dell'indipendenza⁵⁸ e della responsabilizzazione dell'organo collegiale, nonché del singolo giudice.

Sul primo versante, è stato sostenuto che l'introduzione del pubblico dissenso potrebbe minare l'indipendenza e serenità del giudicante, giacché in questo modo si aprirebbe la porta a possibili influenze (soprattutto politiche) provenienti *ab externo*, delle quali il magistrato sarebbe "latore" in sede giudiziaria⁵⁹.

Viceversa, per i sostenitori del *dissent*, detta condizione soggettiva non solo non verrebbe incisa in alcun modo, ma si vedrebbe addirittura rafforzata, in quanto la conoscibilità delle ragioni addotte dal giudice dissenziente rappresenta un ottimo filtro per vagliare la sua possibile influenzabilità da parte delle contingenti forze sociali ed istituzionali⁶⁰.

A tale logica si ispirano, ad esempio, alcune ricostruzioni effettuate a proposito delle origini storiche della *seriatim opinion* nel sistema giurisdizionale britannico⁶¹, laddove fanno presente che «oral delivery by each individual judge may be a more accountable method of deciding cases than decisions made in

⁵⁸ Spunti oltremodo interessanti sulla configurazione dei principi di indipendenza ed imparzialità in capo ai componenti della Corte Costituzionale (italiana) possono leggersi in A. RAUTI, *Riflessioni in tema di imparzialità dei giudici costituzionali*, in *Giur. cost.*, 54, 5, 2009, 4029-4054 e, nella medesima *Rivista*, in R. BIN, *Sull'imparzialità dei giudici costituzionali*, 4105 ss.

⁵⁹ Sul rapporto tra organi costituzionali e partecipazione "politica" nelle questioni istituzionali, cfr. M. GARCÍA-PELAYO, *El "status" del Tribunal constitucional*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 1, 1981, 22-27.

⁶⁰ Sull'argomento, si tornerà più ampiamente *infra*, §2.3. Per A. LYNCH, *Is judicial dissent constitutionally protected?*, in 4 *Maquarie Law J.* 81 (2004), 81-82, inoltre, «the presence of dissenting judgments is one factor which provides reassurance that the courts are staffed by judges beholden to nothing more powerful than their own individual appreciation of the state of the law. If the judges are prepared to disagree with each other on occasion, then it seems reasonable to presume they will have no qualms about disagreeing with the executive and legislature as well when the need arises».

⁶¹ Cfr. *infra*, Cap. II, §1.

seclusion, because judgments made in the open and without explicit caucus among the judges may be less likely to be (or appear to be) infected by corruption or collusion or the influence of the monarch»⁶².

Sull'altro versante, invece, il profilo della responsabilità del giudice viene evocato tanto in un'ottica "interna" – colui che giudica è sicuro che la sua idea sarà conosciuta per come è stata espressa, senza timori di suggestive attribuzioni di paternità o malevole dicerie – quanto soprattutto "esterna", poiché un'amministrazione della giustizia trasparente esige che sia nota la posizione di tutti i componenti del collegio, anche di coloro che hanno votato contro la maggioranza⁶³.

Peraltro, detto profilo di responsabilizzazione risulta ulteriormente rafforzato dal fatto che ogni singolo componente del Collegio è, in qualche modo, vincolato alle proprie soluzioni precedenti (tanto di maggioranza come di minoranza), quantomeno a titolo di coerenza nel corso della propria carriera istituzionale⁶⁴.

Ciò non significa cristallizzare in capo al medesimo, *sine die*, interpretazioni pregresse, bensì "obbligarlo" ad essere ragionevolmente coerente nella propria attività giudiziaria: in tal senso, il mutamento di interpretazione dovrà essere sempre motivato in relazione al proprio *background* decisorio, dando conto – in termini convincenti e strettamente giuridici – dell'allontanamento da soluzioni (personali) precedenti e dell'adozione di una posizione differente.

⁶² M. TODD HENDERSON, *From 'Seriatim' to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent*, in *University of Chicago Public Law & Legal Theory*, Working Paper No. 186, 2007, 8.

⁶³ Cfr. F.J. EZQUIAGA GANUZAS, *El voto particular*, cit., 83.

⁶⁴ Si veda, ad esempio, l'opinione concorrente di Black e Douglas in U.S. Supreme Court, *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), 643 ss., in merito al diritto di uno studente testimone di Geova di non essere costretto a prestare atto di saluto alla bandiera americana. In particolare, costoro sentirono la necessità di "giustificare" il loro radicale mutamento di posizione rispetto a quanto sostenuto in U.S. Supreme Court, *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586 (1940) – giurisprudenza superata proprio da *Barnette* – attraverso un'apposita (e invero atipica) *concurring opinion*, pena l'irrazionalità di essersi pronunciati a favore di due soluzioni contrapposte in fattispecie del tutto analoghe.

Si apre, così, il campo ad una sorta di controllo diffuso dell'organo giudicante da parte della pubblica opinione⁶⁵; controllo che, a sua volta, viene ad intersecarsi con la tematica, sempre delicatissima, della legittimazione democratica degli organi giudiziari⁶⁶.

In tale direzione, si è sostenuto che il sistema giudiziario non dovrebbe avere nessun timore a rendere palese l'esistenza di eventuali disaccordi tra i soggetti chiamati a deliberare, poiché l'assoluto ermetismo nella rivelazione di opinioni discordi e la pretesa di giustificare una costante esistenza di unanimità è propria unicamente dei regimi autoritari⁶⁷. E allora, «se è spiacevole che [i giudici] non possano sempre concordare, tuttavia è preferibile che la loro indipendenza sia mantenuta e riconosciuta piuttosto che l'unità assicurata mediante il suo sacrificio»⁶⁸.

Parallelamente, per quanto attiene al tema della legittimazione del Giudice costituzionale – da tenere distinto dalla legittimità “democratica” relativa all'esercizio delle sue funzioni⁶⁹ – se pure è vero che la sua *auctoritas* istituzionale

⁶⁵ Cfr. F.J. EZQUIAGA GANUZAS, *El voto particular*, cit., 82; G. ROLLA, *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, cit., 138 e P. CARETTI, E. CHELI, *L'influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale*, in A. PIZZORUSSO, V. VARANO (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1985, 1033. In una prospettiva comparata, nell'ordinamento giapponese è previsto che i giudici della Corte Suprema abbiano il dovere di esprimere la loro opinione in tutte le deliberazioni a cui partecipano (art. 11, legge n. 59/1947) e che gli stessi siano soggetti ad un giudizio popolare per la riconferma in carica, in occasione delle prime elezioni per la Camera dei Rappresentanti successiva alla nomina: sul punto, cfr. M. MAZZA (a cura di), *I sistemi del lontano Oriente*, Milano, CEDAM, 2019, 228-231.

⁶⁶ Secondo C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., 98-99, «[...] una costituzione gravata dall'onere di agire di agire come fattore d'unificazione ideologica deve rappresentarsi sempre come un *quid* di esterno o trascendente rispetto alle forze che la sostengono, e non potrebbe assolvere alla sua funzione se, durante l'arco della sua vigenza, venisse ad identificarsi senza residui colle ideologie, le aspirazioni, i programmi di una maggioranza».

⁶⁷ Cfr. W.O. DOUGLAS, *The dissent: a safeguard of democracy*, in *J. Am. Judicature Soc'y*, vol. 32 (1948), qui citato nella sua traduzione italiana in ID., *Il «dissent»: una salvaguardia per la democrazia*, in C. MORTATI, *Le opinioni dissenzienti*, cit., 106.

⁶⁸ *Ivi*, 110.

⁶⁹ La distinzione è chiarita da A. FERNÁNDEZ MIRANDA, in AA.VV., *Encuesta: orientación actual del derecho constitucional*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 21, 2008, 53, per il quale «cuando hablo de legitimación, obviamente, no hablo de legitimidad. Ésta la tiene el Tribunal en virtud de las competencias que la Constitución le atribuye y en la medida en que aplique la propia Constitución desde criterios jurídicos de objetividad eludiendo los criterios políticos de oportunidad. Se trata de un concepto normativo que determina la pacificación jurídica de los conflictos pero que no

potrebbe apparire affievolita da decisioni assunte con maggioranze minime⁷⁰, occorre tuttavia tenere in considerazione un duplice ordine di fattori.

In primo luogo (come già pocanzi ricordato, in ordine alla persuasività della motivazione), è necessario compiere uno sforzo intellettuale che riesca a separare la soluzione giuridica dalla identificazione soggettiva di favorevoli e dissenzienti.

Spesso, infatti, la sfrenata curiosità di identificare personalmente le singole opinioni dei giudici crea un pregiudizio concettuale che, a sua volta, si riverbera sul ragionamento seguito, il quale è messo in discussione sulla base del solo dato numerico, senza neanche essere analizzato.

In questo modo, l'analisi del caso di merito rischia di essere viziata da una pregressa ricostruzione delle posizioni "storiche" dei soggetti giudicanti, distogliendo così l'attenzione dal contenuto della pronuncia.

Inoltre, si consideri che i profili della (carenza di) legittimazione degli organi giudicanti – anche estranei alla giustizia costituzionale – spesso e volentieri sono il frutto di una sovrapposizione derivata dall'inerzia – quando non incapacità – della classe politica di assumere su di sé le proprie responsabilità.

Detto in altra forma, laddove i poteri legislativo ed esecutivo "abdicano" alle proprie funzioni, demandando al sistema giudiziario la soluzione di determinate problematiche, è evidente come la motivazione giuridica – che, in ogni caso, inciderebbe sulla realtà politica, in modo più o meno diretto – venga a surrogare la decisione politica stessa, non per una decisione del Giudice (il quale non può sottrarsi dal decidere), bensì perché è l'unica che sia disponibile nel caso di specie.

determina su pacificación política. Por el contrario, el de legitimación es un concepto sociológico, imprescindible para la pacificación política, que dice de la aceptación social del sentido y del contenido de las sentencias». Sul punto, già L. ELIA, *Giustizia costituzionale e diritto comparato (Appunti di ricerca)*, in *Quad. cost.*, 1, 1984, 9.

⁷⁰ *Contra*, V. BERGER, *L'élaboration de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Documents de travail du XIème Colloque national de défense pénale: Convention européenne des droits de l'homme - mode d'emploi dans le procès pénal*, Marseille, Syndicat des avocats de France, 1993, 27: «we should not believe that judgements are better when they are unanimous, quite the contrary, those who generally are the most consistent, the firmest and the clearest are those who have been voted with a short majority. What we lose in authority, we get it back in clarity, in vigour and in force».

La conseguenza (nefasta) è che i principi di legittimazione e responsabilità politica vengono impropriamente traslati sull'attività giudiziaria, aprendo il varco ad una pericolosa lettura politicizzata *ab externo* del ruolo e della funzione di chi è chiamato ad applicare la legge⁷¹.

2.3. Il timore della politicizzazione dei provvedimenti giudiziari e dei loro autori

Proprio per le ragioni da ultimo esposte, chi si oppone all'introduzione dell'opinione dissenziente pone un'enfasi particolare sul rischio di politicizzazione – quale riflesso “in negativo” del principio di responsabilità – che potrebbe derivarne all'organo giudicante, ai singoli componenti ed alle loro deliberazioni⁷².

In particolare, detta conseguenza pregiudiziale troverebbe aggancio nelle modalità di elezione dei membri degli organi di giustizia costituzionale, generalmente caratterizzate da un predominio nella scelta da parte di organi di estrazione politica (in particolare, dalle Assemblee parlamentari)⁷³.

⁷¹ Lo ricorda G. BISOGNI, *La 'forma' di un 'conflitto'*, cit., 62 (con richiamo a L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo e giurisdizione*, in *Questione giustizia*, 3, 2012, 19), quando afferma che «il 'conflitto' che in Italia si cela dietro alle due 'forme' in gioco del segreto della camera di consiglio e dell'opinione dissenziente rimanda ad un 'conflitto' più ampio, di cui sembra inizi ad esserci consapevolezza, se spinge alcuni – preoccupati dal 'protagonismo' giudiziale generato dai processi evidenziati in precedenza – a proporre al legislatore di ritornare a fare il suo mestiere. Ciò che servirebbe, infatti, è 'una riformulazione della stessa legalità costituzionale, attraverso una formulazione più precisa delle norme costituzionali e in particolare dei diritti fondamentali', giacché 'c'è [...] un solo modo, ripeto, per limitare l'arbitrio giudiziario e per rendere effettiva la soggezione del giudice alla volontà del legislatore: la stretta legalità o tassatività e perciò la formulazione quanto più possibile univoca e precisa delle norme che il giudice è chiamato ad applicare'».

⁷² Cfr. A.M. SANDULLI, *Voto segreto o palese dei giudici costituzionali*, cit., secondo il quale «in un paese in cui lo spettro delle ideologie è assai vario, accesa e manichea la lotta politica, diffuso il terrorismo ideologico, e nel quale molta gente è facile a vedere e cacciare streghe dappertutto (ieri accusando di comunismo qualsiasi radicale, oggi accusando fascismo qualsiasi liberale), le difese della riservatezza della funzione giurisdizionale sono condizione essenziale di indipendenza e imparzialità della giustizia».

⁷³ Per un articolato affresco in argomento, cfr. la relazione predisposta dal SERVICIO DE ESTUDIOS, BIBLIOTECA Y DOCUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Modelos de renovación personal de Tribunales constitucionales*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 61, 2001, 209-237, a proposito del Seminario ivi tenutosi il 3 luglio 2000,

In questo senso, si tenga presente che il dibattito oscilla tra modalità teorico-formali di elezione ed “interpretazione” nell’applicazione delle stesse in capo agli organi elettori⁷⁴.

Da un lato, infatti, si è sostenuto il rischio di una “perversione” politica dell’organo istituzionale e dei suoi componenti, laddove questo istituto potrebbe essere utilizzato – per eterogenesi dei fini – quale strumento per disegnare una pericolosa equazione Giudice-opinione dissenziente-partito, politicizzando “dall’esterno” qualsiasi voto del *Tribunal Constitucional* e dei suoi membri e trasformando il *voto particular* nello strumento il quale (pretendere di) cogliere supposte sintonie e distonie tra ideologie politiche e indirizzi della giurisprudenza costituzionale⁷⁵.

Dall’altro, questa conseguenza andrebbe a riverberarsi sulla stessa motivazione della sentenza che, assorbita da un (supposto) scontro ideologico tra Magistrati culminato con vincitori e vinti, finirebbe per trasformarsi in una soluzione politicamente schierata, vale a dire nella traduzione giuridica di una volontà partitica “filtrata” attraverso il velo giurisdizionale della sentenza.

Detti esiti, peraltro, difficilmente potrebbero essere elusi, stante il sottile crinale che distingue la politicità “funzionale” delle decisioni del Giudice costituzionale⁷⁶ – incidendo, queste, di necessità sull’attività del Legislatore e del

⁷⁴ Sul punto, J.A. SANTAMARÍA PASTOR, in AA.VV., *Encuesta sobre la renovación del Tribunal Constitucional*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 2010, 45, allude alla necessità di avviare una «reflexión colectiva en profundidad acerca de la duración deseable del mandato de los miembros del Tribunal, de la edad mínima para acceder al cargo y de la prohibición de ostentar cargos electos o altos cargos en sentido técnico durante un prolongado período posterior a su cese como Magistrados».

⁷⁵ Significative in proposito – pur se riferite all’esperienza italiana – le parole di A. SANDULLI, *L’indipendenza della Corte*, in G. MARANINI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Firenze, Vallecchi, 1966, 215, nota 5, il quale affermava che una loro sottoscrizione personale «conducendo all’identificazione delle posizioni prese dai singoli giudici, in un paese in cui le ideologie politiche, e le forze che le sostengono, sono profondamente divise e radicate, potrebbe eventualmente risolversi in un indebolimento della garanzia di indipendenza», a maggior ragione «[...] quando l’estrazione dei giudici, o di una parte di essi, abbia carattere politico».

⁷⁶ 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 ID. (a cura di), *La giustizia costituzionale*, cit., 138 lo afferma chiaramente quando ricorda che «la costituzione è quella che i giudici costituzionali ritengono che sia: è dunque in concreto l’espressione del loro indirizzo

potere Esecutivo – dal confronto politico ed ideologico interistituzionale e tra forze partitiche⁷⁷. In questo senso, il rischio di trasferire lo scontro tra ideologie (o, cosa ben più grave, tra partiti) all'interno delle decisioni giurisdizionali sarebbe estremamente dannoso per la natura della sentenza, fondata sulla sola norma di diritto e non orientata da pregiudizi o possibili ricadute politiche⁷⁸.

Viceversa, per i suoi sostenitori la previsione dell'opinione dissenziente rappresenterebbe un vero e proprio antidoto al rischio della politicizzazione dei giudici. Infatti, nel momento in cui si mettono sul tavolo del controllo pubblico le diverse interpretazioni, anche il magistrato più schierato politicamente sarà costretto ad uscire dall'ombra rassicurante della segretezza del voto per rivelare, in termini strettamente giuridici, le ragioni del suo dissenso⁷⁹.

In tal modo, si scoraggerebbe il rischio di «pressioni occulte da parte dei diversi centri di potere politico ed economico: nel momento in cui i comportamenti

di politica costituzionale [...]; indirizzo politico [del quale] le camere e il governo sono costretti a tener conto anche preventivamente».

⁷⁷ Nelle parole di G. ROLLA, *Indirizzo politico*, cit., 328, «tanto è il tasso di politicità insito nella giurisdizione costituzionale che l'emergere di conflitti interistituzionali rappresenta un fenomeno non inusuale». Sul tema anche A. GARRORENA MORALES, *La sentencia constitucional*, in *Revista de Derecho Político*, 11, 1981, 20, secondo cui «es también inevitablemente evidente que [el voto particular] politiza algo las actitudes de los jueces, lo cual – por lo demás – sólo es grave si éstos no aciertan a ejercer un cierto *self-restraint* sobre la tentadora espectacularidad que puedan comportar las connotaciones políticas de su disentimiento». Da ultimo, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, Einaudi, 2005, 39: «la Corte costituzionale è dentro la politica, anzi ne è uno dei fattori decisivi, se per politica si intende l'attività finalizzata alla convivenza. La Corte è non-politica, se per politica si intende competizione tra parti per l'assunzione e gestione del potere».

⁷⁸ F.J. EZQUIAGA GANUZAS, *El voto particular*, cit., 82-83. Si vedano, sul punto, S. PANIZZA, *L'introduzione dell'opinione dissenziente*, cit., 81, il quale ricorda come «le forze politiche, poi, finirebbero presumibilmente per appropriarsi in maniera strumentale delle soluzioni interpretative contenute nelle varie opinioni dissenzienti, inducendo arbitrariamente a confondere e a fraintendere quella che è la particolare politicità delle funzioni del giudice costituzionale», nonché S. RODOTÀ, *La Corte, la politica e l'organizzazione sociale*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, 489 ss..

⁷⁹ Cfr. V. CRISAFULLI, *Intervento*, in G. MARANINI, *La giustizia costituzionale*, cit., 384, il quale parlava dell'esigenza di «dover motivare giuridicamente, decantando in questo sforzo argomentativo quelli che possono essere originariamente motivi ideologici, preferenze politiche, e via dicendo. Ed ecco, se così stanno le cose, l'utilità dell'istituto del *dissent*, che permetterebbe, probabilmente, ad ogni giudice di mettere in pace la propria coscienza di cittadino e di giurista, e alla maggioranza favorevole ad una certa decisione di motivare con maggior rigore logico la soluzione accolta».

decisionali divengono espliciti, le regole del gioco operano – per così dire – alla luce del sole»⁸⁰, risultandone favorita la massima trasparenza decisionale⁸¹.

Sul punto, è stata operata una tripartizione tra opinioni politiche del giudice, ricadute politiche della sentenza e dipendenza politico-partitica del giudice⁸². Sia qui sufficiente dire che il primo profilo viene “smascherato” dalle motivazioni (maggioritarie o meno) adottate, mentre il secondo è una conseguenza ineludibile della particolare funzione della giustizia costituzionale. Al contrario, sull’ultimo aspetto il legislatore potrebbe incidere attraverso previsioni più o meno restrittive in ordine all’accesso alla Corte ed alle attività pubbliche esercitabili dai giudici una volta cessato il mandato.

In ogni caso, la necessità del contemperamento tra le opposte tensioni della “pura” valutazione giurisdizionale e del sindacato politico non può essere risolta da un’imposizione formale di carattere normativo, essendo piuttosto sfuggente e rimessa soprattutto ad una «práctica del *self restraint*, entendido no como *judicial restraint* únicamente, sino también como autolimitación del Parlamento respecto a todo aquello que pueda menoscabar la esfera de autonomía constitucionalmente garantizada al Tribunal Constitucional. El recurso a las normas de *correttezza* constitucional puede evitar los posibles conflictos que han de surgir en las relaciones de estos órganos constitucionales»⁸³.

⁸⁰ G. ROLLA, *Indirizzo politico*, cit., 140.

⁸¹ Si veda, tuttavia, la riflessione di M. SICLARI, *Il Presidente della Corte costituzionale*, in A. ANZON, G. AZZARITI, M. LUCIANI (a cura di), *La composizione della Corte costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere. Atti del Seminario di Roma del 14 marzo 2003*, Torino, Giappichelli, 2004, 172: «Sulla biunivocità trasparenza-indipendenza, tuttavia, si potrebbe pure dissentire, considerando che una maggiore trasparenza ben potrebbe essere strumentalizzata per ribadire la contiguità, se non l’appartenenza, ad una data area politica e quindi proprio al fine opposto alla tutela della indipendenza dei giudici costituzionali (e dei presidenti della Corte). Ma d’altronde si sa che l’analisi costi benefici dell’introduzione dell’opinione dissenziente è un gioco a somma zero».

⁸² G. TRUJILLO, *Juicio de legitimidad e interpretación constitucional*, cit., 156.

⁸³ P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El examen de la constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria*, in *Revista de Estudios políticos*, 7, 1979, 225. Si veda anche R. POUND, *Cacoethes Dissentiendi: The Heated Judicial Dissent*, in 39 *ABA J.* 794 (1953), 796, per il quale «to justify an elaborate dissenting opinion the question of law should be one of at least considerable importance. To justify a denunciatory dissenting opinion, if denunciation of his colleagues by a judge can be justified at all, the question of law should be one of exceptional importance and the errors pointed out should be of the gravest nature».

Inoltre, si tenga presente il rapporto tra durata del mandato dei Giudici costituzionali e principio di indipendenza⁸⁴. In questo senso, l'idea di fondo che anima i timori di una possibile politicizzazione sembra proiettarsi anche sulla attività che i giudici potranno eventualmente esercitare una volta esaurito il loro mandato e che potrebbero essere il frutto di una loro fedele adesione ideologica durante il mandato giurisdizionale⁸⁵.

Ciononostante, è doveroso considerare alcuni profili di esperienze concrete. In tale direzione, ad esempio, la previsione costituzionale (art. III, §1) di una carica vitalizia in capo ai giudici della Corte Suprema statunitense⁸⁶ tronca in radice l'idea che l'esercizio delle funzioni giudicanti possa essere svolto per l'ottenimento di successive ricompense, tramite cariche pubbliche o il conferimento di ruoli politicamente connotati a titolo di ricompensa per le decisioni assunte⁸⁷.

Allo stesso modo, la medesima *ratio* pare leggersi nella previsione di durate "flessibili ma rigide" delle citate funzioni, a volte prive di un'estensione *standard* eppure vincolate al raggiungimento dell'età pensionabile, che ben potrebbe essere concepita come la soglia anagrafica di ritiro ideale da qualsiasi attività pubblico-

⁸⁴ In argomento, ne sottolinea l'importanza A. MANGIA, *La durata del mandato dei giudici costituzionali*, in A. ANZON, G. AZZARITI, M. LUCIANI, *La composizione della Corte costituzionale*, cit., 111 ss., il quale correttamente evoca il ruolo secondario del citato profilo nel dibattito generale, «ritenendosi i problemi attinenti la composizione del collegio e la provenienza dei componenti il collegio medesimo di importanza preminente, rispetto a qualunque altro profilo inerente l'organizzazione della Corte».

⁸⁵ Cfr. J. SANTAMARÍA PASTOR, in AA.VV., *Encuesta sobre la renovación del Tribunal Constitucional*, cit., 45.

⁸⁶ In realtà, secondo M.J. MAZZA, *A New Look at an Old Debate: Life Tenure and the Article III Judge*, in 39 *Gonzaga Law Rev.* 131 (2003-2004), 135, «the Constitution does not explicitly state that Article III judges serve for life. Lifetime tenure is implied in the provision that 'The Judges, both of the Supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour'». Sul punto, cfr. A. HAMILTON, *Paper No. 78*, in G.W. CAREY, J. MCCLELLAN (a cura di), *The Federalist*, Indianapolis, 2001, 403.

⁸⁷ Una ricostruzione fortemente critica sul mandato perpetuo dei Giudici della Corte Suprema degli Stati Uniti in S.G. CALABRESI, J. LINDGREN, *Term limits for the Supreme Court: life tenure reconsidered*, in 29 *Harv. J. Law & Pub. Pol'y* 769 (2006), 769-877. Sul modo in cui la durata di tale mandato può incidere sulle posizioni assunte dai singoli giudici, si veda, nella stessa *Rivista*, W. FANFORTH, *The ideological stakes of eliminating life tenure*, 884, nonché L. OLIVIERI, *Questioni di status e «politicizzazione» della Corte costituzionale*, in A. ANZON, G. AZZARITI, M. LUCIANI (a cura di), *La composizione della Corte costituzionale*, cit., 212.

istituzionale. È il caso degli ordinamenti austriaco, belga e turco, che unicamente impongono un'età prestabilita di cessazione dalla carica.

Menzione speciale merita poi l'ordinamento tedesco, che prevede una soluzione ibrida, in forza della quale i Giudici costituzionali rimangono in carica per un mandato formale di dodici anni, fermo restando che la permanenza presso la Corte cessa automaticamente al compimento del sessantottesimo anno d'età⁸⁸.

Evidentemente, però, una conseguenza di detto genere può essere rimessa solo al *self restraint* del singolo Giudice e alla percezione etico-morale che egli possa avere dell'opportunità di continuare a calcare ancora la scena pubblica.

Da ultimo, in relazione alle esigenze (impalpabili) di riserbo ed eccesso di protagonismo da parte dei singoli giudici dissenzienti, ancora una volta ci si trova di fronte alla difficoltà di “ingabbiare” tale rischio entro un reticolato normativo: da un lato il rimedio della non-previsione pare eccessivo rispetto alle possibili ricadute negative; dall'altro, il vero protagonismo soggettivo risiede nel contenuto del dissenso e non *ex se* in chi lo esprime.

In questo senso, allora, il giudice dissenziente assume una sorta di “centralità pubblica” direttamente proporzionale alla “qualità” e persuasività delle sue opinioni di minoranza, come ben dimostrato dall'esperienza della Corte Suprema degli Stati Uniti.

Pertanto, i citati timori contro il *dissent* non sembrano trovare una conferma in precedenti esperienze storiche, bensì riposano su possibili distorsioni che potrebbero verificarsi in futuro e che, comunque, andrebbero vagliate attraverso un giudizio diagnostico che tenga conto degli scenari effettivi dei contesti di riferimento⁸⁹.

⁸⁸ Cfr. *BVerfGG*, §4(1) e (2).

⁸⁹ Riprendendo W. FANWORTH, *The ideological stakes*, cit., 879-880, è quindi necessario distinguere tra un approccio non-ideologico alla questione («things that people with different political priors nevertheless can agree about») ed uno invece ideologicamente connotato («the ideological arguments for abolishing life tenure are different; they involve the Court's role in public life»).

2.4. Il dissenso formalizzato, i riflessi sulla soluzione contingente ed i (possibili) *revirement* giurisprudenziali

Spostando per un momento la lente di osservazione dalla dimensione soggettivo-istituzionale a quella giurisprudenziale, lo strumento del *dissent* incide altresì su numerosi profili relativi alla motivazione del provvedimento, con esiti distinti a seconda della soluzione adottata.

Ancora una volta, è possibile distinguere profili di carattere statico – rivolti al provvedimento contingente – e altri di natura dinamica, relativi agli sviluppi degli approdi giurisdizionali da considerare *pro futuro*.

In primo luogo, è stato posto in evidenza come il favore/sfavore nei confronti dell'opinione dissenziente risenta, in realtà, di una preliminare definizione circa il ruolo delle Costituzioni e l'utilizzo che delle stesse deve farsi in sede giurisdizionale⁹⁰.

Qualora si accolga una lettura strettamente “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, in via logico-deduttiva»⁹¹ – la formalizzazione del dissenso non sarebbe neppure concepibile dal punto di vista ontologico, venendo a rompere quel rapporto causa-effetto tra testo costituzionale e (unica) soluzione ricavabile a livello applicativo⁹².

Ove, invece, si faccia propria una concezione evolutiva della stessa – «organismo vivente, che affida la vitalità delle sue formule alla loro aderenza alla

⁹⁰ La predetta suggestione mortatiana viene ripresa da J.L. CASCAJO CASTRO, *La figura del voto particular*, cit., 176, come indicazione che guarda oltre la superficie delle semplici ragioni teoriche a favore o contro il dissenso.

⁹¹ C. MORTATI, *Prefazione*, cit., XI. Sulla stessa lunghezza d'onda, cfr. J. WROBLEWSKI, *Votum separatum dans la théorie et idéologie de l'application judiciaire du droit*, in N. PICARDI, A. GIULIANI (a cura di), *L'ordinamento giudiziario. Materiali per una riforma*, vol. 3, Rimini, Maggioli, 1985, 349 ss.

⁹² In questo senso sembrerebbe muoversi J. IGARTUA SALAVERRÍA, *Estudio introductorio*, cit., 21-22 quando enuncia l'ideologia della «decisión determinada» (cfr. *supra*, nota 45), secondo cui «si la decisión final es una conclusión del razonamiento, la diferencia de soluciones se debe o a que son distintas las premisas o a un error lógico».

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»⁹³ – 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 entrambe⁹⁴.

Pertanto, «el voto particular es, parejamente y en definitiva, el resultado de una interpretación distinta o, lo que es más sólito, parcialmente distinta y, por ello, la evidencia misma de la quiebra de la tradicional idea de la interpretación como razonamiento lógico y perfectamente previsible conducente a la única solución correcta»⁹⁵.

Nel merito, si consideri che l'incidenza sulla motivazione adottata in ogni singolo caso specifico abbraccia un'articolata serie di profili. In primo luogo, ben si può sostenere che, in forza del *dissent*, la motivazione di un qualsiasi provvedimento giudiziario risulterebbe del tutto “autentica”, nel senso che

⁹³ C. MORTATI, *Prefazione*, cit., XI. Alla predetta distinzione interpretativa sembra richiamarsi anche T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, 53 ss., laddove distingue tra ‘teorie-dottrine cognitive’ che muovono «dal ‘sistema’ all’interpretazione» e ‘teorie-dottrine valutative’, che sviluppano «l’interpretazione nel ‘sistema’ verso il ‘problema’». Un confronto tra le descritte modalità di interpretazione del testo costituzionale anche in R.F. DUNCAN, *Justice Scalia and the rule of law: originalism vs. the living Constitution*, in 29(9) *Regent U. Law Rev.* 10 (2016).

⁹⁴ Rievocando W.O. DOUGLAS, *Il «dissent»*, cit., 107, «a dissent in a 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». Sul ruolo “propulsivo” dell’opinione dissenziente, per 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».

⁹⁵ G. CÁMARA VILLAR, *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, 11, il quale vede anche in tale strumento (*ivi*, 10) un istituto di costante valutazione degli equilibri tra l’astratta norma costituzionale e la concreta realtà sociale dei fatti. In parallelo, secondo P. HÄBERLE, *La jurisdicción constitucional institucionalizada en el estado constitucional*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 5, 2001, 180, le opinioni dissenzienti «son expresión de la ‘publicidad y carácter abierto de la Constitución’, de la apertura de sus intérpretes y del ‘pluralismo de la Constitución’, consecuencia, en último término, del tópico ‘tiempo y cultura constitucional’; posibilitan alternativas interpretativas en el sentido de ‘pensar en posibilidades’».

l'assenza di opinioni contrarie – in un modello che lo preveda – è indice di vera condivisione della decisione maggioritaria: colui che volesse dissentire, infatti, non avrebbe ragioni per non farlo pubblicamente. La mancata formalizzazione del dissenso, di conseguenza, implica l'assenza dello stesso⁹⁶.

Inoltre, la parte motiva di una sentenza così prodotta ne guadagna in coerenza, chiarezza ed organicità, dal momento che non è necessaria – nel segreto della camera di consiglio, che tale rimarrebbe in assenza di un'istituzionalizzazione del *dissent* – la ricerca di (faticosi) compromessi in seno al collegio che sovente traducono in motivazioni a più voci, viziate dalla necessità di coagulare tesi contrapposte a fronte di una necessaria soluzione conclusiva.

La decisione finale sarebbe così vera opinione della maggioranza, dal momento che quelle contrarie, oltre ad essere palesi, non andrebbero ad intaccare il ragionamento – lineare e non forzatamente “compromissorio” seguito dalla prima.

2.4.1. Il problema delle *plurality opinions*

Un'importante deroga in proposito – soprattutto dal punto di vista del significato che ne deriva – è quella relativa alle pronunce giudiziarie classificate come *plurality opinions*, le quali, in una combinazione formale tra opinione di maggioranza, *concurring* e *dissenting opinions*, pongono in discussione, sotto forma di dissenso mascherato, la stessa regola maggioritaria.

Infatti, nel momento in cui la sommatoria di *opinion of the Court* e opinioni concorrenti è superiore alla metà dei giudici che hanno deciso una controversia, si viene a creare l'imbarazzante situazione (per certi versi, anche contraddittoria) nella

⁹⁶ Sul tema, si veda però l'interessante ricostruzione di L. EPSTEIN, W.M. LANDES, R.A. POSNER, *Why (and when) judges dissent: a theoretical and empirical analysis*, in 3(1) *J. Leg. Anal.* 101 (2011), in ordine al fenomeno della *dissent aversion*: detta formula, introdotta da R.A. POSNER (*How Judges Think*, Cambridge-London, Harvard University Press, 2008, 32 ss.) allude al rapporto tra opinione dissenziente e le scelte sociologico-comportamentali che spingono (o meno) un giudice a manifestare in concreto un'opinione separata – anche quando la sua interpretazione sia effettivamente di dissenso – in quanto «since writing a dissenting opinion requires effort, which is a cost, a judge will not dissent unless he anticipates a benefit from dissenting that offsets his cost» (L. EPSTEIN, W.M. LANDES, R.A. POSNER, *Why (and when) judges dissent*, cit., 103).

quale la maggioranza effettiva “copre” solo la parte dispositiva, mentre non esiste un consenso maggioritario sulle motivazioni sottostanti⁹⁷.

In tal modo, esiste una coalizione *de facto* (tra dissenzienti e concorrenti) che non concorda con una minoranza “paradossalmente maggioritaria”, vale a dire una sorta di maggioranza sul solo dispositivo depurata dei componenti che, attraverso l’emissione di *concurring opinions*, hanno sposato un ragionamento in tutto o in parte parallelo per giungere alla medesima soluzione decisoria⁹⁸.

Un esempio illuminante in tal senso – anche in ragione di una diffusione non certo secondaria⁹⁹ – è dato dalla celebre decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* (1992)¹⁰⁰, in ordine alla necessità, in capo alla donna che desideri interrompere la gravidanza, di informare preventivamente il marito della propria decisione e, in capo alla minore, di ottenere il necessario consenso dei genitori, come stabilito in entrambe le fattispecie dal *Pennsylvania Abortion Control Act* del 1989¹⁰¹.

⁹⁷ Come ricordato da J.F. DAVIS, W.L. REYNOLDS, *Juridical Cripples: Plurality Opinions in the Supreme Court*, in 59 *Duke Law J.* 59 (1974), 61, «in that context a plurality opinion is not, strictly speaking, an opinion of the Court as an institution; it represents nothing more than the views of the individual justices who join in the opinion». Ciò emerge *ibid.* anche in termini formali: «The Court quite clearly makes this distinction in pronouncing its judgments: a majority opinion is announced as ‘the opinion of the Court’; a plurality opinion, on the other hand, is announced only as ‘an opinion’ of its author and those concurring therein».

⁹⁸ In argomento, cfr. P.C. CORLEY, U. SOMMER, A. STEIGERWALT, A. WARD, *Extreme dissensus: explaining plurality decisions on the United States Supreme Court*, in 31 *Justice System Journal* 180 (2010); A.S. HOCHSCHILD, *The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective*, in 4 *Wash. U. J. Law. & Pol’y* 261 (2000) e *Plurality Decisions and Judicial Decisionmaking*, in 94 *Harv. Law Rev.* 1127 (1981). Secondo J. LUTHER, *L’esperienza del voto dissenziente nel Bundesverfassungsgericht*, in A. ANZON, *L’opinione dissenziente*, cit., 263, «in questi casi, sembra auspicabile forse non soltanto un particolare *self-restraint* nell’uso dei voti concorrenti in presenza di voti dissenzienti in senso stretto, ma anche un divieto eccezionale del voto concorrente».

⁹⁹ Cfr. i dati statistici indicati in P.C. CORLEY, U. SOMMER, A. STEIGERWALT, A. WARD, *Extreme dissensus*, cit., 180-181. Per un richiamo all’unico caso tedesco di *plurality opinion* (*BVerfG* 32, 199, relativo alla legge del *Land* dell’Assia sulla retribuzione dei giudici), cfr. J. LUTHER, *L’esperienza del voto dissenziente nel Bundesverfassungsgericht*, cit., 262-263.

¹⁰⁰ U.S. Supreme Court, *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

¹⁰¹ Ad ampio commento della citata sentenza, cfr. V. BARSOTTI, *La Corte suprema degli Stati Uniti e la questione dell’aborto*, in *Foro italiano*, IV, 1992, 527 ss. Della stessa A., si veda anche *L’arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Torino, Giappichelli, 1999.

La corrispondente pronuncia, infatti, consta di ben dieci sezioni (I, II, III, IV, V-A, V-B, V-C, V-D, V-E, VI), tra le cui pieghe si riscontra una intricata sovrapposizione di opinioni della maggioranza, opinioni concorrenti e dissenzienti in merito alle diverse questioni giuridiche volta a volta considerate.

Nel dettaglio, l'*opinion of the Court* – come tale, condivisa dalla maggioranza dei giudici¹⁰² e pubblicamente annunciata, in via eccezionale, da tre componenti della Corte¹⁰³ – era circoscritta alle sole parti I, II, III, V-A, V-C e VI. Allo stesso tempo, le sezioni IV, V-B e V-D erano condivise solo dai tre giudici che avevano proclamato la decisione finale¹⁰⁴, mentre la sezione V-E era anch'essa sposata da questi ultimi, con l'appoggio ulteriore di Stevens (ed il dissenso di Blackmun).

Sul fronte opposto, il *Chief Justice* Rehnquist ha redatto un'opinione in parte *concurring in judgement* ed in parte dissenziente (cui si associavano White, Scalia e Thomas) e lo stesso ha fatto Scalia, al quale si sono uniti i giudici appena citati.

Ai fini che qui interessano, la conseguenza più importante che ne deriva è quella secondo cui «l'efficacia di precedente è limitata alle parti I, II, III, V-A, V-C, VI, le uniche che raccolgono, in sostanza cinque voti. Le parti rimanenti, che non raccolgono i necessari cinque voti sul 'reasoning', costituiscono una semplice *plurality opinion*, priva di efficacia di precedente»¹⁰⁵.

Tale mancanza di vincolatività deve essere ricondotta, in termini pratici, alla regola generale enunciata dalla stessa Corte Suprema in *Marks v. United States* (1977)¹⁰⁶, la quale tuttavia contiene un'importante ambiguità in ordine alla possibile esistenza di principî di diritto maggioritariamente condivisi e, in quanto tali, applicabili dalle Corti di grado inferiore.

¹⁰² Blackmun, Stevens, O'Connor, Kennedy e Souter.

¹⁰³ O'Connor, Kennedy e Souter.

¹⁰⁴ Blackmun e Stevens dissentono in proposito.

¹⁰⁵ V. VARANO, *A proposito dell'eventuale introduzione delle opinioni dissenzienti nelle pronunce della Corte costituzionale: considerazioni sull'esperienza americana*, in A. ANZON, *L'opinione dissenziente*, cit., 139.

¹⁰⁶ U.S. Supreme Court, *Marks v. United States*, 430 U.S. 188 (1977), 193: «When a fragmented Court decides a case and no single rationale explaining the result enjoys the assent of five Justices, the holding of the Court may be viewed as that position taken by those Members who concurred in the judgments on the narrowest grounds».

Come bene è stato ricordato, infatti, «if no group of five Justices explicitly signs onto a single opinion that explained the result, can two or more opinions, each of which speaks for fewer than five Justices, be patched together to get something that five Justices presumably could all accept, even if they never said that they would?»¹⁰⁷.

Il dubbio interpretativo (ed applicativo) nell'identificazione di un minimo comune denominatore – «the narrowest grounds» – nella pronuncia in esame della Corte Suprema rimane quindi aperto, prestandosi ad applicazioni differenziate da parte dei giudici inferiori che, in ultima battuta, potranno essere ricondotte ad unità dallo stesso giudice di vertice dell'ordinamento.

In particolare, assume rilievo centrale la presenza di opinioni concorrenti che, potendo essere o meno riferite alla *plurality opinion* (formata dai giudici non dissenzienti), consentono al giudice inferiore di “ricostruire” in termini predittivi l'opinione di una possibile maggioranza in situazioni ad essa riconducibili in termini fattuali: in questo modo, l'opinione concorrente diventa *controlling opinion*, assumendo carattere vincolante¹⁰⁸.

Tale criterio di “sussunzione” – in forza del quale l'interpretazione “concorrente” che sia più specifica rispetto alla *plurality opinion* generale deve intendersi condivisa da quest'ultima con un grado di ragionevole probabilità – non è tuttavia di facile interpretazione, né a livello di esegesi dottrinale¹⁰⁹, né sul piano più strettamente giurisdizionale¹¹⁰.

¹⁰⁷ L. DENNISTON, *On a splintered Court, who rules?*, in www.scotusblog.com, 13th August 2013.

¹⁰⁸ Cfr. M.A. THURMON, *When the Court divides: reconsidering the precedential value of Supreme Court plurality decisions*, in 49 *Duke Law J.* 419 (1992).

¹⁰⁹ Si vedano le parole di Justice Alito nella discussione orale del caso *Hughes v. United States* (2018), 14: «Let's say that nine people are deciding which movie to go and see, and four of them want to see a romantic comedy, and two of them want to see a romantic comedy in French, and four of them want to see a mystery. Now is the -- are the two who want to see the romantic comedy in French, is that a logical subset of those who want to see a romantic comedy?». Per Justice Breyer (*ivi*, 34), tale parametro dovrebbe essere interpretato «with common sense».

¹¹⁰ In quest'ultimo senso, cfr. U.S. Supreme Court, *Freeman v. United States*, 564 U.S. 522 (2011) e *Hughes v. United States*, 584 U.S. ____ (2018). In particolare, a fronte delle incertezze suscitate da *Freeman v. United States* (nella quale quattro giudici avevano sottoscritto un'opinione, quattro avevano dissentito ed uno aveva pronunciato un'opinione concorrente, volta a restringere i parametri applicativi della *plurality opinion*), la Corte Suprema ha rinunciato espressamente a fare

In uno scenario così complicato, la *Supreme Court* ha spesso tentato di porre freno ad una tecnica decisoria particolarmente foriera di incertezze attraverso la “via di fuga” della *per curiam opinion*, vale a dire decisioni rese in forma impersonale – attribuibili alla Corte nel suo complesso – con le quali la stessa si limita «ad annunciare [...] l’indirizzo di fondo, la ‘basic policy’ su cui è stato possibile aggregare una maggioranza di giudici» in modo formalmente esplicito¹¹¹, in modo tale da cristallizzare un precedente autenticamente vincolante¹¹².

Peraltro, ciò non esclude che, in astratto, possano essere prodotte altrettante opinioni separate, in tal modo palesandosi l’estrema difficoltà nel pervenire ad una soluzione condivisa nei contenuti anche solo da una maggioranza “minima”¹¹³.

2.5. Considerazioni di sintesi a favore dell’opinione dissenziente

Riannodando ora il filo del dissenso, l’idea secondo la quale l’opinione dissenziente costituirebbe un importante deterrente contro soluzioni finali confuse e forzatamente equilibrate viene ribaltata nelle premesse degli oppositori.

applicazione degli incerti criteri enunciati in *Marks* (nonostante fosse stata sollecitata in proposito), essendo riuscita a trovare in *Hughes v. United States* una maggioranza sufficiente (6-3) a conformare una *opinion of the Court*.

¹¹¹ V. VARANO, *A proposito*, cit., 140. Sulle diverse funzioni della *per curiam opinion*, cfr. S.L. WASBY, S. PETERSON, J. SCHUBERT, G. SCHUBERT, *The per curiam opinion: its nature and functions*, in *76 Judicature* 29 (1992), 30, ove viene anche ricordato come «one also finds *per curiam* dispositions used, although not frequently, in argued cases when the justices are very badly divided. In such situations, the opinion is limited to policy on which the justices can agree-sometimes no more than the judgment and the basic holding-and each justice or group of justices then separately spells out their own reasoning». Ciò non fa venir meno, tuttavia, il sagace interrogativo formulato da R. BADER GINSBURG, *Remarks on writing separately*, in *65 Wash. Law Rev.* 133 (1990), 149: «Has our Supreme Court drifted from its once customary middle way-an opinion for the court sometimes accompanied by a separate opinion-toward the Law Lords’ pattern of seriatim opinions, each carrying equal weight, and under which ‘the English lawyer has often to pick his way through as many as five judgments to find the highest common factor binding on lower courts’?».

¹¹² Una lettura critica in *Notes. Supreme Court Per Curiam Practice: A Critique*, in *69(4) Harv. Law Rev.*, 707 (1956).

¹¹³ In proposito, si vedano le storiche pronunce *New York Times v. United States* (1971), in ordine alla pubblicabilità dei *Pentagon Papers*, relativi alla strategia bellica americana in Vietnam; *Furman v. Georgia* (1972), la quale sancì una moratoria sulle esecuzioni capitali e *Bush v. Gore* (2000), a proposito del riconteggio delle schede elettorali in Florida nelle combattutissime elezioni presidenziali del 2000 tra G.W. Bush e A. Gore.

Essi evidenziano come tale soluzione in realtà faccia venir meno la necessità di pervenire alla soluzione più compromissoria e condivisa possibile: infatti, il giudice contrario non sarebbe portato a ricercare una soluzione mediata con i colleghi della maggioranza, potendo tranquillamente arroccarsi dietro la propria interpretazione (che, come tale, verrà comunque resa pubblica)¹¹⁴.

Orbene, una ricostruzione di questo genere sembra scontare diverse criticità. Innanzitutto, la stessa presume – alquanto ingenuamente – che il singolo magistrato sia una sorta di “eremita del diritto” che cerca lo scontro dialettico ad ogni costo, incapace di confrontarsi con le opinioni contrarie alla propria e di reggere il confronto con i suoi colleghi. Al contrario, pare evidente che un giudice possa ottenere maggior soddisfazione facendo sì che la propria interpretazione entri nei confini dell’opinione maggioritaria rispetto all’isolamento cui potrebbe essere destinata in caso di pronuncia del *dissent*¹¹⁵.

Inoltre, detta impostazione porta con sé un vizio logico, dal momento che il dissenziente non è tanto colui che rifugge aprioristicamente il consenso, bensì chi non è riuscito ad inserire il proprio ragionamento giuridico all’interno di quello risultato poi maggioritario.

Il componente di un organo collegiale, infatti, è per natura chiamato alla ricerca del compromesso (attraverso la persuasione dei suoi colleghi), se non altro perché sarebbe altrimenti impossibile raggiungere una soluzione condivisa almeno dalla metà più uno dei membri, trincerandosi in punto di partenza su posizioni predefinite.

Si è anche sostenuto che l’opinione dissenziente, palesando le ragioni di contrarietà alla soluzione della maggioranza, porterebbe i giudici di quest’ultima a compiere uno sforzo ulteriore di approfondimento nella motivazione dei loro

¹¹⁴ Timore, questo, evidenziato anche da R. GRANATA, *Intervento*, in A. ANZON, *L’opinione dissenziente*, cit., 54, il quale sottolinea «la preoccupazione che l’introduzione della *dissenting opinion* possa ostacolare l’esplicazione di questo sforzo della camera di consiglio di tendere al raggiungimento del più largo consenso possibile sulla soluzione da adottare. Sforzo, tengo a ripeterlo, che non è di compromesso ma è di mediazione, di ‘non radicalizzazione’ delle posizioni di ciascuno».

¹¹⁵ Cfr. E. FERIOLI, *Dissenso e dialogo nella giustizia costituzionale*, CEDAM, 2018.

provvedimenti, al fine di sostenere la maggior solidità della propria interpretazione rispetto a quella dissidente¹¹⁶.

In tal senso, non è secondario evidenziare come la previsione teorica dell'opinione dissenziente non solo potrebbe incidere sulla soluzione finalmente adottata dalla maggioranza numerica del collegio, bensì anche scongiurare (per quanto possa apparire paradossale) la stessa produzione del *dissent*¹¹⁷.

In concreto, nel momento in cui questo viene interpretato come opinione destinata alla circolazione tra la maggioranza prima della deliberazione finale (e non solo come reazione *a posteriori* alla soluzione conclusiva), la sua incidenza sul carattere compromissorio della deliberazione può essere assai rilevante¹¹⁸.

Infine, il confronto tra le bozze delle opinioni maggioritaria e dissenziente – come testimoniato dall'esperienza deliberativa della Corte Suprema statunitense¹¹⁹ – potrebbe invertire l'originario dissenso, favorendo la ricerca di quella mediazione che si riteneva possibile solo attraverso il segreto più assoluto delle soluzioni interne al collegio¹²⁰.

¹¹⁶ Cfr. S. PANIZZA, *L'Introduzione dell'opinione dissenziente*, cit., 72; F.J. EZQUIAGA GANUZAS, *El voto particular*, cit., 88; G. ROLLA, *Indirizzo politico*, cit., 142 e S.C. PANZA, A. REPOSO, *Le 'dissenting opinions' ancora alla ribalta*, in *Quad. cost.*, 1981, 597. Nelle parole del giudice del TC Xiol Ríos nella STC 31/2018, «nunca es agradable formular una opinión disidente. Representa la confesión pública de un fracaso en la capacidad de persuasión para conformar una opinión mayoritaria».

¹¹⁷ Già lo ricordava C. MORTATI, *Relazione illustrativa della proposta di emendamenti dell'art. 18 «Norme integrative»*, in A. ANZON, *L'opinione dissenziente*, cit., 395.

¹¹⁸ Ben lo sottolinea V. VARANO, *A proposito*, cit., 135, il quale ricorda come «[della *opinion of the Court* e] di ogni altra possibile opinione separata, vengono fatte circolare tutte le bozze: il principio è che ogni giudice deve esaminare tutto ciò che ogni altro giudice ha scritto. Tutta questa attività mira, come è facile intendere, ad allargare il consenso intorno alla iniziale maggioranza». Sulla stessa linea di pensiero anche T. MARTINES, *Motivazione delle sentenze costituzionali e crisi della certezza del diritto*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1994, 565, secondo cui «[...] anche se non è dato saperlo ufficialmente, tali opinioni possono influenzare la decisione (formalmente) collegiale della Corte, al punto tale da renderla, per molto ed evidenti aspetti, compromissoria».

¹¹⁹ Nella quale l'*opinion of the Court* e le eventuali *dissenting/concurring opinions* si compongono e scompongono in una vorticoso circolazione fisica, tra le stanze dei giudici, di diverse bozze di soluzioni maggioritarie (affidate al relatore) e soluzioni minoritarie contrapposte. Su tale procedimento (non formalizzato) di decisione, cfr. K. NADELMANN, *Il dissenso nelle decisioni giudiziarie*, cit., 39; A. ANZON, *Forma delle sentenze e voti particolari*, cit., 176 e B. WOODWARD, S. ARMSTRONG, *The Brethren. Inside the Supreme Court*, New York, Simon & Schuster, 1979.

¹²⁰ Cfr. R. BADER GINSBURG, *Lecture: The role of dissenting opinions*, in *95 Minn. Law Rev.* 1 (2010), 3. La stessa A. evidenzia *ibid.* come «sometimes a dissent is written, then buried by its

Per quanto attiene, invece, alla (possibile) incidenza su eventuali filoni giurisprudenziali futuri, è necessario evidenziare il profilo della continuità tra soluzioni già adottate e decisioni futuribili¹²¹.

In tale direzione, innanzitutto si renderebbe completamente pubblico il quadro dei diversi orientamenti presenti in seno alla Corte a proposito di una determinata problematica giuridica. Ne deriverebbe, pertanto, una possibile prevedibilità degli orientamenti futuri della Corte giudicante, quantomeno nella misura in cui è ragionevole credere il *revirement* giurisprudenziale (o anche solo una qualsiasi soluzione interpretativa) troverà un ideale aggancio in un *dissent* precedente, evitandosi bruschi (ed imprevisi) mutamenti di soluzioni consolidate, che sarebbero così sempre motivati.

In questo modo, l'opinione dissenziente entra a far parte della "memoria storica" della Corte al cui interno viene prodotta, rimanendo in ogni caso latente a fronte di possibili percorsi argomentativi e soluzioni future¹²².

In più, in un'ottica di leale cooperazione inter-istituzionale, l'organo legislativo potrebbe assumere la pronuncia di opinioni dissenzienti come indice di riferimento per eventuali interventi di carattere normativo, in una sinergia che – senza sconfinare in invasioni di campo – potrebbe anche essere benefica per la tenuta dell'intero ordinamento¹²³.

author. An entire volume is devoted to the unpublished separate opinions of Justice Louis Dembitz Brandeis. He would suppress his dissent if the majority made ameliorating alterations or, even when he gained no accommodations, if he thought the Court's opinion was of limited application and unlikely to cause real harm in future cases».

¹²¹ Secondo P. HÄBERLE, *El Estado constitucional*, Lima, UNAM, 2003, 63, «los votos particulares de los jueces constitucionales que sostienen interpretaciones alternativas pueden convertirse en una forma especial de anunciar y promover, e incluso de acelerar, la 'mutación constitucional'». Sull'opinione dissenziente come alternativa giurisprudenziale alla soluzione maggioritaria, ID., *Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Exposición y crítica*, in *Revista de Derecho de la Universidad de Granada*, 2, 1999, 14-15.

¹²² G. CÁMARA VILLAR, *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español*, cit., 24.

¹²³ Ipotesi di questo genere sono richiamate, in relazione all'ordinamento statunitense, da J.P. GREENBAUM, *Osservazioni sul ruolo delle opinioni dissenzienti nella giurisprudenza della Corte Suprema statunitense*, in A. ANZON, *L'opinione dissenziente*, cit., 186-187, il quale allude alle storiche pronunce *Chisholm v. Georgia* (1793) – superata dall'introduzione dell'Undicesimo Emendamento nel 1795 – e *Dred Scott v. Sandford* (1857) – ove si stabilì che le persone di colore non potevano essere considerate cittadini americani – marginata (almeno a livello teorico)

Come è stato acutamente osservato, 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»¹²⁴.

Tra gli esempi più recenti in questo senso, il più significativo è sicuramente quello legato al *Lilly Ledbetter case*. Nel dettaglio, la sig.ra Ledbetter – impiegata dal 1979 al 1998 presso la società Goodyear (produttrice di pneumatici ed oggetti in gomma) – iniziò, a seguito del suo pensionamento, una serie di azioni giudiziarie contro l'impresa presso cui aveva lavorato, allegando di essere stata discriminata per ragioni di sesso in ordine allo stipendio che le veniva mensilmente corrisposto (più basso, a parità di condizioni di lavoro, rispetto a quello dei colleghi uomini).

Nel 2007, la Corte Suprema rigettò definitivamente le pretese della ricorrente, poiché tali (presunte) discriminazioni erano state denunciate oltre il termine di 180 giorni imposto dal Titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964¹²⁵ e, in quanto tali, erano divenute oramai inesigibili.

Il Congresso degli Stati Uniti reagì attraverso l'implementazione *del Lilly Ledbetter Fair Pay Act 2009* – prima legge promulgata durante la Presidenza di B. Obama – in forza del quale tale termine sarebbe decorso *ex novo* ogniqualvolta, nel frattempo, fosse stato posto in essere un (ulteriore) atto discriminatorio.

Ai fini che qui interessano, è interessante notare come l'intero dibattito parlamentare per l'approvazione di tale legge si sia snodato a partire dalle feroci

dall'approvazione del Quattordicesimo e Quindicesimo Emendamento (1868 e 1870), rispettivamente in materia di eguale protezione di fronte alla legge e libero esercizio del diritto di voto.

¹²⁴ W.O. DOUGLAS, *Il «dissent»*, cit., 108-109. Secondo E.C. VOSS, *Dissent: Sign of a Healthy Court*, in 24 *Ariz. St. Law J.* 643 (1992), 653-654 «while most dissents are written in an effort to obtain subsequent judicial Rev., 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».

¹²⁵ U.S. Supreme Court, *Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co.*, 550 U.S. 618 (2007).

argomentazioni spese contro la sentenza dall'opinione dissenziente del giudice Bader Ginsburg¹²⁶, la quale, pur “soccumbente” in sede giudiziaria, è però risultata in sede legislativa vincente.

Del resto, quest'ultima aveva invocato in proposito l'intervento “correttivo” del potere legislativo, affermando che «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»¹²⁷.

Dopo aver ricostruito il quadro delle argomentazioni teorico-formali abitualmente contrapposte, sia a favore sia contro l'introduzione dell'opinione dissenziente, è necessario tracciare un primo affresco, soprattutto di carattere storico, rispetto alla manifestazione e pubblicizzazione del dissenso presso alcune delle più significative esperienze giurisdizionali negli ordinamenti di *common law* e *civil law*.

Come è già stato anticipato, il cuore del presente lavoro di tesi sarà dedicato alle specifiche esperienze di Spagna ed Italia, con particolare attenzione alla materia della giustizia costituzionale.

A tal proposito, infatti, è vero che la *dissenting opinion* attiene al modello della decisione giurisdizionale in senso lato. Tuttavia, da una parte, il ruolo del dissenso nelle controversie giudiziarie ordinarie presenta un forte aggancio con la questione decisa, funge da linea divisoria tra le argomentazioni delle parti processuali e può operare da sostegno per un'eventuale impugnazione nonché per l'instaurazione di un giudizio di responsabilità dei soggetti giudicanti, in una prospettiva che rischia di diventare fin troppo ristretta e quasi “personalistica”¹²⁸.

¹²⁶ Cfr. A. FELDMAN, *Empirical SCOTUS: The recent role of separate opinions*, in www.scotusblog.com, 13th November 2019.

¹²⁷ U.S. Supreme Court, *Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co.*, cit., 661.

¹²⁸ Cfr. S. PANIZZA, *L'introduzione dell'opinione dissenziente*, cit., 134.

In questo senso, pertanto, i fatti materiali di causa sembrano guidare la discussione sull'opportunità teorica dell'opinione dissenziente, potendo così viziare un ragionamento "strutturale" valido in termini generali.

Viceversa, tali elementi «perdono buona parte del loro rilievo nella prospettiva della giustizia costituzionale, dove gli aspetti di composizione ed organizzazione del collegio, uniti alla particolarità della giurisdizione esercitata, tendono a far attribuire un ruolo più oggettivo al dissenso espresso dal singolo componente [...] e a saggiarne la portata in un contesto ordinamentale che va, di norma, ben oltre la questione decisa»¹²⁹.

¹²⁹ *Ibid.*

CAPITOLO SECONDO

ORIGINI STORICHE ED EVOLUZIONE DEL DISSENSO GIUDIZIARIO IN PROSPETTIVA COMPARATA

SOMMARIO: 1. Le peculiarità del sistema anglo-britannico delle *seriatim opinions* – 1.1. Altri modelli di *common law*: Australia, Canada e Irlanda – 2. La *dissenting opinion* come innovazione istituzionale della Corte Suprema degli Stati Uniti d’America – 3. Una conquista progressiva: *Sondervotum* e *abweichende Meinung* nell’esperienza di giustizia costituzionale tedesca – 4. Tribunali internazionali e opinione dissenziente: alcuni spunti – 5. Note minime sul dissenso nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo – 6. Il (non) *dissent* presso la Corte di Giustizia dell’Unione europea ed il ruolo dell’Avvocato Generale.

1. Le peculiarità del sistema anglo-britannico delle *seriatim opinions*

L’origine delle modalità deliberative delle Corti anglo-britanniche rappresenta, come spesso accade con le vicende d’Oltremania, un’interessante eccezione rispetto agli schemi tradizionali e che, in ragione di alcuni passaggi fondamentali sulla diffusione dell’opinione dissenziente in altri ordinamenti – *in primis*, quello statunitense – merita di essere brevemente analizzata¹.

Dal punto di vista storico, un’esperienza forse precorritrice del sistema delle *seriatim opinions* britanniche è stata addirittura individuata nella *Lex Citandi*, Costituzione imperiale emanata da Teodosio II nel 426 d.C. (poi recepita nel *Codex Theodosianus* nel 438 d.C.) ed in forza della quale si stabilì che, a fronte della assoluta incertezza derivante dalla congerie di fonti del diritto romano all’epoca

¹ Un’ampia ricostruzione storica delle singolarità del diritto britannico nel panorama giuridico in C. MARTINELLI, *Diritto e diritti oltre la Manica. Perché gli inglesi amano tanto il loro sistema giuridico*, Bologna, Il Mulino, 2014.

vigenti, le *opiniones* rese dagli illustri giuristi Papiniano, Gaio, Ulpiano, Modestino e Paolo avrebbero costituito norme giuridiche vincolanti nella risoluzione delle controversie².

Orbene, il sistema giurisdizionale tradizionalmente vigente nel Regno Unito – nonché nelle colonie americane, fino al raggiungimento dell'indipendenza – era strutturato secondo un modello gerarchico al cui vertice erano collocati il *Privy Council* e la *House of Lords* nella sua “sezione giudicante”³. Altrettante Corti di non secondaria importanza – *Exchequer Chamber*, *Court of Common Pleas* e *King's* (o *Queen's*) *Bench* – inoltre, spesso operavano come giudici di ultima istanza⁴.

Come è noto, poi, le funzioni giudiziarie della Camera Alta nel Parlamento di Westminster sono venute meno con l'istituzione della *Supreme Court of the United Kingdom* ad opera del *Constitutional Reform Act* del 2005, il quale ha determinato un riassetto dell'intero sistema giurisdizionale britannico, in termini di organizzazione strutturale e articolazione delle corrispondenti competenze⁵.

Il primo (*rectius*, il *Judicial Committee* costituito al suo interno) deliberava a maggioranza dei suoi componenti, anche se la decisione, formalmente imputabile

² Cfr. J.M. AUSTIN, *The Law of Citations and Seriatim Opinions: Were the Ancient Romans and the early Supreme Court on the Right Track?*, in 31 *N. Ill. U. Law Rev.* 19 (2010), 21 ss., il quale identifica nella Legge delle Citazioni «quite possibly the first identification of the power of multiple viewpoints and rationales behind a decision».

³ Tale peculiarità – sopravvissuta fino all'entrata in funzione della *Supreme Court* nel 2009 – è sinteticamente spiegabile con le parole di U. MATTEI, *Il modello di Common Law*, 3^a ed., Torino, Giappichelli, 2010, 28 i quali ricordano come, riprendendosi l'immagine medievale del Parlamento quale Corte di giustizia, quest'ultimo «fu visto come quella Corte in cui si poteva porre rimedio, attraverso la *bill procedure*, a qualunque ingiustizia o problema (*mischief*) intorno al quale nulla poteva il normale corso della giustizia di *common law*. Ogni atto del Parlamento era a tutti gli effetti uguale ad un giudizio».

⁴ Cfr. K.M. ZO BELL, *L'espressione di giudizi separati nella Suprema Corte: storia della scissione della decisione giudiziaria*, in C. MORTATI, *Le opinioni dissenzienti*, cit., 63-71. Una ricostruzione sintetica ma completa del composito sistema giurisdizionale britannico è fatta da A. TORRE, *La giustizia costituzionale nel Regno Unito: caratteri, istituzioni, prospettive*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, vol. I, Padova, CEDAM, 2009, in particolare 353-358.

⁵ Cfr. A. TORRE, P. MARTINO, *La giurisprudenza della Corte Suprema del Regno Unito nel biennio 2009-2011*, in *Giur. cost.*, 5, 2011, 3961 ss. e A. TORRE, *La Corte Suprema del Regno Unito: la nuova forma di una vecchia idea*, in *Giornale di Storia costituzionale*, 11, 2006, 259 ss.

al Sovrano, veniva sempre resa – almeno sino al 1966⁶ – sotto forma di parere (o *advice*) unanime, trattandosi di un provvedimento regio unipersonale⁷.

La seconda, invece, pronunciava attraverso l'*Appellate Committee* le proprie deliberazioni *seriatim*, il che significa che «i giudici d'Inghilterra, in tutti i casi – tranne quelli ovvi – davano i propri pareri singolarmente [nonché oralmente], con i motivi e i precedenti cui le loro decisioni erano ispirate»⁸, secondo uno schema decisionale diffuso in tutte le Corti che applicavano la normativa di *common law*, (anche quelle presenti in territorio statunitense)⁹.

Ne deriva, pertanto, che la motivazione giudiziaria anglo-britannica non era un prodotto unitario – una sintesi *a posteriori* delle diverse posizioni maturate in Camera di consiglio – bensì una sommatoria delle opinioni individuali di ogni singolo giudice¹⁰.

L'unica eccezione al modello delle *seriatim opinions* (oltre a quella “strutturale” delle decisioni adottate dal *Privy Council*) era rappresentata dalle pronunce della *Court of Appeal* nelle cause penali ove, solo dietro autorizzazione del Presidente del Collegio, potevano essere pronunciate opinioni separate.

Questa possibilità era ammessa in quanto «the discomfiture of the unsuccessful appellant should not be aggravated by an overt division of opinion among the judges. To the criminal, punishment itself is bitter enough, without the

⁶ Cfr. V. VARANO, *A proposito*, cit., 134, nota 12: «fino al 1966, il *Privy Council* rendeva decisioni unanimi ed anonime: l'eccezione si spiega con l'origine del *Privy Council*, nato come organo consultivo della Corona piuttosto che come Corte, e quindi obbligato a renderle pareri non contraddittori».

⁷ Cfr. R. BADER GINSBURG, *Remarks*, cit., 135.

⁸ K.M. ZO BELL, *L'espressione di giudizi separati*, cit., 68.

⁹ Sulle tecniche deliberative e decisionali presso la Camera alta del Parlamento di Westminster, cfr. D. ROBERTSON, *Judicial Discretion in the House of Lords*, New York, Clarendon Press, 1998. Per un'analisi esaustiva della relativa giurisprudenza, cfr. L.J. BLOOM-COOPER, B. DICKSON, G. DREWRY, *The Judicial House of Lords: 1870-2009*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

¹⁰ Cfr. K.M. ZO BELL, *L'espressione di giudizi separati*, cit., 70, ove si afferma anche che «nelle cause trattate davanti alla *House of Lords*, i punti di vista di tutti coloro che partecipavano alla decisione potevano essere espressi all'interno, ma nessun giudice parlava per il Tribunale, e nemmeno per la maggioranza. Inoltre [...] le opinioni dei Lords non erano pubblicate e divulgate, al tempo della Rivoluzione». U. MATTEI, *Il modello di Common Law*, cit., 147, fa presente come «lo stile inglese [...] sia più congruente con la tradizione non positivista tipica del *common law*; i giudici separatamente collaboravano nell'intrapresa di scoprire il diritto, in quanto custodi di un patrimonio sapienziale, e non in quanto membri di una Corte organo ufficiale dello Stato».

salt of a favourable but impotent dissenting judgment being rubbed into the wound»¹¹.

Tale consolidata modalità di deliberazione, tuttavia, non era priva di numerose criticità, sia sul piano della conoscibilità, sia a livello organizzativo. Innanzitutto, non esisteva alcuna trascrizione che rendesse conto, in forma scritta, del *corpus* delle deliberazioni rese oralmente dai singoli componenti del Collegio: di conseguenza, l'esito dei giudizi rimaneva un segreto del tutto interno alla Sala d'udienza, almeno fino a quando alcuni tra i migliori avvocati del Regno – coinvolti come difensori nelle rispettive controversie – iniziarono ad annotare ufficiosamente (e per ragioni pratiche) le soluzioni volta a volta annunciate dai Giudici¹².

Solo nel 1609, il celebre *common lawyer* Edward Coke inizierà una scrupolosa attività di sistematizzazione della “giurisprudenza” inglese, poi plasmata magistralmente negli *English Reports*¹³, tutt'oggi uno dei testi-cardine della *British Constitution*¹⁴.

Inoltre, la stessa compilazione scritta delle opinioni giudiziarie non era in grado di sopperire al *deficit* rappresentato dall'assenza di una motivazione unitaria, la quale doveva invece essere ricostruita *ex post* attraverso un faticoso lavoro di intarsio tra le singole *opinions*.

In questo modo, infatti, la linearità o complessità della soluzione del caso concreto poteva variare a seconda delle sfumature concettuali che ogni giudice

¹¹ L. BLOOM-COOPER, G. DREWRY, *Final Appeal: a Study of the House of Lords in its judicial capacity*, Oxford, Clarendon Press, 1972, 81 (citato in V. VARANO, *A proposito*, cit., 134, nota 13 e R. BADER GINSBURG, *Remarks*, cit., 135).

¹² Sulla «natura non sistematica, ma storica, del diritto inglese» (F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico Inglese-Italiano*, Milano, Giuffrè, 1984, 31), si vedano le riflessioni di C. MARTINELLI, *I “legal historians” e la scienza giuridica britannica*, in A. TORRE (a cura di), *COMMON LAW. Protagonisti e Idee nella storia di un sistema giuridico (studi in memoria di Francesco de Franchis)*, Rimini, Maggioli, 2015, 203 ss. e U. MATTEI, *Common Law. Il diritto anglo-americano*, in R. SACCO (a cura di), *Trattato di diritto comparato*, Torino, UTET, 1992, 63 ss..

¹³ Cfr. M. TODD HENDERSON, *From ‘Seriatim’ to Consensus and Back Again*, cit., 7-8, il quale evidenzia anche che «the were no ‘official’ case reports until the late eighteenth century, and the regular practice of issuing official court reports of cases did not become regular until the mid-nineteenth century».

¹⁴ Ampiamente sul tema A. TORRE, *Interpretare la Costituzione britannica: itinerari culturali a confronto*, Torino, Giappichelli, 1997.

avesse ritenuto di formulare, con pregiudizio di quella certezza del diritto tanto più importante in un sistema imperniato sul principio dello *stare decisis*¹⁵.

Fu per tale ultima ragione, infatti, che William Murray, 1st Earl of Mansfield, decise (in modo rivoluzionario per l'epoca) di porre termine – una volta divenuto *Lord Chief Justice* del *King's Bench*, nel 1756 – ad una consolidata prassi plurisecolare, introducendo la previa deliberazione collegiale in Camera di consiglio e la successiva redazione di un'unica *opinion of the Court*¹⁶.

L'innovazione ebbe però vita breve, giacché nel 1788 il successore di Lord Mansfield, Lord Kenyon, impose che fosse reintrodotta il tradizionale metodo deliberativo delle *seriatim opinions*, che è rimasto in larga misura tale sino ai giorni nostri¹⁷.

In questo senso, pertanto, l'assenza di una motivazione unitaria della sentenza riflette innanzitutto l'esistenza di un modello processuale radicalmente distinto dall'impostazione "burocratica" di derivazione francese.

Per tale ragione, dunque, non è possibile discorrere, in senso stretto, di opinione dissenziente secondo i parametri sinora applicati, poiché non esiste un'opinione maggioritaria (imputabile all'organo collegiale) dalla quale uno o più giudici possano ritenere di doversi discostare¹⁸.

Ciò non toglie, tuttavia, che siffatta premessa è comunque necessaria per comprendere le origini della *dissenting opinion* nell'esperienza giudiziaria ad essa

¹⁵ Monograficamente sull'argomento (seppur nel sistema americano), U. MATTEI, *Stare decisis: il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano, Giuffrè, 1988.

¹⁶ Cfr. T.B. BENNETT, B. FRIEDMAN, A.D. MARTIN, S. NAVARRO SMELCER, *Divide & Concur: Separate Opinions & Legal Change*, in 103 *Cornell Law Rev.* 817 (2018), 828-829 e U. MATTEI, *Common Law. Il diritto anglo-americano*, cit., 74-75.

¹⁷ M. TODD HENDERSON, *From 'Seriatim' to Consensus and Back Again*, cit., 8-15.

¹⁸ Cfr. anche F.J. EZQUIAGA GANUZAS, *El voto particular*, cit., 69, il quale definisce la *seriatim opinion* «verdadero precedente de los actuales *dissents*, pero diferente por corresponder a un modelo de justicia muy alejado del actual». Ciò non ha impedito, tuttavia, che si sia iniziato comunque a parlare di *dissent* anche nel sistema inglese, in relazione al fatto che «normally, unanimity, a common standpoint, is reached, at least as far as the outcome of the case is concerned» (H.E.S. MATTILA, *Cross-references in Court Decisions: A Study in Comparative Legal Linguistics*, in 1 *Lapland Law Rev.* 96, 2011, 101).

maggiormente contigua, vale a dire quella americana, la quale nasce come un modello d’Oltreoceano di *common law* per poi evolvere verso un sistema “ibrido”¹⁹.

In quest’ultima, la configurazione di una *opinion of the Court* impersonale – tipica del sistema giuridico continentale – si unisce alla pubblicizzazione delle diverse posizioni dei componenti del Collegio giudicante, quale retaggio dell’esperienza inglese²⁰.

A titolo di ultima annotazione in argomento, si evidenzia come il ricordato venir meno delle funzioni giurisdizionali in capo alla Camera dei Lords e la conseguente devoluzione dell’ultimo grado di giudizio alla recentemente istituita Corte Suprema del Regno Unito abbia comportato un timido avvicinamento del sistema giudiziario britannico ai tradizionali modelli europei che, tuttavia, non ha del tutto scalfito le singolarità della *seriatim*.

In questo senso, sembra essersi ivi diffusa la prassi di “raggruppare” le decisioni a seconda della soluzione adottata in merito all’esito finale della controversia, evitando di produrre tante *opinions* (tra loro distinte) quanti sono i membri²¹.

In tal modo, il giudizio della Corte viene spesso reso da un unico componente del Collegio²², al quale i rimanenti – ove lo condividano – si associano, in tal modo introducendosi *de facto* anche nell’ordinamento britannico il meccanismo della *opinion of the Court*²³.

¹⁹ M. TODD HENDERSON, *From ‘Seriatim’ to Consensus*, cit., 7.

²⁰ Cfr. F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El Justice Oliver Wendell Holmes: “The great dissenter” de la Supreme Court*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 25, 2010, 129-130 (ripubblicato in ID., *La evolución*, cit., 1183-1221).

²¹ Cfr. DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, POLICY DEPARTMENT, CITIZENS’ RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Dissenting opinions in the Supreme Courts of the Member States*, 2012, 29.

²² Cfr. J. LEE, *The United Kingdom Supreme Court: A Study in Judicial Reform*, in E. GUINCHARD, M.P. GRANGER (a cura di), *The new EU Judiciary. An Analysis of current judicial reforms*, Wolters Kluwer, 2016, §4.05, che ricorda come su 75 decisioni rese dalla UKSC nel 2015-2016, 47 erano *single judgements* (62,67%), rispetto ai quali «other judges are listed as agreeing, rather than each individually issuing a short concurrence».

²³ Tra le prime pronunce rese in tal modo, si veda [2010] UKSC 45, *Manchester City Council (Respondent) v Pinnock (Appellant)*, laddove al §1 si afferma che «this is the judgment of the Court, to which all members have contributed».

Ciononostante, è vero anche che «in such cases either the judgments are all consistent with each other, in which case five separate opinions are not necessary, or they are not, in which case the Court would not have discharged its duty to clarify the law»²⁴.

Di conseguenza, parrebbe registrarsi una parziale assimilazione tra i sistemi di *common law* e *civil law* sul piano della tecnica redazionale delle sentenze, tant'è vero che, al giorno d'oggi, il concetto di *dissenting opinion* viene utilizzato anche nella formulazione letterale nelle sentenze britanniche per indicare coloro che si discostano dall'opinione poi risultata effettivamente maggioritaria²⁵.

1.1. Altri modelli di *common law*: Australia, Canada e Irlanda

Accanto al paradigma per eccellenza dei modelli di *common law*, esistono alcune esperienze (in parte) contigue, delle quali può essere tracciato un quadro riassuntivo attraverso l'indicazione di alcuni elementi specifici.

Nel descritto contesto, il sistema giudiziario australiano – al cui vertice si colloca la *High Court of Australia*, istituita con il *Judiciary Act* del 1903²⁶ –

²⁴ J. WILSON, *UKSC judgments: the case for a single, identifiable majority opinion*, in www.ukscblog.com, 25th March 2010. Cfr. anche LORD BINGHAM OF CORNHILL, *A personal perspective* (Oxford Institute of European and Comparative Law, 20th June 2008), il quale ricorda come «during the fourteen or so years during which I sat, on and off, in the civil division of the Court of Appeal the prevailing practice was that one member of the court (not always, but quite often, the president) would undertake (after, not before, the hearing) to write a leading judgment and the other members would feel entirely free to contribute a supplementary, or of course contradictory, judgment if they chose».

²⁵ Si vedano le riflessioni di LORD KERR OF TONAGHMORE, *Dissenting judgments – self-indulgence or self-sacrifice?*, 8th October 2012, disponibile in <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-121008.pdf>. Parimenti, la specificità del modello inglese emerge nel richiamo dottrinale alla modalità deliberativa dei *multiple judgements* (cfr. P. DARBYSHIRE, *The UK Supreme Court - is there anything left to think about?*, in 21(1) *European Journal of Current Legal Issues*, 2015, 3 ss., laddove viene criticata la storica tradizione che configura(va) il giudizio finale come commistione di singole distinte interpretazioni, in un sistema nel quale «the common law is a maze and not a motorway».

²⁶ Si ricordi, tuttavia, che «when the High Court was established, it was an intermediate court of appeal, at least in non-constitutional cases. It sat above the State Supreme Courts, but appeals were allowed from the High Court to the Judicial Committee of the Privy Council. The Judicial Committee consists of English Law Lords and select judges from British Commonwealth countries and sits in London. In practice, the High Court was the final court of appeal for most constitutional

contempla un modello deliberativo speculare a quello britannico e riassumibile nella prassi secondo cui ogni giudice della Corte Suprema predispose un modello di sentenza integrato con le proprie motivazioni, le quali verranno poi portate alla discussione di un Collegio che deciderà a maggioranza l'esito del giudizio, pur in assenza di una formale *opinion of the Court*²⁷.

Detta ultima considerazione rende conto, pertanto, di un organo giurisdizionale fortemente connotato in senso "individualistico", in termini ancor più penetranti rispetto al modello americano.

Si ricordino, a tal proposito, l'assenza di un meccanismo collegiale di *conferences* (tramite il quale si sogliono configurare convergenze e divergenze su dispositivo e contenuti) ed il forte tasso di discrezionalità nella determinazione della casistica appellabile, alla luce del *Judiciary Amendment Act* del 1984²⁸.

Nel merito, merita soprattutto attenzione il paradigma del cosiddetto «attitudinal model», vale a dire l'incidenza che può assumere l'interpretazione giurisdizionale a cavallo tra questioni politiche e profili di decisionismo "militante".

In questo senso, rilevano l'assenza di un *Bill of Rights*²⁹, il fatto che, per lungo tempo, la filosofia della *High Court* sia stata dominata dalla dottrina originalista dello *strict and complete legalism* (soprattutto grazie all'influenza di Owen Dixon, Giudice della Corte tra il 1929 ed il 1952 e poi *Chief Justice* fino al 1964) e, da

matters» (R. SMYTH, *The Role of Attitudinal, Institutional and Environmental Factors in Explaining Variations in the Dissent Rate on the High Court of Australia*, in 40(4) *Aust. J. Pol. Sci.* 519, 2005, 522). La "subordinazione" australiana al *Privy Council* – tradotta nella possibilità di impugnare davanti a quest'ultimo sentenze rese in patria – è venuta meno con l'adozione dell'*Australia Act* da parte del Parlamento britannico (in vigore dal 3 marzo 1986).

²⁷ *Ibid.*, nonché L. SCAFFARDI, *L'organizzazione e il funzionamento della «High Court of Australia»*, in P. COSTANZO, *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, cit., 736. Sull'opinione dissenziente "all'australiana", cfr. A. LYNCH, *Taking Delight in Being Contrary, Worried about Being a Loner or Simply Indifferent: How Do Judges Really Feel About Dissent*, in 32 *Fed. Law Rev.* 311 (2004) e ID., *Dissent: Towards a Methodology for Measuring Judicial Disagreement in The High Court of Australia*, in 24(1) *Sydney Law Rev.* 470 (2002), nonché R. SMYTH *Explaining Historical Dissent Rates in the High Court of Australia*, in 41(2) *Commonw. Comp. Politics* 83 (2003).

²⁸ Cfr. *Criteria for granting special leave to appeal* – 35A.

²⁹ Si veda J. ALLAN, *Why Australia Does Not Have, and Does Not Need, a National Bill of Rights*, in *Giornale di storia costituzionale*, 24/II, 2012, 35-45.

ultimo, l'omogeneità dei componenti della Corte Suprema in termini di provenienza dal mondo dell'avvocatura³⁰.

In relazione alla Corte Suprema canadese³¹, è stato sostenuto che essa si colloca, sul piano della tecnica decisoria, a metà strada tra gli opposti estremi dell'unanimità (fittizia, in quanto conseguenza della segretezza assoluta sulle ragioni della deliberazione) di matrice continentale e le *individual opinions* proprie del sistema di *common law*³².

In ordine alla previsione dell'opinione dissenziente, emerge soprattutto il dato secondo cui, nonostante il ricorso al *dissent* sia ben più contenuto rispetto a quello dell'omologa Corte statunitense, sono state registrate significative oscillazioni nell'ultimo quarantennio: si è infatti passati dal 10% dei dissensi nel 1980 ad oltre il 40% nel 2005³³.

Tale indice è spiegabile alla luce del significativo mutamento costituzionale sperimentato dal Canada nel corrispondente periodo storico. Con l'intervenuta "patriation" della Costituzione canadese (*Canada Act*) e la parallela approvazione di un vero e proprio *Bill of Rights (Constitution Act)* – entrambe avvenute nel 1982 – infatti, i poteri dell'organo parlamentare sono stati limitati in favore di una più

³⁰ Cfr. P.K. NARAYAN, R. SMYTH, *What Explains Dissent on the High Court of Australia - An Empirical Assessment Using a cointegration and Error Correction Approach*, in 4 *J. Empir. Leg. Stud.* 401 (2007), 402-403.

³¹ Una descrizione delle sue origini storiche in P. MCCORMICK, *Supreme at Last: The Evolution of the Supreme Court of Canada*, Toronto, Lorimer, 2000 e I. BUSHNELL, *The Captive Court: A study of the Supreme Court of Canada*, Buffalo-New York, McGill-Queen's University Press, 1992. Sul procedimento di selezione dei giudici della Corte Suprema ed i riflessi in termini di indipendenza, cfr. G. DELLEDONNE, *La designazione dei giudici della Corte suprema canadese: elementi d'insoddisfazione e tentativi di riforma*, in *Rivista di Diritti comparati*, 2, 2017 e M.A. SIMONELLI, *Does judicial appointment process matter? Il caso della Corte suprema canadese*, in *Federalismi.it*, 5, 2016.

³² P. MCCORMICK, *With Respect - Levels of Disagreement on the Lamer Court 1990-2000*, in 48 *McGill Law J.* 89 (2003), 94: «It generally follows what one might call the 'American model', where unanimity is desirable but not required and where judges can, at their discretion, either sign on to the reasons of a colleague or write their own». Sulle origini storiche del *dissent* canadese, cfr. C. L'HEUREUX-DUBÉ, *La pratique des opinions dissidentes au Canada*, cit., 2.

³³ D.R. SONGER, J. SZMER, S.W. JOHNSON, *Explaining Dissent on the Supreme Court of Canada*, in 44(2) *Canadian J. Pol. Sci.* 389 (2011), 392.

penetrante attività di *judicial Rev.*, a sua volta incardinata entro i confini di una Costituzione rigida e di un innovativo controllo di costituzionalità³⁴.

In tal contesto, è quindi facile immaginare che l'avvento formale di una Carta dei diritti fondamentali – per sua stessa natura, in continua evoluzione³⁵ – abbia certamente determinato un confronto particolarmente vivace (e non sempre univoco) su tematiche tradizionalmente foriere di dissenso in sede giudiziaria³⁶.

Da ultimo, l'ordinamento irlandese prevede(va) un modello che potremmo definire ibrido. A questo proposito, l'art. 34.4.5 della Costituzione – che si occupa del giudizio di questioni costituzionalmente rilevanti – disponeva in modo esplicito che «the decision of the Supreme Court on a question as to the validity of a law having regard to the provisions of this Constitution shall be pronounced by such one of the Judges of the Court as that Court shall direct, and no other opinion on such question, whether assenting or dissenting, shall be pronounced, nor shall the existence of any such other opinion be disclosed»³⁷.

³⁴ Sul tema, cfr. T. GROPPI, L. LUATTI, *La Corte Suprema del Canada, "custode della Costituzione": alcune considerazioni sulla sua composizione e sulla procedura di controllo di costituzionalità*, in *Pol. dir.*, 2, 1997, 215 ss. e R.J. SHARPE, *Il controllo di costituzionalità nell'ordinamento canadese: le tecniche più recenti*, in *Quad. cost.*, 1994, 291 ss.

³⁵ Sull'inquadramento del *Bill of Rights* nell'ordinamento giuridico canadese si veda, per una lettura anteriore alla sua introduzione, D.B. FOWLER, *The Canadian Bill of Rights-A Compromise between Parliamentary and Judicial Supremacy*, in 21(4) *Am. J. Comp. Law* 712 (1973) e B. LASKIN, *Canada's Bill of Rights: a dilemma for the Courts?*, in 11(2) *Int'l & Comp. Law Q.* 519 (1962). Un'analisi a seguito della sua entrata in vigore in N. FINKELSTEIN, *Laskin's Canadian constitutional law*, Toronto, Carswell, 1986, 991 ss.

³⁶ In tal senso, P. McCORMICK, *With Respect*, cit., 109-110 evidenziava l'esistenza di un maggior tasso di dissenso in materia di *Charter Law* rispetto ad altri settori, pronosticando come «it is only to be expected that *Charter* cases would provoke the highest levels of disagreement. For one thing, this is still largely uncharted territory, partly because new sections of the *Charter* are continually being explored by litigants and partly because many sets of *Charter* decisions expand the boundaries of constitutionally protected rights, thus raising the question of whether they permit further expansion. For another, these are frequently the issues (abortion, sexual orientation, hate speech, equality rights, child pornography) that are the most controversial and divisive».

³⁷ Per un ampio inquadramento del diritto costituzionale irlandese, cfr. G.F. FERRARI, J. O'DOWD (A CURA DI), *75 years of the Constitution of Ireland. An Irish-Italian Dialogue*, Dublin, Clarus Press, 2014 e J.M. KELLY, *The Irish Constitution*, Dublin, LexisNexis Butterworths, 2003.

Detta previsione – nota come *one-judgment rule* – introdotta con il Secondo emendamento (nel 1941) al testo costituzionale del 1937³⁸, è stata tuttavia abrogata in forza del Trentatreesimo emendamento al testo costituzionale (divenuto effettivo nell'ottobre 2014), con il quale è stato altresì creato l'organo giurisdizionale della *Court of Appeal*.

Ad oggi, la *one-judgment rule* permane unicamente nell'art. 26.2.2. Cost., applicabile qualora la questione di costituzionalità venga deferita alla *Supreme Court* da parte del Presidente della Repubblica in via "preventiva" (ovverosia prima della promulgazione)³⁹.

2. La *dissenting opinion* come innovazione istituzionale della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America

Approdando sull'altra sponda dell'Atlantico, nessun ordinamento giuridico moderno può dirsi maggiormente vincolato ed influenzato rispetto a quello degli Stati Uniti d'America dalla presenza dell'istituto della *dissenting opinion*, tanto in termini tecnico-giurisdizionali quanto a livello di ricadute politiche, istituzionali, financo socio-culturali.

³⁸ Sul tema anche P. PASSAGLIA, *Irish Judicial Rev. of Legislation. A comparative Perspective*, in G.F. FERRARI, J. O' DOWD, *75 years of the Constitution of Ireland*, cit., 26 ss. Già critico in proposito J.M. KELLY, *The Irish Constitution*, cit., 972, per il quale «while it must be conceded that this rule tends to produce certain definitiveness in the Supreme Court's pronouncements, this may well be a false consensus which masks the real differences in views on the part of the Court's members. The one-judgement rule may also tend to compel the judges to engage in a search for the lowest common denominator, often resulting in judgments containing very general statements». In termini analoghi anche B. WALSH (Giudice della Corte Suprema tra il 1961 ed il 1990), in J. CASEY, *Constitutional Law in Ireland*, London, Sweet & Maxwell, 1987, XII, per il quale «the obligatory concealment of the existence of assenting or dissenting opinions also seriously hampers the development of our constitutional jurisprudence».

³⁹ Un richiamo ai descritti profili in B. DICKSON, *The Irish Supreme Court. Historical and Comparative perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 119-121. Più estesamente sul tema, N. NI LOINSIGH, *Judicial dissent in Ireland: theory, practice and the constraints of the single opinion rule*, in *Irish Jurist*, 51, 2014, soprattutto 133 ss.

Sul piano storico e della strutturazione del sistema giudiziario, è possibile distinguere tre diversi momenti dell'esperienza deliberativa della *Supreme Court of the United States*.

Dall'inizio effettivo della sua attività giurisdizionale⁴⁰ sino all'avvento alla Presidenza di John Marshall nel 1801, la Corte deliberò secondo il tradizionale metodo britannico delle *seriatim opinions*, limitandosi a rendere note, in successione, le opinioni individuali dei diversi Giudici⁴¹.

L'avvio dell'era Marshall (1801-1835), come è noto, trasformò per sempre il volto del costituzionalismo – americano e non – aprendo, a partire da *Marbury v. Madison*⁴², ampi orizzonti al principio di rigidità costituzionale e, soprattutto, al conseguente controllo diffuso di costituzionalità delle norme di legge, da quel momento sotto-ordinate alla Costituzione (intesa quale Legge Fondamentale).

È qui possibile affermare che la rivoluzione giuridica scatenata dalla controversia costituzionale più celebre di tutti i tempi radica le sue origini in una visione della realtà assolutamente pragmatica e disincantata, volta a porre il neonato organo giudiziario della Nazione al centro della vita politica e sociale ed a conferire ad esso quella autorità e potere rispetto alle altre grandi istituzioni dello Stato di cui era allora sfornita⁴³.

In tale contesto, Marshall – pur non potendo fregiarsi di essere stato il primo in assoluto ad aver agito in tal senso⁴⁴ – ebbe il merito di sistematizzare in modo

⁴⁰ U.S. Supreme Court, *West v. Barnes*, 2 U.S. (2 Dall.) 401 (1791).

⁴¹ Ricorda K.M. ZO BELL, *L'espressione di giudizi separati*, cit., 71 che, in realtà, il primo caso da prendere in considerazione quale punto d'avvio della Corte dovrebbe essere *Georgia v. Brailsford*, 2 U.S. 402 (1792), nel quale vennero riportate per la prima volta le posizioni dei suoi singoli componenti. Sull'argomento anche F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La Judicial Rev. en la pre-Marshall Court*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 2011, 159-162.

⁴² U.S. Supreme Court, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁴³ Sul ruolo del potere giudiziario, cfr. A. HAMILTON, *Paper No. 78*, cit., 401-408.

⁴⁴ K.M. ZO BELL, *L'espressione di giudizi separati*, cit., 72, nota 39 richiama all'uopo *Brown v. Barry*, 3 U.S. (3 Dall.) 365 (1797), ove già si alludeva ad una pronuncia resa sotto forma di *opinion of the Court*. Un rinvio generico anche in F.J. EZQUIAGA GANUZAS, *El voto particular*, cit., 69. J.M. AUSTIN, *The Law of Citations*, cit., 27, allude addirittura alla prassi inaugurata da Edmund Pendleton, *Chief Justice* della Corte Suprema della Virginia tra il 1788 ed il 1803, il quale «did away with seriatim opinions, choosing for the judges to work in private before announcing a unified opinion», recependo così l'insegnamento britannico di Lord Mansfield.

definitivo⁴⁵ la prassi di rendere note le deliberazioni della Corte Suprema secondo la formula “continentale” della *opinion of the Court*, in forza della quale egli pronunciava le decisioni giudiziarie a nome dell’intera istituzione, senza che fossero però note le posizioni dei suoi componenti.

La dimensione “politica” del passaggio dalla *seriatim* all’opinione collettiva della Corte è quindi del tutto evidente⁴⁶ e che tale fosse il palcoscenico di riferimento lo dimostra la non celata ostilità – già alle origini del caso *Marbury* – tra lo stesso *Chief Justice* ed il Presidente federale Thomas Jefferson, il quale non risparmiò dure parole di disapprovazione (politicamente connotate) alla nuova prassi decisoria⁴⁷.

All’interno dell’epopea così descritta può, infine essere identificata una terza fase del *modus operandi* della Corte Suprema, consolidatosi sino ai giorni nostri, vale a dire quello della cristallizzazione – in calce alla soluzione “unitaria” dell’organo giurisdizionale – delle opinioni divergenti di alcuni suoi componenti.

In tale direzione, la prima *concurring opinion* è stata storicamente attribuita al giudice William Johnson in *Huidekoper’s Lessee v. Douglass* (1805)⁴⁸, mentre il

⁴⁵ A partire da U.S. Supreme Court, *Talbot v. Seeman*, 5 U.S. (1 Cranch) 1 (1801).

⁴⁶ Ben lo evidenzia M. TODD HENDERSON, *From ‘Seriatim’ to Consensus*, cit., 43 quando ricorda che «despite the long history of openness in the judicial process, Lord Mansfield instituted a change to unanimity in order to achieve greater legal control over the commercial law. Chief Justice Marshall seized upon this same power to increase the reach of the judiciary into new realms. This extension was not simply a greater centralization of power, but also an increase in establishment of broad norms and the enabling force behind modernity’s juridical monarchy».

⁴⁷ «Un giudizio viene cucito insieme alla meglio in camera di consiglio, forse con la maggioranza di uno, reso come fosse unanime, e con la silente acquiescenza dei membri pigri o timidi, da un astuto Presidente, che manipola la legge a suo piacimento, a seconda del suo modo di ragionare» (*Lettera a Thomas Ritchie*, 25 dicembre 1820, in P.L. FORD, *The Works of Thomas Jefferson*, New York-London, Putnam’s Sons, 1905, 175).

⁴⁸ U.S. Supreme Court, *Huidekoper’s Lessee v. Douglass*, 4 U.S. 392 (1805). Sull’importanza di Justice Johnson nella storia della Corte Suprema – ritenuta equiparabile a quella del *Chief Justice* Marshall – cfr. M. KOLSKY LEWIS, *Justice William Johnson and the History of Supreme Court Dissent*, in 83 *Georgetown Law J.* 2069 (1995), 2081-2082, secondo cui «had Johnson not initiated the practice of writing separately, the Court could have gone without a meaningful dissent during its first thirty-five years [...] Justice Johnson made it possible for later Justices to dissent by establishing, at an opportune time, the propriety of the dissent itself».

primo *dissent* in senso stretto parrebbe essere stato pronunciato da William Paterson nel caso *Simms & Wise v. Slacum* (1806)⁴⁹.

Sul punto, non è irrazionale sostenere come l'introduzione della *opinion of the Court* abbia rappresentato un'innovazione ben più rilevante per il sistema giudiziario statunitense di quanto non sia invece accaduto con il *dissent*. Ad una attenta lettura, infatti, quest'ultimo si configura come un'evoluzione della *seriatim*, ora incardinata in un contesto complessivo nel quale alla sequenza di singole opinioni si sostituisce una decisione imputabile alla Corte istituzionalmente considerata⁵⁰.

Al netto delle argomentazioni addotte a favore e contro l'opinione "non maggioritaria"⁵¹, occorre ricordare che, dal momento in cui, nel 1937, lo storico e biografo statunitense Burton Hendrick coniò la fortunata espressione del *dissenting Justice*⁵² – da intendersi come «the gentleman who differs, not only from the particular majority opinion, but from the spirit that informs it»⁵³ – la giurisprudenza della Corte Suprema ha iniziato ad essere interpretata (in un'ottica evidentemente retrospettiva, oggi ineludibile per avere un quadro completo delle sue evoluzioni interpretative) anche attraverso le opinioni di merito dei giudici rimasti in minoranza.

⁴⁹ U.S. Supreme Court, *Simms & Wise v. Slacum*, 7 U.S. 300 (1806).

⁵⁰ In realtà, l'intreccio tra *opinion of the Court* e opinione dissenziente giustifica anche la lettura secondo cui la decisione della Corte «appare dunque non come un atto unitario e impersonale imputato al collegio, ma piuttosto come il resoconto di una disputa tra dotti giureconsulti, in cui ciascuno ha e tiene ad avere una posizione personale distinta, se non contrapposta, a quella degli altri (A. ANZON, *La motivazione delle decisioni della Corte Suprema statunitense (struttura e stile)*, in A. RUGGERI, *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, cit., 53).

⁵¹ Nella dottrina statunitense, ineludibile è il richiamo alla ricostruzione storica di P.E. JACKSON, *Dissent in the Supreme Court. A Chronology*, Norman, University of Oklahoma Press, 1969. Recentemente, cfr. anche M. UROFSKY, *Dissent and the Supreme Court: Its Role in the Court's History and the Nation's Constitutional Dialogue*, New York, Vintage Books, 2015.

⁵² B. HENDRICK, *Bulwark of the Republic – A Biography of the Constitution*, Boston, Little, Brown and Company, 1937, 417.

⁵³ K.M. ZO BELL, *Division of Opinion in the Supreme Court. A History of Judicial Disintegration*, in 44 *Cornell Law Rev.* 186 (1959), 196.

In tal modo, si è venuta creando anche una sorta di “mitologia” del Giudice polemicamente irriducibile⁵⁴, nell’ambito della quale si possono ricordare gli ottocenteschi William Johnson e Benjamin Curtis⁵⁵, John Marshall Harlan e Oliver Wendell Holmes nel primo Novecento, per approdare ai più recenti John Paul Stevens e Antonin Scalia⁵⁶, nonché al contemporaneo Clarence Thomas⁵⁷.

In secondo luogo, lungo il corso della storia della *Supreme Court* è possibile individuare alcune cruciali *dissenting opinions* – soprattutto in materia di diritti e libertà fondamentali – la cui rilevanza (in forza di una lettura *ex post*) è equiparabile a quella delle sentenze che successivamente le avrebbero recepite (in modo più o meno esplicito), determinando importanti cambiamenti politici, istituzionali e socio-culturali⁵⁸.

In proposito, la più celebre è, senza ombra di dubbio, quella prodotta da Marshall Harlan⁵⁹ nel caso *Plessy v. Ferguson* (1896)⁶⁰, la cui sentenza «consacrò la dottrina del ‘separati ma uguali’, secondo la quale non era in contrasto col principio di uguaglianza previsto al Quattordicesimo Emendamento un trattamento

⁵⁴ Cfr. A. BARTH, *Prophets with Honor: Great Dissents and Great Dissenters in the Supreme Court*, New York, Knopf, 1974.

⁵⁵ Per un’analisi del suo dissenso nel caso *Dred Scott*, cfr. S.A. STREICHLER, *Justice Curtis’s dissent in the Dred Scott Case: an interpretive study*, in 24 *Hastings Const. Law Q.* 509 (1996-1997).

⁵⁶ Si veda, in tema, G.F. FERRARI, *Nino Scalia: analisi giurisprudenziale del pensiero di un giudice conservatore*, in *Giur. cost.*, 61-3, 2016, 1191-1216. Nella dottrina statunitense più recente, B.G. SLOCUM, F.J. MOOTZ, *Justice Scalia: Rhetoric and the Rule of Law*, Chicago-London, University of Chicago Press, 2019.

⁵⁷ Cfr. A. FELDMAN, *The dissenting-est Dissenters on the modern Court*, 26th February 2018 e ID., *King of Dissents*, 22nd June 2016, entrambi in www.empiricalscotus.com. Sulla *judicial philosophy* del Giudice di origine afroamericana, cfr. T. SANDEFUR, *Clarence Thomas’s jurisprudence unexplained*, in 4 *N.Y. Univ. J. Law Lib.* 535 (2009) e H.M. HOLZER, *The Supreme Court opinions of Clarence Thomas, 1991–2006: a conservative’s perspective*, Jefferson, McFarland & Co., 2007.

⁵⁸ Per un dettagliato riepilogo dei più celebri *dissent*, cfr. M. TUSHNET (a cura di), *I dissent. Great opposing opinions in landmark Supreme Court cases*, Boston, Beacon Press, 2008. Secondo A. MUSMANNO, *Dissenting Opinions*, in 6 *U. Kan. Law Rev.* 407 (1958), 408-409, «America would not be America without dissenting opinions. It is by constant and critical supervision that the leak in the roof is discovered, the break in the dam is revealed, the rent in the garment of justice is exposed».

⁵⁹ Da non confondere con l’omonimo nipote, anch’egli giudice della Corte Suprema tra il 1955 ed il 1971.

⁶⁰ U.S. Supreme Court, *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

che prevedesse sistemazioni distinte secondo la razza nel godimento di pubblici servizi»⁶¹.

In tale direzione, le celeberrime parole di (solitario) dissenso da questi pronunciate – «in view of the Constitution, in the eye of the law, there is in this country no superior, dominant, ruling class of citizens. There is no caste here. Our Constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens. In respect of civil rights, all citizens are equal before the law»⁶² – verranno integralmente recepite in *Brown v. Board of Education* (1954)⁶³, la quale, rovesciando il citato precedente, sancì (all'unanimità) l'incostituzionalità della segregazione razziale negli istituti scolastici americani.

Nello stesso orizzonte, si possono menzionare il *revirement* della giurisprudenza iper-liberista sancita da *Lochner v. New York* (1905)⁶⁴ ad opera di *West Coast Hotel Co. v. Parrish* (1937)⁶⁵ o il dissenso di Brandeis in *Olmstead v. United States* (1928), poi recepito in *Katz v. United States* (1967)⁶⁶.

Infine, in tema di protezione della collettività omosessuale, si ricordi il superamento della criminalizzazione di determinate tipologie di condotte sessuali, nel caso di specie tra persone dello stesso sesso (sodomia) – confermata in *Bowers v. Hardwick* (1986)⁶⁷ – da parte di *Lawrence v. Texas* (2003)⁶⁸, che determinò l'illegittimità della corrispondente legge texana per violazione del Quattordicesimo Emendamento. In quest'ultimo caso, peraltro, le linee fondamentali dell'opinione dissenziente di Stevens in *Bowers v. Hardwick* sono espressamente riprese nell'opinione sottoscritta dalla maggioranza in *Lawrence*.

⁶¹ J.P. GREENBAUM, *Osservazioni sul ruolo*, cit., 191-192.

⁶² U.S. Supreme Court, *Plessy v. Ferguson*, cit., 559.

⁶³ U.S. Supreme Court, *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

⁶⁴ Con le opinioni dissenzienti di Harlan (condivisa da White e Day) e Holmes.

⁶⁵ Diffusamente sulla predetta giurisprudenza S.G. TARROW, *Lochner versus New York: a political analysis*, in *Labor History*, 5(3), 1964, 277-312 e, di recente, D.E. BERNSTEIN, *Lochner v. New York: A Centennial Retrospective*, in 85(5) *Wash. U. Law. Q.* 1469 (2005), 1469-1528.

⁶⁶ U.S. Supreme Court, *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

⁶⁷ U.S. Supreme Court, *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

⁶⁸ U.S. Supreme Court, *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

Sul piano dell'evoluzione temporale del *dissent*, poi, è possibile individuare un'ulteriore scansione per periodi cronologici⁶⁹. Una fase iniziale può essere fatta correre dall'inizio della Presidenza di John Marshall sino agli albori del Ventesimo secolo.

Caratteristiche rilevanti di tale stagione sono la limitatezza quantitativa del *dissent* rispetto al totale delle opinioni espresse dalla Corte⁷⁰, il suo utilizzo da parte di un ridotto numero di giudici e, soprattutto, una concezione “filosofica” dell'opinione dissenziente che – rappresentando un'eccezione alla regola unanimitica della *opinion of the Court* – «tended to be particularly apologetic in tone, as dissenting Justices felt obligated to justify their deviation from the status quo»⁷¹.

Un'altra finestra temporale viene invece aperta dal pocanzi ricordato caso *Lochner*, a partire dal quale si registra una maggior diffusione delle opinioni dissenzienti ed un mutamento della loro impostazione concettuale: in particolare, la *dissenting opinion* diviene uno strumento per evidenziare in modo sempre più proattivo differenze ideologiche rispetto alla soluzione maggioritaria⁷².

Tra le ragioni di siffatto scostamento sono state evidenziate soprattutto la normalizzazione della prassi del *dissent* – favorita da un'esperienza ormai secolare – ed il raggiunto consolidamento della Corte Suprema quale attore istituzionale essenziale nell'equilibrio tra i poteri, il che determinò che «the Justices of 1905

⁶⁹ Cfr. K.M. ZO BELL, *L'espressione di giudizi separati*, cit., 76 ss. nonché l'anonimo *Note: from consensus to collegiality: the origins of the “respectful” dissent*, in 124 *Harv. Law Rev.* 1305 (2011), 1306 ss.

⁷⁰ Cfr. le risultanze statistiche in E.A. EVANS, *The Dissenting Opinion-Its Use and Abuse*, in 3 *Mo. Law Rev.* (1938), 138-141, in ordine alle pronunce emesse tra il 1789 ed il 1928. Sinteticamente, emergono percentuali di *dissent/concurring* del 15,83% (1789-1879), del 13,52% (1880-1902) e del 16,2% (1903-1928), riconducibili soprattutto – dal *greatest* al *lowest dissenter* – a Douglass White, Marshall Harlan, Field, Brewer, Holmes, Brandeis, Miller, McReynolds, Bradley, Clifford. Su quest'ultimo profilo, cfr. F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El Justice Oliver Wendell Holmes*, cit., 141-142.

⁷¹ *Note: from consensus*, cit., 1308.

⁷² Con particolare attenzione all'esperienza della Corte Taft (1921-1930), cfr. l'amplessima analisi di R. POST, *The Supreme Court Opinion as Institutional Practice: Dissent, Legal Scholarship, and Decision-making in the Taft Court*, in 85 *Minn. Law Rev.* 1267 (2001). Nella dottrina italiana, A. ZORZI GIUSTINIANI (a cura di), *Diritti fondamentali e interessi costituiti: W.H. Taft Presidente della Corte suprema degli Stati Uniti (1921-1930)*, Milano, Giuffrè, 2006.

were not tepidly defining institutional practice when they bucked unanimity to register dissent, as they once had been. Rather, they were conforming to a well-established convention of dissenting»⁷³.

Successivamente, una terza fase del dissenso in seno alla Corte Suprema è stata inaugurata a partire dai primi anni Quaranta del Ventesimo secolo⁷⁴. Nel dettaglio, a far data dal 1942 si assistette ad un irrobustimento delle tendenze manifestatesi nel corso della stagione precedente, con un aumento esponenziale dei *dissents* sul piano quantitativo⁷⁵ ed un quadro argomentativo sempre più ampio e ragionato, quando non apertamente belligerante nei confronti dell'esito maggioritario delle sentenze⁷⁶.

Al fine di poter spiegare il descritto mutamento di tendenza – sotto certi aspetti, più significativo rispetto al passaggio dalla prima alla seconda delle epoche descritte – è necessario fare riferimento ai seguenti profili.

Sul piano della composizione della Corte, è stato ricordato che, durante la Presidenza di Harlan Fiske Stone (1941-1946), la stessa «had an extremely low

⁷³ R. POST, *The Supreme Court Opinion*, cit., 1312.

⁷⁴ In termini meramente convenzionali, si è voluta assumere quale data di svolta il 29 marzo 1937, giorno in cui la Corte Suprema pubblicò la celebre sentenza *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, che determinò un'inversione di tendenza nell'interpretazione delle misure economico-sociali implementate dall'amministrazione guidata da F.D. Roosevelt. Scorrendo i dati forniti da J.P. GREENBAUM, *Osservazioni sul ruolo*, cit., 196, infatti, la percentuale di dissenso oscilla – nei singoli anni indicati tra parentesi – dal 27,06% al 33,56% (1937-1938), per calare leggermente nel biennio successivo e aumentare nuovamente dal 36,42% al 43,86% (1941-1942) e dal 43,86% al 58,39% (1942-1943), stabilizzandosi poi in modo costante ben oltre il 50% dei casi. Analogamente per E.C. VOSS, *Dissent Sign of a Healthy Court*, cit., 661, «in just four or five short years, the average of 12% dissents per year elevated to almost 34% in 1938, over 36% in 1941, and over 58% in 1943. After that, the Court never looked back». Per un'analisi dettagliata (anno per anno) del dissenso, si vedano le apposite sezioni contenute nella *Harvard Law Rev.*

⁷⁵ Cfr. M. TODD HENDERSON, *From 'Seriatim' to Consensus*, cit., 38-39: «The last 50 years of Supreme Court history since the time of Chief Justice Stone has been characterized by a proliferation of dissents. During the first 140 years of Court history dissents appeared in less than seven percent of cases; since that time there have been dissenting opinions in over half of all opinions issued by the Supreme Court».

⁷⁶ *Ivi*, 38, nota 198: «Not only has the number of dissents increased but so has the vitriol. When justices did dissent during the Marshall Court, they did so reluctantly and apologetically. This was in part due to the collegial atmosphere that existed in the 'boardinghouse Court' [...] This type of name calling and hyperbolic rhetoric is a far cry from the day when justices rarely had the courage to dissent, and when they did, the guilty feelings compelled them to apologize publicly».

level of judicial service at any level»⁷⁷, e che, durante le presidenze degli Stati Uniti di Franklin Delano Roosevelt (1933-1945) e Harry Truman (1945-1953), i criteri di nomina furono orientati più dalla volontà politica di individuare soggetti che condividessero una visione “democratico-rooseveltiana” del sistema federale e, soprattutto, dei meccanismi di regolazione economica del mercato e della società⁷⁸ che non, invece, dal desiderio di dar corso ad una filosofia giurisprudenziale omogenea su questioni di più ampio respiro costituzionale⁷⁹.

A livello strettamente positivo, invece, l’approvazione del *Judiciary Act* nel 1925⁸⁰ determinò uno snellimento del carico di lavoro del più alto organo giurisdizionale statunitense, grazie all’introduzione della “regola aurea” della *rule of four*, secondo la quale la Corte è tenuta a giudicare sulle richieste di *certiorari* unicamente nel caso in cui almeno quattro giudici del Collegio ne facciano richiesta⁸¹.

In questo modo, pertanto, l’enorme discrezionalità rimessa alla Corte fece sì che essa preferisse selezionare solo i casi maggiormente complessi e pregni di conseguenze giuridiche rilevanti⁸², secondo uno schema che lega in modo

⁷⁷ T.G. WALKER, L. EPSTEIN, W.J. DIXON, *On the Mysterious Demise of Consensual Norms in the United States Supreme Court*, in 50 *J. Politics* 361 (1988), 374, nota 20.

⁷⁸ In risposta alla stagione della Corte Suprema presieduta da Hughes (1930-1941), particolarmente combattiva nei confronti della legislazione di implementazione del *New Deal*. In argomento, cfr. L. KALMAN, *The Constitution, the Supreme Court and the New Deal*, in 110(4) *Am. Hist. Rev.* 1052 (2005).

⁷⁹ *Note: from consensus*, cit., 1313-1314.

⁸⁰ In proposito, ricorda R. POST, *The Supreme Court Opinion as Institutional Practice*, cit., 1272, come «it was Taft who conceived and pushed through Congress the Judiciary Act of February 13, 1925, which ‘cut... to the bone’ the mandatory appellate jurisdiction of the Supreme Court, substituting therefore discretionary Rev. by writs of certiorari». Si tenga tuttavia presente la posizione mediana dello stesso Taft in materia di dissenso, secondo cui «important questions of law should not be broken anymore than we can help by dissents» (cit. in W.F. MURPHY, *Elements of Judicial Strategy*, Chicago-London, University of Chicago Press, 1964, 47).

⁸¹ Cfr. J.M. LEIMAN, *The Rule of Four*, in 57(7) *Col. Law Rev.* 975 (1957).

⁸² Per B.L. BARTELS, *The Sources and Consequences of Polarization in the U.S. Supreme Court*, in J.A. THURBER, A. YOSHINAKA, *American Gridlock: The Sources, Character, and Impact of Political Polarization*, New York, Cambridge University Press, 2015, 197, «underlying the Court’s selection of the cases it will hear and decide on (at the certiorari stage) are two basic sub-agendas: (1) the *volitional agenda*, which contains the hot button legal-political issues that are highly salient to the justices and that allow justices to pursue their policy goals; and (2) the *exigent agenda*, which contains cases on which the Court must settle legal questions, resolve lower court splits, and

direttamente proporzionale il grado di discrezionalità nell'individuazione delle fattispecie ed il tasso di dissenso⁸³.

Inoltre, è stata sottolineata l'importanza di ulteriori fattori, quali l'affermazione della filosofia del *legal realism*⁸⁴ – dovuta soprattutto all'influenza di Holmes – ed alla nomina di tre accademici di assoluto prestigio (William Orville Douglas, Felix Frankfurter ed il citato Fiske Stone).

Tornando ora alla scansione temporale, si identifica un'ulteriore stagione a partire dal 1957, con il progressivo affermarsi della consuetudine di dissentire *respectfully*.

In breve dettaglio, prendendo le mosse dalla “rivoluzione costituzionale” inaugurata dalla *Warren Court* (1953-1969)⁸⁵ si assiste alla necessità – quando non al dovere – di dare risposte soddisfacenti a questioni particolarmente scottanti sul piano delle libertà fondamentali e dei diritti della persona⁸⁶.

In tale scenario, da un lato è avvertita la necessità di mantenere uno stretto contatto con le sempre più diffuse sensibilità presenti all'interno del corpo sociale; dall'altro si percepisce l'esigenza di preservare quella neutralità istituzionale e quel prestigio così faticosamente acquisiti dalla Corte in un periodo di quasi due secoli, giacché «for an individual Justice to 'respectfully dissent' from his peers is to

therefore manage the judicial hierarchy by giving clear signals to the lower courts and performing basic functions of institutional maintenance».

⁸³ Cfr. M. HALL, *Docket Control as an Influence on Judicial Voting*, in 10 *Justice System Journal* 243 (1985) e S. HALPERN, K. VINES, *Institutional Disunity, the Judge's Bill and the Role of the U.S. Supreme Court*, in 30 *West. Political Q.* 471 (1977). Nella recente dottrina italiana, un'ampia ricostruzione sulle tecniche di selezione delle controversie in F. FERRARIS, «*Rationing Justice*». *La selezione dei ricorsi nelle Corti supreme di Stati Uniti e Italia*, Torino, Giappichelli, 2015, 33-147.

⁸⁴ «[...] o lo que es igual, de un abandono de la búsqueda del significado auténtico de la normas constitucionales y su sustitución por el acomodo de los principios constitucionales a las necesidades sociales y a los valores mutantes de cada momento histórico» (F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El Justice Oliver Wendell Holmes*, cit., 149).

⁸⁵ M.J. HORWITZ, *The Warren Court and The Pursuit Of Justice*, in 50 *Wash. & Lee Law Rev.* 5 (1993), 5.

⁸⁶ Una ricostruzione sistematica dei casi più significativi della Corte Warren in R.W. GALLOWAY JR., *Third Period of the Warren Court: Liberal Dominance (1962-1969). The Supreme Court History Project: The Warren Court 1962-1969*, in 20 *Santa Clara Law Rev.* 773 (1980).

reinforce the view of the Court as an impartial and professional adjudicative body capable of exercising neither Force nor Will, but merely judgment»⁸⁷.

Da ultimo, l'esperienza della Corte presieduta da John Roberts – inaugurata nel 2005 – ha dimostrato la necessità di dover fare i conti con un Collegio sempre più ideologicamente polarizzato verso le ali estreme delle ideologie giudiziarie presenti in seno alla Corte, in ragione del venir meno, all'indomani delle dimissioni di *Justice* Kennedy (effettive dal 31 luglio 2018)⁸⁸, della tradizionale figura equilibratrice del *swing voter*.

Si definisce *swing vote* il voto di quel Giudice che non è *a priori* inquadrabile entro una determinata opzione ideologica: in tal senso, se pure è vero che qualsiasi giurista che entri a far parte della Corte Suprema porta con sé un proprio bagaglio di impostazioni giuridico-filosofiche, è vero anche che quello stesso Giudice potrebbe non essere del tutto “allineato” all'opzione politico-ideologica in forza della quale è stato presumibilmente nominato dal Presidente degli Stati Uniti (comunque mantenendosi entro i confini dell'ideologia “di partenza”), così come potrebbe accadere che assuma posizioni progressivamente sempre più moderate nel corso della sua permanenza presso la Corte⁸⁹.

In tale direzione, le ragioni che avevano condotto alla ricerca di una logica per certi aspetti “compromissoria” del *respectful dissent* sembrerebbe essere progressivamente sfumata, in un'epoca storica nella quale i fortissimi contrasti a livello politico-istituzionale rischiano di riverberarsi sull'attività della Corte stessa ed i meccanismi del suo funzionamento⁹⁰.

⁸⁷ *Note: from consensus*, cit., 1320.

⁸⁸ Cfr. D. ZECCA, *Le dimissioni di Justice Kennedy e il consolidamento di una maggioranza conservatrice in seno alla Corte Suprema*, in *DPCE Online*, 6 settembre 2018 e G. ARAVANTINOU LEONIDI, *La svolta conservatrice della Corte Suprema. Verso una rottura del sistema dei Checks and Balances?*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2, 2018.

⁸⁹ Cfr. *Note. Getting Back to Basics: Recognizing and Understanding the Swing Voter on the Supreme Court of the United States*, in 101 *Minn. Law Rev.* 1247 (2017) e P.K. ENNS, P.C. WOHLFARTH, *The Swing Justice*, in 75(4) *J. Politics* 1089 (2013).

⁹⁰ All'uopo, B.L. BARTELS, *The Sources and Consequences*, cit., 202 è stato (purtroppo) saggio profeta, quando ha affermato che «if either Justice Kennedy or a justice who is ideologically incongruent with the sitting President should die or retire, we will likely witness the most politically cantankerous appointment and confirmation process in history. I refer to this as the “blockbuster

In via uguale e contraria, infatti, «although opinions are still issued as an ‘opinion of the court’ and separate opinions are merely concurrences or dissents, the practical effect has been a change back to writing separately – back nearly to the tradition of *seriatim*»⁹¹.

Pertanto, non sembra implausibile sostenere che il ruolo del *Chief Justice* Roberts potrebbe diventare decisivo, tanto a livello di mediazione tra le contrapposte ideologie *conservative* e *liberal* quanto attraverso una (meno percepibile) attività di scrupolosa salvaguardia del ruolo istituzionale della Corte nel rapporto con i restanti poteri dello Stato⁹² ed un’opinione pubblica sempre più consapevole della importanza decisiva della *Supreme Court* nella configurazione dei vari aspetti della vita sociale e politica della Federazione.

In tale contesto, peraltro, si tratterà anche di comprendere fino a che punto la giurisprudenza della Corte sarà influenzata dal sentire sociale o, viceversa, potrà determinare mutamenti nell’adozione di decisioni politiche⁹³, presidiando costantemente i risultati della cartina di tornasole costituita dalla *dissenting opinion*.

3. Una conquista progressiva: *Sondervotum* e *abweichende Meinung* nell’esperienza di giustizia costituzionale tedesca

L’accoglimento dell’istituto dell’opinione dissenziente nell’ordinamento giuridico tedesco riflette, in certo modo, la storia costituzionale della Germania e le sue

scenario”. If such a scenario occurred, the President would have the opportunity to create the first ideologically reliable/homogenous majority coalition since the liberal coalition on the Warren Court of the 1960s». In tal senso, infatti, deve essere interpretata la *narrow confirmation* di Brett Kavanaugh (50 voti contro 48) da parte del Senato il 6 ottobre 2018. Sul travagliato procedimento di nomina di Kavanaugh, cfr. R. MARCUS, *Supreme Ambition: Brett Kavanaugh and the Conservative Takeover*, New York, Simon & Schuster, 2019.

⁹¹ M. TODD HENDERSON, *From ‘Seriatim’ to Consensus*, cit., 39.

⁹² Sul punto, sia consentito rinviare a D. CAMONI, *Is the proof (of speech freedom) in the cake? Forme e limiti della libertà di espressione nella recente giurisprudenza statunitense e britannica*, in *DPCE online*, 2, 2019, 1089-1091.

⁹³ Tale profilo ha trovato significativo riconoscimento soprattutto nella dottrina statunitense della *demosprudence*. Per un’ampia ricostruzione sul tema, cfr. L. GUINIER, *The Supreme Court 2007 term foreword: demosprudence through dissent*, in 122 *Harv. Law Rev.* 6 (2008).

alterne vicende istituzionali: in tal senso, infatti, detta acquisizione si è dimostrata discussa, travagliata, ed è stata, infine, progressivamente razionalizzata⁹⁴.

Sul piano delle vicissitudini temporali, si è soliti individuare una prima stagione di antecedenti del moderno *Sondervotum* nel *Deliberationsprotokoll* di cui al *Landesordnung* bavarese del 1491, nonché nell'ordinanza adottata dalla *Reichskammergericht* imperiale il 17 maggio 1654 e nella Costituzione del Württemberg del 25 settembre 1819⁹⁵.

Al contempo, è degno d'interesse notare come, all'interno del poliedrico scacchiere preunitario di Stati, Regni e Principati germanici, esistesse un duplice sistema deliberativo a carico degli organi giudiziari: «uno imperniato sull'assoluta segretezza delle deliberazione, come in Prussia, un altro consistente nella segretezza dei verbali che registravano la deliberazione e la votazione, come nel Württemberg»⁹⁶.

Un iniziale tentativo di introduzione generalizzata dell'istituto fu quello incardinato, nel 1875, presso la Commissione Giustizia del *Reichstag* chiamato ad adottare la nuova legge sull'organizzazione giudiziaria, all'indomani dell'unificazione tedesca sotto lo scettro di Guglielmo I.

L'opzione venne tuttavia rigettata, adducendosi il rischio di una menomazione della *auctoritas* delle Corti giudicanti e del principio di collegialità: infatti, si affermò al riguardo che compito dei giudici era quello «di creare diritto

⁹⁴ Cfr. K.M. MILLGRAM, *Separate opinions und Sondervotum in der Rechtsprechung des Supreme Court of the United States und Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, 1985.

⁹⁵ Un'ampia ricostruzione storica dell'istituto nell'epoca descritta in J. FEDERER, *Die Bekanntgabe der abweichenden Meinung des überstimmten Richters*, in *Juristen Zeitung*, 15-16, 1968, 512-517 e W. HEYDE, *Das Minderheitsvotum des überstimmten Richters. Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht*, Bielefeld, Giesecking, 1966. Si veda anche F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La recepción del Sondervotum en Alemania*, cit., 16-20. Parallelamente, un'analisi stimolante sui prodromi del sistema di giustizia costituzionale nell'ordinamento tedesco può essere letta in J. LUTHER, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Torino, Giappichelli, 1990, 59 ss.

⁹⁶ K. NADELMANN, *Il «dissenso»*, cit., 49, il quale ricorda anche che, tuttavia «in alcuni Stati tedeschi, pur vigendo il sistema dell'assoluta segretezza, il giudice aveva la facoltà di allegare un dissenso scritto a quella parte degli atti giudiziari che non era accessibile al pubblico. Ciò era consentito in Prussia, dove una tale regola processuale serviva a tutelare i dissenzienti nell'ipotesi che fosse promossa un'azione contro l'intera Corte, sostenendo l'illegittimità del giudizio».

nel singolo caso e di mantenere salda l'autorità della legge, non quella di dare adito a discussioni scientifiche su problemi di diritto»⁹⁷.

Nonostante l'esito negativo della proposta, tuttavia, la teorizzazione dell'opinione dissenziente iniziò a farsi strada a anche livello istituzionale, aprendo il cammino ad un'esperienza oltremodo interessante (peraltro, da quel momento ciclicamente replicata, sino ad approdare ai più recenti sviluppi del *Bundesverfassungsgericht*, come plasmato dal *Grundgesetz* del 1949) e che presenta un suggestivo punto di contatto con le descritte vicende statunitensi.

Se, infatti, presso la *Supreme Court* tanto l'introduzione della deliberazione unitaria (ad opera di Marshall) quanto la configurazione del *dissent* – inteso quale nuova veste della *seriatim* di britannica memoria – erano sorte al di fuori di qualsiasi regolamentazione di diritto positivo, allo stesso modo il *Reichsgericht* decise di dotarsi del predetto istituto, nel 1880, attraverso il proprio regolamento interno. A quest'ultima esperienza seguirà, all'indomani della Seconda Guerra mondiale, l'esempio “regionale” della Corte costituzionale della Baviera⁹⁸.

In tale direzione, peraltro, soprattutto il primo decennio di storia costituzionale successivo alla caduta del regime nazista è denso di numerose suggestioni che, lette in modo tra loro incrociato, rappresentano le fondamenta del dissenso giudiziario in Germania.

Il 14 dicembre 1949, infatti, alcuni parlamentari del Partito Socialdemocratico tedesco (SPD) presentarono un disegno di legge volto all'introduzione del *Sondervotum* a livello federale.

La proposta venne respinta – adducendosi le medesime argomentazioni già impiegate in sede parlamentare nel 1875 – e neanche una soluzione di compromesso presso il *Bundesrat* (pubblicazione anonima del dissenso) fu accolta favorevolmente⁹⁹.

⁹⁷ *Ivi*, 50, nota 102.

⁹⁸ F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La recepción del Sondervotum*, cit., 18 e K. NADELMANN, *Il «dissenso»*, cit., 50.

⁹⁹ Cfr. K.H. NADELMANN, *Non-Disclosure of Dissents in Constitutional Courts: Italy and West Germany*, in 13 *Am. J. Comp. Law* 268 (1964), 271. Come ricorda C. PESTALOZZA,

Ciononostante, il testo della prima legge sul funzionamento della Corte costituzionale federale (*BVerfGG*), adottato il 12 marzo 1951, nulla disponeva esplicitamente in proposito. Detto risultato venne così interpretato da autorevole (seppur minoritaria) dottrina come assenza di una specifica proibizione in proposito¹⁰⁰, sebbene la proposta normativa volta ad una pubblicizzazione del dissenso fosse stata respinta¹⁰¹.

Di lì a poco, il 17 agosto 1956 il *BVerfG* dichiarava l'illegittimità costituzionale del Partito comunista tedesco (KPD) per contrasto con l'art. 21.2 GG, secondo cui «i partiti, che per le loro finalità o per il comportamento dei loro aderenti si prefiggono di danneggiare od eliminare l'ordinamento fondamentale democratico e liberale, o di minacciare l'esistenza della Repubblica federale tedesca, sono incostituzionali. Sulla questione d'incostituzionalità decide il Tribunale costituzionale federale»¹⁰².

Il giudice costituzionale nulla dispose, tuttavia, in merito allo *status* dei parlamentari comunisti in carica al momento della declaratoria di incostituzionalità (nel presente caso, eletti presso il *Landtag* dello Stato di Brema e lo *Stadtrat* della città omonima). Pertanto, avrebbero costoro avuto diritto di continuare o meno a sedere presso le rispettive Assemblee rappresentative oppure lo scioglimento coattivo del KPD ne determinava una decadenza automatica?

La questione fu rimessa al *Bremische Staatsgerichtshof* (Corte costituzionale regionale), il quale – con sentenza del 5 gennaio 1957 – adottò due differenti

Verfassungsprozessrecht (Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder), München, C.H. Beck, 1991, 413, la prassi degli *anonymer Sondervoten* si era però già diffusa presso il *Bayerischer Verfassungsgerichtshof*.

¹⁰⁰ Cfr. K.H. NADELMANN, *Non-Disclosure of Dissents in Constitutional Courts*, cit., 271, con riferimento a W. GEIGER, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Kommentar)*, Berlin-Frankfurt, 1952.

¹⁰¹ Un richiamo alle motivazioni in A. VON MEHREN, *The Judicial Process: A Comparative Analysis*, in 5 *Am. J. Comp. Law* 197 (1956), 208.

¹⁰² La presente traduzione è reperibile in P. BISCARETTI DI RUFFÌA (a cura di), *Costituzioni straniere contemporanee*, I, Milano, Giuffrè, 6^a ed., 1994, 206. Richiami alla giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco in materia in A. GATTI, *Il Parteiverbot e la nuova incostituzionalità a geometria variabile nell'ordinamento tedesco*, in *Rivista AIC*, 3, 2017 e A. ZEI, *La nuova giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht sull'incostituzionalità dei partiti politici: a volte la democrazia non si difende*, in *Nomos*, 1, 2017, 1-13.

soluzioni. In relazione ai parlamentari eletti a livello del *Land*, statuì che l'illegittimità del partito di appartenenza si riverberava sulla loro condizione personale, fermo restando che la perdita effettiva dello *status* di parlamentare era subordinata ad un'espressa dichiarazione del Parlamento regionale in sede di verifica dei poteri.

Viceversa, i consiglieri comunali eletti nelle fila del KPD avevano diritto di continuare a sedere nello *Stadtrat* (Consiglio comunale), giacché la pronuncia del *BVerfG* non andava a colpire la corrispondente legge municipale del 22 aprile 1955, la quale era illegittima nella parte in cui prevedeva la decadenza dei rappresentanti di una formazione politica *medio tempore* dichiarata incostituzionale¹⁰³.

Orbene, nonostante il Regolamento della Corte costituzionale di Brema prevedesse la possibilità, per il giudice dissenziente, di esprimere la propria contrarietà alla soluzione maggioritaria, senza che però la stessa potesse essere divulgata, nella controversia sopra descritta si registrò la pubblicazione (formalmente non prevista) di due *dissents*, ciascuno dei quali sottoscritto da tre giudici.

Nella prima *abweichende Meinung*, si sostenne che la decisione del *BVerfG* non poteva ripercuotersi automaticamente sulla condizione personale/istituzionale dei parlamentari comunisti e che le Corti federali non avevano nessuna autorità nel privare un rappresentante del popolo legittimamente eletto del corrispondente *status* istituzionale. Pertanto, era condivisa la decisione in ordine alla inoperabilità della pronuncia costituzionale rispetto ai consiglieri comunali.

Viceversa, nell'altra si criticava proprio quest'ultimo profilo, sostenendo l'irrazionalità di una declaratoria di incostituzionalità "dimezzata" che andava ad operare a livello regionale ma non (contraddittoriamente) sull'eguale piano municipale.

¹⁰³ Per alcuni rapidi cenni alla predetta vicenda, cfr. P.W. AMRAM, *The dissenting opinion comes to the German Courts*, in 6 *Am. J. Comp. Law* 79 (1957), 108-111 e E.J. COHN, *Dissenting Opinions in German Law*, in 6 *Int'l & Comp. Law Q.* 540 (1957), 542 ss.

In questo modo, per la prima volta il *Sondervotum* pubblico, motivato e nominativo iniziava ad affermarsi con la forza dei fatti, all'interno di un ordinamento che pure non lo prevedeva come tale, inaugurando una stagione di profonde riflessioni dottrinali e giurisdizionali circa la necessità di introdurre finalmente detto strumento anche a livello federale.

Come è stato ricordato, il celeberrimo caso *Der Spiegel* (1966) ben può essere considerato – in una più ampia dimensione nazionale, dunque non limitata a livello dei singoli *Länder* – «the beginning of the end of the 'secrecy' rule for the Constitutional Court»¹⁰⁴.

Nello specifico, a fronte di un ricorso al Tribunale costituzionale federale da parte della suddetta testata giornalistica contro il sequestro di copie e rotative per violazione della legislazione in materia di segreto di Stato, i giudici dell'*erster Senat* di Karlsruhe si divisero simmetricamente in favorevoli e contrari, con il conseguente mantenimento dell'atto impugnato, coperto da una presunzione di legittimità in assenza della maggioranza a favore di una data decisione¹⁰⁵.

La Sezione, tuttavia, stabilì – in una decisione inedita (e non suffragata da alcuna norma di legge) – di rendere note le argomentazioni sostenute da entrambi i fronti, omettendo però di pubblicare i nomi dei giudici a favore dell'una o dell'altra soluzione.

A corollario della consuetudine così inaugurata, con sentenza dell'11 aprile 1967 anche il *zweiter Senat* decise di conformarsi alla suddetta prassi e, il 23 giugno dello stesso anno, il *Plenum* si pronunciò a favore (nove voti a sei) dell'introduzione del *dissent* nel sistema di giustizia costituzionale¹⁰⁶.

¹⁰⁴ K.H. NADELMANN, *Recensione* a W. HEYDE, *Das Minderheitsvotum*, cit., in 15 *Am. J. Comp. Law* 382 (1966), 384. In realtà, come ricordano C. WALTER, *La pratique des opinions dissidentes en Allemagne*, in *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 8, 2000 e F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La recepción del Sondervotum*, cit., 34-35, il primo caso nel quale il *BVerfG* rivelò la pubblica esistenza di un dissenso al suo interno fu quello relativo al parere consultivo richiesto dal Presidente federale Theodor Heuss in ordine alla compatibilità del Trattato europeo di Difesa con il *Grundgesetz*, nel 1952.

¹⁰⁵ Cfr. §15.2 *BVerfGG*.

¹⁰⁶ Cfr. J. LUTHER, *L'esperienza del voto dissenziente nei paesi di lingua tedesca*, in *Politica del diritto*, 2, 1994, 246.

In un contesto nel quale la giurisprudenza “creava” altresì dottrina attraverso la decisione di casi concreti, il mondo accademico non poteva lasciare andar perduta un’occasione così significativa, come dimostra la centralità acquisita dal dibattito sulla *abweichende Meinung* nel 47° Convegno della Associazione dei Giuristi tedeschi, celebratosi a Norimberga nel 1968¹⁰⁷.

In quella sede, infatti, si decise ad amplissima maggioranza di richiedere alle forze politiche di introdurre l’opinione dissenziente tanto presso le Corti costituzionali (federale e dei singoli *Länder*) quanto a livello dei restanti organi giurisdizionali federali apicali.

A fronte di così autorevoli e diffuse sollecitazioni, nel 1970 il *BVerfGG* venne finalmente riformato, con l’introduzione del §30.2, in forza del quale «if a Justice expressed a differing view on the decision or its reasoning during the deliberations, he or she may set forth this view in a separate opinion; the separate opinion shall be annexed to the decision. The Senates may disclose the distribution of votes in their decisions. Further details shall be set out in the Rules of Procedure»¹⁰⁸.

Sul punto, è altresì interessante ricordare che tale innovazione normativa fu applicata “impazientemente” prima ancora che la legge fosse promulgata (il 21 dicembre 1970), come testimoniato dall’emissione di una sentenza il 15 dicembre 1970 in materia di intercettazioni telefoniche (*Abhörurteil*)¹⁰⁹, da parte del *zweiter Senat*, con le opinioni dissenzienti dei giudici von Schlabrendorff, Geller e Rupp-von Brünneck.

¹⁰⁷ F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La recepción del Sondervotum*, cit., 33-34, sottolinea altresì l’importanza – sul piano della discussione dottrinale – del Colloquio tenutosi a Heidelberg nel 1961 sotto gli auspici del *Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, con particolare attenzione alla relazione di Ernst Friesenhahn (giudice costituzionale nel periodo 1951-1963), favorevole all’introduzione dell’opinione dissenziente «bien con o sin indicación del nombre del juez disidente, bien con o sin indicación de la relación numérica de los votos». Come ricorda J. LUTHER, *L’esperienza del voto dissenziente*, cit., 275-276, «la genealogia della decisione sull’introduzione dell’istituto dimostra che anche in questo processo di integrazione politica sono stati determinanti l’iniziativa e il parere dei giudici stessi, anche se vi è stata una mobilitazione dell’intero ceto dei giuristi».

¹⁰⁸ Traduzione in lingua inglese, disponibile in www.bundesverfassungsgericht.de.

¹⁰⁹ Lo ricorda A. GARRORENA MORALES, *La sentencia constitucional*, cit., 20.

Detta previsione, peraltro, deve essere letta in combinato disposto con il §55 del Regolamento di procedura del Tribunale costituzionale federale (*Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts, GO-BVerfG*), il quale scandisce in modo rigoroso le modalità cronologiche e formali che presiedono alla stesura del *Sondervotum*¹¹⁰.

In proposito, è doveroso soffermarsi su alcuni profili specifici, soprattutto in ragione del profondo legame delle disposizioni richiamate con il quadro di argomentazioni teoriche che ha così vivamente sostenuto l'introduzione dell'opinione "non maggioritaria" in Germania.

In primo luogo, si stabilisce che il giudice dissenziente/concorrente debba dare notizia al Collegio di appartenenza della propria volontà non appena ciò sia possibile¹¹¹.

Tale indicazione è oltremodo importante in quanto, a seguito di una prima discussione collegiale, il Giudice dissenziente potrebbe essere già in grado di palesare la sua condizione di contrarietà rispetto alla maggioranza, garantendo a quest'ultima la possibilità di confrontarsi con le sue argomentazioni e, eventualmente, di recepirle per modificare o integrare il proprio orientamento.

Inoltre, ai sensi del §23 *GO-BVerfG*, il relatore deve far circolare una bozza scritta della decisione collegiale ed un apposito fascicolo con tutta la documentazione necessaria ai fini della risoluzione della controversia. Infine, deve intercorrere un periodo di almeno dieci giorni tra detto momento e quello della deliberazione.

In parallelo, il successivo §26.1 prevede che ciascun componente del Collegio possa chiedere – fino alla lettura pubblica della sentenza o fino alla stesura ai fini della notifica – che, a seguito della presentazione formale di un *Sondervotum*, la

¹¹⁰ A recente commento della predetta disposizione, si vedano le ricostruzioni in T. BARCZAK (A CURA DI), *BVerfGG: Mitarbeiterkommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Berlin-Boston, De Gruyter, 2018, 460-471.

¹¹¹ §30.2 *BVerfGG*. Richiami in L. LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., 132.

discussione sia riaperta, al fine di esporre argomenti non ancora discussi o se un'opinione dissenziente induce a chiederlo.

La ricerca del compromesso è quindi alla base della logica “tedesca” del voto dissenziente e viene formalizzata come tale nel reciproco scambio di bozze di maggioranza e minoranza.

È poi stabilita una cornice temporale di tre settimane a partire dal momento dell'adozione della decisione, entro la quale il Giudice dissenziente deve consegnare il proprio voto¹¹². A tal proposito, è stato ricordato che, in situazioni particolarmente delicate – relative ad eventuali dissensi in ordine all'adozione di misure cautelari o di provvedimenti urgenti – «la prassi deroga al principio della contestualità di voto collegiale e voto separato, limitandosi ad un semplice preannuncio della pubblicazione successiva del voto dissenziente»¹¹³.

Da ultimo, si è previsto¹¹⁴ 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 del suo dissenso.

Quest'ultima indicazione, peraltro, ha ingenerato dubbi circa i contenuti del *wesentlicher Inhalt* (contenuto essenziale) del voto dissidente e l'opportunità di garantire al dissidente un diritto all'ultima parola in sede di pubblica udienza¹¹⁵.

A livello pratico, i giudici costituzionali tedeschi hanno fatto un utilizzo assai parsimonioso della *abweichende Meinung*, neppure lontanamente paragonabile a quello dei loro colleghi statunitensi¹¹⁶. In particolare, dal 1971 – anno di introduzione del dissenso formalizzato – al 2019 risultano essere stati pronunciati

¹¹² §55.1 *BVerfGG*.

¹¹³ J. LUTHER, *L'esperienza del voto dissenziente*, cit., 260-261.

¹¹⁴ §55.3 *BVerfGG*.

¹¹⁵ Cfr. T. RITTERSPACH, *Gedanken zum Sondervotum*, in W. FURST, R. HERZOG, D.C. UMBACH, *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Berlin-New York, De Gruyter, 1987, 1388-1389 e F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La recepción del Sondervotum*, cit., 42-43.

¹¹⁶ Per un richiamo alla propensione al dissenso di Rupp-von Brünneck e Böckenförde – considerati i “grandi dissenzienti” nella storia del *BVerfG* – cfr. A. DI MARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, Napoli, Jovene, 2016, 249-261.

2.295 provvedimenti, di cui solo 168 caratterizzati dalla presenza di almeno un'opinione dissenziente (7,3% ca. del totale)¹¹⁷.

Entrando brevemente nel dettaglio, tale percentuale si è mantenuta alquanto costante – almeno rispetto alle iniziali impetuose oscillazioni della *Supreme Court* – nel corso del quarantennio considerato: 8,5% tra il 1971 ed il 1979 e 5,45% tra il 1979 ed il 1989, con un aumento fino al 15,44% tra il 2004 e il 2008¹¹⁸.

Infine, in ordine alle modalità di utilizzazione pratica del *Sondervotum* da parte dei componenti del *BVerfG* ed agli esiti della sua applicazione, è stato ragionevolmente sostenuto – con affermazione valida ancora oggi – che «l'esperienza concreta ha dimostrato infondati sia gli entusiasmi sia le pessimistiche previsioni iniziali»¹¹⁹ e che «[...] il trapianto di questo istituto di 'common law' non ha provocato alcuna reazione di rigetto da parte della cultura giuridica occidentale»¹²⁰.

In questo senso, il ricorso allo strumento della formalizzazione del dissenso è apparso molto misurato, circoscritto alle fattispecie più delicate dal punto di vista delle questioni socio-istituzionali sottese¹²¹ e, soprattutto, privo di quel sentore di politicizzazione partitica che costituisce una delle più forti argomentazioni a sostegno del rifiuto nei confronti del descritto istituto¹²².

¹¹⁷ Non sono disponibili statistiche in ordine al numero di dissensi "soggettivi" per ogni sentenza.

¹¹⁸ F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La recepción del Sondervotum*, cit. 45 ss. Indicazioni statistiche anche in T. RITTERSPACH, *Gedanken zum Sondervotum*, cit., 1385 ss. e K.G. ZIERLEIN, *Erfahrungen mit dem Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 1981, 88 ss.

¹¹⁹ A. ANZON, *Per l'introduzione*, cit., 446.

¹²⁰ J. LUTHER, *L'esperienza del voto dissenziente*, cit., 273.

¹²¹ Secondo la logica già evocata da R. POUND, *Cacoethes Dissentiendi*, cit., 396. Tali sono state, ad esempio, le *abweichende Meinungen* pronunciate in materia di libertà ed espressione artistica (caso *Mephisto*, *BVerfG*, 30, 173, 24 febbraio 1971) e aborto (*BVerfG*, 39, 1, 25 febbraio 1975 e *BVerfG*, 88, 203, 28 maggio 1993), brevemente commentate da J. LUTHER, *L'esperienza del voto dissenziente*, cit., 278 ss. Indicazioni sparse anche in D. SCHEFOLD, *Corte costituzionale e sistema costituzionale in Germania*, in *Giornale di storia costituzionale*, 11, 2006, 209 ss.

¹²² Secondo E. FERIOLI, *La dissenting opinion nella giustizia costituzionale europea di matrice kelseniana*, in *DPCE*, 3, 2017, 697, «in Germania, la profonda fiducia della popolazione e delle istituzioni nei confronti della Corte costituzionale è fondata sulla presunzione della sua imparzialità e della sua coerenza interna. Pertanto, la rarità della divergenza, lungi dal provare l'inutilità dell'istituto, denota un'efficacia del dissenso che, anziché canalizzarsi verso l'esterno, tende piuttosto al collaudo interno della completezza e della ragionevolezza delle decisioni».

Con particolare riferimento all'ultimo profilo, è stato sostenuto che, in ragione della modalità di elezione dei componenti del *BVerfG* (maggioranza invariabile dei due terzi dei votanti)¹²³ e del fatto che tutti sono eletti dalle Assemblee in cui risiede la rappresentanza politica (*Bundestag* e *Bundesrat*) [...], «il voto dissenziente è stato quindi introdotto in un organo costituzionale i cui membri possono sentirsi dotati di una legittimazione democratica da investitura e pretendere una parlamentarizzazione delle sue procedure, con le garanzie della loro libertà di coscienza individuale e dell'articolazione di posizioni di maggioranza e minoranza in modo analogo a quanto avviene ad es. nelle relazioni delle commissioni parlamentari d'inchiesta»¹²⁴.

Al contrario, in prospettiva comparata, la recente esperienza statunitense sembra rivelare uno scenario esattamente opposto, laddove l'attivazione della cosiddetta *nuclear option* in Senato, nel 2017, da parte del Partito Repubblicano – nell'ambito del procedimento parlamentare di *confirmation* di Neil Gorsuch quale *Associate Justice* presso la Corte Suprema – ha determinato la rottura della “regola di compromesso” (tre quinti dei senatori) sino ad allora esistente per porre termine ad un dibattito, aprendo le porte ad un sistema “partigiano” di nomina e conferma dei più alti funzionari federali e di polarizzazione politica presso gli organi giurisdizionali.

Ai sensi della *Rule XXII* del Regolamento di procedura del Senato statunitense (come modificato nel 1975), infatti, è previsto che, nel corso di un qualsiasi dibattito, sedici senatori possano presentare una *motion of cloture*, così da porre termine al relativo confronto parlamentare.

A tal fine, è però necessario il voto favorevole di almeno tre quinti dei componenti. Ne deriva che, teoricamente, qualunque misura bisognosa del voto assembleare necessita – in caso di attività parlamentari ostruzionistiche – del voto

¹²³ §§6 e 7 *BVerfGG*.

¹²⁴ J. LUTHER, *L'esperienza del voto dissenziente*, cit., 274-275. Una lettura critica sul punto, invece, già in W.K. GECK, *Nombramiento y «status» de los magistrados del Tribunal Constitucional federal de Alemania*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 22, 1988, 185 ss.

di sessanta senatori (su un totale di cento), in quanto un'eventuale azione di *filibustering* della minoranza può essere “rovesciata” unicamente attraverso la citata *motion of cloture*¹²⁵.

A *contrario*, il mancato ricorso all'ostruzionismo non impedisce che il Senato proceda al passaggio della legislazione ed alla conferma dei giudici nominati alla Corte Suprema anche con la maggioranza non qualificata¹²⁶.

Detto meccanismo di “blocco”, tuttavia, può a sua volta essere superato dalla richiesta, proveniente da una maggioranza semplice, di modifica “a titolo di consuetudine” della descritta regola parlamentare – come stabilito della Corte Suprema sin dalla sentenza *United States v. Ballin* (1892) – secondo un procedimento popolarmente noto come *nuclear option*, onde far sì che qualunque provvedimento possa essere adottato con tale maggioranza.

In questo modo, nel 2013 e nel 2017 le Amministrazioni guidate da Barack Obama¹²⁷ e Donald Trump, entrambe prive di maggioranza qualificata al Senato, sono riuscite ad ottenere la conferma delle nomine rispettivamente proposte (relative a giudici federali, nel primo caso e alla nomina di Gorsuch alla Corte Suprema, nel secondo), evitando di dover addivenire ad un obbligato compromesso con il partito di opposizione¹²⁸.

Da allora, qualsiasi nomina presidenziale a giudice della *Supreme Court* può essere confermata a maggioranza semplice, sulla base di un semplice gioco di sponda Presidente-Senato (ove vi sia coincidenza ideologica)¹²⁹.

¹²⁵ Così, secondo C. FISK, E. CHEMERINSKY, *The Filibuster*, in 49 *Stanford Law Rev.* 181, 1997, 182, «[I]t is now commonly said that sixty votes in the Senate, rather than a simple majority, are necessary to pass legislation and confirm nominations».

¹²⁶ In questo senso, Alito è stato confermato nel 2006 con 58 voti favorevoli e 42 contrari e Thomas nel 1991 con 52 favorevoli e 48 contrari.

¹²⁷ Cfr. G. ARAVANTINO LEONIDI, *The day filibuster died. Le modifiche del regolamento del Senato statunitense e il secondo mandato Obama*, in *Nomos*, 3-2013.

¹²⁸ Ampiamente sull'argomento, L.P. VANONI, *La nomina dei giudici supremi tra scontro politico e diritto costituzionale: il caso americano*, in *DPCE*, 3, 2017, 833-866.

¹²⁹ Per un riferimento “empirico” all'ideologia dei giudici della Corte Suprema, cfr. J.A. SEGAL, A.D. COVER, *Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices*, in 83 *Am. Pol. Sci. Rev.* 557 (1989) e J.A. SEGAL, L. EPSTEIN, C.M. CAMERON H.J. SPAET, *Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices Revisited*, in 57(3) *J. Politics* 812 (1995).

Si tratta, senza dubbio, di un precedente potenzialmente molto pericoloso, scongiurato invece in un modello – razionalizzato e meno propenso alla “politicizzazione” – quale è quello tedesco.

4. Tribunali internazionali e opinione dissenziente: alcuni spunti

L’esperienza dei Tribunali di diritto internazionale – distinti sia dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, sia dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea e deputati alla risoluzione di controversie tra soggetti di diritto internazionale tipicamente intesi¹³⁰ – impone una considerazione dell’opinione dissenziente che «si ricollega storicamente alle peculiari caratteristiche dell’arbitrato internazionale moderno nell’epoca formativa, che risale alla fine del secolo XVIII»¹³¹.

In tale contesto, infatti, la diffusione del *dissent* viene ad inserirsi in un quadro ordinamentale dotato di proprie peculiarità¹³² e rispetto al quale i prodromi della modernità possono essere identificati nei Tribunali arbitrali istituiti con le Convenzioni dell’Aia del 1899 e del 1907 al fine di regolamentare conflitti tra Stati sovrani¹³³.

Tale profilo di giurisdizione “inter-istituzionale” appare qui interessante per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, l’introduzione dell’opinione dissenziente non risponde certo ad un apprezzamento teorico-dottrinale delle sue virtù astratte, quanto piuttosto al fatto che l’arbitrato come tecnica di risoluzione

¹³⁰ Cfr. sul tema G. ARANGIO-RUIZ, L. MARGHERITA, E. TAU ARANGIO-RUIZ, *Soggettività nel diritto internazionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, UTET, 1999, 303 ss.

¹³¹ Cfr. A.P. SERENI, *Le opinioni separate*, cit., 127.

¹³² È ancora valida la considerazione (*ivi*, 126) secondo cui, nell’ordinamento internazionale, «poiché il modo di risoluzione delle controversie è rimesso alla volontà delle parti, queste possono all’uopo non soltanto adottare metodi diversi da quello giudiziario (quali ad es. la conciliazione) ma anche istituire procedimenti che presentano in parte le caratteristiche di quello giudiziario ed in parte di procedimenti diversi».

¹³³ Cfr. R.P. ANAND, *The role*, cit., 794 ss. Per una ricostruzione storica dell’introduzione del *dissent* nei Tribunali internazionali, cfr. I. HUSSAIN, *Dissenting and Separate Opinions at the World Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1984 e F. JHABVALA, *Declarations by Judges of the International Court of Justice*, in 72(4) *Am. J. Int. Law* 830 (1978).

delle controversie è stato storicamente utilizzato soprattutto dagli Stati di *common law*, che già ammettevano il dissenso nei propri ordinamenti interni.

Sul punto, si è anche ricordata una non trascurabile similitudine tra il sistema giuridico di questi ultimi e la configurazione dei modelli classici di giustizia internazionale, con particolare attenzione alla presenza di «principi e norme che non sono stati formulati in termini rigorosi e precisi»¹³⁴ ed all'importanza dell'interpretazione giudiziaria quale regola applicativa in un ordinamento ove limitata è la presenza di norme di diritto positivo e quasi nulla la forza vincolante del precedente giudiziario¹³⁵.

Inoltre, il passaggio da un sistema arbitrale (dunque, di conciliazione extra-giudiziaria) ad uno di vera e propria giurisdizione internazionale determina un importante rovesciamento concettuale nell'interpretazione della *dissenting opinion*.

Se, infatti, nel primo caso, il voto di minoranza «aveva lo scopo di addurre le ragioni a sostegno del punto di vista [...] della parte che aveva nominato il giudice dissenziente»¹³⁶, successivamente essa «non poteva più avere la funzione di difendere la tesi del soccombente»¹³⁷, divenendo così espressione imparziale delle sole ragioni giuridiche sottese alla mancata condivisione della soluzione maggioritaria¹³⁸.

A livello pratico, si ricordi che l'opinione dissenziente è contemplata presso la Corte Internazionale di Giustizia (ICJ)¹³⁹, la Corte Penale internazionale

¹³⁴ A.P. SERENI, *Le opinioni separate*, cit., 141.

¹³⁵ Su quest'ultimo profilo si vedano, tra i molti, G. GUILLAUME, *The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators*, in *J. Int. Dispute Settl.*, 2, 2011, 5-23 e M. SHAHABUDDIEN, *Precedent in the World Court*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 1996.

¹³⁶ A.P. SERENI, *Le opinioni separate*, cit., 129.

¹³⁷ *Ivi*, 131.

¹³⁸ Sul punto, vedi le parole di Dionisio Anzilotti (Giudice della Corte Permanente di Giustizia Internazionale nel periodo 1922-1939) nel caso *Danzig and the International Labour Organization* (1930), richiamate da J.M. RUDA, *The Opinions of Judge Dionisio Anzilotti at the Permanent Court of International Justice*, in *3 Eur. J. Int. Law* 100 (1992), 101: «Very much to my regret I do not concur in the opinion of the Court and it is my duty to say so. Since, in my view, a dissenting opinion should not be a criticism of that which the Court has seen fit to say, but rather an exposition of the views of the writer, I shall confine myself to indicating as briefly as possible what my point of view is and the grounds on which it is based».

¹³⁹ Art. 57 Statuto ICJ. Inoltre, l'art. 97, comma secondo del corrispondente Regolamento dispone che «any judge may, if he so desires, attach his individual opinion to the judgment, whether he

(ICC)¹⁴⁰, il Tribunale Internazionale per il diritto del mare (ITLOS)¹⁴¹ con sede ad Amburgo ed il Centro internazionale per il regolamento delle controversie relative ad investimenti (*International Centre for Settlement of Investment Disputes - ICSID*)¹⁴², mentre non è stata accolta dal Comitato d'Appello dell'Organizzazione mondiale del Commercio¹⁴³.

In proposito, può essere interessante limitarsi a riproporre in questa sede la considerazione secondo cui il favore o disfavore avverso il *dissent* viene ancorato a due categorie concettuali tra loro antitetiche, vale a dire quelle della “segretezza” e della “trasparenza”¹⁴⁴.

Da un lato, si fa valere l'idea di ascendenza franco-napoleonica secondo cui l'attività giurisdizionale è il prodotto di un'autorità spersonalizzata che esprime un'opinione “organica” per il tramite del soggetto a ciò preposto (il giudice). In questo contesto, l'idea del segreto assoluto sulla posizione dei membri giudicanti servirebbe a proteggerne l'indipendenza “esterna”, preservandone la libertà di giudizio.

Viceversa, mettendosi a nudo le diverse soluzioni soggettive, si rischierebbe di creare una sorta di conflitto interstatale, facendo suggestivamente coincidere la

dissents from the majority or not; a judge who wishes to record his concurrence or dissent without stating his reasons may do so in the form of a declaration». Sul dissenso presso la ICJ, cfr. G. GAIA, *Dissenting opinions in the International Court of Justice*, in N. ZANON, G. RAGONE (a cura di), *The dissenting opinion. Selected Essays*, Milano, Giuffrè, 2019, 155-164.

¹⁴⁰ Cfr. art. 83, comma quarto dello Statuto di Roma (portato alla firma il 17 luglio 1988).

¹⁴¹ Art. 30, comma terzo dello Statuto ITLOS. Interessante, inoltre, il richiamo alla possibile natura unificatrice derivante dalla “minaccia” di opinioni dissenzienti contenuta nell'art. 7, comma secondo della *Resolution on the internal judicial practice of the Tribunal*: «The Drafting Committee should prepare a draft judgment which not only states the opinion of the majority as it appears then to exist but which may also attract wider support within the Tribunal». *Amplius*, T. TREVES, *Pros and cons of individual opinions in international Tribunals: the experience of the law of the sea Tribunal*, in N. ZANON, G. RAGONE, *The dissenting opinion. Selected Essays*, cit., 165-173.

¹⁴² Cfr. art. 48 della Convenzione di Washington del 1965.

¹⁴³ Sul punto, cfr. M. KOLSKY LEWIS, *The Lack of Dissent in WTO Dispute Settlement*, in 9 *J. Int. Econ. Law*, 2006, 895-931.

¹⁴⁴ Cfr. J. MALENOVSKI, *Les opinions séparées et leurs répercussions sur l'indépendance du juge international*, in *Anuario Colombiano de Derecho Constitucional*, 2010, 35.

posizione di un certo giudice con gli interessi della parte in conflitto ed alimentando il sospetto reciproco¹⁴⁵.

Dall'altro, invece, l'utilizzo del *dissent* sarebbe strumento di garanzia di indipendenza, in quanto il giudice avrebbe la possibilità di manifestare la sua opinione in modo libero ed esplicito (senza doverla "nascondere" tra le pieghe del ragionamento maggioritario e formalmente unanime), palesandosi allo stesso tempo la presenza o meno di influenze politiche esterne¹⁴⁶.

Non sembra, pertanto, possibile attribuire in termini assoluti e formalistici un carattere positivo o negativo all'opinione dissenziente in siffatto contesto: oscillando nel delicato campo dell'opportunità e delle percezioni soggettive, rimane ancor oggi attuale la considerazione secondo cui «il valore e l'utilità delle opinioni separate di giudici internazionali sono dunque in funzione delle qualità dei membri del collegio, della fermezza e del tatto del presidente, dello spirito di colleganza e di mutuo rispetto di tutti i membri del collegio, del senso di responsabilità e di misura dei giudici che le estendono»¹⁴⁷.

5. Note minime sul dissenso nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Muovendo verso altre esperienze sovranazionali, nell'ordinamento disegnato dalla Convenzione di Roma del 4 novembre 1950 – chiamato a tutelare i diritti fondamentali degli individui ricorrenti, a fronte della denuncia di presunte violazioni negli ordinamenti degli Stati di riferimento – lo strumento dell'opinione dissenziente merita un'analisi specifica, anche in forza del ruolo svolto della Corte

¹⁴⁵ Cfr. J.P. COSTA, *Les opinions séparées des juges: est-ce une bonne institution dans une juridiction internationale?*, in S. KATUOKA (a cura di), *Law in the Changing Europe. Liber Amicorum Pranas Kūris*, Vilnius, Mykolo Romerio universiteto Leidybos centras, 2008, 118-119.

¹⁴⁶ Cfr. K.J. KEITH, *The International Court of Justice: Primus Inter Pares?*, in 5 *Int. Organ. Law Rev.* 7 (2008), 17.

¹⁴⁷ A.P. SERENI, *Le opinioni separate*, cit., 160.

Europea dei Diritti dell’Uomo (da alcuni ritenuta in parte equiparabile ad una Corte costituzionale di dimensioni europee)¹⁴⁸.

Sul piano storico, l’introduzione del *dissent* deriva dalla necessità di contemperare tradizioni giuridico-giurisdizionali, provenienze e formazioni culturali assai diverse tra loro, anche recependo l’esperienza degli Stati di *common law*, nei quali il dissenso giudiziario (*rectius*, la manifestazione dell’opinione del singolo giudice) era una realtà ampiamente consolidata¹⁴⁹.

In parallelo, la pregnante dimensione “sociale” delle pronunce del Giudice di Strasburgo può altresì essere letta come una conferma nel merito dell’utilità di siffatto strumento, essendo «la sua disciplina [...] adeguata alla materia oggetto della decisione, che può dar adito a differenti opinioni e rendere opportuna una continua evoluzione per proteggere diritti fondamentali nuovi, via via emergenti e ricollegabili a quelli contemplati nella Convenzione attraverso l’esegesi di nozioni vaghe ed indeterminate»¹⁵⁰.

In quest’ultimo senso, si ricordino ad esempio le opinioni dissenzienti dei giudici Ryssdal ed Evrigenis in *Schiesser v. Switzerland* (1979)¹⁵¹. In particolare, il Giudice di Strasburgo aveva ritenuto che non violasse l’art. 5.3 CEDU una previsione della legislazione elvetica che rimetteva in capo ad un Avvocato

¹⁴⁸ Secondo A. ANZON, *Forma delle sentenze*, cit., 179, l’esperienza della Corte di Strasburgo «[...] è quella che, con le dovute distinzioni, appare la meglio raffrontabile con quella delle Corti [costituzionali nazionali], dal momento che la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo non dirime controversie tra Stati, ma giudica di lesioni di diritti individuali». Per A. WILDHABER, *Constitutional Future for the European Court of Human Rights?*, in *23 Human Rights Law J.* 161 (2002), 161, «whether the European Court of Human Rights is itself a ‘Constitutional Court’ is largely a question of semantics. We can always call it a quasi-Constitutional Court, *sui generis*».

¹⁴⁹ Cfr. E. CRIVELLI, *L’opinione dissenziente nella prassi della Corte di Strasburgo*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2016, 676 e L. LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., 40.

¹⁵⁰ F. NOVARESE, «*Dissenting opinion*» e *Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, in A. ANZON, *L’opinione dissenziente*, cit., 367-368. Sull’argomento insiste anche E. CRIVELLI, *L’opinione dissenziente*, cit., 678-683, in relazione all’evoluzione della giurisprudenza convenzionale in merito all’art. 8 CEDU (rispetto della vita privata e familiare). Per una giurisprudenza analoga in materia religiosa – attraverso il mezzo dell’opinione dissenziente – cfr. M. DURANTE, *Le opinioni dissenzienti della Corte di Strasburgo e la tutela della libertà religiosa: un capovolgimento di prospettiva*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2, 2020, 170-189.

¹⁵¹ ECHR, *Schiesser v. Switzerland*, 7710/76, 4-12-1979.

distrettuale (e non a un giudice) la possibilità di decidere sulle limitazioni provvisorie della libertà personale di persone indiziate di reato.

Le opinioni dissenzienti indicate ritenevano, invece, che qualsiasi privazione della libertà personale affidata ad una persona che non fosse qualificabile come “giudice” – in quanto priva dei necessari requisiti di indipendenza ed imparzialità – fosse in contrasto con la normativa CEDU.

Tali posizioni minoritarie diverranno poi lentamente giurisprudenza maggioritaria¹⁵², per essere infine consacrate nella sentenza della Grande Camera *Huber v. Switzerland* (1990)¹⁵³.

Allo stesso modo, anche le opinioni concorrenti possono contribuire a rendere maggiormente chiara la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo. In questo senso, le opinioni concorrenti pronunciate in *Yoh-Ekale Mwanje v. Belgium* (2011)¹⁵⁴ sono state decisive per favorire una revisione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo a proposito dell’espulsione da paesi dell’Unione di persone affette da gravi patologie mediche.

In concreto, i limiti stringenti sanciti nel *leading case N. v. United Kingdom* (2008)¹⁵⁵ sono stati reinterpretati in forma estensiva a partire dal caso *Paposhvili v. Belgium* (2016), ove la Grande Camera ha ritenuto che l’art. 3 CEDU – divieto di trattamenti inumani e degradanti – fosse violato non solo in situazioni di immediato pericolo di morte, bensì anche in contesti nei quali il rimpatrio della persona interessata avrebbe ragionevolmente determinato una seria compromissione di condizioni di salute già di per sé precarie¹⁵⁶.

¹⁵² Cfr. ECHR, *Duinhof and Duijf v. The Netherlands*, 9626/81 e 9736/82, 22-05-1984; *Skoogström v. Sweden*, 8582/79, 2-10-1984 e *Pauwels v. Belgium*, 10208/82, 26-05-1988.

¹⁵³ ECHR, *Huber v. Switzerland*, 12794/87, 23-10-1990.

¹⁵⁴ ECHR, *Yoh-Ekale Mwanje v. Belgium*, 10486/10, 20-12-2011. Cfr. l’opinione parzialmente concorrente dei giudici Tulkens, Jočienè, Popović, Karakaş, Raimondi e Pinto De Albuquerque, §6.

¹⁵⁵ Secondo cui «aliens who are subject to expulsion cannot in principle claim any entitlement to remain in the territory of a Contracting State in order to continue to benefit from medical, social or other forms of assistance and services provided by the expelling State. The fact that the applicant’s circumstances, including his life expectancy, would be significantly reduced if he were to be removed from the Contracting State is not sufficient in itself to give rise to breach of Article 3» (ECHR, *N. v. the United Kingdom*, no. 26565/05, 22-05-2008, §42).

¹⁵⁶ Cfr. ECHR, *Paposhvili v. Belgium*, 41738/10, 13-12-2016, §183.

A livello di diritto positivo, la regolamentazione del dissenso “europeo” è contenuta negli artt. 45.2 della Convenzione stessa e 74.2 del Regolamento di procedura. Nel primo caso, si allude in termini generali (e neutri) alla possibile adozione di una *separate opinion/opinion séparée*, mentre nella normativa procedurale si parla di «*separate opinion, concurring with or dissenting from that judgment*» ed anche di un atipico «*bare statement of dissent*», il che sembrerebbe forse legittimare la possibilità di un *dissent* immotivato.

In tale contesto, a fronte di ricostruzioni statistico-valutative nelle quali il mero dato quantitativo delle opinioni non maggioritarie è stato letto in relazione alla formazione culturale dei singoli giudici, allo Stato di provenienza e perfino al contenuto delle stesse opinioni separate¹⁵⁷, è ora possibile soffermarsi su alcune conclusioni all’uopo proposte dalla dottrina.

Dalla pronuncia della sua sentenza inaugurale, nel 1960¹⁵⁸ e sino al 1992, la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo aveva adottato 326 sentenze, con 158 opinioni “non maggioritarie” (48,5% del totale)¹⁵⁹.

Estendendo poi tale termine di un quindicennio, sino a giungere al giugno del 2006 (data di istituzione della Quinta Sezione) risulta che la stessa aveva reso 6749

¹⁵⁷ In questo senso, si è anche operata una dettagliata distinzione (R.C.A. WHITE, I. BOUSSIAKOU, *Separate Opinions in the European Court of Human Rights*, in 9 *Human Rights Law Rev.* 37, 2009, 45) «between opinions addressing the foundations of the reasoning of the judgment of the Court and those addressing criticisms of consistency in the Court’s case law; between opinions concerned with admissibility issues and fact-finding and opinions concerned with substantive rights; and between those motivated by different approaches to the interpretation of the Convention, broadly a close textual approach versus a broader purposive interpretation».

¹⁵⁸ ECHR, *Lawless v. Ireland*, 332/57, 14-11-1960.

¹⁵⁹ F. NOVARESE, «*Dissenting opinion*», cit., 377. Si potrebbero qui indicare anche i dati suggeriti da R.C.A. WHITE, I. BOUSSIAKOU, *Separate Opinions*, cit., 47-48 (tratti da F. RIVIÈRE, *Les opinions séparées des juges de la Cour européenne des droits de l’Homme*, Brussels, Bruylant, 2004, 25), ove si allude alla presenza di 908 opinioni separate nel periodo 1960-1998 su un totale complessivo di 837 sentenze, variamente caratterizzate quali *dissenting opinions* (413) *concurring opinions* (204), *partially dissenting opinions* (170) *separate opinions* (95) e *declarations* (26). L’assenza del numero di provvedimenti dotati di opinioni non maggioritarie, tuttavia, non consente di estrapolare alcuna indicazione significativa in ordine al rapporto tra pronunce totali e *dissents*, risultando pertanto detta elencazione in certo modo superflua (fors’anche ambigua, visto che il maggior numero di opinioni dissidenti/concorrenti rispetto al totale delle sentenze adottate suggerisce che diverse pronunce contengono una pluralità di voti particolari).

pronunce, dei quali 900 (13,3%) presentavano almeno un'opinione non maggioritaria¹⁶⁰.

A titolo di specificazione ulteriore, tra il 1° gennaio 1999 ed il 31 dicembre 2007 la Grande Camera ha pronunciato 166 sentenze, di cui solo 24 (14,5%) sono state adottate all'unanimità¹⁶¹.

È qui doveroso rendere conto di un dato: la prima finestra temporale evocata (1960-1992) presenta, infatti, una soglia di dissenso notevolmente elevata rispetto a quanto invece si registra nell'arco di tempo posteriore (1960-2006).

Ciò si spiega in ragione dell'incremento notevole di ricorsi di cui è stata investita la Corte a partire dall'entrata in vigore del Protocollo n. 11 nel 1998 (art. 34), che ha ristrutturato il meccanismo dei ricorsi al giudice di Strasburgo, garantendo ai cittadini europei la possibilità di proporre ricorso in forma diretta¹⁶².

Più recentemente, si è sottolineato che «dal 1° gennaio 2008 al 30 giugno 2018, delle 9841 sentenze di camera e di Grande Camera, solo 1596 pronunce recano opinioni separate (173 di Grande Camera e 1423 di Camera), pari a una percentuale del 16,22%, mentre ben 8245 sentenze (pari all'83,78%) non recano tali opinioni»¹⁶³.

¹⁶⁰ E. VOETEN, *The Politics of International Judicial Appointments: Evidence from the European Court of Human Rights*, in 61 *International Organization* 669 (2007), 684.

¹⁶¹ Il dato è confermato, *a contrario*, dalla lettura di R.C.A. WHITE, I. BOUSSIAKOU, *Separate Opinions*, cit., 52, per i quali «the number of judgments of the Grand Chamber between 1999 and 2007 which found a violation of some Convention provision is 111 (67 percent)».

¹⁶² Cfr. i dati in https://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_1959_2009_ENG.pdf, 5, ove si afferma che «barely ten years after the reform, the Court has delivered its 10,000th judgment. Its output is such that more than 90% of the Court's judgments since its creation in 1959 have been delivered between 1998 and 2009».

¹⁶³ P. PINTO DE ALBUQUERQUE, D. CARDAMONE, *Efficacia della «dissenting opinion»*, in F. BUFFA, M.G. CIVININI (a cura di), *La Corte di Strasburgo. Gli speciali di «Questione Giustizia»*, aprile 2019, 149. Tra i Giudici maggiormente dissenzienti in seno al Tribunale di Strasburgo si deve necessariamente menzionare lo stesso P. Pinto de Albuquerque (Giudice di designazione portoghese dal 2011), come rivela la pubblicazione di due lavori monografici a partire dalle sue *dissenting opinions*: cfr. P. PINTO DE ALBUQUERQUE, C.H. PRECIADO DOMÈNECH, *Hablemos de Derechos Humanos. La doctrina del TEDH y su aplicación en España desde los votos particulares del Juez Paulo Pinto de Albuquerque*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020 e P. PINTO DE ALBUQUERQUE, D. GALLIANI (a cura di), *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)*, Torino, Giappichelli, 2016.

Tale considerazione, peraltro, è da legare anche al processo di riforma della giurisdizione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, soprattutto in ragione di quanto stabilito nella Conferenza di Brighton del 2012 e nel corrispondente Protocollo n. 15, il quale ha cercato di circoscrivere il raggio d'azione del Giudice europeo dei diritti attraverso la formalizzazione delle categorie della sussidiarietà e del margine di apprezzamento dei singoli Stati¹⁶⁴.

Volendo ora tragguardare i risultati complessivi derivanti dalla pronuncia di opinioni dissenzienti con le modalità di composizione della Corte ed il carattere inter-statuale ed inter-culturale della stessa, si può osservare quanto segue.

In ordine al primo dei profili sopra evocati (formazione culturale e provenienza nazionale), è stato suggerito che «while the link between the ideologies of governments and judges seems obvious from an U.S. perspective, judicial appointments may be much less motivated by political considerations in many European countries»¹⁶⁵.

In questo senso, il fatto che ogni (Governo di ogni) Stato membro del Consiglio d'Europa proceda alla selezione di una terna di giudici – al cui interno l'Assemblea parlamentare del Consiglio stesso provvederà ad indicare il candidato ritenuto più idoneo a ricoprire tale carica – sembrerebbe “diluire” la possibilità di un penetrante controllo politico “nazionale” sull'organo entro i confini di una struttura particolarmente ampia dell'organo (ad oggi, quarantasette componenti).

In merito, poi, a possibili condizionamenti derivanti dall'essere un giudice nominato da uno Stato che potrebbe essere oggetto di una futura controversia, invece, appare difficile estrapolare una presunzione di carenza di imparzialità dalle modalità di selezione o anche solo da un'analisi statistica¹⁶⁶ I n ogni caso, resta

¹⁶⁴ Si veda M.R. MADSEN, *Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?*, in *J. Int. Dispute Settl.*, 9, 2018, 199-222.

¹⁶⁵ E. VOETEN, *The Politics*, cit., 679-680. *Contra*, J.F. FLAUS, *La Cour européenne des Droits de l'Homme est-elle une Cour constitutionnelle?*, in *Revue française de droit constitutionnelle*, 1998, 711 ss., il quale afferma che «le processus de sélection est totalement clandestin. En d'outre termes, les choix sont souvent déterminés par le cabinet ministeriel, à partir de considérations qui privilègent l'appartenance partisane et/ou la fidélité politique».

¹⁶⁶ Cfr. E. VOETEN, *The Impartiality of International Judges: Evidence from the European Court of Human Rights*, in *102 Am. Pol. Sci. Rev.* 417 (2008), 418: «The practice of interpreting court

fermo che, confermando *ab absurdo* tale ipotesi, il voto “viziato” andrebbe ad essere “contro-bilanciato” e superato da quello dei restanti componenti del Collegio giudicante¹⁶⁷.

Tuttavia, occorre anche considerare il fatto che l’incidenza (indiretta) delle pronunce della Corte di Strasburgo sulla legislazione ed il sistema giudiziario dei diversi Stati membri ha sollevato diversi interrogativi in ordine sulle modalità di esercizio, da parte della Corte stessa, delle proprie funzioni giurisdizionali.

In tal senso, infatti, il Giudice convenzionale ha spesso oscillato tra i poli opposti del *judicial activism*, da un lato e del *judicial restraint*, dall’altro. Ne è derivato che i giudici nominati da parte di Stati sostenitori del processo di integrazione europea sembrerebbero avere meno remore nell’emettere pronunce di condanna nei confronti degli stessi, al contrario di coloro i quali provengono da realtà statali maggiormente scettiche in proposito¹⁶⁸.

In ogni caso, si tenga presente l’ineliminabilità di una naturale e fisiologica “politicità” insita nel *modus interpretandi et iudicandi* della Corte di Strasburgo, anche alla luce delle motivazioni storiche e culturali che ne portarono alla creazione.

decisions to make inferences about what motivates judges stems largely from data limitations. Either dissenting opinions, the primary data source in studies of judicial behaviour, are not publicly available, or courts have too few judgments to allow for viable statistical inquiries that can discriminate between motivations».

¹⁶⁷ Cfr. F.J. BRUINSMA, *The Room at the Top: Separate Opinions in the Grand Chambers of the ECHR (1998-2006)*, in *Ancilla Iuris*, 2008, 37-38 (richiamando le parole di Christos Rozakis, giudice greco presso la CEDU nel periodo 1998-2011): «the Court has proved to be very independent, without any liability to the States. This is partly due to the fact that the judges almost live in a vacuum and work in abstracto, far from their home countries in a detached environment. You forget the country you come from. Judges feel themselves assessed by their colleagues, they create their self-image in the eyes of their colleagues, and they run the risk of losing their respectability in their immediate environment if they pay too much attention to the interests of their home country».

¹⁶⁸ Così E. VOETEN, *The politics*, cit., 693. Un’eccezione potrebbe essere quella evocata dal medesimo A., *The Impartiality*, cit., 428, per il quale «judges from former socialist countries were about 20% more likely to vote against their own governments than were other judges. This corroborates the anecdotal evidence that these judges were particularly keen on demonstrating their independence from the government and rectifying deficiencies in their domestic human rights situations».

In questo senso, «ECtHR judges are politically motivated actors in the sense that they have policy preferences on how to best apply abstract human rights in concrete cases, not in the sense that they are using their judicial power to settle geopolitical scores»¹⁶⁹.

Da ultimo, è da rimarcare il fatto che il connubio tra differenti tradizioni giuridiche non solo pare aver contribuito alla creazione, in tema di protezione dei diritti fondamentali, di una disciplina giuridica sempre più unitaria in seno all'ordinamento CEDU (come tale, esportabile verso ordinamenti statali tra loro eterogenei)¹⁷⁰ ma, allo stesso tempo, potrebbe inserirsi nella cornice di una «crescente richiesta verso la pubblicizzazione dei voti contrari presente nei sistemi improntati al principio della segretezza delle decisioni giudiziarie, tradizionalmente non favorevoli – a parte alcune esperienze storiche peculiari e ad ogni modo non riferibili ad organi di giustizia costituzionale – alla formalizzazione delle opinioni dissenzienti»¹⁷¹.

6. Il (non) *dissent* presso la Corte di Giustizia dell'Unione europea ed il ruolo dell'Avvocato Generale

In questa breve rievocazione storico-temporale di alcune tra le più significative esperienze di voto dissenziente, sia da ultimo consentito un rapido rinvio ad alcuni profili dell'attività della Corte di Giustizia (CGUE), quale organo giurisdizionale inquadrato nel sistema giuridico dell'Unione europea.

Concepita in origine come articolazione di un modello “tricefalo” – laddove i Trattati di costruzione del processo di integrazione europea prevedevano

¹⁶⁹ E. VOETEN, *The Impartiality*, cit., 432.

¹⁷⁰ In questo senso, secondo E. FERIOLI, *La dissenting opinion nella giustizia costituzionale europea di matrice kelseniana*, cit., 715, «l'argomento 'nazionale' risulta prevalentemente usato per valorizzare il metodo comparativo delle deliberazioni della Corte che, in quanto elemento strutturale del ragionamento del giudice europeo, agevola la visibilità delle tradizioni nazionali in materia di diritti fondamentali al fine ultimo di individuare stabili convergenze interpretative sugli oggetti tutelati dalla Convenzione».

¹⁷¹ L. LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., 40.

altrettante Corti di Giustizia in senso alla Comunità del carbone e dell'acciaio (CECA), alla Comunità economica europea (CEE) ed alla Comunità europea per l'energia atomica (Euratom) – con «apposita Convenzione relativa a talune istituzioni comuni alle Comunità europee, firmata ed entrata in vigore insieme ai Trattati di Roma, si istituì infatti una Corte di Giustizia unica [...] la quale avrebbe esercitato le competenze attribuite alle Corti previste da tali Trattati»¹⁷².

Prestando ora attenzione alla figura dell'Avvocato Generale¹⁷³, va premesso che egli è scelto «tra personalità che offrano tutte le garanzie di indipendenza e che riuniscano le condizioni richieste per l'esercizio, nei rispettivi paesi, delle più alte funzioni giurisdizionali, ovvero che siano giureconsulti di notoria competenza»¹⁷⁴.

Dal punto di vista delle origini storiche, un antesignano dell'Avvocato Generale è stato identificato nella figura del *commissaire du Gouvernement* presente nel sistema di giustizia amministrativa francese, il quale «[avait] pour mission d'exposer les questions que présente à juger chaque recours contentieux et de faire connaître, en formulant en toute indépendance ses conclusions, son appréciation, qui doit être impartiale, sur les circonstances de fait de l'espèce et les règles de droit applicables ainsi que son opinion sur les solutions qu'appelle, suivant sa conscience, le litige soumis à la juridiction à laquelle il appartient»¹⁷⁵.

¹⁷² R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2010, 257-258.

¹⁷³ Per un'ampia analisi monografica del ruolo e delle funzioni dell'Avvocato Generale, si vedano L. CLEMENT-WILZ, *La fonction de l'Avocat general près la Cour de Justice*, Bruxelles, Bruylant, 2011; R. LEÓN JIMÉNEZ, *La figura del Abogado General en el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas*, Madrid, Reus, 2007 e C. IANNONE, *L'avvocato generale della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. Un. Eur.*, 2002, 1, 123-143.

¹⁷⁴ Cfr. artt. 253.1 TFUE e 19, §2.3 TUE. Come ricordato da A. LA PERGOLA (Avvocato Generale presso la CGUE dal 1994 al 1999) nelle *Conclusioni* al caso *María Martínez Sala* (causa C-85/96; cfr. *Comunicato stampa n. 42/1997*, 1 luglio 1997), «l'Avvocato generale ha il compito di assistere la Corte, presentando conclusioni motivate sulla causa in esame, corredato da un suggerimento sul come la Corte debba risolvere le questioni sottopostele [...] Egli agisce in assoluta imparzialità ed in piena indipendenza; le sue conclusioni non sono vincolanti per la Corte».

¹⁷⁵ Cfr. *Conseil d'Etat, 5/3 SSR, du juillet 1998*. A seguito della sentenza ECHR, *Kress v. France*, 39594/98, 7-06-2001 – che ha condannato la Francia per violazione del principio del giusto processo in ordine alle funzioni della suddetta figura – la sua denominazione è stata mutata in «rapporteur public» (Décret n. 2009-14 du 7 janvier 2009) e favorita una maggior indipendenza e contraddittorio con le parti processuali.

In tal senso, infatti, non pare casuale che, nel 1951, la stesura del progetto di Statuto della Corte di Giustizia fosse stata affidata a Maurice Lagrange (già *commissaire du Gouvernement*), il quale concepiva detta Corte come una trasposizione europea del *Conseil d'Etat*¹⁷⁶, chiamata a sindacare in via amministrativa gli atti esecutivi di un'autorità superiore¹⁷⁷.

A livello di diritto positivo, il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) prevedeva¹⁷⁸ che la Corte di Giustizia fosse assistita da otto Avvocati Generali, i quali «present[ano] pubblicamente, con assoluta imparzialità e in piena indipendenza, conclusioni motivate sulle cause che, conformemente allo Statuto della Corte di Giustizia, richiedono il suo intervento»¹⁷⁹.

Inoltre, l'art. 252, comma 2 TFUE stabilisce che cinque posti sono stabilmente riservati (in forza di accordi informali interstatali) a Germania, Francia, Italia, Spagna e Regno Unito, mentre i restanti sono ciclicamente ripartiti tra i rimanenti Stati membri¹⁸⁰.

Tale dato numerico è tuttavia divenuto obsoleto in forza della Dichiarazione n. 38 (allegata al Trattato di Lisbona), la quale prevede che «se, in conformità

¹⁷⁶ Cfr. M. DARMON, *La fonction d'Avocat general a la Cour de justice des Communautés européennes*, in AA.VV., *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs? Melanges a l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, 76 e K. BORGSMTDT, *The Advocate General at the European Court of Justice: a Comparative Study*, in *Eur. Law Rev.* 106 (1988), 110. Nelle parole di J. RODRÍGUEZ-ZAPATA, *Prólogo*, in R. LEÓN JIMÉNEZ, *La figura del Abogado General*, cit., 11, «el Abogado General es, en primer lugar, una simple transposición al Derecho comunitario del modelo francés de lo contencioso-administrativo basado, como es sabido, en el dogma 'juger l'Administration c'est aussi et encore administrer' y en el papel del Conseil d'Etat francés».

¹⁷⁷ Cfr. L. CLEMENT-WILZ, *The Advocate General: A Key Actor of the Court of Justice of the European Union*, in 14 *Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud.* 587 (2011-2012), 589-590, la quale ricorda che «two other founder Member States, Belgium and the Netherlands, had a similar officer in their national court systems. Given the existence of this prestigious and well-established post in three of the six founding Member States, the Advocate General was immediately understood to be an important figure within the context of the then EEC».

¹⁷⁸ Cfr. art. 252.1 TFUE.

¹⁷⁹ Art. 252.2 TFUE.

¹⁸⁰ A seguito della fuoriuscita del Regno Unito dall'Unione europea (effettiva dal 31 gennaio 2020), gli Stati membri hanno deciso che il posto così riservato alla Gran Bretagna venga occupato a rotazione tra gli Stati che non hanno diritto ad un Avvocato Generale in forma permanente (cfr. *Declaration by the conference of the representatives of the governments of the member States*, 29 gennaio 2020). Dal 10 settembre 2020 tale posto è occupato dal rappresentante nominato dal Governo greco.

dell'articolo 252, comma 1 TFUE, la Corte di giustizia chiederà che il numero degli avvocati generali sia aumentato di tre (ossia undici anziché otto), il Consiglio, deliberando all'unanimità, approverà tale aumento».

Avendo detta Dichiarazione avuto seguito effettivo a partire dalla Decisione del Consiglio 2013/336/UE¹⁸¹, la Corte è così composta da sei AG “permanenti” (i cinque descritti, con l’aggiunta della Polonia, come concordato in quella sede) e cinque “a rotazione” (attualmente assegnati a Danimarca, Repubblica Ceca, Bulgaria, Irlanda e Finlandia)¹⁸².

Tuttavia, mentre prima del Trattato di Nizza (2001) egli era chiamato ad intervenire in tutti i procedimenti, la citata formulazione – letta in combinato disposto con quella contenuta nel testo vigente dello Statuto della Corte¹⁸³ – sembra averne circoscritto il raggio d’azione, essendosi stabilito che il Giudice di Lussemburgo possa risolvere le controversie sottopostegli anche senza l’intervento preventivo dell’Avvocato Generale, ove la causa non sollevi nuove questioni di diritto¹⁸⁴.

Per quanto riguarda il Tribunale, si può menzionare il fatto che la nomina degli AG è prevista solo in termini eventuali ed è decisa volta a volta per ogni singola causa¹⁸⁵. In concreto, la prassi consolidata prevede che tali procedimenti si svolgano nella quasi totalità dei casi senza il loro intervento¹⁸⁶.

¹⁸¹ La quale ha esteso il numero degli AG prima a nove (a partire dal 1° luglio 2013, data di adesione della Croazia all’Unione europea) e poi a undici (a decorrere dal 7 ottobre 2015, in coincidenza con il rinnovo parziale triennale dei membri della CGUE). Cfr. S. CRESPI, *Articolo 8*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell’Unione europea*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 39.

¹⁸² Dal 31 gennaio 2020 (cfr. *supra*, nota 180), vi sono cinque AG “permanenti” e sei AG “a rotazione”.

¹⁸³ Contenuto nel Protocollo n. 3, accluso al Trattato di Lisbona.

¹⁸⁴ Cfr. art. 20.5 Statuto CGUE.

¹⁸⁵ Cfr. art. 49, comma 1 Statuto CGUE e artt. 17-19 Reg. proc. TPI. In particolare, l’art. 17 prevede che il Tribunale sia necessariamente assistito da un Avvocato Generale quando si riunisce in seduta plenaria, mentre quando siede in sezione la presenza di quest’ultimo è richiesta laddove il Tribunale ritenga «che lo esigano la difficoltà in diritto o la complessità in fatto della causa» (art. 19).

¹⁸⁶ Come ricordato da C. RITTER, *A New Look at the Role and Impact of Advocates-General - Collectively and Individually*, in 12 *Col. J. Eur. Law* 751 (2006), 754, «since the establishment of the CFI in 1989, the CFI has designated an Advocate-General in only four cases: Tetra Pak [nel 1994], Stahlwerke PeineSalzgitter [nel 1991], Rhône-Poulenc (“Polypropylene”, nel 1991), and Automec Il/Asia Motor France [nel 1993]».

Inoltre, a differenza di quanto accade presso la CGUE, quella dell'Avvocato Generale è piuttosto una funzione temporanea (essendo tale ruolo affidato ad un giudice dello stesso Tribunale) che non una carica istituzionale deputata in via esclusiva allo svolgimento di tali competenze.

È noto che la disciplina dei Trattati, nonché dei relativi Statuti e Regolamenti, non contempla la previsione dell'opinione dissenziente in seno alla Corte di Giustizia dell'Unione europea. Ciononostante, alcune suggestioni possono comunque essere invocate, soprattutto a fronte delle sollecitazioni per una sua possibile introduzione¹⁸⁷.

In particolare, è stato suggerito che tale carenza potrebbe forse essere supplita dall'attività all'uopo esercitata dallo stesso Avvocato Generale, il quale, pur non assumendo affatto le vesti del giudice dissenziente, può e incidere in qualche modo sul contenuto della deliberazione finale¹⁸⁸.

Sul punto, è ben evidente che giudice dissenziente e Avvocato Generale non sono figure equiparabili. Da un lato, infatti, il primo interviene in un momento anteriore alla deliberazione e non concorre alla fase deliberativa della sentenza¹⁸⁹; dall'altro, il Giudice dissenziente manifesta il proprio *dissent* quale reazione rispetto alla soluzione conclusiva (dunque, rende la propria opinione *ex post*) ed è parte attiva del procedimento collegiale di decisione¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Si vedano J. AZIZI, *Unveiling the EU Courts' Internal Decision-Making Process: A Case for Dissenting Opinions?*, in *ERA Forum* (2011), 12, 49-68 e M.A. MORAGA MEJÍAS, *Los votos particulares y las disidencias en los Tribunales internacionales confrontados al principio de publicidad. Un desafío para la Corte de Luxemburgo*, in *Revista de Estudios europeos*, 72, 2018, 91, il quale afferma che «históricamente el voto particular ingresa como anexo de progreso en la lucha por sentencias razonadas ante veredictos inmotivados».

¹⁸⁸ Cfr. J. LAFFRANQUE, *Dissenting Opinion in the European Court of Justice – Estonia's Possible Contribution to the Democratisation of the European Union Judicial System*, in *Juridica International*, IX, 2004, 18 ss.

¹⁸⁹ Il che non esclude, tuttavia, che «gli AG concorrono ugualmente al processo di elaborazione [della sentenza] e quindi allo svolgimento della funzione giudiziaria attribuita alla Corte» (R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti*, cit., 261). L'unica eccezione è costituita dal procedimento di destituzione di un Giudice della Corte, al quale partecipano (con diritto di voto) anche gli Avvocati Generali (art. 6.1 Statuto CGUE).

¹⁹⁰ Cfr. T. CAPETA, *Advocate General: Bringing Clarity to CJEU Decisions: A Case-Study of Mangold and Kucukdeveci*, in *14 Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud.* 563 (2011-2012).

Tuttavia, può anche porsi in luce il fatto che, qualora la Corte ritenga di doversi discostare dal parere reso dall'Avvocato Generale¹⁹¹, quest'ultima interpretazione normativa rimane comunque presente nel tessuto giuridico – e, cosa più importante, nelle stanze della Corte e nelle menti dei Giudici – potendo eventualmente fungere da stimolo e substrato qualificato per un possibile *revirement* giurisprudenziale (in modo analogo a quanto potrebbe accadere con una *dissenting opinion*)¹⁹².

In ogni caso, la sua funzione è diretta ad incidere sulla conformazione della (futura) giurisprudenza europea¹⁹³. Sia quando la Corte decida di non conformarsi al parere reso in sede conclusiva – nel qual caso, la soluzione elaborata potrebbe trovare accoglimento in un nuovo orientamento successivo – sia laddove egli fornisca una ricostruzione del caso che, non smentita in sede di giudizio, potrebbe essere la base per un affinamento ed un approfondimento di soluzioni giurisprudenziali precedenti¹⁹⁴.

¹⁹¹ Non è abituale che la CGUE si discosti dalle Conclusioni dell'Avvocato Generale. Tra i casi più recenti e significativi, merita di essere menzionata la controversia C 42-17 (M.A.S. e M.B. o caso Taricco II), nella quale l'Avvocato Generale Yves Bot aveva sollecitato la CGUE a confermare la controversa soluzione adottata nel caso Taricco I, in ordine alla natura processuale (e non sostanziale) del regime di prescrizione penale. Ciononostante, a seguito del rinvio pregiudiziale operato dalla Corte costituzionale (con ordinanza 24/2017), la CGUE ha “fatto propria” l'opposta prospettiva italiana, poi confermata in modo definitivo dal Giudice delle Leggi con sentenza 115/2018.

¹⁹² Ricorda S. TURENNE, *Advocate Generals' Opinions or Separate Opinions? Judicial Engagement in the CJEU*, in 14 *Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud.* 723 (2011-2012), 734 – richiamando W. VAN GERVEN, *The Role and Structure of the European Judiciary Now and in the Future*, in *European Law Rev.* 211 (1996), 222 – come «AG's Opinions served a similar purpose as a concurring or a dissenting opinion, in showing the way in which he believes the Court should follow».

¹⁹³ Come affermato da S. CRESPI, *Articolo 8*, cit., 41, «il fatto che [...] le Conclusioni degli AG contribuiscano, seppur in senso lato, a fare giurisprudenza UE è anche la ragione per cui esse sono sempre state pubblicate, al pari delle sentenze, nella Raccolta ufficiale della CG (sino alla fine del 2011, data in cui essa è cessata)».

¹⁹⁴ Cfr. M. WATHELET, *Opinions dissidentes: la Court de Justice de l'Union européenne sera-t-elle le dernier des mohicans?*, in AA.VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Court de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, Giappichelli, 2018, 1034. Come evidenziato da S. TURENNE, *Advocate Generals' Opinions*, cit., 734, «the AG's Opinions [...] provide (1) a summary of the existing case law, (2) a doctrinal analysis of its strengths and weaknesses to the extent that this is relevant to the case at issue, (3) references to the body of principles that can be shown to underlie or embrace the issue(s) raised in the present case, (4) references to doctrines or principles advocated in other legal systems or in other courts in the country or in other legal systems».

In questo senso, infatti, le conclusioni dell'Avvocato Generale fungono sempre da punto di riferimento per i Giudici al momento dell'adozione della decisione, oltre a poter rendere maggiormente intellegibile e completo il percorso argomentativo ivi seguito e, come pocanzi ricordato, eventualmente a garantire una voce in capitolo sulla formazione e sviluppo delle linee giurisprudenziali future¹⁹⁵.

¹⁹⁵ Cfr. D. RUIZ-JARABO COLOMER, M. LÓPEZ ESCUDERO, *L'institution de l'avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes*, in G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS (a cura di), *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, 668-670. Per una ricostruzione sistematica sull'influenza dell'Avvocato Generale nella giurisprudenza europea, cfr. C. ARREBOLA, A.J. MAURICIO & H. JIMENEZ PORTILLA, *An Economic Analysis of the Influence of the Advocate General on the Court of Justice of the European Union*, in 5 *Cambridge J. Int. Comp. Law* 82 (2016) e A. ALBORS-LLORENS, *Securing Trust in the Court of Justice of the EU: The Influence of the Advocates General*, in 14 *Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud.* 509 (2011-2012).

CAPITOLO TERZO

IL VOTO PARTICULAR NELL'ORDINAMENTO SPAGNOLO. PROFILI ISTITUZIONALI

SOMMARIO: 1. Le origini storiche del *voto particular* in Spagna – 2. L'uso (e abuso?) del dissenso nel *Tribunal de Garantías constitucionales* repubblicano – 3. Opinione dissenziente e Costituzione democratica del 1978: origini, configurazione e disciplina normativa – 4. Regolamentazione e modalità pratiche di deliberazione nel *Tribunal Constitucional* – 4.1. Analisi sistematico-quantitativa dei dati raccolti (2009-2019) – 4.2. Profili strutturali e funzionali del *voto particular* – 4.3. *Voto particular* e Presidenza del *Tribunal Constitucional* – 4.4. Criteri di nomina dei Giudici costituzionali, *voto particular* e ideologie politiche – 5. *Voto particular* e giurisprudenza ordinaria: cenni sistematici – 6. La proliferazione del dissenso negli organi amministrativi e non-giurisdizionali: brevi indicazioni.

1. Le origini storiche del *voto particular* in Spagna

Tra le esperienze storico-giuridiche che contemplano l'emissione di voti non coincidenti con quello della maggioranza, l'esperienza spagnola è una delle più suggestive e dense di indicazioni normative, sia sotto il profilo della “tradizione” storica sia in ragione dell'intreccio tra *voto particular*, contesto socio-politico e sviluppo del sistema istituzionale¹, anche in relazione all'articolazione di un solido modello di diritti e libertà fondamentali².

¹ Suggestivo, ad esempio, il rinvio da parte della STC 36/1981, FJ 7 al contenuto di una pronuncia del *Tribunal de Garantías Constitucionales* repubblicano pubblicata il 3 novembre 1934, come ricordato da L. AGUIAR, *El Tribunal de Garantías de la II República: una reflexión*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 8, 1983, 290.

² Sull'intreccio tra *voto particular* e tutela dei diritti fondamentali il rinvio immediato corre a G. CÁMARA VILLAR, *Votos particulares y derechos fundamentales*, cit., soprattutto 95 ss.

Il punto di partenza di questa avventura plurisecolare affonda le sue radici nelle *Ordenanzas de Medina* del 1489, promulgate dai Sovrani cattolici Ferdinando d'Aragona e Isabella di Castiglia. In particolare, il Cap. XIV prevedeva la custodia di uno speciale *Libro secreto del Acuerdo*, nel quale venivano annotate le opinioni (non motivate) di tutti i giudici che avevano concorso alla deliberazione di una sentenza, affinché vi fosse prova tangibile – in caso di contestazioni sollevate da un giudice del Collegio stesso o dalle parti processuali – dell'*iter* deliberativo seguito³.

Tuttavia, tale tecnica decisoria non può essere considerata come vera opinione dissenziente nei termini sopra descritti. Difettano, infatti, la pubblicità e la motivazione⁴, nonché il carattere fortemente limitato delle controversie alle quali essa era applicabile⁵ e l'impossibilità di inquadrarla nella cornice delle tradizionali argomentazioni che ne hanno sorretto l'introduzione⁶.

Tale modalità di *voto reservado* venne poi estesa in modo generalizzato alla legislazione processuale in campo civile⁷ e penale⁸. Nel dettaglio, la LEC e la LECrim stabilivano che il giudice dissenziente fosse comunque obbligato a sottoscrivere la sentenza "contestata", potendo tuttavia dare atto – con dettaglio di motivazione, nelle successive ventiquattro ore – della propria contrarietà in un "libro riservato"⁹.

Qualora, poi, il giudice inizialmente designato redattore del provvedimento avesse manifestato la propria contrarietà alla soluzione maggioritaria, le due legislazioni prospettavano soluzioni in parte diverse.

³ Il testo completo è disponibile in *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, Tomo II, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1993, 350-351.

⁴ Le motivazioni erano infatti raccolte «en un libro enquadernado, sin poner causas y razones algunas de las que les movió á votar».

⁵ «Pleytos arduos, y de substancia, especial en todos los que exceden de cien mil maravedís».

⁶ Ricorda L. LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., 166-167 che si trattava di una «facoltà [...] riconosciuta nell'interesse prevalente dei giudici, piuttosto che dei giudicati, essendo la funzione preminente ed essenziale della verbalizzazione quella di garanzia dei componenti il collegio».

⁷ Cfr. *Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil* (LEC).

⁸ Cfr. *Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba el Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento criminal* (LECrin).

⁹ Artt. 367 LEC e 156 LECrim.

Secondo la disciplina processuale civile, il Presidente del Collegio avrebbe potuto dispensarlo dalla redazione¹⁰; quella penale, invece, stabiliva che la sostituzione sarebbe intervenuta in modo automatico, salvo l'obbligo per il dissenziente di redigere il relativo *voto particular*¹¹.

Ben più interessante, invece, l'indicazione secondo cui le opinioni dissenzienti dovevano essere rese pubbliche in modo obbligatorio qualora fosse stato interposto e ritenuto formalmente ammissibile *recurso de casación* presso il *Tribunal Supremo*¹².

Infine, l'art. 914 LEC disponeva che, nel caso di un'azione civile di responsabilità (incardinata presso la *Sala de lo Contencioso-Administrativo* del *Tribunal Supremo*) nei confronti di un Collegio giudicante, avrebbe dovuto essere data comunicazione all'attore della sussistenza di eventuali opinioni dissenzienti, affinché questi potesse decidere se procedere ugualmente anche a carico dei giudici che le avevano sottoscritte.

In parallelo, un'apertura ancora più netta era rinvenibile nella disciplina di regolamentazione dei processi dinanzi al giudice amministrativo. Infatti, la *Ley de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de septiembre de 1888* statuiva (artt. 62 e 99) la piena pubblicità delle opinioni dissenzienti – nominative e motivate – le quali venivano pubblicate assieme al testo finale della sentenza e così rese note in forma pubblica ed alle parti¹³.

¹⁰ Art. 336.6 LEC.

¹¹ Art. 147.4 LECrim.

¹² Artt. 368 LEC; 157 e 861 LECrim.

¹³ Cfr. L. LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., 168; G. CÁMARA VILLAR, *Votos particulares y derechos fundamentales*, cit., 65-66 e F.J. EZQUIAGA GANUZAS, *El voto particular*, cit., 92-93. Per un richiamo più ampio agli sviluppi storici del contenzioso processuale amministrativo in Spagna, si vedano J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Evolución de la legislación contencioso-administrativa*, in *Revista de Administración Pública*, 150, 1999, 209-238 e, nella stessa *Rivista*, 50, 1966, 27-50, A. NIETO, *Los orígenes de lo contencioso administrativo en España*.

Detta innovazione rivoluzionaria ebbe tuttavia vita breve¹⁴, venendo subito sostituita con la ricordata disciplina “conservatrice” contenuta nella LEC da parte della successiva legge processuale amministrativa del 1894¹⁵.

2. L’uso (e abuso?) del dissenso nel *Tribunal de Garantías Constitucionales* repubblicano

Più stimolante appare l’esperienza – breve ma intensa (1933-1939) – del *Tribunal de Garantías Constitucionales* (TGC) introdotto dalla Costituzione della Seconda Repubblica del 1931¹⁶.

Dal punto di vista strutturale, l’art. 122 CE prevedeva una composizione assai pletorica e variegata, essendo tale organo costituito da un Presidente (di designazione parlamentare), nonché dal Presidente dell’*Alto Cuerpo consultivo de la República*, il Presidente del *Tribunal de Cuentas*, due deputati scelti dalle *Cortes*, un rappresentante per ognuna delle costituende Regioni, due componenti eletti dai rappresentanti dei *Colegios de Abogados* e quattro docenti in materie giuridiche: così, per un totale di ben ventisei componenti¹⁷.

È opportuno soffermarsi innanzitutto sulla predetta composizione, per un duplice ordine di motivi. Da un lato, infatti, essa è stata interpretata quale portato naturale di una pregressa ambiguità di fondo in ordine alla configurazione

¹⁴ In proposito, G. CÁMARA VILLAR, *Votos particulares y derechos fundamentales*, cit., 27, ricorda le durissime parole pronunciate contro il *voto particular* da Manuel Aguirre, Conde de Tejada de Valdosera – durante l’esame parlamentare della *Ley de lo Contencioso-Administrativo* del 1888 – il quale parlò di «anarquía judicial», «embriones de sentencias» e «sentencias con estrambote».

¹⁵ Cfr. L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 13 de septiembre de 1888*, Madrid, Instituto de Estudios administrativos, 1975, 217, il quale fa riferimento, tra le motivazioni addotte nel progetto di riforma per la soppressione dell’istituto, alla (ritenuta) perdita di prestigio dei Tribunali amministrativi, la sopravvenuta debolezza delle loro pronunce e l’assenza di utilità per il diritto soggettivo invocato dalle parti.

¹⁶ Cfr. M. BASSOLS COMA, *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

¹⁷ Per un riferimento pregresso all’introduzione di un modello di giustizia costituzionale nel progetto di costituzione federale del 1873 (mai promulgato), si veda S.A. ROURA GÓMEZ, *Control jurisdiccional de constitucionalidad en España: las experiencias del Tribunal Supremo Federal y el Tribunal de Garantías Constitucionales*, in *Anuario da Facultade de Dereito*, 2, 1998, 443-462.

dell'organo di giustizia costituzionale¹⁸; dall'altro, si è voluto vedere nella struttura profondamente politica – e, *a posteriori* – politicizzata del TGC¹⁹ una tra le cause principali di un funzionamento quantomeno difficoltoso²⁰.

Come è noto, il richiamo all'impostazione – giurisdizionale/kelseniana o politica/schmittiana – delle funzioni attribuibili al Giudice costituzionale è da sempre il punto di partenza per una riflessione sistematica sugli istituti che da esso traggono origine e la loro implementazione in termini giuridico-istituzionali²¹.

In questo senso, il dibattito costituente sembrò fin da subito orientato a favore della seconda soluzione, come dimostrato dai lavori preparatori. A tal proposito, l'art. 118 dell'*Anteproyecto* prevedeva una sorta di *référé législatif*²² in versione spagnola secondo cui il TGC, una volta rilevato un vizio di costituzionalità, avrebbe

¹⁸ Ben lo evidenziano F. RUBIO LLORENTE, *Del Tribunal de Garantías al Tribunal constitucional*, in *Revista de Derecho Político*, 16, 1982-1983, 31 e L. LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., 170. Sul punto, F. TOMÁS Y VALIENTE, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, in ID., *Obras completas*, III, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 1997, 2137-2142, ha evidenziato la prevalenza della dimensione politica rispetto a quella strettamente giurisdizionale quale causa del fallimento storico della predetta esperienza.

¹⁹ F. RUBIO LLORENTE, *Del Tribunal de Garantías al Tribunal constitucional*, cit., 31-32 allude alla designazione di J. Calvo Sotelo e C. Silió – di tendenza monarchico-conservatrice e già Ministri – da parte degli Ordini forensi, alle elezioni di membri “conservatori” per il TGC (tra luglio e ottobre del 1933), in ragione del loro carattere marcatamente anti-repubblicano, in contrapposizione al governo progressista guidato da Azaña. Cfr. anche J.J. LINZ, J.R. MONTERO, M.A. RUIZ, *Elecciones y política*, in A. CARRERAS, X. TAFUNELL (A CURA DI), *Estadísticas históricas de España: siglos XIX-XX*, 2^a ed., vol. III, Bilbao, Fundación BBVA, 2005, 1111, i quali evidenziano come, tra i giudici di estrazione parlamentare, dieci furono scelti sul fronte delle forze conservatrici e cinque tra esponenti progressisti.

²⁰ Sul punto, è tuttavia assai difficile (se non addirittura capzioso) provare a tracciare una connessione tra situazioni causali ed effetti conseguenti. Come infatti affermato da M. CONTRERAS, J.R. MONEDERO, *Una Constitución frágil: revisionismo y reforma constitucional en la Segunda República española*, in *Revista de Derecho Político*, 12, 1981-1982, 26, «lo cierto es que la tantas veces puesta de relieve fragilidad del sistema político republicano tuvo su inevitable correlato en la fragilidad del ordenamiento constitucional, sin que nos atrevamos a decir que la una fue consecuencia estricta de la otra, porque la realidad es que fueron inextricablemente unidas».

²¹ Una descrizione dell'intreccio tra natura politica dello strumento costituzionale, controllo giurisdizionale della costituzionalità delle leggi e rischio di una degenerazione “politicista” in P. DE VEGA GARCÍA, *Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución* e P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El examen de la constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria*, in *Revista de Estudios Políticos*, 7, 1979, rispettivamente 93-118 e 197-226.

²² Cfr. P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino, Giappichelli, 2005 e Y.L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, Presses Universitaires de France, 1965.

avuto l'unica possibilità di rimettere la questione al Presidente della Repubblica, affinché costui investisse il Parlamento della decisione finale²³.

La logica di fondo, evidentemente, era quella di cercare una soluzione in qualche modo “compromissoria” tra un controllo che non fosse di esclusiva matrice giurisdizionale – con conseguenze invalidanti delle norme di legge – e il mantenimento dei principî della sovranità parlamentare e popolare (potremmo dire di ascendenza rivoluzionaria francese)²⁴.

Tale configurazione non trovò, però, accoglimento nel testo costituzionale definitivo, il quale finalmente riconobbe al TGC l'esclusivo controllo della conformità a Costituzione delle norme di legge impugnate²⁵.

Se, poi, ci si attiene ai requisiti che Kelsen enunciò quali indici fondamentali per la corretta interpretazione di un organo di giustizia costituzionale²⁶, si osserva uno scenario esattamente antitetico rispetto al modello prefigurato dal giurista austriaco.

Dalla presenza di un numero obiettivamente irragionevole di componenti ad una quota assai ristretta di giuristi di professione²⁷, passando attraverso un sistema di elezione dei suoi componenti di chiara ascendenza politica ed una loro forte

²³ Si vedano le parole del deputato ELOLA, *Diario de Sesiones de las Cortes constituyentes de la República española*, 76, 1931, 2416-2417, secondo cui un controllo di costituzionalità delle leggi affidato ad un organo giurisdizionale avrebbe rappresentato un'indebita ingerenza del potere giudiziario nel campo della sovranità riservata in via esclusiva a quello legislativo.

²⁴ Una conferma in JIMÉNEZ DE ASÚA (Presidente della Commissione incaricata della stesura del testo costituzionale), *Diario de Sesiones de las Cortes constituyentes de la República española*, 28, Tomo II, 1933, 647.

²⁵ Al netto delle funzioni attribuite al nuovo organo di giustizia costituzionale, le reticenze erano dirette anche nei confronti del TGC in quanto tale. Lo dimostra l'emendamento (non accolto) del deputato XIRAU, *Diario de Sesiones de las Cortes constituyentes de la República española*, 28, Tomo V, 1931, 2637 ss., volto a sostituire il TGC – «una deformidad jurídica que [...] me atrevería a calificar de espantosa» – con un *Consejo de la República* dotato di un potere di veto sospensivo, chiamato a risolvere i conflitti di competenza legislativa tra Stato e Regioni, sempre a livello politico e non giurisdizionale. I dubbi per l'attribuzione del controllo di costituzionalità ai giudici ordinari erano invece espressi dal deputato CASTRILLO, *Diario de Sesiones de las Cortes constituyentes de la República española*, 76, cit., 2418, per il quale affidare il controllo di costituzionalità alla giustizia ordinaria avrebbe significato snaturarne la funzione fondamentale.

²⁶ Cfr. H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, 174-175.

²⁷ Ricorda infatti M. BASSOLS COMA, *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República*, cit., 87 che «tanto para el cargo de Presidente como de Vocales regionales no se exigía la condición de licenciado en Derecho».

dipendenza (soggettiva e funzionale) da Parlamento, Governo e partiti politici, gli auspici per una Corte “giurisdizionale” non erano, infatti, i migliori²⁸.

Parallelamente, al netto delle funzioni attribuite al TGC, la più importante di queste – il controllo di costituzionalità legislativa – fu oggetto tanto di un’ampia indeterminatezza definitoria quanto di un’evidente restrizione (fors’anche violazione) dei parametri indicati nella Costituzione stessa.

In relazione al primo profilo, l’art. 124 CE rimetteva la definizione della «*extensión y efectos de los recursos a que se refiere el artículo 121*» ad una legge organica – che venne finalmente adottata solo nel 1933 (LOTGC)²⁹ – di fatto demandando l’intera disciplina sul punto allo stesso soggetto controllato, peraltro con fonte sub-costituzionale³⁰.

A seguire, il quadro dei legittimati attivi all’impugnazione delle leggi (configurato in termini di vera e propria “azione popolare”) veniva ristretto *extra constitutionem*. In particolare, mentre l’art. 123.5 CE riconosceva la possibilità di ricorrere al TGC a «[...] toda persona individual o colectiva, aunque no hubiera sido directamente agraviada», l’art. 30.1 LOTGC limitava l’impugnazione delle norme di legge al solo «titular del derecho que resultare agraviado por la aplicación de aquella»³¹.

²⁸ M. BASSOLS COMA, *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República*, cit., 51-52, ricorda come, durante la discussione della *Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales* (LOTGC), Alvaro de Albornoz (Ministro della Giustizia e futuro primo Presidente del TGC) avesse manifestato l’idea secondo cui la difesa della Costituzione era da intendersi come funzione politica e non certo giurisdizionale. P. CRUZ VILLALÓN, *Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 5, 1982, 137 parla di «desnaturalización del órgano de control de constitucionalidad a partir de su mismo proceso electoral». Una lettura critica delle modalità di composizione del TGC anche in F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El Tribunal de Garantías Constitucionales: la problemática de su composición y del estatuto jurídico de sus miembros*, in *Revista de Derecho Público*, 11, 1988, 277 ss.

²⁹ *Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, de 14 de junio de 1933*.

³⁰ Sulla incerta natura della LOTGC come fonte costituzionale, cfr. E. GÓMEZ ORBANEJA, *Los avatares del texto constitucional*, in *Revista de Estudios Políticos*, 31-32, 1983, 28-31.

³¹ Secondo L. AGUIAR, *El Tribunal de Garantías de la II República*, cit., 294, non deve ritenersi che «la legitimación para acudir, el Tribunal de Garantías pecara de excesivamente restrictiva [...] sino de una inadecuada articulación técnica de la legitimación con la función a desempeñar por el Órgano de Justicia constitucional». Sul tema, diffusamente J. ALMAGRO NOSETE, *La «acción popular» ante el Tribunal de Garantías constitucionales. Valoración y crítica*, in *Revista de Derecho Político*, 12,

Ma, soprattutto, la *Disposición Final* sottraeva al giudizio di costituzionalità tutta la legislazione antecedente alla citata LOTGC³². Ciononostante, se pure è vero che tale scelta fu determinata dalla volontà (politica) di “blindare” il quadro normativo repubblicano sino ad allora implementato, non sembrerebbe potersi parlare di un’alterazione del dettato costituzionale, giacché era stato quest’ultimo a rendere possibile tale scenario attraverso la rimessione alla LOTGC della regolazione dei confini del controllo di costituzionalità³³.

A tal proposito, ci si è suggestivamente interrogati sulla legittimità costituzionale di detta norma, evidenziando il “circolo vizioso” derivante dal fatto che «para articular y fundar el recurso contra una u otra disposición de la ley especial orgánica [in questo caso, la *Disposición Final*], había que basarse en ella misma»³⁴.

La questione non venne mai affrontata dal TGC, nonostante l’astuto tentativo di impugnazione di una legge (la *Ley de Reforma agraria* del 1932) anteriore alla *Disposición Final*, con l’obiettivo di far dichiarare l’incostituzionalità di quest’ultima quale norma situata “a monte” dell’oggetto del ricorso. L’abrogazione della norma-oggetto, infatti, determinò la sopravvenuta carenza di interesse in ordine alla costituzionalità della discussa *Disposición Final*.

Sul piano del concreto esercizio delle proprie competenze, è stato ricordato come, durante il suo periodo di attività, il TGC sia stato adito in contate occasioni quale giudice della costituzionalità delle leggi tanto dai cittadini quanto, soprattutto,

1981-1982, 65-83, il quale ricostruisce i diversi passaggi del dibattito parlamentare, facendo presente come il carattere “popolare e diffuso” dell’impugnazione costituzionale sia stato trasferito dalla questione di costituzionalità al ricorso diretto tramite *amparo*.

³² Ricostruisce il dibattito politico e giuridico sul tema M. BASSOLS COMA, *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República*, cit., 74-80.

³³ Lo evidenzia S.A. ROURA GÓMEZ, *Control jurisdiccional de constitucionalidad en España*, cit., 459. Sui possibili profili di incostituzionalità della norma in esame, cfr. R. FÉRNANDEZ DE VELASCO, *El Tribunal de Garantías Constitucionales. La disposición final de Ley (cuestión práctica)*, in *Revista de Derecho Público*, 19-20, 1933, 235-236 e N. PÉREZ SERRANO, *El proyecto de Tribunal de Garantías y el recurso de inconstitucionalidad*, in *Revista de Derecho Público*, 13, 1933, 15.

³⁴ Cfr. E. GÓMEZ ORBANEJA, *Los avatares del texto constitucional*, cit., 32.

dagli organi costituzionali e dai giudici, preferendosi invece la delicata via dell'*amparo* e della risoluzione dei conflitti di competenza tra Stato e Regioni³⁵.

A tali considerazioni – che segnalano difetti più o meno profondi nell'impostazione “concettuale” del TGC e nella sua configurazione normativa – si venne a sommare fin da subito quello che è stato ritenuto un chiaro utilizzo del TGC come “contropotere giudiziario” al Governo in carica³⁶ e rispetto al quale la presenza del *voto particular* può costituire un'interessante cartina di tornasole.

In proposito, si tenga presente che i testi preparatori della LOTGC configuravano la conoscibilità dell'opinione non maggioritaria in modo ristretto. L'art. 44.5 del relativo *Anteproyecto*, infatti, circoscriveva la pubblicità dell'opinione dissenziente ad una delibera del Tribunale adottabile solo in (non meglio definiti) casi eccezionali, mentre l'art. 37.5 del *Proyecto* lo estendeva – alternativamente – alle ipotesi autorizzate dal Tribunale o a situazioni eccezionali³⁷.

L'art. 41 del testo definitivo della LOTGC, invece, estese l'applicazione del suddetto strumento, consentendo al giudice dissenziente di rendere nota, in forma nominativa e motivata, il proprio parere contrario, il quale sarebbe poi stato depositato insieme al provvedimento giurisdizionale³⁸.

Si tratta, quindi, di comprendere quale utilizzo ne è stato fatto sotto il profilo della tecnica giuridica e quali sono le cause che hanno determinato un tale utilizzo e/o le conseguenze che ne sono derivate.

Le opinioni dottrinali sono variegata. Sul versante critico, diversi autori hanno indicato il ricorso al *voto particular* quale tentativo di “giurisdizionalizzare” rivendicazioni politiche e identificato proprio in tale uso distorto una delle cause

³⁵ Si veda F. RUBIO LLORENTE, *Del Tribunal de Garantías al Tribunal constitucional*, cit., 35-36.

³⁶ Cfr. *ivi*, 31: «este esquema político se llenó, como era inevitable, de un contenido político. Todos los vocales del Tribunal de Garantías llegaron a él por razones estrictamente políticas y no siempre plausibles».

³⁷ Cfr. F.J. EZQUIAGA GANUZAS, *El voto particular*, cit., 94-95 e J.L. CASCAJO CASTRO, *La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española*, cit., 174.

³⁸ Si veda anche la precisazione di L. LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., 174, nota 21, quando afferma che «anche se l'articolo fa riferimento al ricorso di incostituzionalità delle leggi [...] e in assenza di uguale previsione per le ulteriori competenze del giudice costituzionale – *amparo*, conflitti soggettivi ecc. – il sistema così delineato venne applicato indirettamente a tutti i ricorsi».

principali della cattiva fama di cui ha goduto il TGC³⁹, tanto da essere assunto dai Costituenti del 1977-1978 come monito da non replicare nella configurazione di un organo di giustizia costituzionale⁴⁰.

In proposito, risultano quantomeno curiosi sia l'indicazione formale (poi forse scaramanticamente espunta) di un *Tribunal de Garantías Constitucionales* nella primissima bozza del testo costituzionale⁴¹, sia il refuso contenuto nell'*Anteproyecto* della Costituzione democratica⁴², laddove l'art. 15.4 delle Disposizioni transitorie allude ad esso, pur essendo già stata accolta la categoria formale di *Tribunal Constitucional*.

Dall'altro, dottrina altrettanto autorevole – pur non mancando di evidenziare profili poco commendevoli nella stessa direzione – ha cercato di cogliere anche aspetti positivi nell'attività del TGC, quale istituzione costretta ad operare in un contesto di profonda *crispación* politica⁴³ e, in quanto tale, travolta dalla forza irrefrenabile di eventi ad essa non direttamente imputabili.

In tali termini, quindi, il TGC sarebbe stato “vittima” involontaria di un sistema di partiti ed istituzionale e non causa di quella politicizzazione e degenerazione che ad esso si è voluta ricondurre⁴⁴.

³⁹ G. TRUJILLO, *Juicio de legitimidad e interpretación constitucional*, cit., 155 parla di sentenze «de derechas o de izquierdas, con la consiguiente pérdida de *auctoritas* del Tribunal», mentre A. GARRORENA MORALES, *La sentencia constitucional*, cit., 19 allude allo «nada estimulante de ciertas experiencias habidas en el constitucionalismo de entreguerras: recuérdese aquí, sin más [...], lo que fue la práctica de tales ‘votos particulares’ durante nuestra Segunda República, al amparo del artículo 41 de la Ley Reguladora del Tribunal de Garantías Constitucionales».

⁴⁰ Ricorda L. LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., 180 che «l'esperienza del *Tribunal de Garantías Constitucionales*, pur nella sua brevità temporale, si rivelò gravida di ammonimenti per il costituente del 1978», ricavandosi «due insegnamenti fondamentali: da un lato, l'opportunità di attribuire il controllo di legittimità costituzionale ad organi con caratteristiche giurisdizionali; dall'altro, l'incapacità della giustizia costituzionale a risolvere la crisi del sistema, anzi la probabilità che, in tale contesto, divenga un ulteriore fattore di debolezza dell'assetto costituzionale».

⁴¹ Elaborata dalla *Ponencia* costituita in seno alla Commissione Affari costituzionali del *Congreso* il 22 luglio 1977fr. S. GALLEGÓ-DÍAZ, B. DE LA CUADRA, *Crónica secreta de la Constitución (40 años después)*, Madrid, Tecnos, 2018, 205 ss.

⁴² Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes*, 5 de enero de 1978, 44, 669 ss.

⁴³ Si veda M. TUÑÓN DE LARA, *La coyuntura histórica española de 1930-1931*, in *Revista de estudios políticos*, 31-32, 1983, 39-56.

⁴⁴ Cfr. G. CÁMARA VILLAR, *Votos particulares y derechos fundamentales*, cit., 67; E. GÓMEZ ORBANEJA, *Los avatares del texto constitucional*, cit., 36-37 e F. RUBIO LLORENTE, *Del Tribunal de Garantías al Tribunal constitucional*, cit., 31 ss. Secondo S.A. ROURA GÓMEZ, *Control*

Pertanto, piuttosto che di soluzioni positive o negative *tout court* pare doveroso alludere ad un quadro di variegata sfumature in ordine ai diversi elementi descritti, i quali, in un giudizio di comparazione, non sembrerebbero tuttavia oscillare verso una preponderanza di quelli positivi.

Rimane, comunque, ferma la considerazione di un modello di giustizia costituzionale certamente innovativo per l'epoca e che – tanto per cause proprie quanto per ragioni esogene – ha rappresentato un esempio paradigmatico per la comprensione delle difficoltà che possono affliggere una Corte costituzionale sia a livello di impostazione concettuale e strutturazione, sia in relazione ai rapporti con i diversi poteri dello Stato in determinati contesti storici⁴⁵.

3. Opinione dissenziente e Costituzione democratica del 1978: origini, configurazione e disciplina normativa

Nel corso dei dibattiti parlamentari culminati con l'adozione del testo costituzionale del 1978, il tema dell'opinione dissenziente non ebbe, per vero, una considerazione rilevante⁴⁶, assumendo una posizione defilata fino all'approvazione finale, intervenuta senza particolari sussulti.

jurisdiccional de constitucionalidad en España, cit., 455, pur in presenza del “peccato originale” della composizione del TGC, esso avrebbe potuto comunque funzionare se la classe politica avesse veramente creduto nelle sue potenzialità. Per F. RUBIO LLORENTE, *Del Tribunal de Garantías al Tribunal constitucional*, cit., 35-36, «es claro que el Tribunal no fue tomado nunca en serio por quienes podían y debían hacerlo. No fue utilizado como un órgano útil para llevar a cabo la depuración del ordenamiento adecuándolo a la Constitución y en cambio fue utilizado sin ningún escrúpulo para buscar a través de él la solución de problemas políticos muy graves que, como evidencia la práctica, no podían ser resueltos a través del Tribunal».

⁴⁵ Secondo L. LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., 182 «il ricordo del suo esito non positivo, lungi dal determinare il rifiuto di ogni forma di giustizia costituzionale, agì da stimolo perché fossero superate le carenze e le ambiguità precedenti, specie per quanto concerne la composizione e l'organizzazione dell'organo». Cfr. anche J. UROSA SÁNCHEZ, E. SAN MIGUEL PÉREZ, I. RUIZ RODRÍGUEZ, F. MARHUENDA GARCÍA, *El Libro de Actas del Tribunal de Garantías Constitucionales*, Madrid, Comunidad de Madrid, 1999, 44-45 discorrono di «excelente testimonio de de las inquietudes y la praxis de los juristas de un tiempo esencial a la propia configuración de la España contemporánea».

⁴⁶ Cfr. M.J. RIDAURA MARTÍNEZ, *La regulación de los votos particulares en la Constitución de 1978*, in E. ALVAREZ CONDE (a cura di), *Diez años de régimen constitucional*, Madrid, Tecnos, 1989, 385-389.

Volendo sintetizzare alcuni passaggi, si ricordi che il testo originario dell'*Anteproyecto* non ne contemplava espressamente la previsione⁴⁷. In particolare, nel corso dei lavori parlamentari un emendamento volto alla sua introduzione venne dichiarato inammissibile in sede di *Ponencia* ma, successivamente, accolto presso la *Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas* del *Congreso de los Diputados* il 19 giugno 1978⁴⁸, grazie all'ostinata perseveranza di Gregorio Peces-Barba, autentico “padre” del *voto particular* nella Costituzione spagnola⁴⁹.

Lo stesso, peraltro, avrebbe difeso in modo strenuo le caratteristiche positivamente attribuite al *dissent* quando, di lì a poco, si sarebbe opposto ad una modifica – accolta dal *Senado* in sede di discussione e votazione del testo già approvato dalla Camera bassa – che ne imponeva una pubblicazione anonima (secondo il modello originario del *BVerfG*). Tale cambiamento “al ribasso” venne finalmente espunto a larghissima maggioranza⁵⁰.

⁴⁷ Art. 155 CE, disponibile in *Boletín Oficial de las Cortes*, 5 de enero de 1978, cit., 697. Sull'argomento anche J. TOMÁS VILLARROYA, *El Tribunal Constitucional en el Anteproyecto de Constitución*, in AA.VV., *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1978, 203.

⁴⁸ Il testo della proposta emendativa è contenuto nel corrispondente *Diario de Sesiones*, 92, 3457-3458, il quale testimonia altresì l'unanimità di tutti i membri della Commissione a favore del suo accoglimento.

⁴⁹ Tra le sue opere a proposito del testo costituzionale, cfr. *La elaboración de la Constitución de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988; *La Constitución de 1978: un estudio de derecho y política*, Valencia, Fernando Torres, 1981 ed il volume collettaneo (curato con M.A. RAMIRO AVILÉS) *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004.

⁵⁰ Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 19 de septiembre de 1979, 30, 1770-1771; richiami dottrinali al dibattito sul punto in L. LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., 189-192 e F.J. EZQUIAGA GANUZAS, *El voto particular*, cit., 96-98. Con parole dello stesso G. PECES-BARBA, *La Constitución de 1978*, cit., 353, «este reconocimiento y participación de los votos particulares supone uno de los caracteres más progresivos del Tribunal Constitucional, auténtica garantía para la minoría discrepante en el Tribunal y también para el afinamiento de las ponencias mayoritarias que tendrán la posibilidad de contrastarse públicamente; y sobre todo a nivel científico-jurídico, con las opiniones discrepantes».

Ad oggi, la disciplina del *voto particular* per quanto concerne il TC è regolata dal combinato disposto degli artt. 164.1 CE e 90.2 della *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional* (LOTIC)⁵¹.

Se la prima disposizione citata ha il merito di riconoscere e, soprattutto, costituzionalizzare la manifestazione dell'opinione dissenziente (il che non accade, ad esempio, né negli Stati Uniti né in Germania), è soprattutto dalla disciplina contenuta nella *Ley Orgánica*⁵² – integrativa del dettato costituzionale⁵³ – che è possibile trarre un quadro completo in ordine alla strutturazione ed allo sviluppo pratico del *voto particular*.

Innanzitutto, la formalizzazione del dissenso è pubblica e nominativa, come si ricava dalla *voluntas* del legislatore in sede costituente e dall'indicazione secondo cui ciascun giudice può plasmare in un'opinione dissenziente – destinata a formare corpo unico con la deliberazione finale ed essere pubblicata nel *Boletín Oficial del Estado* – la propria opinione contraria a quella della maggioranza⁵⁴.

Sul piano positivo, soccorrono anche gli artt. 80 LOTIC e 260 della *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (LOPJ). Il primo, infatti, opera un rinvio “esterno” e di carattere suppletivo⁵⁵ alla normativa contenuta nella stessa LOPJ – tra gli altri aspetti – in materia di «publicidad y forma de los actos», ove l'art. 260.2 LOPJ espressamente prevede che il *voto particular* delle pronunce giudiziali rechi la firma di colui che lo ha redatto.

⁵¹ «El Presidente y los Magistrados del Tribunal podrán reflejar en voto particular su opinión discrepante, siempre que haya sido defendida en la deliberación, tanto por lo que se refiere a la decisión como a la fundamentación. Los votos particulares se incorporarán a la resolución y cuando se trate de sentencias, autos o declaraciones se publicarán con éstas en el Boletín Oficial del Estado».

⁵² Si tratta di leggi ordinarie “rinforzate” per contenuto (art. 81.1) e per procedimento (art. 81.2), dovendo essere approvate a maggioranza assoluta.

⁵³ Cfr. G. ROLLA, *Indirizzo politico*, cit., 149-150.

⁵⁴ F. BALAGUER CALLEJÓN (a cura di), *Derecho constitucional*, vol. I, Madrid, Tecnos, 2019, 347 inquadra l'opinione dissenziente come «expresión palmaria de las peculiaridades de las normas y de la interpretación constitucionales, así como de la quiebra del viejo dogma de la interpretación como razonamiento lógico y perfectamente previsible conducente a la única solución legal correcta».

⁵⁵ Cfr. AATC 423/2003, FJ 3 e 46/1998, FJ 1.B.

Inoltre, come fin da subito dimostrato dalla prassi, la presenza formale del *voto particular* non è di per sé rivelatrice in termini assoluti del grado di dissenso in ordine ad un dato provvedimento.

Infatti, fin dagli inizi del suo funzionamento (12 luglio 1980)⁵⁶ è stata accettata la prassi che esso possa essere sottoscritto da più giudici collettivamente o che, ove redatto da una o più mani, vi possano aderire altri giudici.

Detto in altri termini, il “peso” del dissenso è qui dato dal numero complessivo di sottoscrittori (*rectius* aderenti) ad ogni voto, a prescindere dal numero “quantitativo” di voti non maggioritari formalmente espressi⁵⁷.

Inoltre, la pubblicizzazione del dissenso è subordinata ad una previa manifestazione esplicita già in sede di deliberazione. Ciò comporta non solo l'impossibilità di produrre *dissent* “a sorpresa” una volta che le singole questioni ed il dispositivo siano stati decisi, ma sembrerebbe in linea con uno degli scopi fondamentali dell'opinione dissenziente: mettere in campo una soluzione alternativa della maggioranza dopo una prima discussione, favorendo un confronto tra le diverse posizioni ed eventualmente spostando gli equilibri in una direzione piuttosto che in un'altra (anche “riassorbendo” eventuali voci di dissenso entro i confini della soluzione prevalente)⁵⁸.

Da ultimo, il *voto particular* è riferibile in modo espresso tanto alla parte dispositiva (*voto discrepante*) quanto a quella motiva (*voto concorrente*), ed abbraccia qualsiasi tipologia di provvedimento adottabile dal Giudice delle Leggi, sia esso *Sentencia*, *Auto* o *Declaración*.

⁵⁶ Il primo provvedimento giurisdizionale del neonato TC è riconducibile all'ATC 1/1980 (11 agosto 1980); la prima sentenza (STC 1/1981) venne pronunciata il 26 gennaio 1981 ed il primo *voto particular* (dissenziente) è stato sottoscritto da Rubio Llorente (STC 4/1981) in merito alla necessità di interpretare il possibile contrasto tra la Costituzione e le norme legislative antecedenti in termini di incostituzionalità ovvero di abrogazione.

⁵⁷ Cfr. più diffusamente *infra*, §§ 4.1 ss.

⁵⁸ Cfr. L. LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., 133. Ciò non toglie che, come è stato ricordato da A. FELDMAN, *Empirical SCOTUS: The recent role of separate opinions*, cit., il richiamo nelle opinioni di maggioranza di precedenti opinioni dissenzienti/concorrenti possa essere utilizzato a fini “strategici”, «both to rehash old ideas and to help justify new ones».

In particolare, con *Sentencia*, il TC giudica nel merito (ed in forma conclusiva) in ordine ai *recursos e cuestiones de inconstitucionalidad*⁵⁹, ai *recursos de amparo*⁶⁰ ed ai conflitti di competenza⁶¹.

Con *Auto*, invece, il TC rigetta la *cuestión de inconstitucionalidad* quando non soddisfa i requisiti strutturali richiesti o risulti manifestamente infondata⁶²; adotta provvedimenti “estintivi” (rinuncia agli atti, cessata materia del contendere o sopravvenuta perdita di interesse o di oggetto del giudizio)⁶³; mantiene o revoca la sospensione delle disposizioni normative regionali *ex art. 161.2 CE*⁶⁴ e statuisce in merito ai *recursos de súplica* promossi dal Pubblico Ministero o dai privati avverso precedenti *Providencias* o *Autos*⁶⁵.

Infine, la *Declaración* ha un carattere eccezionale – ne sono state adottate solo due in quarant’anni di attività – pur non dovendosi sottovalutare l’importanza sul piano delle questioni trattate: essa, infatti, rappresenta lo strumento attraverso il quale (ai sensi dell’art. 78 LOTC) il TC si pronuncia sulla sussistenza o meno di antinomie tra il testo costituzionale e la disciplina normativa contenuta in Trattati internazionali⁶⁶.

Quale strumento residuale, il TC può adottare provvedimenti mediante *Providencias* prive di motivazione. In particolare, per mezzo di tale tipologia decisoria si dichiara l’inammissibilità dei *recursos de amparo* per carenza dei requisiti necessari, in forza di quanto previsto dall’art. 50.3 LOTC⁶⁷.

⁵⁹ Artt. 38 ss. LOTC.

⁶⁰ Artt. 53 ss. LOTC.

⁶¹ Artt. 66 e 70 LOTC.

⁶² Art. 37.1 LOTC.

⁶³ Art. 86 LOTC.

⁶⁴ Art. 65.2 LOTC.

⁶⁵ Artt. 50.3 e 93 LOTC.

⁶⁶ Si allude alla *Declaración* n. 1/1992 – che impose la riforma dell’art. 13.2 CE in ordine al diritto di suffragio attivo e passivo per le elezioni municipali, a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Maastricht (che estendeva tale diritto a tutti i cittadini europei residenti in un altro Stato membro) – ed alla *Declaración* n. 1/2004, la quale non ravvisò incompatibilità tra la Costituzione spagnola e il Trattato volto ad adottare una Costituzione per l’Europa del 2004 (pur in presenza dei voti dissenzienti dei giudici Delgado Barrio, García-Calvo y Montiel e Rodríguez Arribas).

⁶⁷ Sulle incertezze (anche procedimentali) sottese al *recurso de amparo*, all’indomani della riforma del 2007, cfr. U. ADAMO, *L’amparo costituzional in Spagna: passato, presente e futuro del ricorso diretto al giudice costituzionale tra natura soggettiva e oggettiva del controllo*, in *Consulta Online*,

4. Regolamentazione e modalità pratiche di deliberazione nel *Tribunal Constitucional*

In ordine alla distribuzione delle controversie tra i giudici che compongono il Collegio, la prassi deliberativa del TC prevede un sistema di assegnazione automatica, secondo uno schema predefinito analogo a quello vigente nel *BVerfG* tedesco, caratterizzato dall'adozione di una delibera collegiale sulla ripartizione degli affari per il corrispondente anno giudiziario⁶⁸.

In assenza, pertanto, di un meccanismo bifasico “all’italiana” – caratterizzato da un sistema di assegnazioni “caso per caso” da parte del Presidente⁶⁹ – appare innanzitutto interessante concentrare l’attenzione sulla fattispecie in cui il *Magistrado ponente* (Giudice relatore) risulti essere in disaccordo con la soluzione adottata dalla maggioranza.

In primo luogo, si prendano le mosse dall’impostazione concettuale – manifestata nel *voto particular* di Tomás y Valiente alla STC 60/1983 – secondo la quale «el Ponente expresa la opinión de la Sala y no necesariamente la suya propia». Rivive così il principio della impersonalità e collegialità della decisione, la quale è frutto di tante singole volontà interpretative che, alla fine, trovano composizione in una soluzione imputabile all’organo giurisdizionale in quanto tale (a prescindere dalla formalizzazione del dissenso)⁷⁰.

III, 2015, 666-720 e M. ARAGÓN REYES, *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 85, 2009, soprattutto 17 ss. e 34 ss. *Funditus* sulla riforma, F. BALAGUER CALLEJÓN, G. CAMARA VILLAR, L. F. MEDINA REY, *La nueva ley orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2008.

⁶⁸ In questo senso, cfr. L. LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., 145 e J.L. CASCAJO CASTRO, *La figura del voto particular*, cit., 180, nota 23 (il quale allude ad un «sistema de distribución de ponencias por turno»). Peraltro, che tale sia il metodo di distribuzione delle cause emerge già da STC 26/1987 (FJ 5), ove si faceva riferimento alla figura del «Magistrado inicialmente designado Ponente en este recurso por turno automático». Sull’esperienza tedesca, cfr. W.K. GECK, *Nombramiento y «status» de los magistrados del Tribunal Constitucional federal de Alemania*, cit., 217.

⁶⁹ Cfr. *infra*, Cap. V, §3.2.

⁷⁰ Ancor più chiaramente, nel *voto particular* alla STC 3/1984 Rubio Llorente parla di «opinión mayoritaria de la Sala».

In questo modo, risulta ragionevole, sul piano logico, la possibilità che lo stesso redattore di una sentenza possa dissociarsi “a titolo individuale” da una decisione non riconducibile direttamente a lui, bensì alla Corte, sulla base di una *fictio iuris* che scinde l’opinione personale da quella dell’organo di appartenenza⁷¹.

A livello pratico, in assenza di indicazioni normative espresse, il TC ha storicamente sviluppato (per via di consuetudine) due soluzioni distinte. Fino al 1985 – in coincidenza non casuale con l’entrata in vigore della LOPJ – infatti, era prassi consolidata che il relatore dissenziente assumesse comunque l’onere di redigere la motivazione della sentenza⁷², dando atto della propria contrarietà con apposito *voto particular* in calce al provvedimento.

L’adozione della LOPJ ha determinato un importante mutamento di paradigma. Attraverso il rinvio dell’art. 80 LOTC, infatti, si è ritenuto applicabile anche all’organizzazione e funzionamento del TC il disposto dell’art. 206.1 LOPJ, laddove prevede che il *Magistrado ponente* possa rinunciare alla stesura della sentenza qualora rimasto in minoranza: ciò comporta che egli debba redigere opinione dissenziente, mentre il Presidente del Collegio provvederà alla riassegnazione della redazione della decisione⁷³.

Tale soluzione non esclude, tuttavia, che il Giudice relatore accetti comunque di stendere la motivazione, decidendo contemporaneamente di dare (eventuale) conto della propria contrarietà in apposito voto separato⁷⁴. Rarissima, peraltro, è

⁷¹ Illustrano tale configurazione le parole introduttive di Fernández Viagas nel *voto particular* alla STC 6/1982: «Redactada la Sentencia, en mi condición de Ponente, conforme a la opinión mayoritaria del Pleno, deseo expresar, por medio de este voto particular, la mía, discrepante, defendida en la deliberación».

⁷² Nel dettaglio, il descritto fenomeno si è verificato per la prima volta nella STC 5/1981, quando Tomás y Valiente chiese di essere esonerato dalla redazione di alcune parti della sentenza (motivi I e II della domanda di incostituzionalità e *rationes decidendi* I e II della parte dispositiva). Altre indicazioni statistiche in F.J. EZQUIAGA GANUZAS, *El voto particular*, cit., 131, nota 82.

⁷³ Per un importante caso precedente, cfr. la STC 53/1985 sull’interruzione volontaria di gravidanza (adottata l’11 aprile, circa due mesi prima della promulgazione della LOPJ).

⁷⁴ Si tenga in considerazione che, tra i giudici in attività, i redattori dissenzienti con più voti particolari al termine del 2019 sono Xiol Ríos e Valdés Dal-Ré (16 voti particolari a testa). Tale dato è di per sé sufficiente per contraddire quanto sostenuto da G. CÁMARA VILLAR, *Votos particulares y derechos fundamentales*, cit., 72, nota 175, secondo cui «la entrada en vigor de la LOPJ y la aplicación supletoria de su art. 206.1 ha venido a poner fin a esta práctica».

stata la prassi dei Presidenti-redattori dissenzienti: si contano, in proposito, unicamente i casi delle SSTC 182/1997 (Rodríguez Bereijo) e 173/2005 (Casas Baamonde).

In tal senso, potrebbe non riscontrarsi alcuna contraddizione. Il mantenimento del ruolo di estensore, infatti, troverebbe giustificazione tanto in esigenze di equilibrio del carico di lavoro nella distribuzione complessiva delle controversie e “rispetto” istituzionale quanto in motivazioni che non necessariamente impongano uno scostamento così forte dall’onere redazionale⁷⁵.

Sul punto, tuttavia, non sono mancate critiche: su tutte, quella del Presidente emerito De los Cobos Orihuel (2013-2017), il quale ha parlato di una «práctica discutible» poiché – a suo dire – se è vero che vi sono Giudici capaci di “isolare” il proprio dissenso rispetto alla necessità di stendere una motivazione che non condividono, è vero altrettanto che ve sono altri che non rinunciano a redigere una sentenza debole e lacunosa nei contenuti (quasi “suicida”), al fine di poterla aspramente criticare nella propria opinione dissenziente⁷⁶.

Quale sotto-categoria della suddetta modalità “dissociativa”, poi, merita di essere menzionata anche la prassi – invero risalente ed episodica – di auto-assegnazione della stesura di una sentenza da parte del Presidente, in sostituzione del relatore rimasto in minoranza⁷⁷.

⁷⁵ In questo senso, si legga il *voto particular* di Ollero Tassara in STC 149/2013, ove motiva l’espressione dell’opinione separata (concorrente) con l’esigenza di «hacer constar cómo mi apoyo a esta Sentencia se ha producido tras expresar mi preocupación por las consecuencias a que lleva su opción», pur condividendone il dispositivo ed i contenuti. In quel caso, infatti, a suo parere il *thema decidendum* avrebbe dovuto essere più esteso rispetto a quanto statuito dal Collegio, avendo quale effetto non un mutamento di soluzione, bensì un diverso quadro di conseguenze giuridiche, ritenute più favorevoli al ricorrente.

⁷⁶ F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *Los votos particulares en la experiencia del Tribunal Constitucional español*, in N. ZANON, G. RAGONE, *The dissenting opinion. Selected Essays*, cit., 115-116. Secondo Q. CAMERLENGO, *La saggezza della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2011, 677-678, tuttavia, «accettando, comunque, di farsi carico della esposizione delle motivazioni, il relatore ‘abbandonato’ dai suoi colleghi dimostra di abbracciare appieno, e incondizionatamente, l’idea di collegialità che pervade l’opera della Corte».

⁷⁷ Cfr. SSTC 24, 37 e 99/1988.

4.1. Analisi sistematico-quantitativa dei dati raccolti (2009-2019)

Una ricostruzione della fenomenologia del *voto particular* nell'ordinamento spagnolo che possa dirsi ragionevolmente completa deve provare a dare conto dell'evoluzione temporale e degli sviluppi sperimentati in relazione alle diverse sfaccettature dell'attività del TC.

Rinviando ad opere pregresse per quanto concerne una prima fase di evoluzione della giurisprudenza costituzionale attraverso l'opinione dissenziente⁷⁸, ai fini del presente lavoro di tesi si è deciso di assumere quale cornice di riferimento il periodo compreso tra il 2009 ed il 2019, concentrando – per ragioni numerico-qualitative – la riflessione scientifica sulle decisioni adottate sotto forma di sentenza (STC).

In particolare, il metodo di analisi prescelto impone di sviluppare innanzitutto una ricostruzione introduttiva di carattere statistico-quantitativo, al fine di costruire una preliminare “cornice numerica” sufficientemente solida entro cui concretizzare più articolate riflessioni di merito.

L'elaborazione dei dati statistici è frutto, in primo luogo, dello studio delle *Memorias* annualmente pubblicate dal *Tribunal Constitucional* a titolo di resoconto dettagliato della sua attività giurisdizionale e di un'analisi successiva sulle stesse⁷⁹.

In quest'ultimo senso, si guarderà al rapporto tra tipologie del dissenso giudiziario (individuale, collettivo o per adesione); ai macro-settori di competenza del TC – questioni e ricorsi diretti di costituzionalità, *recursos de amparo*, conflitti di attribuzione, etc. – nei quali l'assenza di unanimità è più o meno marcata; al rapporto tra durata dell'incarico come giudice costituzionale e numero di dissensi

⁷⁸ Cfr. F.J. EZQUIAGA GANUZAS, *El voto particular*, cit., 106-136 (fino al 1988) e L. LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., 194-227 (fino al 1994). Per alcune brevi annotazioni sui primi anni di attività del TC, si veda anche P. DEL CASTILLO VERA, *Notas para el estudio del comportamiento judicial. El caso del Tribunal Constitucional*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 20, 1987, 177-191.

⁷⁹ Si consideri inoltre che, a partire dalla Memoria del 2013, è possibile disporre del numero totale di opinioni dissenzienti emesse e della loro suddivisione per “funzione” (*recurso de inconstitucionalidad*, *recurso de amparo*, etc.).

espressi; all'impiego del *voto particular* da parte del *Presidente* e dei *Magistrados* ed, infine, alle possibili ricadute dell'utilizzo di tale strumento processuale sulle modalità di composizione del Giudice delle Leggi, nonché sull'indipendenza e legittimazione delle sue pronunce.

A livello temporale, si è scelto di prendere le mosse dal 2009 in ragione del carattere "simbolico" di quest'ultima annata nella recente attività del TC. Essa, infatti, rappresenta un importante spartiacque nella giurisprudenza costituzionale spagnola, giacché con STC 155/2009 il Giudice delle Leggi ha dotato di contenuto "para-normativo" il requisito della *especial trascendencia constitucional*⁸⁰, previsto per l'interposizione dei *recursos de amparo*, imprimendo un radicale mutamento (anche sostanziale) nella gestione di tale istituto processuale⁸¹.

In termini strutturali, a differenza di quanto accade per le sentenze e le dichiarazioni, la pubblicazione delle ordinanze del *Tribunal Constitucional* nel *Boletín Oficial del Estado* non è obbligatoria: l'art. 86.2 LOTC, infatti, rimette questa alla discrezionalità della Corte «cuando así lo estime conveniente».

Prendendo ad esempio la penultima annata considerata nella presente analisi (2018), su nove *Autos con voto particular*, risultano pubblicati nel B.O.E. solo gli ATC 45, 114 e 119, essendo stata omessa la pubblicazione degli AATC 12, 26, 30, 31, 32 e 101 (tutti relativi alla necessità di mantenere la sospensione delle disposizioni adottate dalle *Comunidades Autónomas* e impugnate dallo Stato, ex art. 161.2 CE)⁸².

In questo senso, parrebbe opportuno un obbligo di pubblicazione nel B.O.E. delle ordinanze pronunciate ogniquale volta esse siano quantomeno accompagnate da un *dissent*, anche ai fini di una migliore reperibilità statistica.

⁸⁰ Introdotta con *Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo*.

⁸¹ Sull'argomento, cfr. P. PÉREZ TREMPES, *La especial trascendencia constitucional del recurso de amparo como categoría constitucional: entre 'morir de éxito' o 'vivir en el fracaso'*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 41, 2018, 253-270; M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *La especial trascendencia constitucional de las demandas de amparo. Análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre un concepto etéreo*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 107, 2016, 333-367 e M. ARAGÓN REYES, *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cit.

⁸² Nel 2019, invece, gli *Autos* contenenti almeno un *voto particular* (AATC 4, 10, 27 e 40) sono stati pubblicati tutti.

TABELLA n. 1 - Sentenze/ordinanze e voti particolari (2009-2019)

Anno	Tot. STC + ATC	Tot. STC	STC con VP	% VP	Tot. ATC	ATC con VP	% VP
2009	506	220	35	16	286	3	1
2010	351	143	37	26	208	3	1
2011	394	207	17	8	187	2	1
2012	495	246	62	25	249	-	-
2013	517	219	37	17	298	7	2
2014	520	215	67	31	305	7	3
2015	501	272	78	29	229	13	6
2016	437	228	61	27	209	7	3
2017	331	156	41	26	175	12	7
2018	274	142	39	27	132	9	7
2019	362	178	35	20	184	4	2
TOT.	4688	2226	<u>509</u>	23	2462	67	3

TABELLA n. 1-bis - Provvedimenti totali, sentenze ed ordinanze (2009-2019)

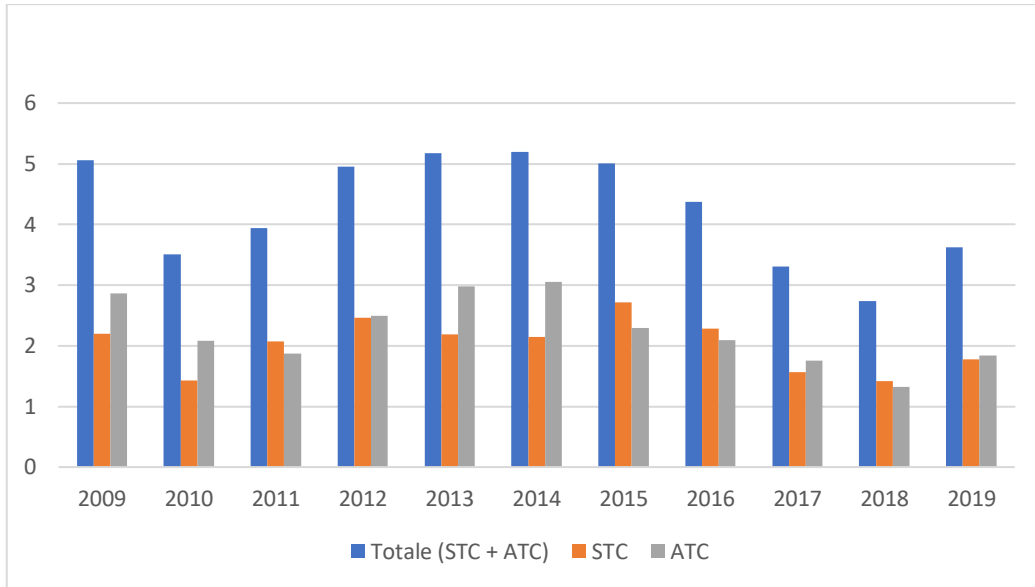
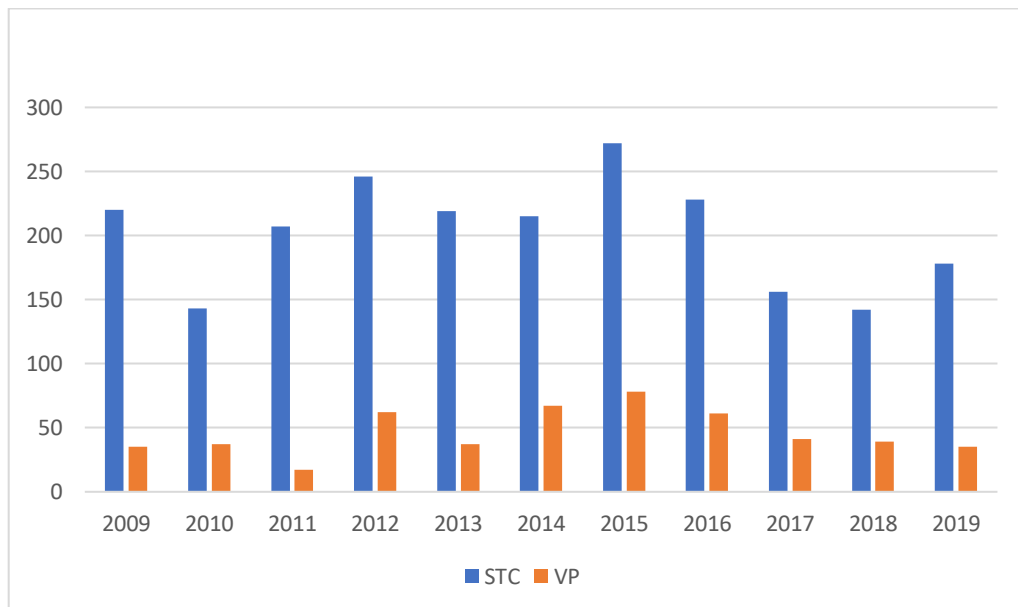


TABELLA n. 1-ter - Sentenze (STC) e voti particolari (2009-2019)



Sul piano strettamente numerico, nel periodo indicato sono stati pronunciati 4688 provvedimenti (2226 sentenze e 2462 ordinanze), con un andamento oscillante. A fronte di un primo “picco” nel 2009, si è registrata una sensibile diminuzione nei due anni successivi; diminuzione che è però venuta a ristabilizzarsi verso l’alto nel quinquennio 2012-2016⁸³.

Nell’ultimo triennio si è assistito invece ad una nuova riduzione, fino a giungere alla soglia minima del 2018 (anche in termini di sentenze)⁸⁴ e ad un lieve aumento nel 2019.

Più nel dettaglio, un raffronto tra i punti di massima e minima produttività annuale rivela una maggiore omogeneità nella produzione di sentenze⁸⁵ rispetto a quella delle ordinanze⁸⁶.

In quest’ultimo caso, si tenga presente la maggiore difficoltà nel dare risposta al quadro delle oscillazioni numeriche. Analizzando le annate indicate, infatti, la forte riduzione delle ordinanze potrebbe derivare dalla contrazione nell’emissione di *Autos* per ragioni di astensione/ricusazione⁸⁷ e, in minor misura per questioni di *terminación* (es., rinuncia, perdita di oggetto del giudizio)⁸⁸, il che non consente di fornire una precisa risposta di “merito” delle questioni trattate.

La prima circostanza, in particolare, pare razionalmente spiegabile a causa del maggior numero di *recursos de amparo* proposti nel 2014 (7663) rispetto al

⁸³ La significativa decrescita nel 2010 (e, in parte, 2011) potrebbe essere spiegata in ragione della già ricordata introduzione del requisito della *especial trascendencia constitucional* ai fini della proposizione del *recurso de amparo* e, soprattutto, della STC 155/2009, che ne ha definito i caratteri strutturali. In questo senso, si è passati dalle 199 sentenze in materia di *amparo* nel 2009 alle 91 del 2010, con un lieve rialzo nel periodo 2011-2012 (145 e 121) e una progressiva riduzione posteriore (87 nel 2013; 109 nel 2014; 96 nel 2015; 88 nel 2016; 53 nel 2017; 55 nel 2018, 117 nel 2019). Nel 2019, come ricordato nella corrispondente *Memoria* del TC, l’incremento si deve alla copiosa quantità di ricorsi promossi dagli esponenti dell’indipendentismo catalano incarcerati (sui quali *infra*, §4.5).

⁸⁴ Nel decennio precedente (1999-2008), si era invece assistito ad un andamento alquanto stabile tra il 1999 (433 provvedimenti) ed il 2003 (497, con un picco di 501 nel 2000), con un aumento a partire dal 2005 (724, poi 712 nel 2006 e 602 nel 2007) ed un calo significativo nel 2008 (437).

⁸⁵ Rispettivamente 272 nel 2015 e 142 nel 2018 (Δ massimo = 70).

⁸⁶ Rispettivamente 305 nel 2014 e 132 nel 2018 (Δ massimo = 246).

⁸⁷ Da un massimo 89 nel 2014 a un minimo di 21 nel 2018. Si fa qui riferimento alle ipotesi previste dall’art. 219.11 LOPJ («Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia»), applicabile analogicamente *ex art.* 80 LOTC.

⁸⁸ Da 21 nel 2014 a 4 nel 2019.

2018 (6918), nonché in relazione a controversie e questioni processuali delle quali i giudici costituzionali provenienti dalle file della Magistratura avevano avuto conoscenza prima di accedere al TC.

Sul punto, peraltro, si tenga presente che, ai sensi dell'art. 50 LOTC, il giudizio di ammissibilità (o inammissibilità) formale dei *recursos de amparo* è effettuata mediante *providencias*, le quali non sono soggette a pubblicazione, salvo casi molto rilevanti dal punto di vista dell'interesse pubblico⁸⁹.

In ordine al contenuto dei *votos particulares*, si impone fin da subito un'importante precisazione strutturale. Dal punto di vista della tipologia delle opinioni non maggioritarie, infatti, si registrano opinioni dissenzienti individuali (sottoscritte da un solo giudice), opinioni dissenzienti "unitarie" ma formulate da una pluralità di giudici (*voto conjunto*) e opinioni – individuali o collettive – alle quali aderiscono "ad adiuvandum" altri giudici (*voto colectivo*).

Per tale ragione, la ricostruzione del dissenso presso il *Tribunal Constitucional* impone di procedere secondo uno schema di ragionamento "trasversale", volto ad interpretare il dato numerico.

In primo luogo, bisognerà considerare non solo quante sentenze presentano *votos particulares*, bensì anche quanti *votos particulares* contiene ognuna di queste.

Ma vi è di più. Lo stesso dato del numero di pronunce con opinioni dissenzienti potrebbe trarre in inganno, ove non si considerasse la prassi (particolarmente diffusa, per evidenti ragioni di economia processuale) secondo cui spesso e volentieri il *voto particular* è predisposto da un unico giudice, al quale altri colleghi dissenzienti possono associarsi.

⁸⁹ Si segnala quanto segue. In data 9 settembre 2020, il TC ha comunicato (con *Nota informativa* n. 88/2020), l'*admisión a tramite* del *recurso de amparo* promosso da vari deputati e senatori appartenenti ai partiti *Vox*, *Ciudadanos* e PP in relazione alle formule di giuramento alla Costituzione impiegate da alcuni deputati nazionalisti/indipendentisti catalani e baschi nella sessione costitutiva della XIII legislatura (21 maggio 2019). Ai fini che qui interessano, il TC ha dato conto dell'intervenuta ammissione del ricorso con indicazione – per la prima volta – del numero di giudici favorevoli e contrari. La decisione è stata adottata con otto voti a favore: *a contrario*, si ricava che quattro giudici hanno dissentito, ritenendo che il ricorso avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile.

In questo modo, si realizza un equilibrato bilanciamento tra il normale andamento giudicante della Corte e la possibilità di dissentire in modo argomentato rispetto alle soluzioni maggioritarie, senza che le esigenze di produttività vadano a detrimento della piena espressione delle ideologie giudiziarie o queste ultime possano menomare un'amministrazione della giustizia in tempi ragionevoli.

Se ne ricava, pertanto, che né il numero di sentenze non redatte all'unanimità è sovrapponibile con il numero di *votos particulares* né, soprattutto, questi ultimi coincidono con il numero effettivo di giudici che hanno dissentito.

Da un lato, infatti, l'indicazione del numero di sentenze con opinioni dissenzienti consente di tracciare una ricostruzione "quantitativa" dell'incidenza del voto particolare nel contesto generale del sistema di giustizia costituzionale, onde definire la proporzione tra pronunce unanimi e non.

In tal modo, la presenza di un tasso percentuale "assoluto" di dissensi del 23% ca. e l'utilizzo del *voto particular* da parte dei singoli giudici evidenzia un ricorso non particolarmente elevato dell'opinione dissenziente, bensì fisiologico ed inquadrabile entro i confini della normale dialettica all'interno di un Collegio giudicante.

Dall'altro, l'analisi del numero effettivo di *dissents* (sia in termini oggettivi – numero di voti – che soggettivi – numero di giudici) permette di riflettere in profondità sulle implicazioni derivanti dal *quantum* e dal *quomodo* dell'utilizzo del *voto particular*, con soluzioni di chiaro interesse, come si potrà ricavare dalla lettura delle Tabelle 2 e 3 di seguito riportate.

Inoltre, nel periodo considerato si riscontra una predominante "densità" di sentenze con un solo voto particolare (348) mentre, in termini di "consistenza", emergono soprattutto quelli con il voto non maggioritario di un solo giudice (199) o di due giudici (114)⁹⁰.

⁹⁰ L'unica annata "anomala" sembra essere quella del 2010, nella quale si registrarono ben 20 sentenze con il voto dissenziente di almeno quattro giudici e una con cinque opinioni dissenzienti (STC 31/2010, relativa allo Statuto catalano). In realtà, va però evidenziato come le SSTC 75/2010 e 76/2010 e quelle da 98/2010 a 112/2010 traggano tutte origine dalla medesima fattispecie (*recursos de amparo* promossi individualmente da lavoratori licenziati da parte della stessa impresa), il che ha

Da ciò sembra dunque potersi ricavare la conclusione secondo cui – al netto di una *vis dissentiendi* non eccessiva, in termini generali – il confronto tra i diversi giudici è soprattutto proteso verso una costante ricerca di compromessi e non impostato secondo una rigida logica avversativa (all'americana), nella quale gli stessi tendono a dividersi in gruppi ideologici “schierati” *ex ante* a favore o contro una determinata soluzione.

TABELLA n. 2 - Sentenze e *votos particulares* (VP) per sentenza

Anno	Tot. STC	STC con 1 VP	STC con 2 VP	STC con 3 VP	STC con 4 VP	STC con 5 VP	Tot. VP
2009	220	14	3	13	5	-	35
2010	143	10	1	5	20	1*(1)	37
2011	207	12	4	-	-	1*(2)	17
2012	246	38	16	5	3	-	62
2013	219	30	6	-	-	1*(3)	37
2014	215	58	8	1	-	-	67
2015	272	66	9	2	1	-	78
2016	228	43	18	-	-	-	61
2017	156	30	10	1	-	-	41
2018	142	20	14	3	2	-	39
2019	178	27	4	3	1	-	35
TOT.	2226	348	93	33	32	3	<u>509</u>

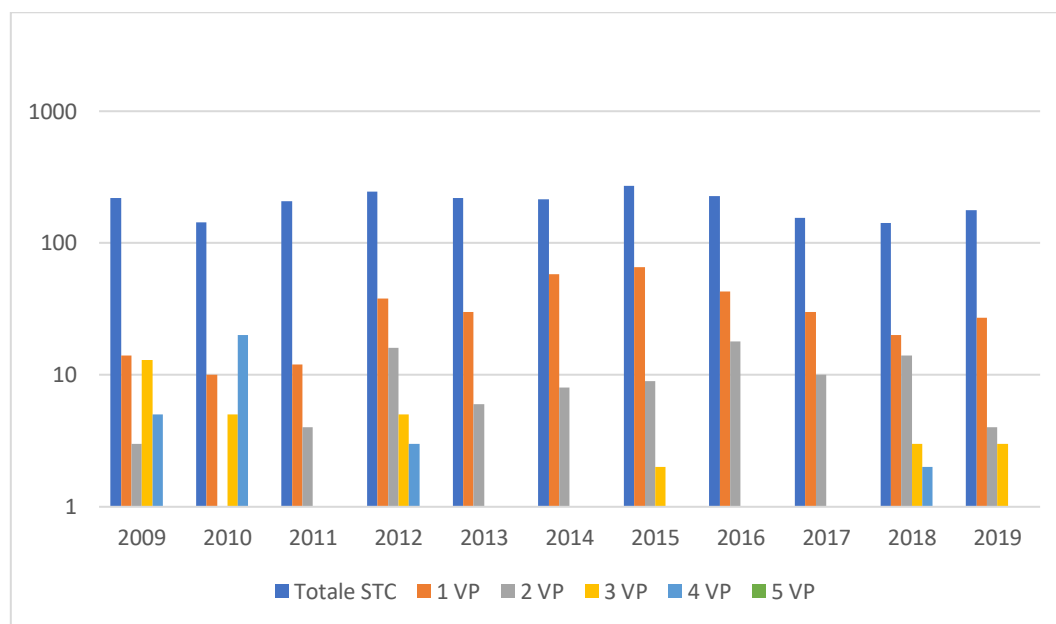
determinato l'obbligato mantenimento degli originari equilibri tra maggioranza e minoranza e la reiterazione “per coerenza” delle rispettive posizioni.

*⁽¹⁾ STC 31/2010 (*recurso de inconstitucionalidad* contro lo Statuto catalano del 2006). *Votos particulares* di Conde Martín de Hijas, Delgado Barrio, Gay Montalvo – opinione concorrente – Rodríguez-Zapata e Rodríguez Arribas.

*⁽²⁾ STC 62/2011 (*recurso de amparo* del partito Bildu-Eusko Alkartasuna (EA)/Alternatiba Eraikitzen contro la sua esclusione dalla competizione elettorale). *Votos particulares* di Delgado Barrio, Rodríguez Arribas, Aragón Reyes, Hernando Santiago e Pérez de los Cobos Orihuel.

*⁽³⁾ STC 131/2013 (*recurso de inconstitucionalidad* contro la *Ley Orgánica* 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades). *Votos particulares* di Rodríguez Arribas, Aragón Reyes, Hernando Santiago, Ollero Tassara e González Rivas.

TABELLA n. 2-bis - Sentenze e *votos particulares* (VP) per sentenza



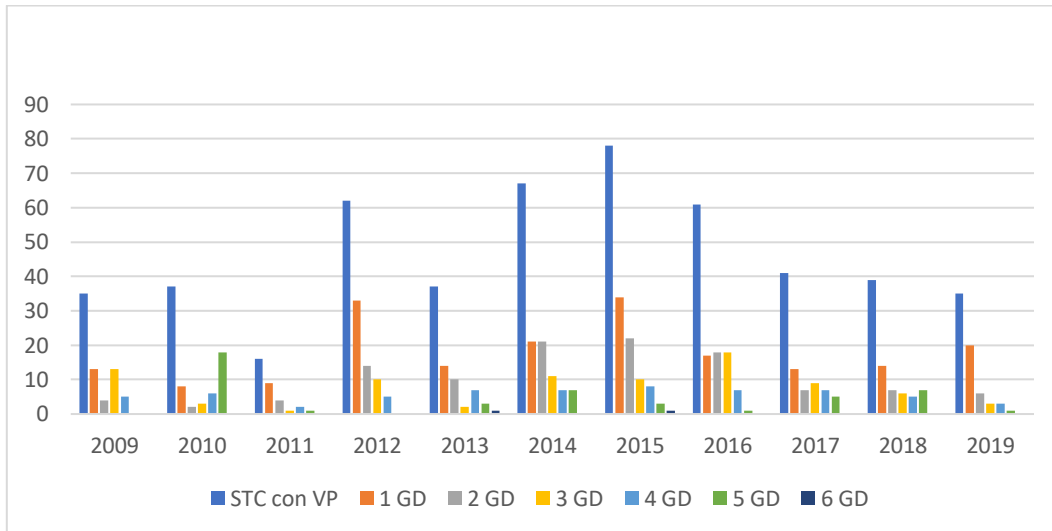
**TABELLA n. 3 - Sentenze con *voto particular* e numero dei giudici
dissenzienti (GD) per sentenza**

Anno	STC con VP	STC con 1 GD	STC con 2 GD	STC con 3 GD	STC con 4 GD	STC con 5 GD	STC con 6 GD	Tot. GD
2009	35	13	4	13	5	-	-	80
2010	37	8	2	3	6	18	-	135
2011	17	9	4	1	2	1	-	33
2012	62	33	14	10	5	-	-	111
2013	37	14	10	2	7	3	1*(1)	89
2014	67	21	21	11	7	7	-	159
2015	78	34	22	10	8	3	1*(2)	161
2016	61	17	18	18	7	1	-	140
2017	41	13	7	9	7	5	-	107
2018	39	14	7	6	5	7	-	101
2019	35	20	6	3	3	1	-	58
TOT.	<u>509</u>	196	115	86	62	46	2	<u>1174</u>

*(1) STC 131/2013 (*recurso de inconstitucionalidad* contro la *Ley Orgánica* 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades); *Votos particulares* di Rodríguez Arribas, Aragón Reyes, Hernando Santiago, Ollero Tassara e González Rivas.

*(2) STC 218/2015 (*cuestión de inconstitucionalidad* contro il *Real Decreto Legislativo* 2/2008, de 20 de junio, c.d. *Ley de Suelo*); *Votos particulares* di Asua Batarrita, Valdés Dal-Re, González Rivas, Xiol Ríos, González-Trevijano e Ollero Tassara.

TABELLA n. 3-bis - Sentenze con *voto particular* e numero dei giudici dissenzienti (GD) per sentenza



4.2. Profili strutturali e funzionali del *voto particular*

Guardando ora al contenuto delle opinioni dissenzienti dal punto di vista delle linee strutturali e della distribuzione “per funzioni”, il quadro dei *votos particulares* si presenta alquanto variegato.

Si è fatto cenno, nel paragrafo precedente, alla presenza di voti individuali, collettivi e congiunti. In ordine al voto individuale, esso manifesta una filosofia giurisprudenziale “personale” a proposito di una data questione giuridica.

La presenza di più voti separati in una stessa sentenza può quindi spiegarsi o con una diversa configurazione concettuale del *voto particular* (concorrente vs. dissenziente) oppure – nel campo comune del dissenso – in una diversa impostazione e/o estensione dello “scostamento” dei singoli giudici rispetto alla soluzione maggioritaria.

Si prenda quale recente riferimento, in quest’ultimo senso, la STC 134/2018, che ha dichiarato l’incostituzionalità della *Ley 9/2017, de 3 de agosto* del

Parlamento delle Isole Baleari⁹¹, la quale apportava (pur senza formalmente proibirle) una serie di pregnanti limitazioni “materiali” alle *corridas de toros*, determinandone una soppressione implicita nel descritto territorio.

Il primo voto particolare ad essere enunciato in calce al provvedimento è quello del giudice Ollero Tassara, che pronuncia un’opinione concorrente nella parte in cui il Tribunale ha omissso la dichiarazione di illegittimità costituzionale di ulteriori previsioni normative rispetto a quelle già dichiarate contrarie alla Costituzione⁹².

Lo stesso dissenso, peraltro, assume qui interesse, in quanto non solo fustiga con un linguaggio provocatorio le tesi del ricorrente sconfitto⁹³ ma critica (in modo assai aspro) alcuni passaggi dell’argomentazione di maggioranza⁹⁴.

Seguono un voto congiunto (dissenziente) dei giudici Valdés Dal-Ré e Balaguer Callejón ed altri due voti (separati) dei giudici Xiol Ríos e Conde-Pumpido.

La ragione di tre diversi *votos discrepantes* – critici tanto con la soluzione adottata quanto con l’*iter* argomentativo – risiede nella differente considerazione concettuale della distribuzione di competenze tra Stato e CC.AA. adottata nella sentenza.

Nell’opinione di Valdés Dal-Ré e Balaguer Callejón viene in primo luogo effettuato un richiamo al *voto particular* del giudice Asua Batarrita alla STC

⁹¹ Pubblicata in *Boletín Oficial de las Islas Baleares* (BOIB), núm. 98, de 10 de agosto de 2017 e BOE, núm. 223, de 15 de septiembre de 2017.

⁹² Tra queste, la mancata declaratoria di incostituzionalità della previsione che imponeva l’utilizzo di tori appartenenti all’allevamento geograficamente più vicino alla *plaza de toros*.

⁹³ Non possono non leggersi in questo senso i numerosi richiami ad espressioni tecnico-gergali e popolari del mondo della *tauromaquia*, quali «a porta gayola», «no hay quinto malo», «lo que no puede ser no puede ser y además es imposible», o lo stesso riferimento all’assistenza del dissenziente ad un’esposizione museale di stampe picassiane sull’argomento.

⁹⁴ Cfr. par. 6: «Prefiero, por último, no entrar de lleno en las alusiones de la Sentencia (en el FJ 8) a la doctrina europea sobre las ‘razones imperiosas de interés general’ que pudieran justificar algunos de los extremos analizados; porque, como es sabido, la frontera entre lo sublime y lo ridículo es tan sutil como traicionera».

177/2016⁹⁵ che, tuttavia, non esaurisce il quadro delle riscontrate criticità. In particolare, quest'ultimo censurava l'utilizzo del parametro risolutore del *menoscabo competencial* – ritenuto estraneo ad un controllo di costituzionalità in tema di conflitto legislativo Stato-CC.AA. – nonché alle diverse fonti normative che integravano il *bloque de constitucionalidad* impiegato.

A seguire, l'opinione di Xiol Ríos (*ponente* dissenziente) abbonda soprattutto in un parallelismo con la giurisprudenza tracciata nella STC 177/2016, prospettando un articolato dissenso sulla configurazione della giurisdizione del TC in materia di conflitti funzionali tra Stato e CC.AA. e rilevando un'erronea applicazione dei principî ivi fissati al caso *sub specie*, nonché il mancato sforzo per un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa impugnata.

Da ultimo, Conde-Pumpido evidenziava come il suo dissenso «no reside en el mencionado [STC 177/2016] encuadramiento competencial ni en los presupuestos de partida del enjuiciamiento constitucional [...], sino en la forma de plantear y resolver el pretendido conflicto competencial que suscitan las normas impugnadas».

In altri termini, la critica – invero, alquanto surreale – è rivolta non tanto alla tecnica di strutturazione del rapporto tra fonte costituzionale, leggi statali e fonti regionali (che viene accettata come tale, pur in dissenso), bensì all'applicazione degli esiti cui si è pervenuti nella STC 177/2016 alla fattispecie in esame.

Al netto delle soluzioni di merito contenute nei *votos discrepantes*, emerge quindi una non perfetta coincidenza tra le pieghe delle motivazioni rispettivamente portate a sostegno dei diversi dissensi, il che spiega la ragione di tre opinioni dissenzienti tra loro distinte a livello formale.

Per quanto concerne, invece, le tipologie decisorie “combinata” del voto congiunto e di quello per adesione, possono svolgersi le seguenti considerazioni. La scelta di una sottoscrizione del *voto particular* da parte di due o più giudici

⁹⁵ Tale sentenza dichiarò l'incostituzionalità dell'art. 1 della *Ley 28/2010, de 3 de agosto*, adottata dal Parlamento catalano, che proibiva espressamente la celebrazione di *corridos de toros* in Catalogna.

potrebbe (forse) rispondere alla necessità di condensare in un unico voto formale più argomentazioni, in parte distinte tra loro ma accomunate dalla critica alla soluzione maggioritaria.

In questo modo, si avrebbe un rafforzamento dell'opinione dissenziente a livello argomentativo, mentre la stesura di più voti disgiunti rischierebbe di far perdere alle singole opinioni la loro congiunta forza espressiva (frammentata tra più posizioni individuali).

Inoltre, non pare azzardato pensare alla ricerca di una soluzione di compromesso tra tesi ugualmente dissenzienti: anche ai fini di quanto appena evidenziato, infatti, più giudici potrebbero preferire condensare in un unico voto una pluralità di soluzioni dirette a contrastare l'esito finale.

Da ultimo, la soluzione dei *votos particulares* "collettivi" si può spiegare secondo le già ricordate ragioni di snellezza processuale. Laddove più giudici condividano il medesimo ragionamento, non avrebbe senso alcuno una moltiplicazione di opinioni sostanzialmente identiche, apparendo preferibile la stesura di un'opinione dissenziente da parte di uno solo dei componenti del Collegio.

Infine, trasversale al profilo numerico-strutturale dei giudici sottoscrittori è la tecnica delle motivazioni *per relationem*, le quali – in forza di analogie giuridico-fattuali con precedenti controversie – si limitano a rinviare (ancora una volta, per ragioni di economia procedimentale) ad un quadro di motivazioni esposto in precedenza in altri voti particolari dello stesso giudice o di altri.

Per quanto invece attiene al rapporto tra opinione dissenziente e "funzioni" attraverso le quali si manifesta l'attività del TC, in termini assoluti il maggior numero di dissensi si verifica in questioni relative a *recursos de amparo* (197) e *recursos de inconstitucionalidad* (172), seguite dalle opinioni dissenzienti in *cuestiones de inconstitucionalidad* (85) e *conflictos positivos de competencias* (54).

Confrontando tali valori con il numero totale di sentenze emesse in relazione alle diverse funzioni del TC, il valore percentuale più elevato di dissensi si registra in casi di *conflicto positivo de competencias* (37%), seguito da *recursos de*

inconstitucionalidad (33%), *cuestiones de inconstitucionalidad* (22%) e *recursos de amparo* (17%).

In questo senso, merita di essere evidenziato che, ai sensi della disciplina contenuta nella LOTC, il TC è sempre chiamato a giudicare in composizione plenaria (dodici giudici) nel caso di *recursos de inconstitucionalidad* (art. 10.b LOTC) e *conflictos de competencias* (art. 10.d LOTC).

In relazione alle *cuestiones de inconstitucionalidad* (art. 10.c LOTC) e *recursos de amparo* (art. 10.n e 48 LOTC), invece, la competenza “originaria” è riservata alle *Salas* (composte da sei giudici), salvo che il *Pleno* non ritenga di avocare a sé la questione.

Pertanto, è possibile ricostruire un rapporto di proporzionalità diretta tra il totale dei componenti del Collegio giudicante e la percentuale ponderata di opinioni dissenzienti emesse, quest’ultima tanto più elevata – in termini di probabilità statistica – quanto maggiore è il numero dei Giudici.

Non si registrano invece *votos particulares* – anche alla luce del limitatissimo (quando non inesistente) numero di questioni sollevate in proposito – nelle seguenti materie: *conflictos negativos de competencia*, *conflictos entre órganos constitucionales*⁹⁶, *conflictos en defensa de la autonomía local*⁹⁷, *impugnación de disposiciones sin fuerza de Ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas*⁹⁸, *requerimientos sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales*⁹⁹ e *cuestiones prejudiciales sobre normas forales fiscales*¹⁰⁰.

⁹⁶ 3 ricorsi nel 2018.

⁹⁷ 2 ricorsi nel 2017, 2 nel 2016, 1 nel 2015, 3 nel 2014, 1 nel 2013, 1 nel 2012.

⁹⁸ 3 ricorsi nel 2019, 1 nel 2018, 3 nel 2017, 5 nel 2015, 1 nel 2014.

⁹⁹ Nessun ricorso nel periodo considerato.

¹⁰⁰ 1 ricorso nel 2019, 1 nel 2018, 4 nel 2017, 1 nel 2016.

TABELLA n. 4 - Votos particulares “per funzione” (2009-2019)

Anno	R.I.	VP	C.I.	VP	R.A.	VP	C.P.C.	VP
2009	2	1	38	18	177	16	3	-
2010	10	5	40	8	91	24	2	-
2011	32	3	22	-	145	13	8	1
2012	51	12	41	10	124	33	29	7
2013	76	13	17	2	87	18	38	4
2014	50	17	32	8	109	32	20	10
2015	56	21	107	21	96	31	7	5
2016	84	40	41	6	88	12	12	3
2017	70	27	12	1	53	8	12	5
2018	52	23	19	5	55	10	11	1
2019	32	10	22	6	117	1	3	18
Tot.	515	172	391	85	1142	198	145	54
% VP		33		22		17		37

Legenda:

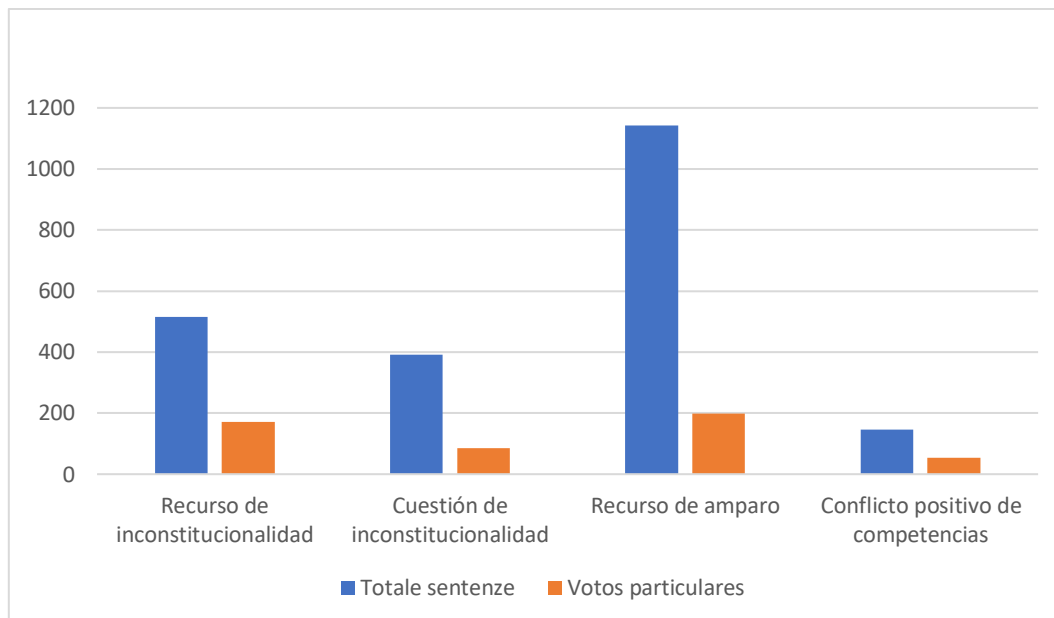
R.I.: *recurso de inconstitucionalidad* (art. 161.1.a CE)

C.I.: *cuestión de inconstitucionalidad* (artt. 35 ss. LOTC)

R.A.: *recurso de amparo* (art. 161.1.b CE)

C.P.C.: *conflicto positivo de competencias* (art. 161.1.c CE)

TABELLA n. 4-bis - *Votos particulares* “per funzione” (2009-2019)



4.3. *Voto particular* e Presidenza del Tribunal Constitucional

Per quanto invece attiene al ruolo del Presidente ed al suo “rapporto” con l’istituto del *voto particular*, nel periodo considerato si sono succeduti in tale posizione Casas Baamonde (2004-2011), Sala Sánchez (2011-2013), Pérez de los Cobos Orihuel (2013-2017) e González Rivas (2017-2019).

TABELLA n. 5 - *Votos particulares* prima e durante la Presidenza del TC (2004-2019)

Giudice	VP in qualità di Giudice	VP in qualità di Presidente
Casas Baamonde, María Emilia	1998-2004 → 47	2004-2011 → 21
Sala Sánchez, Pascual	2004-2011 → 21	2011-2013 → 2

Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco	2011-2013 → 8	2013-2017 → 5
González Rivas, Juan José	2012-2017 → 15	2017-2019 → 4

TABELLA n. 5-bis - Votos particulares prima e durante la Presidenza del TC (2004-2019)

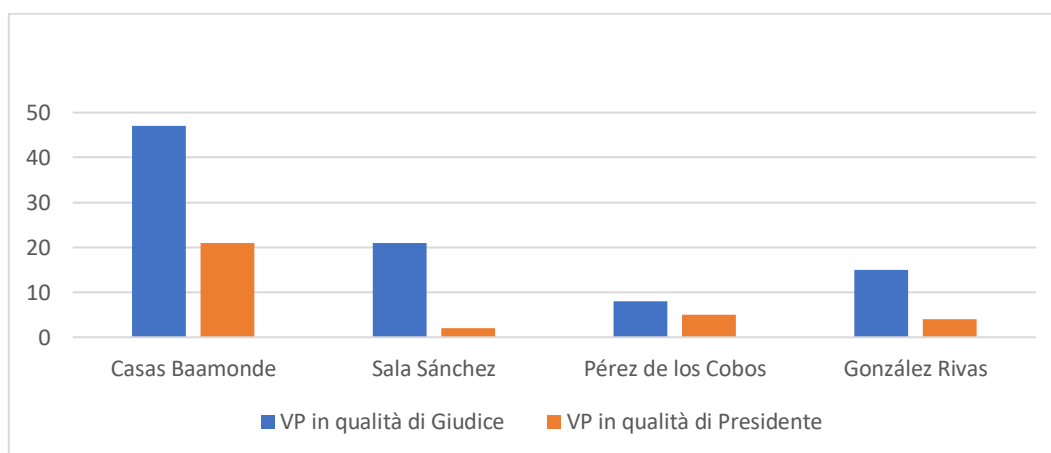
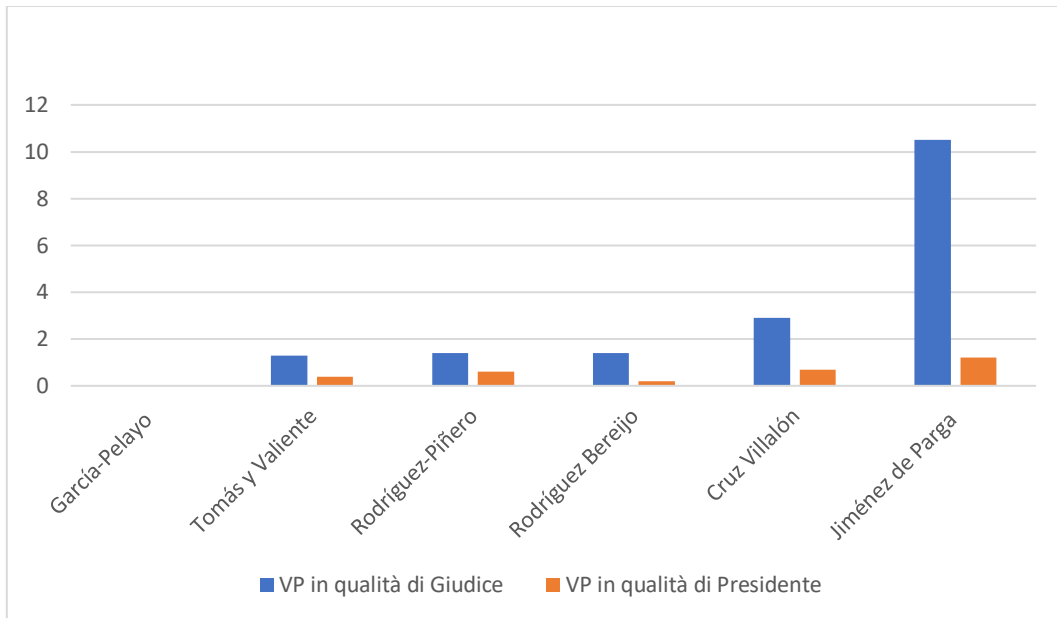


TABELLA n. 6 - Votos particulares prima e durante la Presidenza del TC (1980-2004)

Giudice	VP in qualità di Giudice	VP in qualità di Presidente
García-Pelayo y Alonso, Manuel	1980-1986 → 0	1980-1986 → 0
Tomás y Valiente, Francisco	1980-1986 → 13	1986-1992 → 4
Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel	1986-1992 → 14	1992-1995 → 6
Rodríguez Bereijo, Alvaro	1989-1995 → 14	1995-1998 → 2
Cruz Villalón, Pedro	1992-1998 → 29	1998-2001 → 7
Jiménez de Parga y Cabrera, Manuel	1995-2001 → 105	2001-2004 → 12

**TABELLA n. 6-bis - *Votos particulares* prima e durante la Presidenza del TC
(1980-2004)**



Ebbene, tracciando un parallelismo tra il tasso di dissenso manifestato in qualità di Giudice e quello espresso in veste presidenziale, sembra potersi leggere una tendenza complessiva verso un *self-restraint* quando i giudici sono stati chiamati a ricoprire la carica di Presidente.

Tale dato, peraltro, ricalca in modo fedele l'andamento statistico dei dissensi in capo a coloro che hanno ricoperto la Presidenza del *Tribunal Constitucional* nel corso della sua storia quarantennale (cfr. *supra*, Tabella 6).

L'unico indice significativamente asimmetrico relativo al periodo 2009-2019 si registra con riferimento a Sala Sánchez, che è stato giudice per sette anni e Presidente per due (2011-2013). Tuttavia, ad un'analisi più approfondita emerge che il tasso di dissensi "presidenziali" è equivalente a quello delle annate precedenti (1 nel 2013, 2011, 2010 e 2004; 2 nel 2008, 2007 e 2005), escluso il 2006 (11 *votos particulares*).

Nel caso di Pérez de los Cobos Orihuel – nonostante sia stato Presidente per un periodo di tempo doppio rispetto a quello in cui ha ricoperto la carica di Giudice – l’omogeneità numerica dei dissensi prima e durante la Presidenza è invece frutto della sua avversione per tale istituto, il che non denota un particolare *self-restraint* (ai fini dell’emissione di *votos particulares*) al momento di assumere la carica presidenziale.

In ogni caso, come si vedrà *infra* (Tabella 7), si tratta di Magistrati non particolarmente portati, in termini “storici”, alla manifestazione del dissenso, salvo una più propensione leggermente più marcata per Casas Baamonde.

Il voto del Presidente presenta, tuttavia, un *quid pluris* rispetto a quello degli altri giudici, in quanto decisivo ai fini della rottura di una eventuale situazione di parità – tanto più fisiologica, a fronte di una composizione paritaria del Collegio – tra posizioni contrapposte che raccolgano lo stesso numero di consensi (*voto de calidad*)¹⁰¹.

In tale contesto, la decisività della sua opinione è venuta storicamente a coincidere con alcune tra le più importanti questioni che sono state decise dal TC¹⁰², portando altresì la dottrina ad interrogarsi sulla opportunità e convenienza di

¹⁰¹ Cfr. art. 90.1 LOTC: «Salvo en los casos para los que esta Ley establece otros requisitos, las decisiones se adoptarán por la mayoría de los miembros del Pleno, Sala o Sección que participen en la deliberación. En caso de empate, decidirá el voto del Presidente». In proposito, ricorda F. SANTAOLALLA LÓPEZ, *El voto de calidad del Presidente del Tribunal Constitucional*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 85, 2009, 204 l’assenza di antecedenti nell’ordinamento spagnolo (a differenza del *voto particular*) e la tecnica di risoluzione delle situazioni di *empasse* negli organi giurisdizionali ordinari prevista dall’art. 262 LOPJ (ripetizione della votazione e, in caso di nuovo stallo, costituzione ex art. 263 LOPJ della cosiddetta *Sala de discordia*, integrata da altri magistrati fino al raggiungimento di un numero dispari).

¹⁰² Cfr. SSTC 5/1981 (legge organica sullo statuto dei centri scolastici); 75/1983 (legge speciale per la città di Barcellona); 111/1983 (espropriazione dell’impresa privata Rumasa tramite decreto-legge); 53/1985 (legittimità della normativa sull’interruzione volontaria di gravidanza); 71/1994 (legge organica concernente la lotta contro il terrorismo); 127/1994 (regolazione dell’emittenza radiotelevisiva privata); 27/1996 (*amparo* in materia elettorale); 13/1998 (competenze delle CC.AA. in materia ambientale); 32/2000 (ricorso di costituzionalità in ordine ad alcune previsioni in materia stipendiale contenute nella legge di bilancio per il 1991) e 131/2013 (impugnazione della *Ley Orgánica 6/2001*, a proposito della diversità di trattamento nell’equiparazione tra università private e di ispirazione cattolica). Salvo la STC 27/1996 (emessa dalla *Sala Segunda*), nei restanti casi si tratta di sentenze emesse dal *Pleno* del TC.

mantenere tale istituto a fronte del possibile verificarsi di situazioni oggettivamente delicate.

La persistenza del *voto de calidad* è stata anche analizzata in correlazione al numero (pari) di giudici che integrano la Corte poiché, in un contesto nel quale essa opera con tutti i componenti, la presenza di un numero dispari di giudici – se pure non può garantire in assoluto che il Collegio possa ritrovarsi a giudicare in assenza di uno o più membri – quantomeno rende tale possibilità più remota e, sotto certi aspetti, frutto di una conseguenza non voluta dalle norme di legge¹⁰³.

Peraltro, la presenza di tale prerogativa – che, a differenza di quanto accade presso la Corte costituzionale italiana e il *Conseil Constitutionnel* francese¹⁰⁴, è ulteriormente rinforzata dalla possibilità di manifestare il proprio *dissent* (il che rende palese, in ogni caso, la posizione assunta) – merita di essere letta in relazione alla configurazione che si voglia dare del ruolo presidenziale. In questo senso, si oscilla tra un Presidente che limiti la propria funzione ad essere “volto istituzionale” della Corte e coordinatore della sua attività ed un altro che, oltre a ciò, divenga parte attiva nel determinare gli orientamenti giurisprudenziali¹⁰⁵.

Da ultimo, la centralità della figura presidenziale è dimostrata anche dal dettato dell’art. 16.3 LOTC a seguito della riforma introdotta con *Ley Orgánica 6/2007*, laddove si prevede che, una volta esaurito il mandato del Presidente in

¹⁰³ A favore di una sua abrogazione si sono espressi, *ex pluribus*, J. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, *Teoría y Práctica del Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2011, 279; E. ÁLVAREZ CONDE, *Curso de Derecho Constitucional*, II, Madrid, Tecnos, 2008, 367; O. ALZAGA VILLAAMIL, *Derecho Político Español*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008, 703 e V. GIMENO SENDRA, in AA.VV., *Cuestionario sobre la reforma de la LOTC*, in *Teoría y realidad constitucional*, 4, 1999, 25.

¹⁰⁴ Art. 56.3 Cost.: «Le président est nommé par le Président de la République. Il a voix prépondérante en cas de partage».

¹⁰⁵ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, Einaudi, 2005, 82 quando, alludendo alla nomina del Presidente della Corte costituzionale italiana, afferma che «il criterio primo che ne determina l’elezione da parte dei suoi colleghi è l’anzianità: non la politica ma la natura. Da qui, anche, la conseguenza che il ruolo presidenziale è assai meno incisivo nell’orientare la giurisprudenza, rispetto a quello che si pensa dall’esterno».

carica, lo stesso dovrà intendersi prorogato di diritto sino a quando non intervenga il rinnovo della quaterna di giudici cui appartiene il Presidente stesso¹⁰⁶.

Come è noto, tale previsione normativa si inseriva in un contesto di estrema polarizzazione politica – la delibera sulla costituzionalità dello Statuto catalano del 2006 – a sua volta declinata in una serie di rikusazioni incrociate di giudici del TC da parte di alcuni partiti¹⁰⁷ ed un’immagine dello stesso TC mai così deteriorata¹⁰⁸.

Nel caso di specie, il Giudice delle Leggi si pronunciò in modo favorevole all’intervenuta modifica con STC 49/2008, la quale però si presta a diverse letture critiche¹⁰⁹.

In particolare, suscita reticenze la torsione cui viene astutamente sottoposta la previsione *ex art.* 160 CE, nitida nella definizione della durata – massima – del mandato (tre anni) e, soprattutto, del fatto che a tale incumbente devono provvedervi necessariamente i giudici del Collegio e non il Legislatore in maniera più o meno surrettizia¹¹⁰.

¹⁰⁶ «Si el mandato de tres años para el que fueron designados como Presidente y Vicepresidente no coincidiera con la renovación del Tribunal Constitucional, tal mandato quedará prorrogado para que finalice en el momento en que dicha renovación se produzca y tomen posesión los nuevos Magistrados».

¹⁰⁷ Si vedano le ampie ricostruzioni di F.J. MATIA PORTILLA, *Sobre la adscripción partidaria de los Magistrados del Tribunal Constitucional y su invocación en el proceso*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 34, 2014, 235-268; L.E. DELGADO DEL RINCÓN, *La recusación de los magistrados del Tribunal Constitucional*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 82, 2008, 347-393 e M. IACOMETTI, *Rikusazioni “a raffica” per il Tribunal Constitucional*, in *DPCE*, II, 2007, 1031 ss.

¹⁰⁸ L’intreccio tra la predetta riforma e la contingente decisione sullo Statuto catalano è evidenziato da F.J. DÍAZ REVORIO in AA.VV., *Encuesta sobre la renovación del Tribunal Constitucional*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 2010, 73, quando afferma che «parece claro que la introducción de esta novedad normativa en el art. 16.3 tenía como propósito específico intentar asegurar una sentencia más favorable al Gobierno en el ya varias veces citado asunto del Estatuto de Cataluña, rompiendo un empate previsible en aquel momento con el voto de calidad». Sul tema anche M. IACOMETTI, *Il difficile rinnovo del Tribunale Costituzionale spagnolo e le “peripezie” della sua legge organica*, in *DPCE*, I, 2011, 294-295 e A. MASTROMARINO, *La mala temporada del Tribunal Constitucional spagnolo. Brevi note alla luce delle più recenti modifiche della legislazione organica*, in M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *Le Corti Costituzionali. Composizione, indipendenza, legittimazione*, Torino, Giappichelli, 2011, 217-240.

¹⁰⁹ Per un commento, cfr. P. RODRÍGUEZ-PATRÓN, *El Tribunal constitucional ante la reciente reforma de los artículos 16 de su Ley Orgánica y 184 del Reglamento del Senado*, in *Revista de Derecho Político*, 77, 2010, 107-140, soprattutto 132 ss.

¹¹⁰ Una critica radicale in J. DE ESTEBAN ALONSO, *De Constitución normativa a nominal*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 27, 2011, 178-180.

Sul punto, il *Tribunal* supera le obiezioni di incostituzionalità attraverso il bizantinismo della distinzione tra elezione e proroga del mandato¹¹¹ e l'affermazione secondo cui la legge altro non fa che formalizzare una prassi già invalsa in via consuetudinaria.

Ciononostante, in via uguale e contraria si è osservato correttamente che, da un lato, la *prorogatio* a mandato esaurito di fatto configura un succedaneo di (ri)elezione mascherata dietro un mero formalismo letterale¹¹² ripercuotendosi altresì sulla permanenza degli altri giudici in attesa di essere sostituiti.

Inoltre, tale potestà viene indebitamente sottratta al Collegio per essere rimessa al potere legislativo (dunque, ad un organo diverso da quello previsto in Costituzione), capace di modellare il rinnovo dell'organo a suo piacimento¹¹³.

4.4. Criteri di nomina dei Giudici costituzionali, *voto particular* e ideologie politiche

Come si è già avuto modo di esporre sul piano teorico, l'istituto dell'opinione dissenziente può determinare rilevanti ricadute per l'esercizio dell'attività giurisdizionale, di segno positivo o negativo a seconda della lettura volta a volta preferita¹¹⁴.

¹¹¹ Cfr. STC 49/2008, FJ 21: «[...] debemos rechazar que la norma impugnada vulnere el art. 160 CE, puesto que lo que se prevé en la misma es una prórroga del mandato presidencial vigente y no un nuevo nombramiento. Como consecuencia de tal prórroga es evidente que el mandato presidencial se prolonga más allá de los tres años previstos por dicho precepto, pero sólo desde una interpretación inadecuada del mismo que confunda la temporalidad del mandato con la posibilidad de su prórroga».

¹¹² Ripercuotendosi, a sua volta, sulla nomina degli altri giudici in attesa di essere sostituiti: in questo senso, infatti, ai sensi dell'art. 16.5 LOTC, «si hubiese retraso en la renovación por tercios de los Magistrados, a los nuevos que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación». Si tratta, peraltro, di una disposizione chiaramente incostituzionale, laddove contrasta con la durata novennale del mandato fissata dall'art. 159.3 CE.

¹¹³ In questo senso si esprimono J.L. REQUEJO PAGÉS, J.C. DUQUE VILLANUEVA, I. TORRES MUÑOZ, E. FOSSAS ESPADALER, *Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2008*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 83, 2008, 215 ed i giudici Conde Martín de Hijas Rodríguez Arribas nei *votos particulares* alla STC 49/2008.

¹¹⁴ Cfr. *supra*, Cap. I, §2.2 ss.

In quest'ultima direzione, si è sostenuto – quale critica di esperienze già esistenti e monito per una possibile introduzione in realtà estranee a tale modello – che le prime avvisaglie di tale incidenza possono trovare terreno fertile già nella fase prodromica della nomina dei componenti di una Corte costituzionale¹¹⁵.

Ben note sono le modalità di designazione formale dei giudici del TC ai sensi dell'art. 159 CE¹¹⁶. Si tratta allora di comprendere, in primo luogo, fino a che punto il profilo della legittima (e prevalente) designazione politica non possa essere sostituito da un meno nobile intento di lottizzazione partitica¹¹⁷ e, a seguire, in che modo la presenza del *voto particular* possa essere causa o effetto della descritta distorsione del sistema.

Si consideri, a margine, un dato statistico interessante. Da quando il *Tribunal Constitucional* ha iniziato ad esercitare le sue funzioni (12 luglio 1980) e sino ai giorni nostri, unicamente tre Giudici (su sessantatré totali) – José Luís de Los Mozos¹¹⁸, Manuel Jiménez de Parga¹¹⁹ e Andrés Ollero Tassara¹²⁰ – avevano precedentemente ricoperto una carica parlamentare¹²¹. Nei casi di Jiménez de Parga e Ollero Tassara, inoltre, si è registrato il trascorso di un ragionevole lasso di tempo tra la fine del mandato parlamentare e l'ingresso nel *Tribunal Constitucional*¹²².

¹¹⁵ Cfr. L. BAAMONDE GÓMEZ, *La Magistratura constitucional en España e Italia. Selección, aspectos temporales del mandato y estatuto jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2019.

¹¹⁶ Sia qui sufficiente il richiamo al primo comma: «El Tribunal Constitucional se compone de doce miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial».

¹¹⁷ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La Corte in-politica*, in *Quad. cost.*, 2, 2005, 273-282.

¹¹⁸ Senatore con *Alianza Popular* nel 1986, eletto Giudice nel 1989.

¹¹⁹ Deputato con *Unión de Centro Democrático* nel 1977 e Ministro del Lavoro nel 1977-1978, eletto Giudice nel 1995.

¹²⁰ Deputato con il *Partido Popular* tra il 1986 ed il 2003, eletto Giudice nel 2012.

¹²¹ Interessanti riflessioni sul rapporto tra ideologia politica e funzione del Giudice costituzionale in F.J. MATIA PORTILLA, *Sobre la adscripción partidaria de los Magistrados del Tribunal Constitucional y su invocación en el proceso*, cit., 263 ss. e E. HAAS, *La posición de los Magistrados de la Corte Constitucional Federal alemana y su significado para la vida jurídica y la sociedad*, in *Ius et Praxis*, 1, 2004, par. III.

¹²² Sull'(in)opportunità che un parlamentare possa diventare Giudice del TC, cfr. J. PÉREZ ROYO, *¿Debe un parlamentario ser magistrado del Constitucional?*, in *El País*, 17 agosto 2012.

A margine, si può citare altresì il caso di Pérez de los Cobos Orihuel, il quale continuò ad essere ufficialmente iscritto al *Partido Popular* per un (breve) periodo successivo alla sua elezione al TC.

Il tentativo di riconsiliazione per carenza di imparzialità venne tuttavia ritenuto inammissibile con la (controversa) STC 180/2013, la quale dichiarò che la LOTC «no impide que los Magistrados constitucionales puedan pertenecer a partidos políticos y solo les impide ocupar cargos de carácter directivo dentro de los mismos»¹²³.

Orbene, la premessa generale di un discorso su Corti costituzionali e politica può essere condensata trasferendo al contesto in esame le parole del Giudice emerito del TC Aragón Reyes, secondo cui «el Derecho no puede hacerlo todo, aunque sin el Derecho no pueda hacerse nada. El Derecho ayuda, pero no resuelve por sí solo los problemas. Y en es[t]e ámbito general [...] los defectos de su funcionamiento se deben más a la política que al Derecho»¹²⁴.

In questi termini, pertanto, la norma giuridica – per quanto “rigida” sul piano del sistema delle fonti – non deve essere intesa né come soluzione definitiva per la risoluzione delle sovrapposizioni (a volte indebite) tra politica e funzione giurisdizionale¹²⁵, né quale unico parametro in forza del quale cogliere pregi e difetti del sistema istituzionale¹²⁶.

¹²³ STC 180/2013, FJ 3.

¹²⁴ M. ARAGÓN REYES, *La reforma del Estado autonómico: mejora y no sustitución del modelo*, in *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, 10, 2019, 197.

¹²⁵ La necessità di un’impostazione che assuma tale considerazione come premessa è evidenziata in modo specifico anche da P. LUCAS VERDÚ, *¿Una polémica obsoleta o una cuestión recurrente? Derecho Constitucional versus Derecho Político*, in *Teoría y realidad constitucional*, 3, 1999, 57 quando ricorda: «Se afirma que el Derecho Constitucional es Derecho, evidente obviedad, pero no se dice en qué consiste ese Derecho, porque el formalismo normativista lo desenzializa. El Derecho es pura normatividad, las vertientes iusnaturalistas se descuidan, su condicionamiento social se excluye y su justificación valorativa se descuida. Así, estas elaboraciones son una cobertura, más o menos hipócritas, de realidades prepotentes de índole económica y político-social».

¹²⁶ Secondo O. ALZAGA VILLAAMIL, *Sobre la composición del Tribunal Constitucional*, in *Teoría y Realidad constitucional*, 10-11, 2002-2003, 151 «constituye deformación natural del formalismo jurídico el negarse a tomar en consideración los aspectos meta jurídicos que influyen en la creación, configuración y funcionamiento de las instituciones jurídicas».

Prendendo le mosse dalla preponderanza politico-parlamentare delle forze partitiche nella nomina dei *Magistrados constitucionales*¹²⁷, non è secondario chiedersi se sia possibile introdurre dei correttivi che possano “temperare” o, comunque, a rendere più difficile la possibilità di esporre i componenti del TC alle logiche (da esso indipendenti) della lottizzazione¹²⁸.

Sul piano istituzionale, ad esempio, il rinnovo dei mandati per terze parti (o, comunque, “a pacchetto”) e, soprattutto, il regime di *prorogatio* dei giudici costituzionali – in assenza di nuove nomine – non sembrano aiutare in tal senso.

A tal proposito, è stata suggerita una revisione del procedimento di selezione *ex art. 159.1 CE* – combinata con l’introduzione di soglie di età “in accesso” ed “in uscita”¹²⁹ – al fine di favorire una maggiore “individualizzazione” nella designazione dei posti vacanti presso l’organo di giustizia costituzionale¹³⁰.

In tal modo, si mirerebbe ad evitare una rinnovazione dell’organo che coinvolga in contemporanea più componenti e, di conseguenza, determini schemi poco commendevoli di spartizione di cariche secondo logiche di potere e controllo.

In ogni caso, tale soluzione non può escludere, in concreto, il possibile verificarsi di situazioni imprevedibili *ex ante* all’interno dell’organo interessato (es.

¹²⁷ Per un parallelismo (ed una critica) con il procedimento di elezione dei giudici del *BVerfG* tedesco, cfr. W.K. GECK, *Nombramiento y «status» de los Magistrados del Tribunal constitucional federal de Alemania*, cit., soprattutto 184-192. Alcuni cenni anche in G. FALCON, *Le Corti costituzionali e i loro giudici*, in *Forum di Quad. cost.*, 18 maggio 2011.

¹²⁸ Secondo F. RUBIO LLORENTE, *El Tribunal Constitucional*, cit., 16, «aunque es evidente que en la democracia de partidos, que es la única posible, la designación de los Magistrados del Tribunal Constitucional, como la de los componentes de cualquier órgano semejante, será siempre objeto de negociación entre aquellos y que tal negociación producirá frecuentemente un retraso de la decisión y se saldrá con un reparto de los puestos a cubrir, también es evidente que el riesgo de que suceda lo uno y lo otro es tanto mayor cuanto más rígida sea la periodicidad y mayor el número de Magistrados a designar».

¹²⁹ In argomento, cfr. SERVICIO DE ESTUDIOS, BIBLIOTECA Y DOCUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Modelos de renovación personal de Tribunales constitucionales*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 61, 2001, 209-237.

¹³⁰ Cfr. S. GARCÍA COUSO, *Cómo superar la lógica del Estado de partidos en el Tribunal Constitucional: la reforma del artículo 159 CE*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 29, 2012, 433-456 e G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Reflexiones sobre el futuro de la justicia constitucional española*, in AA.VV., *El futuro de la justicia constitucional. Actas de las XII Jornadas de las Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2006, 31-68.

cessazione anticipata del mandato per dimissioni o decesso di un giudice) o in parallelo con altri.

In questo senso, la contemporaneità del rinnovo di un altro organo istituzionale (si pensi, su tutti al *Consejo General del Poder Judicial*) lambisce la possibilità di un vero e proprio *trueque de puestos* tra più cariche bisognose di essere rinnovate nello stesso momento.

In secondo luogo, si ritiene di condividere la tesi per la quale il meccanismo della *prorogatio* presso alcuni organi costituzionali tende a favorire dinamiche di scambio tra partiti e fortemente delegittimanti delle istituzioni, piuttosto che a garantire un andamento senza soluzione di continuità dell'organo interessato¹³¹.

Infatti, è proprio la proroga di tali organi oltre la loro durata naturale a risolversi in una situazione di anomalia, laddove stimola le forze politiche a perseguire la nomina di propri “fedelissimi” (giacché il mancato rinnovo non impedisce il funzionamento dell'organo), oltre a determinare una deresponsabilizzazione dei soggetti tenuti ad effettuare tali nomine¹³² ed a cagionare discredito alle istituzioni “a mandato scaduto” ed alle decisioni dalle stesse adottate¹³³.

¹³¹ Secondo J. GARCÍA ROCA, *La selección de los magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones*, in *Revista General de Derecho Constitucional*, 15, 2012, 8, «la *prorogatio* se ha erigido en una norma de cobertura para un claro rodeo a la ley, un verdadero fraude constitucional, que redundará en el incumplimiento de los plazos de renovación». Sul tema, cfr. anche J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *La prorogatio de los órganos constitucionales. Apuntes mínimos sobre un tema que no lo es*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 84, 2008, 11-26. In un'ottica parzialmente critica con tale posizione, si veda invece L. AGUIAR DE LUQUE, *Una nueva reflexión sobre la prorogatio de los órganos constitucionales. Una discrepancia y algunas puntualizaciones a J.A. Santamaría*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 85, 2009, 83-98.

¹³² Per A. FERNÁNDEZ MIRANDA, in AA.VV., *Encuesta sobre la renovación del Tribunal Constitucional*, cit., 62, «esta reforma, lejos de servir de mecanismo para impulsar en tiempo y forma las renovaciones como la Constitución reclama, puede alentar los retrasos por razones de conveniencia política. No se podrá evitar la sospecha - no se ha evitado en su primera aplicación práctica - de que esos retrasos, que aseguran *sine die* la prórroga de Magistrados, de Presidente y de Vicepresidente, obedecen a un interés político de quien se siente cómodo con ese Tribunal. Y no puede olvidarse que esta sospecha refuerza poderosamente la idea de falta de independencia de algunos o de muchos Magistrados».

¹³³ Sono fin troppo noti sono i clamorosi ritardi nel rinnovo del *Consejo General del Poder Judicial* (CGPJ) tra il 2006 ed il 2008 ed a partire dal dicembre 2018, nonché quello di diversi giudici costituzionali nel periodo 2004-2010. Su quest'ultimo profilo, cfr. G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Sobre*

Nel descritto contesto, si è poi sostenuto che la presenza del *voto particular* potrebbe contribuire ad esacerbare gli animi, in quanto strumento che opera quale “cassa di risonanza” dei dubbi che sono sollevati, in modo periodico, a proposito della (carenza di) indipendenza ed imparzialità dei giudici costituzionali.

Non deve eludersi tuttavia che, se da un lato l’espressione del dissenso costringe anche il Giudice più politicamente “schierato” a tradurre in stretti termini giuridici la sua contrarietà all’opinione della maggioranza¹³⁴, dall’altro tale istituto è stato utilizzato – in modo distorto – come guida per tracciare una pericolosa equazione tra Giudice, opinione dissenziente e partiti¹³⁵.

Ne deriva, pertanto, una problematica che, prima ancora che giuridica, potrebbe essere definita di carattere culturale – e non certo imputabile al *Tribunal Constitucional* – in un contesto nel quale è diventato normale che un Giudice venga fin da subito identificato come “progressista” o “conservatore” a seconda del partito che ne propone (o ne sostiene) la candidatura¹³⁶.

E allora, rimane sempre valida, per analogia, l’affermazione della STC 58/1982, FJ 2 (*ponente* Rubio Llorente), quando ricordava che «la mera posibilidad de un uso torticero de las normas no puede ser nunca en sí misma motivo bastante para declarar la inconstitucionalidad de éstas, pues aunque el Estado de Derecho

la designación de los magistrados constitucionales: una propuesta de reforma constitucional, cit., 14-31.

¹³⁴ Si vedano le parole di V. CRISAFULLI, *Intervento*, in G. MARANINI, *La giustizia costituzionale*, cit., 383 ss., il quale parlava dell’esigenza di «dover motivare giuridicamente, decantando in questo sforzo argomentativo quelli che possono essere originariamente motivi ideologici, preferenze politiche».

¹³⁵ Cfr. L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in AA.VV., *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, 523.

¹³⁶ Come ricordato da G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, cit., 60-61, si tratta di una situazione che genera un notevole disagio agli stessi giudici «[...] quando la soluzione di un caso costituzionale coincide con quella intensamente auspicata, per i propri fini, da una parte politica [...]: disagio che deriva dal rischio di confusione tra i due distinti ordini di ragioni, quelle della garanzia della Costituzione e quelle della competizione politica». Si veda anche la testimonianza di M. JIMÉNEZ DE PARGA (in AA.VV., *Encuesta sobre la renovación del Tribunal Constitucional*, cit., 89), il quale ricorda che «fui propuesto por el gobierno de Felipe González, lo que hizo que alguno me tildara inmediatamente de despreciable ‘progresista’, y luego, cuando me limité a interpretar la Constitución, según mi personal criterio, defendiendo las potestades del Estado frente a aspiraciones infundadas de ciertas Comunidades Autónomas, me pusieron el sambenito de ‘conservador’ y con esta calificación dejé el Tribunal».

tiende a la sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes, no hay ningún legislador, por sabio que sea, capaz de producir leyes de las que un gobernante no pueda hacer mal uso».

5. *Voto particular* e giurisprudenza ordinaria: alcuni cenni sistematici

Per quanto concerne il campo della giurisdizione non costituzionale, la disciplina dell'opinione dissenziente è sparsamente regolamentata nella *Ley orgánica del Poder Judicial* (LOPJ).

In tale fonte, il primo richiamo alla figura *voto particular* è contenuto nell'art. 157 LOPJ. Inserito nel Libro II, Titolo III, Capitolo I, Sezione III – dedicato al funzionamento delle *Salas de Gobierno* presso *Tribunal Supremo, Audiencia Nacional e Tribunales Superiores de Justicia*, nonché alla struttura dei relativi atti processuali – esso prevede che il giudice che non sia d'accordo con la maggioranza possa chiedere che venga dato atto del suo dissenso.

Se lo desidera, egli potrà formulare opinione dissenziente, la quale verrà aggiunta in calce al corrispondente atto «si la Sala lo estimare procedente por razón de su naturaleza o de las circunstancias concurrentes», sempre quando venga rispettata la cornice temporale disposta per tale formalità dal Collegio (in ogni caso, non superiore a tre giorni).

L'art. 206 LOPJ dispone che il giudice estensore che non condivide la soluzione adottata dalla maggioranza dovrà chiedere di essere esonerato dalla redazione della corrispondente sentenza, con conseguente obbligo di redazione di un'opinione dissenziente. In tal caso, il Presidente incaricherà della stesura del relativo provvedimento un altro giudice del Collegio, disponendo le opportune modifiche nel sistema tabellare di assegnazione delle cause.

A seguire, l'art. 260 LOPJ offre una disciplina più estesa, laddove stabilisce che chiunque prenda parte alla deliberazione di una sentenza o provvedimento definitivo potrà, in caso di dissenso, formulare *voto particular*, il quale formerà corpo unico con la corrispondente deliberazione e sarà notificato assieme ad essa

alle parti. Tale volontà dovrà però essere manifestata al momento della votazione o, al più tardi, in quello della firma collegiale della sentenza.

Venendo invece alla specifica disciplina processuale vigente nei processi ordinari, la LECrim dedica in prima battuta al *voto particular* l'art. 147.4, disponendo che «cuando el Ponente no se conformase con el voto de la mayoría, se encargará otro Magistrado de la redacción de la sentencia; pero en este caso estará aquél obligado a formular voto particular». In ogni caso, l'opinione dissenziente è riconosciuta anche agli altri componenti del Collegio dall'art. 156.2 LECrim.

In parallelo, da un lato, l'art. 203 LEC riprende l'art. 147.4 LECrim (con l'aggiunta che sarà il Presidente a designare il nuovo relatore, analogamente all'art. 206 LOPJ); dall'altro, l'art. 205 LEC replica in modo speculare l'art. 260 LOPJ.

Non risultano indicazioni formali in ordine alla presenza dell'opinione dissenziente nella *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*. Ciononostante, le disposizioni contenute nella LOPJ consentono di ritenere operante la disciplina del *voto particular* anche nel processo amministrativo, soprattutto alla luce della clausola generale *ex art. 260 LOPJ*.

Sul piano pratico, non può eludersi un breve riferimento alla questione giuridica relativa al pagamento del tributo relativo agli *Actos Jurídicos Documentados* in materia di mutui bancari con garanzia ipotecaria¹³⁷.

In particolare, il giorno successivo alla pubblicazione della STS 1505/2018, con la quale la Sezione seconda della *Sala Tercera* del *Tribunal Supremo* dichiarava che detta imposizione fiscale doveva essere sostenuta dal mutuante (la banca) o non più dal mutuatario (il cliente) – così attuando un *revirement* rispetto al suo precedente consolidato orientamento – il Presidente della *Sala de lo Contencioso-Administrativo* Díez-Picazo disponeva la sospensione dei procedimenti in corso e

¹³⁷ Art. 29, *Real Decreto Legislativo 1/1993, de 14 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados* e art. 68 del relativo *Reglamento*, approvato con *Real Decreto Ley 828/1995, de 29 de mayo*.

rimetteva (il 19 ottobre 2018) la questione al *Pleno* in ragione «de su enorme repercusión económica y social».

Quest'ultimo organo, il 6 novembre 2018 decideva, con STS 1670/2018, di ripristinare l'orientamento precedente, scatenando una importante mobilitazione politico-sociale ed un'incertezza giuridica che si concludeva con l'adozione immediata del *Real Decreto Ley 17/2018, de 8 de noviembre*, che poneva il pagamento del suddetto tributo esplicitamente a carico del mutuante.

Ai fini che qui interessano, la STS 1670/2018 veniva adottata con quindici voti a favore e tredici contrari – con il voto decisivo del Presidente¹³⁸ – dei quali undici tradotti in *votos particulares* individuali o per adesione (tutti particolarmente critici nei confronti della avocazione al *Pleno* da parte del Presidente della *Sala de lo Contencioso-Administrativo*): ciò significa che ha trovato applicazione l'art. 157 LOPJ, il quale facoltizza i giudici del *Tribunal Supremo* a non sottoscrivere un'opinione dissenziente pur in situazioni di contrasto con la maggioranza al momento del voto.

In generale, può affermarsi che la disciplina positiva posta dalle leggi regolatrici del processo ordinario oggi vigenti si ricollega (quasi idealmente) agli spiragli in parte aperti con la legislazione processuale ottocentesca¹³⁹, andando tuttavia oltre e generalizzando la produzione di opinioni dissenzienti. Lo stesso richiamo contenuto nella LOPJ sembra avere quasi una funzione di sistematizzazione dell'istituto, pur delineando un quadro frammentato e non del tutto coerente tra i vari livelli processuali.

L'intreccio tra disciplina processuale e LOPJ, infatti, suggerisce l'esistenza di un (irragionevole) doppio binario nella esplicitazione del dissenso, giacché il Giudice *ponente* che sia dissenziente è obbligato a declinare la stesura della motivazione ed a redigere *voto particular*, mentre non accade lo stesso per i membri

¹³⁸ Cfr. il comunicato stampa (pubblicato in www.cgj.es) del 6 novembre 2018.

¹³⁹ Cfr. *supra*, §1.

del Collegio, i quali possono formalizzare il proprio dissenso solo ove lo ritengano necessario.

In quest'ultimo caso, sarebbe opportuno (e coerente con la sistematica del voto particolare) che i giudici dissenzienti rispetto alla decisione maggioritaria siano sempre tenuti a rendere manifeste le ragioni della propria contrarietà, dovendo altrimenti presumersene una concordanza con la soluzione finale.

La piena conoscibilità della posizione dei diversi componenti, infatti, mal si concilia con l'assenza di una corrispondente motivazione, a maggior ragione nel caso di giudici di ultima istanza e con una funzione nomofilattica e di orientamento della giurisprudenza futura, in termini di cristallizzazione delle interpretazioni e disvelamento di contrasti giurisprudenziali in ogni caso rilevanti per la risoluzione di controversie concrete.

Non sfugga, infatti, che la presenza più o meno ampia di opinioni dissenzienti in seno ad un organo giurisdizionale di ultima istanza può determinare un rapporto biunivoco di causa-effetto sulla giurisprudenza di merito.

In questo senso, da un lato potrebbe crearsi un legame direttamente proporzionale tra la presenza di *votos particulares* presso il TS e la volontà dei giudici inferiori di insistere nell'argomentazione di soluzioni risultate minoritarie (con la speranza di un accoglimento futuro ma anche il rischio di una "cassazione" della propria pronuncia).

Dall'altro, ragioni di certezza giuridica e tenuta complessiva del sistema portano a ritenere che le soluzioni ermeneutiche tracciate dal TS non siano del tutto avulse dal diritto vivente applicato giorno dopo giorno dai giudici di primo grado e d'appello (ferma comunque restando la prevalenza, salvo *overruling*, delle pronunce del TS)¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Come però ricordato da A. OJEDA AVILÉS, *El voto particular masivo en las sentencias de la Sala Social del Tribunal Supremo*, in E. BORRAJO DACRUZ, J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, T. SALA FRANCO (a cura di), *Derecho vivo del trabajo y Constitución. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Fernando Suárez González*, Madrid, La Ley, 2004, 585, «las sentencias del TS llegan a los diferentes repertorios con el marchamo habitual de su obtención por mayoría absoluta, y cuando advertimos que se han producido votos particulares la tentación irresistible de no leerlos, de considerarlos como

6. La proliferazione del dissenso negli organi amministrativi e non-giurisdizionali: brevi indicazioni

L'esperienza spagnola del *voto particular* dimostra altresì che tale istituto non è circoscritto ai soli organi giurisdizionali propriamente intesi, trovando spazio anche in altre realtà istituzionali, più o meno contigue a livello funzionale.

In relazione agli atti adottabili dal *Consejo General del Poder Judicial* (CGPJ), l'art. 631 LOPJ dispone che i suoi componenti possano dissentire una volta conclusa la deliberazione del caso, sempre che l'opinione dissenziente sia depositata nei due giorni successivi¹⁴¹.

Qualora invece il CGPJ eserciti funzioni consultive, le opinioni dissenzienti saranno incorporate al relativo atto e trasmesse all'organo destinatario, affinché quest'ultimo assuma le determinazioni di competenza¹⁴².

Allo stesso modo, l'istituto del *voto particular* ha trovato accoglimento presso diversi organi chiamati all'esercizio di funzioni che, collocabili nell'ambito del procedimento amministrativo, possono incidere in modo rilevante su diritti e libertà costituzionalmente riconosciuti.

In termini oltremodo ampi, la formalizzazione dell'opinione dissenziente è stata riconosciuta in favore di tutti gli organi collegiali soggetti alle regole del diritto amministrativo (direttamente o via suppletiva) dalla *Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (LRJPAC), ai sensi dell'art. 24.1, lett. c)¹⁴³ e trova oggi identica disciplina

una opinión derrotada e inútil, expresión del orgullo de un magistrado cuya voz no fue atendida por el resto de sus compañeros, nos conduce de ordinario a ignorarlos».

¹⁴¹ Inoltre, si tenga presente che il Presidente del CGPJ dispone di *voto de calidad* in caso di pareggio (art. 598.2^a LOPJ).

¹⁴² Ai sensi dell'art. 561 LOPJ, il CGPJ deve obbligatoriamente essere consultato in relazione ai progetti di legge o disposizioni generali che incidano sulla stessa LOPJ, sullo *status* dei magistrati e dei funzionari giudiziari, sull'organizzazione giudiziaria, sulle norme processuali attinenti all'esercizio dei diritti fondamentali, sulle norme penali e di ordinamento penitenziario e su ogni altra questione che Governo, *Cortes Generales* o Parlamenti delle CC.AA. ritengano opportuna, nonché sulla nomina del *Fiscal General del Estado* (art. 560.1.4^a).

¹⁴³ «En cada órgano colegiado corresponde a sus miembros: [...] Ejercer su derecho al voto y formular su voto particular, así como expresar el sentido de su voto y los motivos que lo justifican».

nella *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público* (art. 19.3, lett. c).

Se ne ricava, pertanto, che l'estensibilità del raggio d'azione della predetta disciplina fa sì che l'istituto del *voto particular* venga in evidenza al di là della propria (ristretta) natura tecnico-procedimentale e processuale, per trovare pieno accoglimento tra i principî fondamentali che regolano il corretto andamento dell'attività non contenziosa di carattere amministrativo.

Più nel dettaglio, sul fronte del diritto pubblico dell'economia, l'art. 21.3 del *Reglamento de Régimen Interior* della *Comisión Nacional del Mercado de Valores* (CNMV)¹⁴⁴ prevede che coloro i quali dissentano dall'opinione maggioritaria potranno formulare *voto particular* entro quarantotto ore dall'adozione della stessa; in modo analogo dispone l'art. 11.3 del *Reglamento de funcionamiento interno* della *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (CNMC)¹⁴⁵, con l'unica differenza che la cornice temporale per la stesura del dissenso è di tre giorni feriali.

In ordine, poi, alla regolamentazione della *dissenting opinion* nel campo della disciplina del contenzioso elettorale non giurisdizionale, la Risoluzione del 15 settembre 2011¹⁴⁶ della *Junta Electoral Central* (JEC)¹⁴⁷ presenta profili di sicuro interesse.

Sebbene la *Ley Orgánica de Régimen Electoral General* (LOREG) non faccia riferimento – nella parte in cui disciplina composizione e funzioni delle *Juntas*

¹⁴⁴ Istituita con *Ley 24/1988* (poi aggiornata con *Leyes 37/1998* e *44/2002*), essa svolge, quale autorità amministrativa indipendente, funzioni di controllo e sorveglianza in materia di mercato mobiliare.

¹⁴⁵ Prevista dalla *Ley 3/2013*, la CNMC ha quale compito principale quello di garantire un funzionamento efficiente dei mercati, nel rispetto dei principî di trasparenza, concorrenza e buon andamento.

¹⁴⁶ Pubblicata in *Boletín Oficial del Estado* (B.O.E.), núm. 224, 17 de septiembre de 2011 Sec. I., Pág. 98880-98881, in sostituzione della precedente Risoluzione sullo stesso argomento del 24 aprile 1995.

¹⁴⁷ Ai sensi dell'art. 9 LOREG, la JEC è integrata da tredici componenti, di cui otto indicati tramite sorteggio dal CGPJ tra magistrati del *Tribunal Supremo* e cinque (all'unanimità) dai partiti politici rappresentati presso il *Congreso de los Diputados* tra professori ordinari in Giurisprudenza, Scienze politiche o Sociologia. Le sue funzioni sono elencate dall'art. 19.1 LOREG e attengono principalmente ai profili tecnico-procedurali nello svolgimento delle tornate elettorali a livello sovra-provinciale, alla definizione della corrispondente "dottrina" ed alla risoluzione di eventuali controversie di matrice elettorale (a loro volta impugnabili in sede contenzioso-amministrativa).

*Electoral*es – alla presenza del *voto particular*, lo stesso può trovare applicazione in via analogica ai sensi dell'art. 120 LOREG, il quale rimanda, per quanto dalla stessa non previsto, alla legge in materia di procedimento amministrativo generale¹⁴⁸.

In questo senso, facendo uso della prerogativa di autoregolamentazione della propria normativa di funzionamento interno (art. 22.2 LRJPAC), la JEC ha adottato la Risoluzione pocanzi indicata, appoggiandosi all'art. 4, lett. k) della *Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, nella parte in cui prevede che, alla luce del principio di trasparenza e pubblicità del procedimento, «el uso de medios electrónicos debe facilitar la máxima difusión, publicidad y transparencia de las actuaciones administrativas».

Inoltre, è prevista la pubblicazione nella corrispondente pagina-web delle opinioni dissenzienti che siano state annunciate in sede di deliberazione e presentate entro quarantotto ore, fermo restando che, in via eccezionale, la JEC potrà decidere – a maggioranza dei suoi componenti ed in modo motivato – di non procedere alla loro diffusione pubblica, qualora la stessa possa incidere sul diritto all'intimità dei ricorrenti o in altre (non definite) situazioni eccezionali.

Ne deriva così una piena conoscenza della valutazione delle ragioni addotte nel contraddittorio dinanzi all'amministrazione elettorale e, soprattutto, delle motivazioni che avranno condotto quest'ultima ad effettuare determinati bilanciamenti e ponderazioni tra interessi pubblici e privati, in un quadro di massima pubblicità e trasparenza della decisione finale.

¹⁴⁸ «En todo lo no expresamente regulado por esta Ley en materia de procedimiento será de aplicación la Ley de Procedimiento Administrativo».

CAPITOLO QUARTO

IL VOTO PARTICULAR NELL'ORDINAMENTO SPAGNOLO. PROFILI GIURISPRUDENZIALI

SOMMARIO: 1. “Grandi” e “piccoli” dissenzienti – 2. *Voto particular* e *overruling* giurisprudenziale: una breve prospettiva storica – 3. Un *focus* “particolare”: *cuestión catalana* e opinioni dissenzienti – 4. La circolazione “trasversale” delle opinioni dissenzienti: alcuni esempi – 5. Considerazioni finali di sintesi.

1. “Grandi” e “piccoli” dissenzienti

Uno dei profili che più affascina la curiosità del giurista chiamato ad occuparsi di *dissenting opinion* è quello relativo all'identificazione tra opinione dissenziente e Giudice che l'ha pronunciata, in ragione del carattere intrinsecamente “personale” del dissenso, dei suoi contenuti e delle varie forme in cui viene espresso.

In questi termini, si è già avuto modo di ricordare come gli sviluppi dell'istituto del *dissent* nella Corte Suprema degli Stati Uniti non possono essere scissi dalla figura del Giudice che lo ha manifestato, costituendone la più formale ed efficace manifestazione della sua filosofia giuridica¹.

Anticipando fin da subito come nell'esperienza del TC il *voto particular* non abbia certo raggiunto la “popolarità” di cui esso gode nel modello statunitense – soprattutto con riferimento all'impiego sistematico di *opinions* (di maggioranza e minoranza) pregresse ed al protagonismo sociale dei giudici dissenzienti², spesso

¹ Cfr. *supra*, Cap. II, §2.

² Invero non sempre apprezzato. Per una critica del modello statunitense del «celebrity Justice» (R.L. HASEN, *Celebrity Justice. Supreme Court Edition*, in 19 *Green Bag* 2D 157), cfr. S. SHERRY, *Our Kardashian Court (and how to fix it)*, in *Vanderbilt University Law School. Legal Studies Research Paper Series*, 24th July 2019, 19-30, la quale propone una soppressione delle opinioni dissenzienti e concorrenti ed un passaggio alla decisione collegiale anonima di matrice franco-italiana. Sul tema,

tradotto in ricche ed interessanti pubblicazioni autobiografiche³ – è comunque doveroso dare conto degli sviluppi “soggettivi” del fenomeno e delle sue ricadute sulla giurisprudenza costituzionale spagnola.

TABELLA n. 7 - Votos particulares per giudice costituzionale (2009-2019)

Giudice (durata mandato)	VP in STC (VP dal 2009)	VP in ATC (VP dal 2009)	Totale VP (VP dal 2009)
Aragón Reyes, Manuel (2004-2013)	25 (18)	9 (4)	34 (22)
Asua Batarrita, Adela (2010-2017)	173 (173)	21 (21)	194 (194)
Balaguer Callejón, María Luisa (2017-in carica)	42 (42)	9 (9)	51 (51)
Casas Baamonde, María Emilia (1998-2010)	47 (3)	21 (1)	68 (4)
Conde Martín de Hijas, Vicente (1998-2010)	167 (45)	18 (-)	185 (45)
Conde-Pumpido Tourón, Candido (2017-in carica)	30 (30)	4 (4)	34 (34)
Delgado Barrio, Javier (1995-1996)^ (2001-2012)	85 (43)	17 (+1 <i>Declaración</i> , 1/2004) (2)	102 (+1) (45)
Enríquez Sancho, Ricardo (2017-in carica)	20 (20)	- (-)	20 (20)
Gay Montalvo, Eugeni (2001-2012)	37 (13)	43 (6)	80 (19)
González Rivas, Juan José (2012-in carica)	16 (16)	- (-)	16 (16)
González-Trevijano Sánchez, Pedro José (2013-in carica)	18 (18)	- (-)	18 (18)

si veda anche R.A. POSNER, *The Supreme Court and Celebrity Culture*, in 88 *Chicago-Kent Law Rev.* 299 (2013).

³ Cfr. L. K. RAY, *Lives of the justices: Supreme Court autobiographies*, in 37(1) *Conn. Law Rev.* 233 (2004).

Hernando Santiago, Francisco José (2010-2013)*	5 (5)	- (-)	5 (5)
Jiménez Sánchez, Guillermo (1998-2010)	55 (18)	4 (1)	59 (19)
López y López, Enrique (2013-2014)^	3 (3)	- (-)	3 (3)
Martínez-Vares García, Santiago (2013-in carica)	8 (8)	1 (1)	9 (9)
Montoya Melgar, Alfredo (2017-in carica)	15 (15)	- (-)	15 (15)
Narváez Rodríguez, Antonio (2014-in carica)	23 (23)	1 (1)	24 (24)
Ollero Tassara, Andrés (2012-in carica)	57 (57)	3 (3)	60 (60)
Ortega Alvarez, Luis Ignacio (2010-2015)*	88 (88)	14 (14)	102 (102)
Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco (2010-2017)	13 (13)	- (-)	13 (13)
Pérez Tremps, Pablo (2004-2013)	39 (20)	9 (8)	48 (28)
Pérez Vera, Elisa (2001-2012)	18 (6)	12 (3)	30 (9)
Roca Trías, Encarnación (2012-in carica)	52 (52)	7 (7)	59 (59)
Rodríguez Arribas, Ramón (2004-2013)	91 (56)	20 (+1 <i>Declaración</i> , 1/2004) (3)	111 (+1) (59)
Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge (2002-2010)	166 (59)	58 (17)	224 (76)
Sala Sánchez, Pascual (2004-2013)	19 (4)	4 (-)	23 (4)
Valdés Dal-Ré, Fernando (2012-2019)**	151 (151)	35 (35)	186 (186)
Xiol Ríos, Juan Antonio (2013-in carica)	175 (175)	37 (37)	212 (212)
TOT.	1638 (1174)	347 (+2) (177)	1985 (+2) (1351)

TABELLA n. 8 - Votos particulares per giudice costituzionale (1980-2009)

Giudice (durata mandato)	VP in STC	VP in ATC	Totale VP
Arozamena Sierra, Jerónimo (1980-1986)	10	1	11
Begué Cantón, Gloria (1980-1989)	3	-	3
Cachón Villar, Pablo (1998-2004)	13	4	17
Cruz Villalón, Pedro (1992-2001)	35	1	36
De la Vega Benayas, Carlos (1986-1995)	46	-	46
De los Mozos y de los Mozos, José Luis (1989-1992)^	-	-	-
De Mendizábal Allende, Rafael (1992-2001)	73	3	76
Díaz Eimil, Eugenio (1986-1995)	27	-	27
Díez de Velasco Vallejo, Manuel (1980-1986)^	13	1	14
Díez-Picazo y Ponde de León, Luís (1980-1989)	33	-	33
Escudero del Corral, Angel (1980-1986)	2	1	3
Fernández Viagas, Plácido (1980-1982)*	7	2	9
Gabaldón López, José (1990-1998)	52	-	52
García-Calvo y Montiel, Roberto (2001-2008)*	85	21 (+1 <i>Declaración</i>)	106 (+1)
García Manzano, Pablo (1996-2004)	48	2	50
García-Mon y González-Regueral, Fernando (1986-1998)	69	9	78

García-Pelayo y Alonso, Manuel (1980-1986)^	-	-	-
Garrido Falla, Fernando (1998-2002)^	28	-	28
Gimeno Sendra, José Vicente (1989-1998)	83	13	96
Gómez-Ferrer Morant, Rafael (1980-1986)	6	-	6
González Campos, Julio (1992-2001)	36	-	36
Jiménez de Parga y Cabrera, Manuel (1995-2004)	106	11	117
Latorre Segura, Angel (1980-1989)	12	-	12
Leguina Villa, Jesús (1986-1992)	11	1	12
López Guerra, Luis María (1986-1995)	28	1	29
Menéndez Menéndez, Aurelio (1980-1980)^	-	-	-
Pera Verdaguer, Francisco (1983-1986)	8	-	8
Rodríguez Bereijo, Alvaro (1989-1998)	16	-	16
Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel (1986-1995)	20	-	20
Rubio Llorente, Francisco (1980-1992)	53	1	54
Ruiz Vadillo, Enrique (1995-1998)*	14	1	15
Tomás y Valiente, Francisco (1980-1992)	17	-	17
Truyol Serra, Antonio (1981-1990)^	10	-	10
Viver Pi-Sunyer, Carles (1992-2001)	44	2	46

Vives Antón, Tomás Salvador (1995-2004)	33	1	34
TOT.	1041	76(+1)	1117(+1)

*: deceduto in carica

^: dimissionario

** : dimissionario il 14 ottobre 2020 (a seguito del rinvio a giudizio per presunti maltrattamenti in famiglia). In totale, Valdés Dal-Ré ha pronunciato 192 *votos particulares* (157 in sentenze e 35 in ordinanze).

In relazione al numero di dissensi in sentenza, i giudici maggiormente dissenzienti – in termini assoluti – sono Xiol Ríos (175), Asua Batarrita (173), Conde Martín de Hijas (167), Rodríguez-Zapata Pérez (166) e Valdés Dal-Ré (151).

Si tenga però in considerazione che i mandati di Rodríguez-Zapata Pérez e Conde Martín de Hijas hanno avuto inizio rispettivamente nel 2002 e 1998 e quindi non sono del tutto sovrapponibili al periodo considerato⁴.

Sul fronte opposto, tra i giudici con un mandato ragionevolmente ampio, spiccano i dissensi limitati di Sala Sánchez (19), González-Trevijano Sánchez (18), González Rivas (16), Pérez de los Cobos Orihuel (14)⁵ e Martínez-Vares García (8). Interessante, inoltre, il quadro di dissensi di Gay Montalvo: si tratta dell'unico giudice a vantare un maggior numero di *votos particulares* in tema di ordinanze (43) rispetto a quelli prodotti in sentenze (37).

Sul piano storico, infine, non deve essere dimenticata la figura di Rubio Llorente. Se è vero che, alla luce dell'esperienza successiva, il suo numero di dissensi appare tutto sommato modesto (54), non bisogna dimenticare come egli sia

⁴ Si consideri, inoltre, che il mandato di Conde Martín de Hijas (assieme a quelli di Casas Baamonde, Jiménez Sánchez, Gay Montalvo, Delgado Barrio e Pérez Vera) si è protratto in modo anomalo per ben dodici anni, in ragione della “guerra delle investiture” sviluppatasi tra il 2007 ed il 2010 tra le diverse forze politiche per il rinnovo dei giudici in scadenza di mandato, in coincidenza con le deliberazioni sullo Statuto catalano del 2006. Sul tema, cfr. G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Sobre la designación de los magistrados constitucionales: una propuesta de reforma constitucional*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 105, 2015, 13-49.

⁵ Sulla sua contrarietà all'estrinsicazione del *voto particular*, vedi F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *Los votos particulares en la experiencia del Tribunal Constitucional español*, cit., 124, ove ricorda che «pese a haber participado en la deliberación de 1752 resoluciones, sentencias y autos, sólo he formulado 14 votos particulares».

stato il primo giudice a dissentire in modo costante ed in misura superiore ai suoi colleghi⁶.

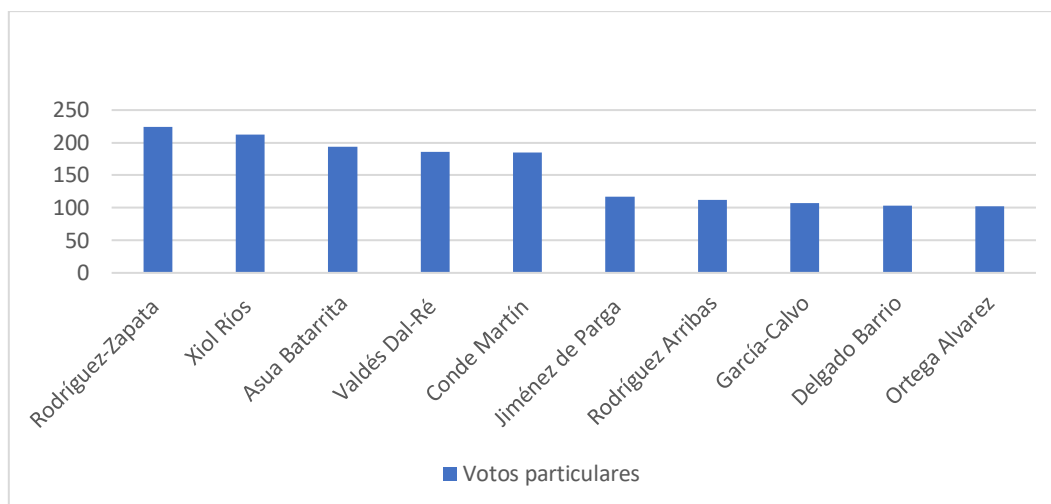
Per quanto attiene alla provenienza professionale dei dieci giudici maggiormente dissenzienti (con almeno cento *votos particulares*), si osserva un ragionevole equilibrio tra giudici di derivazione accademica e giudici provenienti dalle fila della Magistratura, con una leggera prevalenza per questi ultimi (sei a quattro).

TABELLA n. 9 - *Greatest dissenters* e provenienza professionale

Giudice	Provenienza professionale
Rodríguez-Zapata Pérez (224)	Magistrato del <i>Tribunal Supremo</i>
Xiol Ríos (212)	Magistrato del <i>Tribunal Supremo</i>
Asua Batarrita (194)	Professore ordinario di diritto penale
Valdés Dal-Ré (186)	Professore ordinario di diritto del lavoro
Conde Martín de Hijas (185)	Magistrato del <i>Tribunal Supremo</i>
Jiménez de Parga y Cabrera (117)	Professore ordinario di diritto costituzionale
Rodríguez Arribas (112)	Magistrato del <i>Tribunal Supremo</i>
García-Calvo y Montiel (107)	Magistrato del <i>Tribunal Supremo</i>
Delgado Barrio (103)	Magistrato del <i>Tribunal Supremo</i>
Ortega Alvarez (102)	Professore ordinario di diritto amministrativo

⁶ Cfr. G. CÁMARA VILLAR, *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español*, cit., 374. Per un raffronto, si veda *supra*, Tabella n. 8.

TABELLA n. 9-bis - *Greatest dissenters* nella storia del *Tribunal Constitucional* (1980-2019)



In quest’ultima prospettiva – e considerando i dati sopra analizzati – si possono distinguere, su un fronte, i grandi dissenzienti di estrazione accademica Asua Batarrita e Valdés Dal-Re (nonché, “in potenza”, Balaguer Callejón) e, sull’altro, Xiol Ríos, Conde Martín de Hijas, Rodríguez Arribas, García-Calvo y Montiel e Delgado Barrio (nonché, tra i componenti attuali, Conde-Pumpido), provenienti dalle fila della magistratura. Menzione a parte merita Rodríguez-Zapata Pérez, avendo egli ricoperto una pluralità eterogenea di ruoli nel corso della sua vita professionale (pur essendo divenuto Giudice costituzionale quando ricopriva le vesti di Magistrato)⁷.

Più suggestiva può essere l’analisi della “densità” del dissenso, letta in relazione all’estensione del mandato espletato. La durata “flessibile” della carica dei giudici costituzionali, infatti, deriva da una serie di circostanze che traggono

⁷ *Letrado del Consejo de Estado* (1978) e poi *Letrado Mayor del Consejo de Estado* (dal 1987), *Letrado del Tribunal Constitucional* (1983-1986), *Profesor Titular di Teoría del Estado y Derecho Constitucional y Ciencia Política* presso la UNED (dal 1985), *Magistrado del Tribunal Supremo* dal 1991 (*ex art.* 343 LOPJ) e *Presidente de Sección de la Sala Tercera* dal 1 ottobre 2012.

origine dalla combinazione tra norme di diritto e prassi concrete nella rinnovazione dei mandati.

In altri termini, il meccanismo previsto dall'art. 159.3 CE (durata del mandato di nove anni e rinnovo ciclico dei componenti per terze parti ogni tre anni) contiene una contraddizione intrinseca. A fronte di ritardi più o meno evidenti nelle nomine, o si assume come regola il parametro del rinnovo ogni tre anni – e allora il mandato novennale è tanto più corto quanto più ampio è il ritardo (il che è incostituzionale) – oppure si mantiene ferma la regola dei nove anni di mandato, decorrenti dal momento della nomina formale, così alterando il rinnovo parziale ogni tre anni⁸.

In relazione all'emissione di opinioni dissenzienti, il numero praticamente equiparabile di *votos particulares* in sentenze tra Asua Batarrita (173) e Conde Martín de Hijas (167) non consente di cogliere il fatto che la prima ha dissentito in modo ben più assiduo rispetto al secondo, come dimostrato da una permanenza in carica disuguale (sette anni per Asua Batarrita, dodici per Conde Martín de Hijas)⁹.

In parallelo, se guardiamo all'attuale composizione del *Tribunal Constitucional*, notiamo come Xiol Ríos (175) e Valdés Dal-Ré (151) dissentano in misura ampiamente superiore rispetto ai loro colleghi¹⁰.

Merita anche di essere evidenziato che, a seguito del *voto particular* alla STC 107/2020, de 21 de septiembre¹¹, Xiol Ríos è diventato il giudice più dissenziente

⁸ Si vedano ampiamente sul tema I. BORRAJO INIESTA, *Renovarse o morir: el ritmo de las renovaciones del Tribunal constitucional español*, in *Revista General de Derecho Constitucional*, 16, 2013 e F. RUBIO LLORENTE, *El Tribunal Constitucional*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 71, 2004, 13 ss. Inoltre, si tenga anche presente l'art. 16.5 LOTC (introdotto con *Ley Orgánica* 8/2010), per il quale «si hubiese retraso en la renovación por tercios de los Magistrados, a los nuevos que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación»: rimane così fermo il ricambio per terze parti, a discapito della durata novennale della carica.

⁹ Dividendo il numero di giorni trascorsi in carica per il numero di dissensi totali, infatti, si ottiene un valore di 11,8 per Asua Batarrita e di 23,7 per Conde Martín de Hijas: ciò significa che, sebbene in termini assoluti i due giudici abbiano emesso quasi lo stesso numero di *votos particulares*, a livello “ponderato” Asua Batarrita ha dissentito in misura esattamente doppia rispetto a Conde Martín de Hijas.

¹⁰ Seguono Ollero Tassara (57) e Roca Trías (52). In questo caso, il confronto risulta viziato solo in minima parte dallo sfasamento temporale, giacché Roca Trías, Ollero Tassara e Valdés Dal-Ré sono stati nominati in contemporanea (20 luglio 2012), mentre Xiol Ríos è stato nominato il 12 giugno 2013.

¹¹ Pubblicata in B.O.E., núm. 289, de 2 de noviembre de 2020, Sec. T.C., 95378-95390.

di sempre nella storia del TC (superando il primato di Rodríguez-Zapata Pérez, con 224 dissensi totali)¹².

Infine, la forte propensione al *dissent* da parte di Balaguer Callejón (42 voti particolari in sentenze, 51 complessivi) in un lasso temporale ridotto (a partire dal marzo 2017), permette di considerarla quale l'ultima punta di una quaterna di *jueces discrepantes* sulla quale oggi si regge in modo predominante una determinata tipologia di dissenso – identificata come “progressista” – in seno alla Corte¹³.

TABELLA n. 10 - Coincidenze tra giudici in *votos particulares* non individuali (ultimo rinnovo, 2017-2019)

	GR	RT	OT	VD	MG	XR	GS	NR	MM	ES	CT	BC
GR		1	-	-	-	-	-	3	4	-	-	-
RT	1		1	3	-	3	-	-	3	1	2	2
OT	-	1		1	-	-	2	2	2	2	-	-
VD	-	3	1		-	14	-	-	-	-	21	20
MG	-	-	-	-		-	-	1	-	1	-	-
XR	-	3	-	14	-		-	-	-	-	9	13
GS	-	-	2	-	-	-		3	3	2	-	-
NR	3	-	2	-	1	-	3		3	5	-	-
MM	4	3	2	-	-	-	3	3		2	1	-
ES	-	1	2	-	1	-	2	5	2		-	-
CT	-	2	-	21	-	9	-	-	1	-		18
BC	-	2	-	20	-	13	-	-	-	-	18	

Legenda:

GR: González Rivas

RT: Roca Trías

OT: Ollero Tassara

VD: Valdés Dal-Ré

MG: Martínez-Vares García

XR: Xiol Ríos

NR: Narváez Rodríguez

MM: Montoya Melgar

GS: González-Trevijano Sánchez

CT: Conde-Pumpido Tourón

ES: Enríquez Sancho

BC: Balaguer Callejón

¹² Al momento della pubblicazione del B.O.E., núm. 305, de 20 de noviembre de 2020, Xiol Ríos aveva pronunciato 229 *votos particulares* (191 in sentenze e 38 in ordinanze).

¹³ Si tenga presente che, a fronte dei 42 *votos particulares* emessi in sentenza da Balaguer Callejón, in 26 di questi essa ha fatto parte della “minoranza soccombente” con Xiol Ríos e in altrettanti casi con Valdés Dal-Ré. Inoltre, in 22 occasioni i tre giudici non hanno condiviso la soluzione maggioritaria.

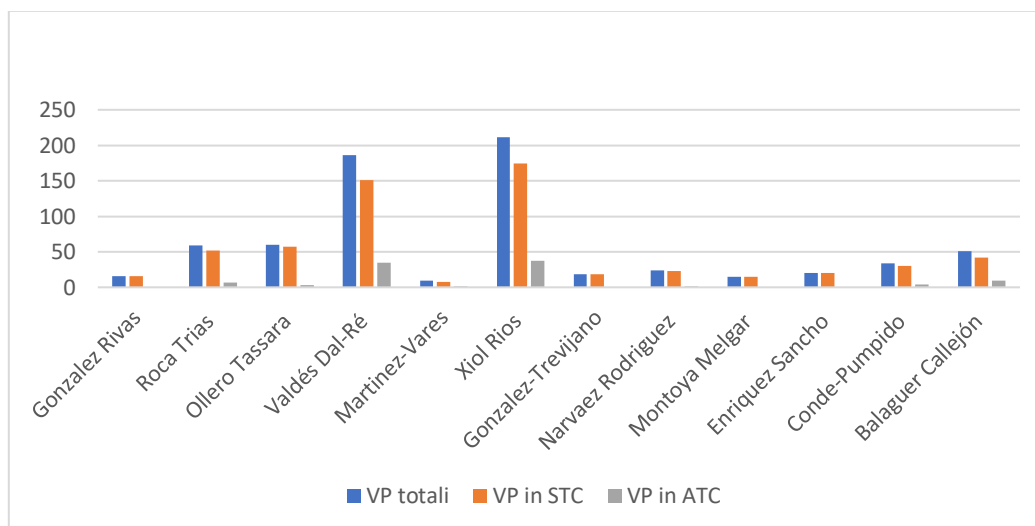
Nel dettaglio, si consideri che, a partire dall'ultimo rinnovo del TC¹⁴, il maggior numero di coincidenze in *votos particulares* congiunti o per adesione si è registrato tra Valdés Dal-Re e Conde-Pumpido Tourón (21), Valdés Dal-Ré e Balaguer Callejón (20), Conde-Pumpido Tourón e Balaguer Callejón (18), Valdés Dal-Ré e Xiol Ríos (14), il che è sintomo di una significativa sintonia interpretativa tra i giudici indicati.

Infine, può essere interessante evidenziare come Roca Trías sia il *Magistrado* che coincide con il maggior numero di colleghi (ben otto). In questo senso, una possibile spiegazione potrebbe essere forse individuata nel suo profilo “ideologicamente trasversale”, non ascrivibile *a priori* alle contrapposte – e spesso sfuggenti – categorie dei giudici “conservatori”, da un lato e giudici “progressisti”, dall'altro¹⁵.

¹⁴ Intervenuto il 15 marzo 2017, con la nomina di Montoya Melgar, Enríquez Sancho, Conde-Pumpido Tourón e Balaguer Callejón.

¹⁵ Cfr. *supra*, Cap. III, §4.4. In questo senso, tra gli indici applicati si suole fare riferimento alla piattaforma ideologica dei partiti che ne propongono la candidatura; alle associazioni di categoria cui appartengono i candidati provenienti dalle fila della Magistratura (identificati come “progressisti” se appartenenti a *Jueces y Juezas para la Democracia*, “conservatori” se membri della *Asociación Profesional de la Magistratura* e “moderatamente conservatori” se associati alla *Asociación Francisco de Vitoria*); alla partecipazione a seminari di fondazioni riconducibili a forze politiche (es. FAES, *think tank* legato al *Partido Popular*) e a possibili soluzioni di merito su determinate questioni, in forza del quale un voto “a favore” dell'interruzione volontaria di gravidanza, del matrimonio omosessuale o di un'interpretazione estensiva delle competenze delle CC.AA. denoterebbe un'ideologia progressista, mentre un voto “contrario” sarebbe indice di una filosofia giurisprudenziale conservatrice. Per un'interessante ricostruzione storica della “composizione ideologica” del TC, si veda I. SÁNCHEZ CUENCA, *Los retrasos y los sesgos de la composición del Tribunal Constitucional*, in *Informe sobre la democracia en España*, Madrid, Fundación Alternativas, 2012, 284-289, 284-293.

TABELLA n. 11 - Votos particulares dei Giudici in servizio presso il Tribunal Constitucional (a conclusione dell'anno giudiziario 2019)¹⁶



2. Voto particular e overruling giurisprudenziale: una breve prospettiva storica

A livello “dinamico”, l’incidenza del *voto particular* quale anticipazione di una revisione del “precedente” giurisprudenziale deve essere inquadrata in un più ampio scenario di riforma di determinati orientamenti.

Come è stato ricordato, nel caso del TC i mutamenti di giurisprudenza si sono storicamente realizzati quasi sempre in forma implicita, eludendo il meccanismo espresso contenuto nell’art. 13 LOTC¹⁷ e cercando di ricondurre l’*overruling* a specificazioni ed affinamenti di pronunce precedenti, quasi a voler dare l’idea di

¹⁶ Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Memoria 2019*, 21-22. Dal 7 novembre 2019, González Rivas, Roca Trias, Ollero Tassara e Valdés Dal-Ré sono in regime di *prorogatio* poiché, in applicazione dell’art. 16.5 LOTC, il loro mandato è stato ridotto del corrispondente periodo di ritardo nella rinnovazione dei Giudici precedentemente in scadenza (avendo essi prestato giuramento il 23 luglio 2012, anziché il 7 novembre 2010). Ai sensi dell’art. 16.3 LOTC, inoltre, ciò comporta che González Rivas rimarrà Presidente fino a quando non si procederà al rinnovo della corrispondente quaterna.

¹⁷ Secondo cui «cuando una Sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del Pleno».

una falsa illusione di continuità¹⁸. Quale conseguenza, la definizione dei confini tra continuità e discontinuità giurisprudenziale del TC non è sempre stata netta e lineare, al contrario ha sovente trovato fondamento in soluzioni apodittiche e, a volte, contraddittorie¹⁹.

Ciononostante, il riferimento ad alcune opinioni dissenzienti consente di approfondire – a livello sistematico – le ricadute di posizioni minoritarie su quella che sarebbe poi divenuta giurisprudenza maggioritaria, sia rispetto a questioni formali/processuali, sia in relazione alla tutela sostanziale di diritti fondamentali.

Sul primo versante, si può innanzitutto ricordare il *voto particular* emesso congiuntamente da Latorre Segura, Díez de Velasco, Tomás y Valiente e Fernández Viagas nella STC 25/1981, divenuti definitivamente opinione maggioritaria nella STC 199/1987.

Nel caso di specie, il TC aveva elaborato una lettura restrittiva della legittimazione di un Parlamento regionale (in specie, quello basco) ad impugnare direttamente un atto normativo statale²⁰ ai sensi dell'art. 32.2 LOTC.

Detta disposizione, infatti, prevede che gli organi collegiali (di natura esecutiva o legislativa) delle CC.AA. possano proporre *recurso de inconstitucionalidad* contro atti normativi dello Stato solo laddove questi ultimi «puedan afectar a su propio ámbito de autonomía».

Ad avviso del TC, tuttavia, la legge impugnata non incideva in alcun modo sulle competenze regionali, il che comportava l'inammissibilità dell'impugnazione della *Comunidad Autónoma* ricorrente per carenza di legittimazione ad agire.

I dissenzienti, al contrario, fornivano un'interpretazione più flessibile del parametro legittimante in questione, poiché il riferimento a una disposizione statale

¹⁸ Così F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Los overruling de la jurisprudencia constitucional*, in *Foro. Nueva época*, 3, 2006, 29. Una critica in questo senso era già stata mossa da E. ALONSO GARCÍA, *La jurisprudencia constitucional*, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1, 1988, 185-186.

¹⁹ Per un'ampia ricostruzione di tali fattispecie, cfr. F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Los overruling de la jurisprudencia constitucional*, cit., 38 ss.

²⁰ Si trattava della *Ley Orgánica 11/80, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el art. 55.2 de la Constitución* (sospensione di diritti fondamentali di libertà personale, domicilio e segretezza della corrispondenza in casi di indagini per delitti di banda armata o terrorismo).

che possa interessare (non già che interessi) le proprie competenze imponeva di andare oltre «la suma o serie de competencias asignadas en el correspondiente Estatuto y en la Constitución a la Comunidad, pues abarca también la defensa de sus intereses políticos específicos»²¹.

In questo senso, la lesione effettiva delle competenze regionali ricade nell'ambito del conflitto positivo di attribuzioni²², mentre la disposizione in esame alludeva ad uno scenario differente e più esteso, nel quale entrava in gioco la difesa dell'intero sistema costituzionale e della relazione potenziale tra potestà legislativa dello stato e delle CC.AA.²³. In altre parole, l'ambito delle competenze interessate doveva essere ricostruito in termini astratti/strutturali (possibilità di esercizio della funzione) e non concreti (esercizio effettivo della stessa).

Tale impostazione dissenziente veniva recepita dal TC in prima battuta con la STC 84/1982²⁴, per poi consolidarsi attraverso altre sentenze “intermedie”²⁵ e trovare definitiva consacrazione nella STC 199/1987. Coerentemente con tale dottrina, pertanto, «la legitimación de las Comunidades Autónomas para interponer el recurso de inconstitucionalidad no está al servicio de la reivindicación de una

²¹ *Voto particular*, par. 2.

²² Cfr. art. 63.1 LOTC: «Cuando el órgano ejecutivo superior de una Comunidad Autónoma considerase que una disposición, resolución o acto emanado de la autoridad de otra Comunidad o del Estado no respeta el orden de competencias establecido en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía o en las Leyes correspondientes y siempre que *afecte* [corsivo nostro] a su propio ámbito, requerirá a aquélla o a éste para que sea derogada la disposición o anulados la resolución o el acto en cuestión».

²³ *Voto particular*, par. 2: «Con tal de que se dé este punto de conexión exigido por el 32.2 de la LOTC las Comunidades Autónomas podrán impugnar una Ley del Estado y al hacerlo estarán actuando, no en defensa de una competencia suya presuntamente vulnerada, lo que constituye la esfera propia del conflicto positivo de competencia (art. 60 y sigs. de la LOTC), sino en defensa del orden constitucional».

²⁴ Cfr. STC 84/1982, FJ 1: «la legitimación de las Comunidades Autónomas para interponer el recurso de inconstitucionalidad no está objetivamente limitada a la defensa de sus competencias si esta expresión se entiende en su sentido habitual, como acción dirigida a reivindicar para sí la titularidad de una competencia ejercida por otro. Se extiende objetivamente al ámbito de sus intereses peculiares que, evidentemente, se ven afectados por la regulación estatal de una materia acerca de la cual también la Comunidad Autónoma en cuestión dispone de competencias propias, aunque distintas de las del Estado».

²⁵ Cfr. SSTC 63/1986; 99/1986; 26/1987 e 74/1987, le quali affermano tutte che «no cabe confundir con el conjunto de las competencias de la Comunidad recurrente aquella afectación a que alude el art. 32.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional» (STC 199/1987, FJ 1).

competencia violada, sino de la depuración del ordenamiento jurídico, y en este sentido, dicha legitimación se extiende a todos aquellos supuestos en que exista un punto de conexión material entre la Ley estatal y el ámbito competencial autonómico [...] Por ello, la exigencia específica de posible afectación ‘a su propio ámbito de autonomía’ no puede ser interpretada de forma restrictiva, sino en favor del reconocimiento de la legitimación»²⁶.

In seconda battuta, si consideri il *voto particular* di Rubio Llorente alla STC 22/1984, poi accolto nella STC 160/1991. In estrema sintesi, si controverteva in ordine alla legittimità di un atto amministrativo – confermato in sede giudiziaria – con il quale era intimato il rilascio di un immobile.

Il TC riteneva sussistente una lesione del diritto alla libertà di domicilio dei residenti nel suddetto immobile, giacché lo sgombero era stato realizzato senza l'adozione di un preliminare provvedimento giurisdizionale, in violazione dell'art. 18.2 CE.

In un breve dissenso di soli tre paragrafi, Rubio Llorente contestava la soluzione adottata, in quanto l'atto amministrativo di sgombero dell'edificio e l'esecuzione dello stesso erano stati considerati come un tutt'uno ai fini dell'ammissibilità del ricorso. Inoltre, l'atto amministrativo era stato ritenuto dal TC pienamente conforme al dettato costituzionale.

Di conseguenza, non si comprende, a suo avviso, come l'attività esecutiva dello sgombero sia stata poi considerata separatamente rispetto all'atto di origine e, soprattutto, sia stata ritenuta in contrasto con l'art. 18 CE, richiedendosi un'ulteriore pronuncia giudiziale al fine di poter procedere con l'esecuzione stessa²⁷.

Il contenuto di tale dissenso è stato accolto dalla STC 160/1991, la quale ha espressamente censurato la linea interpretativa pocanzi descritta e ne ha determinato il definitivo superamento²⁸.

²⁶ STC 199/1987, FJ 1.

²⁷ A commento, cfr. G. CÁMARA VILLAR, *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español*, cit., 188-191.

²⁸ Cfr. STC 160/1991, FJ 9: «Debemos apartarnos, en los términos previstos en el art. 13 LOTC, de la doctrina sentada en la Sentencia 22/1984, en lo que constituía su ratio decidendi, acerca de la

Infine, in tema di fonti del diritto – con particolare attenzione ai confini applicativi del decreto-legge – si consideri il rapporto tra le SSTC 6/1983 e 182/1997.

In particolare, nella prima si controverteva sulla legittimità costituzionale del *Real Decreto-ley 11/1979, de 20 de julio*, il quale stabiliva che una determinata riduzione dell'imposta in materia di *viviendas de protección oficial* (90% dell'imponibile) si sarebbe trasformata, a partire dal 1° gennaio 1980, in un obbligo contributivo del 50%.

A fronte della denunciata violazione del limite di cui all'art. 86.1 CE – secondo cui un decreto-legge non può violare «los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I» – il TC vincolava tale limite all'esistenza della riserva di legge di cui all'art. 31.3 CE²⁹.

In concreto, si affermava che quest'ultima «se limita a la creación de los tributos y a su esencial configuración, dentro de la cual puede genéricamente situarse el establecimiento de exenciones y bonificaciones tributarias, pero no cualquiera otra regulación de ellas, ni la supresión de las exenciones o su reducción o la de las bonificaciones»³⁰.

In questo modo, la variazione impositiva stabilita dal decreto-legge era pienamente costituzionale, non dovendo intendersi coperta dalla riserva descritta in quanto non costituiva alterazione di un elemento essenziale del tributo.

Tale configurazione era contrastata dal solitario *voto particular* di Gómez-Ferrer Morant, per il quale il decreto in esame operava palesemente in modo

exigencia de una duplicidad de resoluciones judiciales. Corresponde al Juez [...] de acuerdo con el art. 18.2 C.E., llevar a cabo la ponderación preventiva de los intereses en juego como garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Y una vez realizada tal ponderación, se ha cumplido el mandato constitucional. La introducción de una segunda resolución por un Juez distinto no tiene sentido en nuestro ordenamiento, una vez producida, en el caso que se trata, una Sentencia firme en la que se declara la conformidad a Derecho de una resolución expropiatoria que lleva anejo el correspondiente desalojo. Pues no cabe, una vez firme la resolución judicial, que otro órgano jurisdiccional entre de nuevo a revisar lo acordado y a reexaminar la ponderación judicial efectuada por otras instancias».

²⁹ «Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley».

³⁰ STC 6/1983, FJ 6.

retroattivo, incidendo su un dovere contributivo del cittadino che, esentato da un vincolo impositivo (per un certo periodo di tempo) in forza del riconoscimento di un beneficio fiscale, si trovava costretto a dover versare ciò che prima non gli era stato richiesto.

Con la STC 182/1997 il TC riteneva doveroso «matizar explícitamente la doctrina de este Tribunal sobre el sentido y alcance de los límites del Decreto-ley cuando recae sobre materia tributaria»³¹. In particolare, era stabilito che i confini tracciati dall'art. 86.1 CE non dovevano più essere fatti dipendere dall'esistenza o meno di una riserva di legge, con la conseguenza che «cualquier modificación tributaria que afecte a los elementos o aspectos del tributo cubiertos por el ámbito de la reserva de Ley en la materia, quedaran vedados a su regulación mediante Decreto-ley»³².

Per quanto concerne, invece, la tutela di diritti fondamentali, in relazione al rispetto del principio di uguaglianza può essere citato il dissenso di López Guerra nella STC 184/1990.

Nel caso di specie, il TC aveva escluso che vi fosse violazione dell'art. 14 CE a fronte del mancato riconoscimento della pensione di reversibilità in favore di una persona superstite non coniugata. In concreto, il riferimento all'istituto matrimoniale quale condizione per un diverso trattamento tra la persona sposata e quella convivente doveva ritenersi costituzionale e ragionevole, poiché si trattava di due situazioni di fatto differenti e come tali diversamente regolate dal legislatore.

López Guerra contrasta tale ragionamento in quanto – a suo dire – la diversità “in partenza” della situazione di fatto (matrimonio *vs.* convivenza) non può essere causa automatica di un trattamento differenziato: occorre, infatti, che esista una

³¹ STC 182/1997, FJ 8.

³² *Ibid.*, ove anche si afferma che «un esfuerzo hermenéutico semejante no se concilia con el propio sentido literal del precepto constitucional, que limita el ámbito material del Decreto-ley sin referencia alguna a la reserva de Ley».

correlazione tra l'elemento differenziatore e il risultato che ne deriva (la diversità di trattamento pensionistico).

Nel caso di specie, secondo il giudice dissenziente, il legislatore aveva operato una discriminazione ingiustificata, poiché la disciplina previdenziale non era diretta a "proteggere" il matrimonio e non costituiva un indice strutturale del rapporto matrimoniale, essendo al contrario rivolta alla tutela di tutti i cittadini (indipendentemente dalla loro condizione di vita personale)³³.

Tale impostazione verrà recepita nella STC 222/1992, relativa ad una questione di costituzionalità dell'art. 58.1 della *Ley de Arrendamientos Urbanos* (L.A.U.), nella parte in cui escludeva che il diritto di surroga nella posizione del locatario deceduto fosse riferibile anche al convivente (e non solo al coniuge).

Il TC dichiarava infatti tale disposizione contraria alla Costituzione per violazione del principio di uguaglianza. Da un lato, l'esclusione della persona non conigata «no puede decirse orientada a configurar el específico régimen jurídico-matrimonial, en cuya órbita la norma no se inscribe»³⁴; dall'altro, tale differenziazione risultava eccessiva, poiché «supondría coartar o dificultar irrazonablemente la autonomía de la voluntad del hombre y de la mujer que deciden convivir more uxorio»³⁵.

In materia di diritto ad un processo giusto (art. 24.2 CE), si consideri il *voto particular* di Ruiz Vadillo e Jiménez de Parga a STC 172/1997. In concreto, si trattava di un *recurso de amparo* avverso una sentenza d'appello che, annullando la pronuncia assolutoria di primo grado, aveva condannato l'imputato senza rinnovazione della prova dichiarativa, limitandosi ad una diversa valutazione degli indici probatori.

³³ Cfr. G. CÁMARA VILLAR, *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español*, cit., 126-129, il quale afferma che «la faceta de los supuestos a comparar no es en este caso la protección del matrimonio vs. las uniones familiares *more uxorio*, sino la posición de la mujer viuda vs. la de la compañera de hecho ante la situación de necesidad generada per la pérdida del cónyuge/compañero cotizante a la Seguridad Social».

³⁴ STC 222/1992, FJ 6.

³⁵ *Ibid.*

Ad avviso del TC, tale ultima impostazione non contrastava con i principi di immediatezza e contraddizione nel processo penale, poiché la proposizione dell'appello comportava «con el llamado efecto devolutivo, que el juzgador *ad quem* asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el juez a quo no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba»³⁶.

Secondo i dissenzienti, invece, il principio di formazione della prova in contraddittorio imponeva che, nel caso di specie, si fosse proceduto ad una obbligatoria rinnovazione probatoria in sede di impugnazione (il che non era accaduto) – fermo restando il potere valutativo del giudice d'appello – pena la violazione delle regole costituzionali sul giusto processo.

Tale posizione discrepante veniva successivamente fatta propria con la STC 167/2002, nonostante l'impulso decisivo verso l'*overruling* giurisprudenziale sia stato determinato soprattutto dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo *medio tempore* consolidatasi³⁷.

Per quanto invece attiene al diritto di accesso a cariche pubbliche (art. 23.2 CE), il mutamento di giurisprudenza da parte del TC impone di considerare le SSTC 27/1996 e 48/2000.

Nel dettaglio, la prima delle sentenze indicate rigettava il *recurso de amparo* proposto avverso una decisione dell'Amministrazione elettorale (confermata in sede giudiziaria) che aveva respinto la partecipazione alle elezioni generali di un candidato appartenente ad un partito regionalista asturiano.

Quest'ultimo aveva infatti ommesso di presentare la documentazione necessaria in lingua spagnola, procedendo a soddisfare gli incombeni burocratici solo in lingua asturiana (peraltro priva del regime di co-ufficialità *ex art. 3.2 CE*).

³⁶ STC 172/1997, FJ 4.

³⁷ Cfr. ECHR, *Cooke v. Austria*, 25878/94, 8-02-2000; *Stefanelli v. San Marino*, 35396/97, 8-02-2000; *Costantinescu v. Romania*, 28871/95, 27-06-2000 e *Tierce v. San Marino*, 24954/94, 25-07-2000.

González Campos, Viver Pi-Sunyer e Vives Antón pronunciavano un'opinione dissenziente congiunta, ritenendo che fosse stato violato l'art. 23.2 CE poiché, da un lato, le cause di esclusione di una candidatura dalle elezioni sono tassative (e l'ipotesi applicata non figurava tra quelle previste dalla legge) e, dall'altro, in materia di diritti fondamentali si imponeva l'esigenza di adottare l'interpretazione più favorevole per i ricorrenti.

Con STC 48/2000, tale lettura minoritaria del diritto di partecipazione politica era introiettata dal TC, anche in ragione dell'approvazione della *Ley 1/1998, de 23 de marzo, de uso y promoción del bable/asturiano*, la quale aveva reso il *bable* (asturiano) «lengua tradicional de Asturias», pur senza riconoscerne il carattere co-ufficiale.

In relazione a tale sentenza, può essere interessante rilevare che i tre giudici dissenzienti facevano parte della *Sala* giudicante nella STC 48/2000 e che quest'ultima ha modificato la propria giurisprudenza precedente senza rimettere la questione giuridica in esame al *Pleno*, poiché l'esigenza di risolvere in termini perentori un *amparo* in materia elettorale era stato ritenuto incompatibile con un ulteriore prolungamento del procedimento giurisdizionale.

Infine, si consideri anche che, a fronte di un *overruling*, il *voto particular* può porsi come strumento critico nei confronti dell'intervenuto mutamento giurisprudenziale, evidenziando la necessità di conservare lo *status quo ante*.

Un recente esempio è dato dalla STC 102/2016, in ordine ai confini applicativi della cosiddetta “illegittimità sopravvenuta”. Nel caso di specie, tanto la normativa statale “cornice” quanto quella regionale “di dettaglio” prevedevano la stessa maggioranza (due terzi) per poter procedere alla fusione di due o più comuni³⁸.

³⁸ Il riferimento è agli artt. 47.2 a) della *Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local* (LBRL), modificato dalla *Ley 57/2003, de 16 de diciembre* e 32.1 della *Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia*.

La modifica della legislazione statale – con un mutamento della maggioranza richiesta (ora assoluta) – non aveva però trovato seguito in quella regionale, che quindi risultava in contrasto con la fonte legislativa generale primaria.

Nel merito, l'autorità amministrativa competente a deliberare la fusione aveva deciso di implementare la più favorevole normativa statale, di fatto “disapplicando” quella regionale, la quale imponeva una maggioranza più elevata.

Secondo il TC, in situazioni di questo genere si avrebbe un'ipotesi paradigmatica di incostituzionalità sopravvenuta, con la conseguenza che tale vizio nel sistema delle fonti del diritto avrebbe potuto essere depurato solo dall'organo di giustizia costituzionale³⁹.

Tale consolidata giurisprudenza non era però applicata in questa fattispecie. Ad avviso del TC, infatti, laddove la normativa regionale di dettaglio sia meramente riproduttiva di quella generale posta dallo Stato e quest'ultima sia stata modificata, deve operare il principio di prevalenza dell'art. 149.3 CE, in quanto «otorgar preferencia a la legislación básica estatal es la solución lógica a una situación provocada por la propia Comunidad Autónoma que ha incumplido su deber de inmediata acomodación de su legislación de desarrollo a la nueva legislación básica»⁴⁰. Ciò aveva comportato altresì l'assorbimento della questione di costituzionalità, correttamente sottoposta al TC dal giudice rimettente⁴¹.

Detto mutamento giurisprudenziale era contrastato in un *voto particular* da Asua Batarrita, la quale contestava alla maggioranza un'erronea applicazione del criterio di prevalenza.

In particolare, poiché il binomio legge statale di principio/legge regionale di dettaglio configura un modello sistematico relativo alla distribuzione di competenze tra Stato e CC.AA., il contrasto in esame ridondava in un vizio di costituzionalità che avrebbe potuto essere risolto solo dal TC, pena l'attribuzione ad un organo

³⁹ Cfr., da ultimo, le SSTC 159/2012, FJ 5 e 66/2011.

⁴⁰ STC 102/2016, FJ 6.

⁴¹ Per un commento tra disciplina normativa, dottrina costituzionale e caso concreto, si veda T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, *La reanimación de la prevalencia. ¿Una grieta abierta en nuestro modelo centralizado de justicia constitucional?*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 111, 2017, 307-340.

amministrativo del potere di stabilire la legge applicabile – «una figura de prevalencia de aplicación administrativa, contrapuesta a la que podrían aplicar los órganos judiciales» – e il possibile esercizio di un surrettizio controllo diffuso di legittimità costituzionale da parte dell'autorità giudiziaria ordinaria, posta nelle condizioni di poter “disapplicare” la norma ritenuta soccombente.

3. Un focus “particolare”: *cuestión catalana* e opinioni dissenzienti

In relazione alla cornice temporale considerata, un cenno interessante sulla formalizzazione dei *votos particulares* nel modello spagnolo di giustizia costituzionale merita di essere sviluppato rispetto agli sviluppi della *cuestión catalana*⁴², nel contesto del (sempre più) delicato quadro di rapporti tra le istituzioni nazionali spagnole e quelle regionali catalane⁴³.

Provando a ripercorrerne alcuni momenti salienti attraverso recenti pronunce del TC, la formalizzazione di numerosi dissensi ha rappresentato una parte importante nella STC 31/2010⁴⁴, che simbolicamente inaugura il versante giurisprudenziale delle vicissitudini considerate⁴⁵.

In questo senso, si possono ad esempio leggere i *votos particulares* dei giudici Conde Martín de Hijas, Delgado Barrio, Rodríguez-Zapata Pérez e Rodríguez

⁴² Per un affresco specifico sui più recenti avvenimenti, cfr. M. IACOMETTI, *La “questione catalana”: un passato che sempre ritorna?*, in *DPCE*, 4, 2018, 909-937. Una ampia ricostruzione storica della *cuestión catalana* in G. POGGESCHI, *La Catalogna. Dalla nazione storica alla repubblica immaginaria*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018.

⁴³ In questo senso, non si farà pertanto riferimento a STC 132/2019 – a proposito del ricorso diretto di costituzionalità contro la *Ley del Parlamento de Cataluña 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña* – nonostante la presenza di quattro voti particolari (sottoscritti da cinque giudici).

⁴⁴ La bibliografia in proposito è sterminata. Per una panoramica a tutto tondo sulle diverse sfaccettature concettuali della sentenza, si rinvia a R.M.^a FERNÁNDEZ RIVEIRA, *Repertorio bibliográfico sobre la cuestión catalana*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 37, 2016, pp. 607-626, nonché al numero monografico 37/2016 di *Teoría y Realidad Constitucional*.

⁴⁵ È noto che, all'infuori delle pronunce rese dal TC, la “questione catalana” presenta ulteriori addentellati giudiziari, come dimostrano, ad esempio, le numerose sentenze rese dal *Tribunal Superior de Justicia de Cataluña* e dal TS in ordine all'insegnamento reticente, da parte delle autorità catalane, in lingua *castellana* presso gli istituti scolastici (cosiddetta *inmersión lingüística*: si vedano le sentenze della *Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo* del 9 dicembre 2010, 19 maggio 2011 e 19 novembre 2013).

Arribas, tutti particolarmente corposi⁴⁶ e assai critici nei confronti della tecnica dell'interpretazione costituzionalmente orientata e delle soluzioni "creative" cui la sentenza (a loro avviso) perviene⁴⁷.

Questo breve rinvio pare sufficiente per affermare che le spiacevoli implicazioni politiche che hanno circondato – prima, durante e dopo – l'adozione della tanto discussa sentenza sullo Statuto possibilmente abbiano contribuito a fomentare una percezione distorta sulle ragioni giuridiche sottese ai *votos particulares* all'esterno del *Tribunal Constitucional*.

In questo senso, tuttavia, a fronte delle copiose pronunce che hanno toccato la "questione catalana" in modo più o meno diretto⁴⁸, in pochissimi casi si è registrata la produzione di opinioni dissenzienti⁴⁹.

A tal proposito, è doveroso partire dalla STC 75/2019. Il caso trae origine da un *recurso de amparo* presentato da Jordi Sánchez (uno degli esponenti più rappresentativi del separatismo catalano) avverso una sanzione disciplinare impostagli dalla Direzione della Casa circondariale ove era detenuto in regime di custodia cautelare, a seguito delle ben note vicissitudini sfociate nella dichiarazione di indipendenza catalana del 10 ottobre 2017⁵⁰.

⁴⁶ Rispettivamente di 58, 59, 34 e 35 pagine cadauno. Ad essi si aggiunge anche quello del giudice Gay Montalvo, dissenziente rispetto alla sola declaratoria di inefficacia giuridica dei richiami alla definizione del territorio catalano come Nazione.

⁴⁷ Ampiamente in argomento E. ÁLVAREZ CONDE, R. TUR AUSINA, *El Estatuto de Cataluña a través de los votos particulares a la STC 31/2010*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 27, 2011, 315-343 e M. IACOMETTI, *La giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo nel biennio 2007-2008*, in *Giur. cost.*, 5, 2009, 4306 ss.

⁴⁸ Tra le più significative, si vedano SSTC 42/2014 (Risoluzione 5/X del Parlamento catalano sui principi di sovranità e del *derecho a decidir*), 31/2015 (legge 10/2014 in materia di consultazioni popolari non referendarie), 122/2017 (convocazione del referendum di autodeterminazione), 124/2017 (legge 19/2017, *de transitoriedad jurídica y fundacional de la República*), 89/2019 e 90/2019 (applicazione dell'art. 155 CE).

⁴⁹ Per un commento sul rapporto tra «cuestión catalana» e opinioni dissenzienti, sia consentito rinviare a D. CAMONI, *Tribunal Constitucional, "cuestión catalana" y votos particulares: ¿se rompió la unanimidad (de tanto usarla)?*, in *Revista General de Derecho Constitucional*, 33, 2020.

⁵⁰ Cfr. J. DE MIGUEL BÁRCENA, *El proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 113, 2018, 133-166 e J.M. CASTELLÀ ANDREU, *Tribunal Constitucional y proceso secesionista catalán: respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto político-constitucional*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 37, 2016, 561-592.

In particolare, egli denunciava che l'essere stato privato (durante un mese) della possibilità di usufruire dei regolari momenti di libertà garantiti ai detenuti – quale punizione per aver registrato senza autorizzazione un messaggio audio, poi trasmesso durante un comizio elettorale – violava il suo diritto di partecipazione politica nonché il divieto di analogia *in malam partem* in materia penale. In quest'ultimo senso, Sánchez lamentava l'applicazione di una disposizione del Regolamento penitenziario prevista per una fattispecie non riconducibile al fatto materiale contestato.

Il TC risolveva la questione in termini processuali, dichiarando inammissibile il ricorso in quanto proposto oltre i termini di legge: in particolare, essendo il ricorso riconducibile alla fattispecie di cui all'art. 43 LOTC (impugnazione di un atto amministrativo)⁵¹, lo stesso avrebbe dovuto essere formulato nel termine perentorio di venti giorni dalla notifica dell'atto, il che non è accaduto, con conseguente rigetto in rito della domanda.

La soluzione così adottata non era però condivisa da Valdés Dal-Ré, Xíol Ríos e Balaguer Callejón, i quali accusavano la maggioranza di aver artatamente forzato un formalismo processuale per non esaminare nel merito le violazioni denunciate: violazioni che, se esaminate, avrebbero condotto ad un chiaro accoglimento dell'*amparo*⁵².

A loro avviso, infatti, il termine processuale da applicare avrebbe dovuto essere quello di trenta giorni *ex art. 44 LOTC*, giacché il ricorso diretto presentava un carattere “misto”, essendo contestati tanto il provvedimento

⁵¹ E non a quella dell'art. 44 LOTC (impugnazione di un provvedimento giurisdizionale), come erroneamente ritenuto dal ricorrente. Sul tema, si veda 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, 261-286.

⁵² *Voto particular*, par. 2: «La opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia representa uno de esos supuestos de formalismo excesivo en que se han antepuesto de manera rigorista y desproporcionada unas consideraciones sobre la identificación de la vía procedimental que era adecuada al caso, construyendo innecesariamente un obstáculo insalvable para que este Tribunal pudiera pronunciarse – *con pocas dudas, de manera estimatoria* [corsivo nostro] – sobre la eventual vulneración del derecho a la legalidad sancionadora que supone para el recurrente la imposición de una sanción penitenciaria».

dell'Amministrazione penitenziaria quanto la successiva pronuncia giurisdizionale che lo aveva confermato.

Ne derivava che, secondo i tre giudici dissenzienti, la giurisprudenza del TC era stata abilmente sottoposta ad una torsione che, contraddicendo l'interpretazione pregressa, aveva determinato la prevalenza delle ragioni della *Realpolitik* rispetto a quelle giuridiche del diritto.

Sul punto, merita anche di essere evidenziata l'atipica *Resolución* del 4 giugno 2019, con la quale Valdés Dal-Ré, Xiol Ríos e Balaguer Callejón stabilivano la soppressione del par. 7 della prima versione della loro opinione dissenziente, già notificata alle parti⁵³.

In esso, si affermava che «la decisión de inadmitir el presente recurso por extemporaneidad es la posición por la que ha optado la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, en contra de jurisprudencia constitucional previa, para evitar que este Tribunal tuviera que pronunciarse sobre el fondo de los derechos fundamentales invocados en la demanda. A buen seguro en conciencia de que se hubiera tratado de un pronunciamiento estimatorio en relación con la invocación del derecho a la legalidad sancionadora (art 25.1 de la Constitución)».

Ci si limita qui a segnalare la criticità dell'inquadramento della vicenda entro gli invocati confini dell'errore materiale (art. 267.3 LOPJ) e l'eccentrica motivazione addotta per la rimozione del citato paragrafo, «al formar parte de un proyecto inicial que no respondía a la voluntad de los redactores del voto, ni a lo que fue objeto de la deliberación en el Pleno y que fue erróneamente firmado».

In secondo luogo, si guardi alla STC 155/2019. In essa, il *Pleno* rigettava il *recurso de amparo* presentato da Oriol Junqueras avverso l'ordinanza adottata dalla *Sala de Recursos* della *Sala de lo Penal del Tribunal Supremo* del 5 gennaio 2018, che confermava la misura di custodia cautelare originariamente imposta dal *Juez Instructor* il 4 dicembre 2017. *Medio tempore*, Junqueras era eletto deputato presso

⁵³ Entrambi i documenti ufficiali sono disponibili in https://www.elnacional.cat/es/politica/tc-choque-magistrados-sanchez-castigo-correccion_392239_102.html.

il Parlamento catalano, a seguito delle elezioni regionali del 21 dicembre 2017 (convocate in applicazione dell'art. 155 CE).

Nel dettaglio, il TC rigettava – poiché inammissibili e infondate – le numerose censure sviluppate a proposito della violazione di diritti fondamentali⁵⁴, ritenendo che gli organi della giurisdizione ordinaria che avevano adottato tale misura restrittiva avessero effettuato un bilanciamento corretto tra lo *status* di parlamentare, i diritti ad esso connessi e le limitazioni (fisiche e funzionali) collegate all'applicazione della descritta misura giurisdizionale.

Tale sentenza conta con un'opinione dissenziente (sottoscritta, ancora una volta, da Valdés Dal-Ré, Xíol Ríos e Balaguer Callejón) ed un'opinione concorrente (di Martínez-Vares García).

In particolare, la prima contestava il *juicio de ponderación y proporcionalidad* compiuto dalla maggioranza in ordine all'incidenza della custodia cautelare sul diritto di rappresentanza e partecipazione politica contemplato dall'art. 23 CE.

Nel dettaglio, i dissenzienti ritenevano che i giudici di merito non avessero adeguatamente valutato in che modo il rischio di reiterazione del reato avrebbe potuto incidere sulla possibilità di partecipare alle campagne elettorali, nonché in relazione alla possibilità di disporre misure meno gravose per la tutela della libertà personale (e, quindi, dei diritti di partecipazione politica effettiva).

In ogni caso, gli stessi facevano presente che un accoglimento dell'*amparo* non avrebbe potuto produrre altro effetto che la mera dichiarazione delle intervenute violazioni, «puesto que, como es bien sabido, en la actualidad existe una sentencia firme de condena que pone fin a la situación de prisión provisional»⁵⁵.

⁵⁴ Cfr. *Antecedentes*, par. 3: «La parte recurrente aduce en su demanda de amparo que se ha producido una vulneración del derecho fundamental al juez predeterminado por la ley y al juez imparcial (art. 24.2 CE), del derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE), del derecho fundamental a la participación política y a la representación (art. 23 CE), del derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16 CE), del derecho fundamental a la defensa (art. 24 CE), del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE) y del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)».

⁵⁵ Si allude alla sentenza STS 459/2019 del TS (pubblicata il 14 ottobre 2019), in ordine al processo penale a carico dei principali esponenti del separatismo catalano: essa ha riconosciuto, a vario titolo,

Degna di interesse è, poi, anche la *concurring opinion* del giudice Martínez-Vares García, per un duplice ordine di ragioni. Innanzitutto, egli lamentava che la sentenza (condivisa quanto al dispositivo) avesse dedicato solo una minima parte delle argomentazioni impiegate a rilevare le – a suo dire – profonde differenze che emergevano rispetto alla pronuncia *Selahattin Demirtas c. Turchia* della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (20 novembre 2019), invocata dal ricorrente a proprio sostegno in ragione di un’asserita specularità tra i due casi⁵⁶.

Sul punto, emerge nelle parole di Martínez-Vares García la volontà di realizzare un’importante operazione di *distinguishing* rispetto alla fattispecie “europea”, in modo tale da “blindare” la pronuncia del *Tribunal Constitucional* spagnolo di fronte ad un ricorso a Strasburgo che si annuncia scontato.

In questo senso, per Martínez-Vares García è soprattutto importante distinguere tra la condizione personale di Demirtas (membro dell’opposizione, accusato di un reato estraneo all’esercizio dell’attività parlamentare in un contesto di ragionevole compromissione delle libertà democratiche) e quella di Junqueras (Vicepresidente di un Governo regionale, accusato di reati connessi alla funzione di governo ricoperta al momento della detenzione in uno Stato pienamente di Diritto).

In seconda battuta, egli contestava che Junqueras fosse già divenuto parlamentare al momento dell’adozione del provvedimento giurisdizionale oggetto di *amparo*, poiché in quello specifico istante il ricorrente non aveva ancora prestato

la sussistenza dei reati di sedizione, peculato e disobbedienza alle pronunce dell’autorità giudiziaria, con pene di reclusione oscillanti tra i tredici anni imposti a Oriol Junqueras e un anno ed otto mesi, comminato ad altri imputati “secondari” (membri della *Mesa del Parlament*).

⁵⁶ Deputato del Partito democratico dei popoli turco (HDP), Demirtas era stato arrestato con l’accusa di propaganda a favore del partito kurdo PKK (considerato gruppo terrorista dalle autorità turche). Sottoposto a custodia cautelare e privato (retroattivamente) dell’immunità parlamentare, la sua detenzione è stata ritenuta in contrasto con l’art. 5.3 CEDU per l’eccessiva durata, nonché in quanto disposta – in un contesto di repressione e controllo governativo delle autorità giudiziarie – con l’intento di coartare l’attività parlamentare di un deputato scomodo nei confronti del Governo. Cfr. J.A. VALLES CAVIA, *La afectación de los derechos de parlamentarios turcos a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El asunto Selahattin Demirtas c. Turquía*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 48, 2019.

giuramento di fedeltà alla Costituzione spagnola ed allo Statuto catalano⁵⁷ ed il *Parlament* non si era ancora riunito in sessione costitutiva (il che sarebbe accaduto solo il 17 gennaio 2018).

Da ultimo, viene ad evidenza la STC 4/2020. Essa rigettava *il recurso de amparo* proposto da Jordi Sánchez contro il diniego dell'autorità giudiziaria di potersi recare (durante il periodo di custodia cautelare) presso l'Assemblea catalana, al fine di assistere personalmente alla sessione di investitura cui egli stesso era candidato.

In particolare, si evidenziava che la situazione di custodia cautelare non solo non aveva determinato la perdita dello *status* di parlamentare, bensì neppure aveva impedito – in termini concreti – l'esercizio di determinate prerogative mediante il ricorso all'istituto del voto delegato.

Tale sentenza conta con un voto particolare – sottoscritto da Valdés Dal-Ré e Xíol Ríos – che, riprendendo le argomentazioni già impiegate nel dissenso a STC 155/2019, criticava le carenze del giudizio di proporzionalità tra limitazione della libertà personale ed esercizio delle funzioni parlamentari.

In particolare, l'opinione dissenziente lamentava un mancato approfondimento in ordine alla predisposizione di misure alternative e ad una valutazione più specifica e contestualizzata del rischio di reiterazione del reato. Anche in questo caso, il *voto particular* faceva presente che l'accoglimento dell'*amparo* non avrebbe potuto comportare l'annullamento delle decisioni contestate, essendo le sessioni parlamentari in esame già state celebrate.

Concludendo sul punto, in un contesto complessivo nel quale le questioni giuridiche si intrecciano a parti uguali con le vicende della politica, non è secondario chiedersi – fors'anche provocatoriamente – fino a che punto le soluzioni giurisprudenziali possono essere state “orientate” da incidenze politiche e, viceversa, quanto la politica abbia abdicato al proprio ruolo, demandando ai giudici

⁵⁷ Cfr. art. 23 del Regolamento del Parlamento catalano (*Acceso al pleno ejercicio de la condición de miembro del Parlamento*).

la risoluzione di controversie che non possono essere comprese (e risolte) solo con i parametri del diritto⁵⁸.

La porosità della barriera tra i due fronti è infatti tanto sottile quanto gravida di conseguenze, il che consente di guardare con un interesse maggiore rispetto a quello ordinario all'emissione di opinioni dissenzienti anche in controversie così spinose.

4. La circolazione “trasversale” delle opinioni dissenzienti: alcuni esempi

In un'ottica di circolazione “trasversale” (e transnazionale) dei *votos particulares* – rispetto ai quali il TC si è posto sia come “propulsore”, sia quale “recettore” degli stessi – è possibile fornire una breve casistica di esempi interessanti.

In relazione al rapporto tra TC e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, si deve fare riferimento alla STC 69/2007. In questo caso, la sig.ra Muñoz – unitasi in matrimonio con il proprio convivente secondo le ancestrali tradizioni dell'etnia gitana – proponeva *amparo* avverso una sentenza che, riformando la pronuncia di primo grado, le aveva negato la possibilità di ottenere la pensione di reversibilità, in quanto il vincolo matrimoniale non era stato riconosciuto valido agli effetti civili.

Essa denunciava una violazione dell'art. 14 CE – principio di uguaglianza – poiché, pur trovandosi nella stessa condizione di fatto di una persona civilmente coniugata, era stata trattata diversamente per ragioni etnico-razziali.

⁵⁸ Sia consentito rinviare a D. CAMONI, *Se le circostanze contingenti della “crisi catalana” impongono di creare diritto “oltre il diritto”: dall'ordinanza n. 49/2018 del Tribunal Constitucional spagnolo alla (mancata) costituzione del nuovo Govern catalano*, in *Forum di Quad. cost.*, 27 giugno 2018: in particolare, l'adozione di soluzioni processuali non del tutto “ortodosse” – sfociata nelle inedite misure pre-cautelari di cui all'ATC 5/2018 – possono essere spiegate con L. LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., 80 quando ricorda che «un sistema che ammette l'espressione di opinioni dissenzienti non è dunque immune da pressioni che inducono il collegio ad accogliere nel corpo della motivazione alcune ragioni espresse dai dissenzienti; pressioni che saranno tanto più forti quanto più la questione in esame è politicamente controversa e polemicamente presente presso l'opinione pubblica. In questi casi, parrà talvolta conveniente, al fine di trasmettere all'esterno l'immagine di un tribunale compatto, sacrificare la coerenza e chiarezza della motivazione, pur di evitare la formulazione di voti particolari».

Il TC rigettava il ricorso, sostenendo che la mancata corresponsione dell'indennità pensionistica era dovuta al non riconoscimento del matrimonio gitano come schema negoziale in grado di produrre effetti giuridici efficaci nell'ordinamento.

Inoltre, rientrava nella piena discrezionalità del legislatore la determinazione delle condizioni in forza dei quali procedere alla soddisfazione delle esigenze economico-previdenziali della collettività (nel caso di specie, limitate ai soli matrimoni civilmente riconosciuti dallo Stato).

La sentenza contava con un interessante *voto particular* di Rodríguez-Zapata Pérez. Egli riteneva innanzitutto violato il parametro dell'art. 14 CE, in ragione dell'uguaglianza di presupposti rispetto alla precedente STC 199/2004, la quale aveva riconosciuto il diritto alla pensione di reversibilità ad un uomo sposato con il solo rito canonico (senza che il matrimonio fosse stato però trascritto nel corrispondente registro dello stato civile).

In seconda battuta, la normativa europea applicabile⁵⁹ imponeva una tutela effettiva delle diversità etniche, razziali e culturali proprie di una determinata minoranza sociale.

Tali diversità, bisognose di protezione costituzionale, sono state tuttavia pretermesse dalla normativa in materia pensionistica, la quale realizzava invero una discriminazione indiretta, trattandosi di una disciplina normativa apparentemente neutra che, in realtà, poneva una data categoria sociale in situazione di svantaggio rispetto ad altre.

La voce minoritaria di Rodríguez-Zapata Pérez ha trovato un sostegno qualificato nella sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo scaturita dal ricorso della sig.ra Muñoz⁶⁰.

⁵⁹ Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali e Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, attuativa del principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica

⁶⁰ Cfr. ECHR, *Muñoz Díaz v. Spain*, 49151/07, 8-12-2009.

In concreto, i giudici di Strasburgo hanno riscontrato una violazione del principio di non discriminazione di cui all'art. 14 CEDU a danno della ricorrente. Quest'ultima, infatti, aveva contratto in buona fede matrimonio secondo il rito gitano – non essendo allora ammesso il matrimonio civile in Spagna – nella convinzione che lo stesso sarebbe stato ritenuto valido dalle autorità statali agli effetti corrispondenti.

In particolare, le autorità spagnole avevano riconosciuto la regolarità di tale unione al di là dei confini della comunità sociale di appartenenza, come dimostrato dal fatto che alla sig.ra Muñoz era stato rilasciato un libretto di famiglia nel quale la sua condizione coniugale era confermata al fine dell'iscrizione presso il sistema nazionale di Previdenza Sociale e del rilascio del certificato di famiglia numerosa.

Tali circostanze, unite all'esistenza di un trattamento peggiore rispetto a situazioni assimilabili che pure contemplavano la possibilità di ottenere una pensione di reversibilità⁶¹, determinavano l'esistenza di una violazione della CEDU da parte dello Stato spagnolo, con conseguente pagamento delle somme dovute a titolo di ristoro del danno subito⁶².

Sul fronte interamente nazionale – declinato nel rapporto tra TC e TS – un caso emblematico di circolazione di opinioni dissenzienti è quello legato alla (il)legalizzazione del partito politico nazionalista basco *Sortu*.

Nel dettaglio, con ATS 3154/2011, la *Sala especial del Tribunal Supremo* (costituita ai sensi dell'art. 61 LOPJ)⁶³ dichiarava l'illegittimità del citato partito

⁶¹ Il riferimento è all'art. 174 del *Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social* – il quale contemplava il diritto a tale prestazione pensionistica in casi di nullità matrimoniale – nonché alla citata STC 199/2004.

⁶² Per una ricostruzione sistematica, cfr. C. BERENQUER ALBALADEJO, *El principio de igualdad y no discriminación en relación con la pensión de viudedad y el «matrimonio gitano»*, in *Derecho Privado y Constitución*, 24, 2010, 109-162. Critico nei confronti della sentenza della Corte di Strasburgo F.J. MATIA PORTILLA, *Condena por una discriminación inexistente (Tribunal de Estrasburgo y matrimonio gitano)*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 92, 2011, 355-382.

⁶³ Si tratta di una Sezione speciale del TS – composta dal Presidente del TS, dai Presidenti di Sezione e dal giudice rispettivamente più anziano e più giovane di ogni Sezione – incaricata di giudicare, tra le altre questioni, «de los procesos de declaración de ilegalidad y consecuente disolución de los partidos políticos, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos» (art. 61.1.6° LOPJ).

poiché considerato la continuazione – sotto una diversa veste formale – di un'altra formazione politica (*Batasuna*), a sua volta già sciolta dal TS in quanto “braccio politico” dell'organizzazione terroristica dell'ETA.

Tale sentenza era accompagnata da un'estesa opinione dissenziente (sottoscritta da sette giudici su sedici totali), la quale contrastava in termini sistematici il percorso logico-interpretativo seguito dalla maggioranza.

In sintesi, sul piano probatorio si affermava che la valutazione degli indizi a disposizione avrebbe dovuto condurre alla dichiarazione di un'assenza di continuità personale ed istituzionale tra il nuovo partito politico e *Batasuna*, nonché della carenza di un'attività di direzione e controllo di *Sortu* da parte di ETA.

In secondo luogo, secondo la minoranza del TS *Sortu* aveva manifestato un rifiuto esplicito e ben definito del terrorismo dell'ETA, dichiarando in modo inequivoco, negli statuti del partito, la volontà di perseguire i propri obiettivi politici unicamente secondo modalità democratiche e conformi alla legge.

Infine, non poteva ritenersi soddisfatto il parametro richiesto dalla giurisprudenza di Strasburgo in relazione al legittimo scioglimento di partiti politici (sussistenza di un rischio ragionevolmente vicino, dimostrato e sufficiente per la tenuta dello Stato democratico)⁶⁴, non essendo stata dimostrata in modo ragionevole la contrarietà di *Sortu* a soddisfare le proprie aspirazioni secondo metodi propri di un sistema democratico.

I ragionamenti sviluppati nel descritto *voto particular* hanno trovato conferma nella STC 13/2012, la quale ha rovesciato la decisione del TS e ha ritenuto che la costituzione di *Sortu* fosse legittima espressione del diritto costituzionale di associazione⁶⁵.

⁶⁴ Su tutte, cfr. ECHR, *Herri Batasuna v. Spain*, 25803/04 e 25817/04, 30-06-2009, §§81 e 83.

⁶⁵ Cfr. A.H. CATALÀ I BAS, *Las sentencias del Tribunal Constitucional en los casos Bildu y Sortu y el fin de ciclo de la Ley Orgánica de partidos políticos. Propuestas de reforma*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 31, 2013, 549-576.; E. VÍRGALA FORURIA, *STC 138/2012, de 20 de junio, sobre constitución de Sortu: la ¿definitiva? legalización de la izquierda abertzale*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 96, 2012, 305-325 e ID., *Recorrido jurisprudencial de la suspensión y disolución de Batasuna: agosto de 2002 a mayo de 2007*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 81, 2007, 243-305.

In questo senso, il TC contrastava le argomentazioni del TS facendo leva in modo quasi esclusivo sul parametro relativo alla condanna o meno della violenza terrorista e dei metodi antidemocratici storicamente posti in essere dall'ETA con l'obiettivo di conseguire un risultato politico.

A suo parere, infatti, il criterio (decisivo) della rinuncia alla violenza e della piena accettazione delle strategie democratiche emergevano in modo evidente tanto dagli statuti costitutivi del partito in questione quanto dalle dichiarazioni e condotte dei suoi promotori e dirigenti.

Inoltre, a differenza di quanto statuito dal TS, dagli elementi probatori a disposizione non era possibile stabilire l'esistenza di un nesso di continuità (e contiguità) soggettiva ed istituzionale tra *Sortu*, da un lato e *Batasuna*/ETA, dall'altro. A suo avviso, il TS si era basato unicamente su documenti che si riferivano a questi ultimi ma non al primo e su sospetti che non erano sufficienti per autorizzare lo scioglimento di un partito politico.

Infine, si faceva presente che, qualora *Sortu* o i suoi dirigenti avessero posto in essere condotte contrarie a quanto stabilito nella LOPP, l'ordinamento avrebbe avuto a sua disposizione un idoneo apparato di strumenti repressivi diretto a provocarne l'illegittimità ed a restaurare un pieno sistema democratico nella competizione tra partiti.

Spostando leggermente il punto di osservazione, può essere interessante ricordare anche una circolazione di opinioni dissenzienti che, maturate in un determinato ordinamento – nel caso di specie, quello degli Stati Uniti – hanno trovato accoglimento in alcuni *votos particulares* acclusi a pronunce del TC.

Un primissimo rinvio alle *dissenting opinions* maturate nella Corte Suprema americana lo ritroviamo nel *voto particular* di Cruz Villalón alla STC 126/1997. In particolare, nell'affermazione secondo cui non è possibile sostenere l'anacronismo dei titoli nobiliari e, al tempo stesso, pretendere che gli stessi siano “aggiornati” al

passo dei tempi, Cruz Villalón citava il *dissent* di Brennan⁶⁶ in *McCleskey v. Kemp* (1987), secondo cui «we remain imprisoned by the past as long as we deny its influence in the present»⁶⁷.

In questo senso, il riferimento alla costituzionalità o meno delle condizioni per la concessione di titoli nobiliari che sanciscono una preferenza dell'uomo rispetto alla donna deve essere coerente con il riconoscimento costituzionale o meno del titolo stesso, giacché non è possibile ammettere un requisito in assenza dell'altro⁶⁸.

Un altro rinvio dotato di non trascurabile rilevanza lo ritroviamo nel *voto particular* di de Mendizábal Allende (condiviso da Jiménez Sánchez) alla STC 122/2000. Nel censurare una sentenza del TS che aveva imposto una pena detentiva superiore a quella richiesta dal Pubblico Ministero – in violazione del principio accusatorio – il giudice dissenziente richiama il celebre dissenso di Oliver Wendell Holmes⁶⁹ in *Northern Securities Co. v. United States* (1904), in forza del quale l'importanza dei casi oggetto di giudizio è ritenuta inversamente proporzionale alla qualità del ragionamento giuridico applicato, spesso distorto da circostanze esogene⁷⁰.

Nel caso di specie, secondo de Mendizábal Allende, il carattere fortemente mediatico della fattispecie sottostante e la spettacolarità delle azioni di polizia poste

⁶⁶ Cfr. D.E. MARION, *The Jurisprudence of Justice William J. Brennan, Jr. The Law and Politics of "Libertarian dignity"*, Lanham, Rowman & Littlefield Pub Inc., 1997.

⁶⁷ U.S. Supreme Court, *McCleskey v. Kemp*, 481 U.S. 279 (1987), 344.

⁶⁸ *Voto particular*, par. 3: «Para determinar si un determinado elemento de este conjunto normativo es contrario a la Constitución resulta ineludible descartar que la propia institución se encuentre en contradicción con la Constitución vigente, porque, si así fuera, sería la institución toda la que habría de caer, y no sólo uno de sus elementos aislados. Pues cabe reiterar que lo que no tiene encaje lógico es la deslegitimación genérica de la institución, para, acto seguido, declarar su pervivencia salvando todos sus elementos».

⁶⁹ Cfr. A. MENDELHALL, *Oliver Wendell Holmes Jr., Pragmatism, and the Jurisprudence of Agon. Aesthetic Dissent and the Common Law*, Lewisburg, Bucknell University Press, 2016.

⁷⁰ U.S. Supreme Court, *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197 (1904), 400: «Great cases, like hard cases, make bad law. For great cases are called great not by reason of their real importance in shaping the law of the future, but because of some accident of immediate overwhelming interest which appeals to the feelings and distorts the judgment».

in essere⁷¹ avrebbero contribuito alla necessità di raggiungere una soluzione già predeterminata, a discapito di un'argomentazione giuridica più lineare e senza zone di penombra.

A seguire, molto interessante è il richiamo contenuto nel *voto particular* di Rodriguez-Zapata Pérez nella STC 235/2007, in ordine alla (in)costituzionalità del delitto di negazione e/o giustificazione dell'Olocausto del popolo ebreo, sanzionato dall'art. 607, commi 1 e 2 c.p.

In questo caso, nel contrastare la soluzione maggioritaria – che aveva dichiarato l'incostituzionalità delle mere condotte di negazione e reinterpretato in senso costituzionalmente conforme quelle di giustificazione – il *Magistrado discrepante* cita, seppur criticamente, il *dissent* di Hugo Black in *Milk Wagon Drivers v. Meadowmoor Dairies* (1941).

In quella circostanza, Black aveva ritenuto – contro la maggioranza – che le azioni di picchettaggio poste in essere dai dipendenti di una compagnia di distribuzione del latte fossero coperte dal Primo Emendamento, poiché «freedom to speak and write about public questions is as important to the life of our government as is the heart to the human body. In fact, this privilege is the heart of our government. If that heart be weakened, the result is debilitation; if it be stilled, the result is death»⁷².

Nel riprendere quest'ultima affermazione, Rodriguez-Zapata Pérez ne contestava l'applicazione (a suo avviso, indirettamente ripresa nella sentenza) al caso di specie, giacché una siffatta lettura della libertà di espressione⁷³ non era conciliabile con l'esperienza storica e la tradizione degli Stati europei, nei quali il

⁷¹ Si trattava della cosiddetta *Operación Nécora*, diretta a sgominare un importante sistema di traffico di sostanze stupefacenti in Galizia nel corso degli anni Novanta.

⁷² U.S. Supreme Court, *Milk Wagon Drivers v. Meadowmoor Dairies, Inc.*, 312 U.S. 287 (1941), 301-302.

⁷³ Cfr. M. PARIS, K.J. MCMAHON, *Absolutism and Democracy: Hugo L. Black's Free Speech Jurisprudence*, in H.J. KNOWLES, S.B. LICHTMAN (a cura di), *Judging Free Speech First Amendment Jurisprudence of US Supreme Court Justices*, London, Palgrave Macmillan, 2015, 75-97.

rispetto della dignità della persona umana occupa un posto privilegiato nel contesto dei diritti fondamentali.

Tale impostazione, pertanto, giustificava la sanzione penale per ogni condotta di negazione o banalizzazione dei crimini posti in essere dal regime nazista, senza dover correre il rischio di lasciarsi abbagliare da categorie estranee al sentire giuridico europeo (qui rappresentate dalla protezione quasi assoluta di cui gode la libertà di espressione negli Stati Uniti).

Sempre in materia di confini alla libertà di espressione, deve essere richiamato anche il dissenso di Asua Batarrita nella STC 177/2015. Quest'ultima pronuncia, infatti, aveva rifiutato di concedere amparo a due ricorrenti condannati in via definitiva per il delitto di ingiurie alla Corona, ritenendo che l'incendio sulla pubblica piazza di fotografie del Capo dello Stato fosse ascrivibile alla categoria del "discorso d'odio" e non alla libera manifestazione del pensiero⁷⁴.

Nell'opporci a questa ricostruzione, Asua Batarrita richiamava il notissimo dissenso di Holmes in *Abrams v. United States* (1919) sotto un duplice ordine di aspetti.

Da un lato, la repressione penale di determinate espressioni doveva essere sempre ancorata alla presenza di un *clear and present danger*, giacché il confine ultimo che separa la violenza (o l'incitamento alla stessa) dalla libertà di manifestare la propria opinione non può portare ad una condanna in assenza dell'accertamento di un pericolo serio e manifesto rispetto alla lesione di beni costituzionali fondamentali (nel caso di specie, la vita stessa del Sovrano)⁷⁵.

In assenza di questi parametri, la libertà di espressione deve essere tutelata – per quanto le parole usati appaiano disdicevoli, biasimevoli ed offensive – in quanto

⁷⁴ Si veda M. IACOMETTI, *Il Tribunale costituzionale spagnolo verso l'ipertrofia del concetto di "discorso del odio" e la eccessiva compressione della libertà di espressione?*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 1, 2017, 1-24.

⁷⁵ Cfr. U.S. Supreme Court, *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), 627: «by the same reasoning that would justify punishing persuasion to murder, the United States constitutionally may punish speech that produces or is intended to produce a clear and imminent danger that it will bring about forthwith certain substantive evils that the United States constitutionally may seek to prevent».

«we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe»⁷⁶.

Infine, è doveroso il richiamo ad alcuni *votos particulares* di Xiol Ríos contenenti interessanti rinvii alle *dissenting opinions* di alcuni giudici della Corte Suprema degli Stati Uniti.

Nel dettaglio, con riferimento alla STC 112/2016, egli dissentiva in relazione alla mancata concessione dell'*amparo* ad una ricorrente già condannata per apologia del terrorismo, non tanto in relazione al delitto inteso in senso astratto, quanto piuttosto in considerazione di una valutazione errata degli elementi di prova da parte della giurisprudenza ordinaria⁷⁷.

In questo senso, Xiol Ríos sottolineava la necessità di muoversi con estrema cautela laddove la tutela dei diritti fondamentali incroci comportamenti quasi unanimemente censurati dall'intera società civile, quali ad esempio l'esaltazione di atti di violenza terrorista.

Ciononostante, laddove si riscontri una lesione di tali diritti, è doveroso procedere al riconoscimento della stessa, a prescindere dal carattere socialmente intollerabile delle condotte e persone interessati. Sul punto, soccorre il rinvio al *dissent* di Felix Frankfurter in *United States v. Rabinowitz* (1950), per il quale «the safeguards of liberty have frequently been forged in controversies involving not very nice people»⁷⁸.

Il riferimento ad una *dissenting opinion* di Frankfurter ricorre anche nel *voto particular* all'ATC 129/2016. Nel caso in esame, il TC aveva respinto una questione di costituzionalità della *Ley 29/1987, de 18 de diciembre*, in materia di imposta sulle successioni e donazioni, la quale escludeva le coppie omosessuali

⁷⁶ *Ivi*, 630.

⁷⁷ I riferimenti ad una errata valutazione degli elementi probatori da parte della maggioranza erano già presenti nel *voto particular* di Giménez García alla STS 180/2012, de 14 de marzo, richiamato da Xiol Ríos nel proprio dissenso.

⁷⁸ U.S. Supreme Court, *United States v. Rabinowitz*, 339 U.S. 56 (1950), 69. Alcune pennellate sulla filosofia giurisprudenziale di Frankfurter in T. HALPER, *Felix Frankfurter and the Law*, in 7(1) *British Journal of American Legal Studies* 115 (2018) e M.I. UROFSKY, *The Failure of Felix Frankfurter*, in 26 *U. Rich. Law Rev.* 175 (1991).

conviventi da una riduzione nel pagamento del corrispondente tributo, riconosciuta invece alle persone coniugate.

Nel ritenere tale differenziazione discriminatoria, Xiol Ríos affermava la necessità di interpretare la Costituzione in senso evolutivo, andando oltre i formalismi letterali e guardando al contesto sociale complessivo in cui essa è inserita.

Il rinvio espresso a Frankfurter è qui cristallizzato nell'opinione dissenziente pronunciata in *Nashville, Chattanooga & St. Louis Railway. v. Browning* (1940), ove si afferma che «it would be a narrow conception of jurisprudence to confine the notion of 'laws' to what is found written on the statute books, and to disregard the gloss which life has written upon it»⁷⁹.

L'ultimo riferimento di questa particolare circolazione di *dissenting opinions* americane in Spagna va al celeberrimo dissenso di Marshall Harlan in *Plessy v. Ferguson* (1896), ripreso ampiamente nei *votos particulares* pronunciati nelle SSTC 31/2018, 66/2018 e 74/2018.

Nella sentenza “capostipite” (STC 31/2018), il TC si è trovato a giudicare – su ricorso di alcuni deputati del PSOE – della legittimità costituzionale di numerose previsioni contenute nella *Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa* (LOMCE), tra le quali spiccava quella relativa alla costituzionalità dell'educazione scolastica differenziata a seconda del sesso degli alunni, nel contesto delle scuole paritarie.

Il TC rigettava le doglianze dei ricorrenti, affermando che l'organizzazione di classi del tutto maschili e/o femminili era pienamente conforme alla Costituzione, in quanto espressione del principio della libertà di educazione riservato ai genitori dall'art. 27.1 CE.

In particolare, richiamando l'art. 2.a) della Convenzione UNESCO concernente la lotta contro la discriminazione nel campo dell'insegnamento del

⁷⁹ U.S. Supreme Court, *Nashville, Chattanooga & St. Louis Railway. v. Browning*, 310 U.S. 362 (1940), 369.

1960, si afferma che non costituiva discriminazione la «creazione o il mantenimento di sistemi o di istituzioni d'insegnamento separati per gli allievi dei due sessi, quando questi sistemi o istituzioni presentino equivalenti facilità d'accesso all'insegnamento, dispongano di un personale insegnante che abbia qualificazioni dello stesso ordine, e di locali scolastici e equipaggiamento della stessa qualità, e permettano di seguire gli stessi programmi di studi o programmi equivalenti»⁸⁰.

Di conseguenza, secondo il TC il vero parametro a tenere in considerazione per valutare l'esistenza o meno di una discriminazione per ragione di sesso in materia educativa era quello relativo all'eguaglianza delle modalità di accesso degli studenti al sistema educativo e delle prestazioni ivi offerte (a prescindere dal fatto che si tratti di classi composte di soli maschi o femmine).

Ai fini che qui interessano, nel suo *voto particular* Xiol Ríos fustigava severamente l'argomento (ritenuto fallace) del *separate but equal* impiegato dalla maggioranza, secondo cui l'educazione differenziata in ragione del sesso era costituzionalmente ammissibile in quanto non incideva sulla tipologia e la qualità di educazione impartita agli alunni, considerata del tutto equivalente a quella garantita nei sistemi educativi a classi miste.

Il rinvio al dissenso di Harlan in *Plessy v. Ferguson* è qui trasferito dalla segregazione per ragioni razziali a quella per ragioni di sesso. Parafrasando il dissenziente americano, Xiol Ríos afferma che, quando sono in gioco i diritti civili dei cittadini, il giudice o il legislatore non possono limitare la loro attenzione al sesso.

⁸⁰ A più ampio commento della sentenza, cfr. M. NAVAS SÁNCHEZ, *¿Diferenciar o segregar por razón de sexo? A propósito de la constitucionalidad de la educación diferenciada por sexo y su financiación pública. Comentario a la STC 31/2018 y conexas*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 43, 2019, 473-498. Una posizione critica sulla normativa in esame (prima dell'intervento del TC) era stata espressa da O. SALAZAR BENÍTEZ, *Educación diferenciada por razón de sexo y derecho a la educación. Sobre la inconstitucionalidad de la reforma del artículo 84.3 de la Ley Orgánica de Educación*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 106, 2016, 451-478.

Come già ricordato, il parametro di decisione applicato in *Plessy*⁸¹ è stato successivamente smentito dalla sentenza *Brown v. Board of Education* (1954), la quale dichiarò l'incostituzionalità della segregazione razziale nelle scuole, accogliendo all'unanimità la *dissenting opinion* di Harlan.

In questo senso, un sistema educativo che accetti l'esistenza di scuole che operano un qualsiasi tipo di separazione tra gli alunni – sia esso in ragione della razza o del sesso – era stato considerato intrinsecamente discriminatorio e, in quanto tale, incostituzionale.

Da ultimo, sul piano degli indici probatori che giustificano trattamenti differenziati, Xiol Ríos richiamava anche la *concurring opinion* di Stevens⁸² in *Califano v. Goldfarb* (1977), secondo cui l'obiettivo che legittima un trattamento diseguale tra determinate categorie soggettive deve fondarsi sul raggiungimento di un obiettivo concreto e non ipotetico o basato su un «accidental byproduct of a traditional way of thinking»⁸³. In caso contrario un trattamento differenziato sarebbe incostituzionale.

In relazione alle SSTC 66/2018 e 74/2018, sia sufficiente evidenziare che il *voto particular* sottoscritto da Xiol Ríos presenta i medesimi contenuti pocanzi citati, in ragione della parziale sovrapposibilità tra gli oggetti delle rispettive controversie.

Concludendo, è possibile affermare che, sebbene il richiamo transnazionale ad opinioni “non maggioritarie” presenti una natura episodica e non sistematica, in esso potrebbe comunque essere individuato un (ulteriore) strumento di stimolo e confronto nel contesto globale della circolazione delle pronunce giurisprudenziali – nonché delle annesse “alternative” dissenzienti – con l'obiettivo di consolidare

⁸¹ A giustificazione dell'art. 1 del *Withdraw Car Act* del 1890 della Louisiana, secondo cui «railway companies carrying passengers in their coaches in this State shall provide equal but separate accommodations for the white and colored races by providing two or more passenger coaches for each passenger train, or by dividing the passenger coaches by a partition so as to secure separate accommodations».

⁸² Sulla *judicial philosophy* di Stevens si veda il numero monografico della 74(4) *Fordham Law Review* 2006.

⁸³ U.S. Supreme Court, *Califano v. Goldfarb*, 430 U.S. 199 (1977), 223.

tanto soluzioni di maggioranza quanto posizioni minoritarie che aspirano a non essere più tali⁸⁴.

5. Considerazioni finali di sintesi

L'ordinamento spagnolo ha dimostrato di aver interiorizzato appieno l'istituto del *voto particular*, sia nella giurisdizione costituzionale che in quella ordinaria, nonché negli organi di matrice non giurisdizionale. Nello specifico, la pacifica costituzionalizzazione del dissenso presso il TC (art. 164.1 CE) impone di ricondurre a sistema le diverse sfaccettature numeriche e di merito di uno strumento consolidato.

In primo luogo, il carattere “aperto” (anche a livello interpretativo) delle disposizioni costituzionali ed il diverso grado di sensibilità dei giudici in questioni che presentano importanti ricadute sociali, politiche e culturali si è tradotto nella pronuncia di opinioni di minoranza che rivelano – in forma pubblica e motivata – le diverse alternative “intellettuali” disponibili nella risoluzione delle controversie costituzionali.

In questo modo, la duttilità delle interpretazioni della Costituzione e delle norme giuridiche si sottomette altresì ad un attento scrutinio da parte degli osservatori esterni, posti nelle condizioni di conoscere le contrapposte posizioni sull'oggetto del giudizio e di verificare eventuali continuità e dissonanze rispetto alla pregressa giurisprudenza del TC.

Allo stesso modo, tale flessibilità favorisce altresì uno studio accademico dotato di solide basi di partenza, in quanto fondato sulle diverse alternative – pubblicamente note – sorte all'interno dell'organo giudicante e non su speculazioni volte a (tentare di) ricostruire quali soluzioni potrebbero essere state proposte o cosa potrebbe essere o meno stato deliberato.

⁸⁴ Cfr. P. TENORIO, *El derecho comparado como argumento de las decisiones del Tribunal Constitucional español*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 108, 2016, 275-305.

I dati statistici considerati rivelano poi un utilizzo complessivamente moderato del dissenso giudiziario – superiore a quello tedesco ma assai inferiore a quello statunitense – salvo una propensione più accentuata da parte di alcuni giudici e un maggiore riserbo da parte di altri (non spiegabile solo attraverso il mero indice empirico).

Sul piano delle possibili criticità alle quali il *voto particular* è andato incontro – non ascrivibili, come si è visto e si vedrà nuovamente nelle Conclusioni, al TC o ai suoi componenti – emerge un collegamento “trasversale” con i profili strutturali dell’indipendenza dell’organo e della legittimazione giuridica delle sue pronunce⁸⁵.

Da un lato, infatti, l’impossibilità degli organi giurisdizionali di sottrarsi alla risoluzione delle questioni sottopostegli dai principali organi politici ha fatto sì che, in alcuni momenti, la dimensione “politicista” prendesse il sopravvento – almeno in una certa percezione collettiva – su quella giuridica e politico-costituzionale, demandandosi «a la decisión de los jueces e, incluso, del Tribunal Constitucional, lo que los políticos no han sabido resolver o [...] se han empeñado en enconar»⁸⁶.

Dall’altro, il ricorso delle forze politiche ad una logica lottizzatoria nella selezione dei candidati ed il temporeggiamento calcolato in ogni occasione di rinnovo – favorito da un regime di *prorogatio* che tutt’oggi costituisce terreno fertile per tali storture⁸⁷ – ha contribuito a veicolare l’immagine di un TC soggetto all’influenza e controllo della politica⁸⁸.

In ogni caso, la presenza di un dato profilo “ideologico” in capo ai giudici costituzionali rischia di apparire come un dibattito sterile, ove si consideri che

⁸⁵ Si veda, in termini generali, L. MEZZETTI, *Teorie della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale*, in *Estudios Constitucionales*, 1, 2010, 307-354.

⁸⁶ M. HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, *Malos y buenos usos de la Constitución*, in *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 81-1, 2004, 69.

⁸⁷ Cfr. F. SANTAOLALLA LÓPEZ, *El problema de la renovación de los órganos constitucionales*, in *Revista de Derecho Político*, 77, 2010, 73-103.

⁸⁸ Il rapporto tra pronuncia giurisdizionale e percezione pubblica è sottolineato da M.L. BALAGUER CALLEJÓN, *La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria*, Madrid, Civitas, 1990, 61 quando afferma che «[...] es el control social a posteriori el que tiene que mediar entre la resolución judicial y su aceptación posterior».

ognuno di questi «necesariamente tiene un sesgo en su formación, una escala de valores y ciertos prejuicios, en el sentido más literal de la expresión»⁸⁹.

In tale quadro, il contenuto delle opinioni dissenzienti (spesso fatto proprio dai partiti, con l'obiettivo di "depoliticizzare" il loro credo ideologico) si presta ad essere interpretato in due direzioni contrapposte.

Ove ci si limiti ad una visione che guardi alla sola superficie delle cose, l'impressione che se ne ricava è quella di uno strumento che contribuisce a intorbidare le già travagliate acque della giustizia costituzionale e che, pertanto, dovrebbe essere espunto, secondo il quadro di argomentazioni contrarie all'opinione dissenziente.

Approfondendo, invece, i meccanismi di funzionamento del TC e le soluzioni in concreto elaborate, se ne ricava uno scenario molto più complesso, nel quale il *voto particular* – quando correttamente interpretato ed utilizzato – presenta più aspetti positivi che negativi: in questo senso, esso dà conto dell'evoluzione costante delle norme giuridiche, delle diverse alternative dell'esegesi costituzionale e dell'ordinamento sottostante.

In conclusione, l'opinione dissenziente rivela in modo plastico la «tensión permanente entre el Derecho constitucional y la realidad»⁹⁰, croce e delizia del diritto costituzionale.

⁸⁹ O. ALZAGA VILLAAMIL, *Sobre la composición del Tribunal Constitucional*, cit., 179. Con la conseguenza che «de ahí que sea absurdo y nocivo cuestionar que los Magistrados del Tribunal Constitucional tengan su determinada forma de ver el mundo» (F.J. MATIA PORTILLA, *Sobre la adscripción partidaria de los Magistrados del Tribunal Constitucional y su invocación en el proceso*, cit., 262).

⁹⁰ G. CÁMARA VILLAR, *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español*, cit., 10.

CAPITOLO QUINTO

L'OPINIONE DISSENZIENTE NEL SISTEMA GIURISDIZIONALE ITALIANO

SOMMARIO: 1. Brevi cenni storici di diritto comune – 2. L'opinione dissenziente nel pensiero di Costantino Mortati – 3. Tecniche “mascherate” di dissenso presso la Corte costituzionale – 3.1. Relatore, redattore e relatore-redattore nelle deliberazioni collegiali – 3.2. Il ruolo del Presidente nel Collegio costituzionale – 4. La sentenza 19 gennaio 1989, n. 18 della Corte Costituzionale: l'opinione dissenziente “sotto mentite spoglie” nella giurisprudenza ordinaria (con spiragli su quella costituzionale)? – 5. Il difficile inquadramento normativo del dissenso giudiziario nel sistema delle fonti – 5.1 Profili costituzionali e progetti di riforma costituzionale – 5.2. L'introduzione dell'opinione dissenziente mediante legislazione ordinaria – 5.3. Autoregolazione normativa e giurisprudenziale – 6. Postilla finale.

1. Brevi cenni storici di diritto comune

A prima vista, discorrere dell'istituto dell'opinione dissenziente nell'ordinamento giurisdizionale italiano potrebbe apparire un tentativo sterile, non solo per la carenza dello stesso e l'assenza di precedenti significativi (quantomeno in epoca unitaria e costituzionale), ma anche in ragione del velo di disinteresse calato sull'argomento all'indomani di una stagione particolarmente feconda in ambito accademico, politico-istituzionale e financo nel dibattito sui mezzi di comunicazione¹.

¹ Ricordava G. GORLA, *Le opinioni non «segrete» dei giudici dissenzienti nelle tradizioni dell'Italia preunitaria*, in *Foro it.*, 105, 1982, 97, che «è opinione comune, diffusa fra i comparatisti e non comparatisti, che la pubblicità delle opinioni dissenzienti dei giudici, mentre rappresenta la 'tradizione inglese', recepita poi nei paesi di Common law e in quelli del Commonwealth, non corrisponde alla tradizione dei paesi del cosiddetto 'diritto continentale' (europeo) e in particolare a quella italiana. Oppure, mentre si mette in risalto quella tradizione inglese, si tace addirittura sulla

A tal proposito, sia alcuni spunti riconducibili alla storia del diritto sia, soprattutto, il variegato quadro di riflessioni sviluppate dalle migliori menti della scienza costituzionalistica italiana a partire dall'entrata in vigore della Costituzione consentono di predisporre uno schema di ragionamenti e soluzioni meno astratti di quanto non si sarebbe istintivamente portati a pensare, smitizzando altresì la "vulgata" dell'assoluta estraneità storico-concettuale della *dissenting opinion* rispetto alla plurisecolare tradizione giuridica italiana².

In particolare, il dissenso giudiziario si pone come categoria che rappresenta «un punto di incontro, e insieme quasi uno spartiacque, tra i due itinerari, quello storico-comparativo [...], da un lato, che ha indagato il dissenso all'interno di un percorso di rilettura e di riproposizione della tradizione giuridica italiana di diritto comune, e quello costituzionalistico, dall'altro lato, che lo ha incorporato come problema specifico della giustizia costituzionale»³.

Viene subito in evidenza la previsione – propria di alcuni Stati pre-unitari – del cosiddetto "voto di scissura"⁴, da intendersi quale deroga al principio della segretezza assoluta del voto⁵.

tradizione continentale e italiana in particolare». Se poi è vero che, nelle parole di G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012, 152, tale tema costituisce un vero e proprio «rovello», ad oggi sembra di essersi arenati in una zona di ristagno che non pare preludere ad una prossima ripresa del dibattito: già lo avevano rilevato L. LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., 22 e S. PANIZZA, *L'introduzione dell'opinione dissenziente*, cit., 177.

² In questo senso, A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milano, Giuffrè, 1995, 27-28, parlavano di «latente vocazione non solo per la motivazione della sentenza, ma anche per il dissenso dei giudici responsabili talora di fronte alla pubblica opinione, oltre che di fronte alla parti».

³ S. NICCOLAI, *Dissenso e diritto costituzionale. Appunti per una riflessione*, in *Questione Giustizia*, 4, 2015, 66.

⁴ Sul punto, non è secondario evidenziare l'influenza esercitata dalle *Ordenanzas de Medina* spagnole del 1489, come ricordato da F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El permanente y profundo debate italiano entorno a las "opinioni dissenzienti"*, in A. D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, Giuffrè, 2012, 1228 ss.

⁵ In ordine alla mancanza di un consenso generale intorno alla soluzione conclusiva di un giudizio, si potrebbe addirittura risalire alle *dissensiones dominorum* dell'epoca dei Glossatori bolognesi (XII-XIII secolo), «ove si riportavano i punti di diritto sui quali alcuni tra i maestri bolognesi erano in dissenso tra loro» (così A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, 2ª ed., Bologna, Il Mulino, 2016, 90).

Focalizzando l'attenzione sulle esperienze più significative⁶, va ricordata innanzitutto la prassi delle *decisiones* adottate dai Tribunali rotali – su tutte, la Rota romana⁷ e quella fiorentina⁸ – già a partire dal XVI secolo, nelle quali «vengono riportate le opinioni della minoranza, quando vi siano (e talvolta anche le opinioni concorrenti fondate su basi diverse); altrimenti, la *decisio* usa le formule di stile ‘unanimiter’, ‘concordi voto’ o simili. Vengono fuori spesso anche i nomi dei dissenzienti; i quali vengono fuori necessariamente quando la Rota è composta di tre membri»⁹.

A seguire, la previsione formale del voto “non maggioritario” si rinviene anche in diverse legislazioni processuali diffuse tra Settecento e Ottocento, soprattutto presso il Regno di Napoli, il Granducato di Toscana ed il Ducato di Ferrara¹⁰.

In particolare, ciò che assume qui rilievo è l'estrema varietà delle tecniche di “dissociazione” della minoranza rispetto alla regola ferrea del principio unanimitario e della segretezza di quanto deliberato in Camera di consiglio.

Il Regolamento per la Disciplina delle Autorità giudiziarie napoletano del 1828, ad esempio, riconosceva al giudice rimasto in minoranza la possibilità di

⁶ Un affresco più dettagliato in materia di *ius commune* è offerto da M.G. DI RENZO VILLATA, *Collegialità, motivazione, 'voto di scissura': quali le ragioni storiche della nostra 'multiforme tradizione?*, in N. ZANON, G. RAGONE, *The dissenting opinion. Selected Essays*, cit., 41-84.

⁷ Cfr. C. ASPRELLA, *L'opinione dissenziente del giudice*, Roma, Aracne, 2012, 66-70, la quale richiama la prassi dei cosiddetti opinamenti, in forza dei quali «ogni giudice esprimeva un'opinione personale, per iscritto e indipendente, dopo l'audizione degli avvocati di parte». Gli stessi, peraltro, «hanno la funzione di risolvere i *dubia* avanzati dalle parti in causa e non fanno parte del testo della sentenza né ne rappresentano una giustificazione, poiché sostanzialmente la precedono o, piuttosto, ne costituiscono la base, il fondamento; non possono essere definiti motivazioni vere e proprie».

⁸ Cfr. F. MANCUSO, *Per la storia della motivazione della sentenza nei secoli XVI-XVIII (Note in margine a studi recenti con il testo di una sentenza del 1299)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 1995, 290-292, ove anche si ricorda come «la novità interessante è che a Firenze la funzione assolta dai motivi sembra essere anche di tipo extraprocessuale, dato che si consente a chiunque – almeno nell'ipotesi di non unanimità dei giudici nel sentenziare – di prendere conoscenza dei motivi stessi (e quindi di rendere in qualche modo possibile un controllo diffuso del potere giurisdizionale)».

⁹ G. GORLA, *Le opinioni non «segrete»*, cit., 97-98. Particolarmente interessante – in ragione della sua assoluta eccezionalità – è l'esempio della Rota di Siena, la cui legge istitutiva del 1503 non prevedeva la motivazione della sentenza ma conteneva un riferimento espresso alla possibilità di redigere opinione dissenziente (cfr. C. ASPRELLA, *L'opinione dissenziente*, cit., 56-57).

¹⁰ Cenni in V. DENTI, *Per il ritorno*, cit., 3-5.

annotare il proprio voto particolare (motivato), fermo restando che esso aveva una funzione quasi “intimista” – tutelare il Magistrato dissenziente di fronte alla propria coscienza – e non poteva essere rivelato pubblicamente, salva l’autorizzazione del Ministro di Grazia e Giustizia¹¹.

In proposito, è anche doveroso evidenziare come il divieto di motivazione delle sentenze ivi esistente (esclusa la stagione di vigenza dei Dispacci di Bernardo Tanucci, tra il 1774 ed il 1791)¹² diede luogo alla consuetudine di raccogliere, da parte di avvocati e giudici, le argomentazioni spese dalle parti processuali e le corrispondenti motivazioni, così provvedendosi alla stesura di «*decisiones* non ufficiali [...] all’interno delle quali spesso figuravano anche le opinioni divergenti e talvolta persino l’indicazione del nome del dissenziente»¹³.

Quello estense, invece, prevedeva il medesimo *iter* decisorio del Regolamento napoletano ma, allo stesso tempo, garantiva la piena pubblicità dell’opinione dissenziente. Infine, la legislazione toscana stabiliva che l’esplicazione del dissenso motivato fosse inserita in calce alla motivazione della sentenza, la quale veniva poi trasmessa in copia alle parti interessate assieme al *dissent*¹⁴.

L’avvento dell’Unità d’Italia – giuridicamente plasmato nelle leggi di unificazione del 1865, a loro volta prodotto di una marcata influenza delle dottrine e formulazioni teorico-strutturali d’Oltralpe¹⁵ – determinò un ritorno alla segretezza

¹¹ Cfr. *ivi*, 4.

¹² Cfr. P. ALVAZZI DEL FRATE, *Illuminismo e interpretazione. Gaetano Filangieri e le Riflessioni politiche del 1774*, in F. LIOTTA (a cura di), *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, Bologna, Monduzzi editore, 2007, 237-260 e G. MONTELEONE, *Gaetano Filangieri e la motivazione delle sentenze*, in *Il giusto processo civile*, 3, 2007, 663 ss.

¹³ Cfr. E. FERIOLI, *Le origini storiche dell’opinione individuale dei giudici*, in C. MURGIA (a cura di), *Scritti in onore di Sara Volterra*, Torino, Giappichelli, 2017, 364-365. Sembrano qui riproporsi modalità simili a quelle che portarono alla progressiva sistematizzazione delle massime giurisprudenziali nell’Inghilterra di *common law*.

¹⁴ In tal senso si esprimeva già L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, IV, Milano, Vallardi, 1923, 90, identificando l’esempio toscano come unico vero modello di opinione dissenziente.

¹⁵ In argomento, V. DENTI, *Per il ritorno*, cit., 6-8 richiama – con citazioni tratte da L. MORTARA, *Sentenza civile*, in *Dig. it.*, XXI, 1891-1896, 500-501 – i dibattiti svoltisi in Italia a proposito dell’adozione dei codici unitari, facendo riferimento alle contrapposte posizioni di Boncenne e Bordeaux (rispettivamente favorevole e contrario al dissenso nella dottrina francese ottocentesca)

totale del voto¹⁶, costituendo un ostacolo (almeno a livello normativo-formale) ad ogni possibilità di introduzione dell'opinione dissenziente¹⁷.

Bisognerà infatti attendere l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e l'avvento di nuove generazioni di studiosi (e "pratici" del diritto) affinché il dibattito ritorni ad assumere linfa vitale¹⁸.

2. L'opinione dissenziente nel pensiero di Costantino Mortati

Analogamente a quanto già ricordato a proposito dell'esperienza tedesca, l'ampio dibattito che ha contrapposto per oltre mezzo secolo favorevoli ed oppositori dell'opinione dissenziente – con particolare attenzione al sistema di giustizia costituzionale – non può essere compreso senza ripercorrere le posizioni espresse sull'argomento da alcuni tra i migliori costituzionalisti italiani¹⁹.

ed a quella, in un certo senso "atipica", di Sandonnini, per il quale «col vietare ai giudici di esprimere il particolare dissenso si rifiuta al magistrato una giusta soddisfazione, si toglie alle parti un incontestabile vantaggio, si avvolgono le deliberazioni giudiziali in quel mistero e in quel segreto di cui si vogliono spogliati i processi».

¹⁶ Cfr. C. ASPRELLA, *L'opinione dissenziente*, cit., 99.

¹⁷ Cfr. però *ivi*, 100-103, ove si ricorda il caso particolarissimo di una sentenza resa dalla Corte d'Appello di Catania nel 1881, nella quale uno dei giudici del Collegio, in disaccordo con la soluzione maggioritaria, rifiutò di sottoscrivere il provvedimento collegiale, derogando alla previsione di cui all'art. 360 c.p.c. del 1865, il quale imponeva la sottoscrizione obbligatoria del provvedimento da parte di tutti i giudici.

¹⁸ Come infatti ricordato da A. PROTO PISANI, *Appunti sull'opinione dissenziente*, in A. ANZON, *L'opinione dissenziente*, cit., 61, «dopo l'unificazione [...] le uniche voci che abbiano fatto riferimento all'istituto della opinione dissenziente sono state quelle di un avvocato modenese del secolo scorso (Sandonnini), di Lodovico Mortara in una nota del IV volume del suo Commentario, di Nicola Stolfi e di Piero Calamandrei in quell'affresco costituito dalle sue lezioni messicane su Processo e democrazia».

¹⁹ Una recente illustrazione (non esaustiva) della produzione scientifica sull'argomento è rinvenibile in F. FALATO, *Segreto della camera di consiglio ed opinione dissenziente: un rapporto da (ri)meditare per le decisioni delle Corti superiori*, Pisa, Pisa University Press, 2016, 7-8, nota 4. Più ampiamente, L. PACE, *La dissenting opinion. Considerazioni storico-comparatistiche*, in L. PACE, S. SANTUCCI, G. SERGES (a cura di), *Momenti di storia della giustizia. Materiali di un seminario*, Roma, Aracne, 2011, 84 ss.

Il primo (e principale) autore a dover essere menzionato, in ragione della copiosa produzione scientifica dedicata all'argomento e dell'indiscutibile spessore intellettuale, è senza dubbio Costantino Mortati²⁰.

Illustre accademico, Padre costituente e Giudice costituzionale tra il 1960 ed il 1972, Mortati riesce a far convergere nelle sue riflessioni studio dottrinale, impegno politico e concreta attività di controllo giurisdizionale, in un intreccio fondamentale per comprendere l'impegno profuso, a diversi livelli, in favore di un'introduzione della *dissenting opinion* nell'ordinamento italiano²¹.

Nel corso del presente lavoro, è stato più volte citato l'agile volume collettaneo da egli curato sul tema, intitolato *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali* ed edito nel 1964.

A livello di ricostruzione sistematica, è doveroso evidenziare come si tratti della prima opera monografica pubblicata sull'argomento e nella quale l'istituto del dissenso giudiziario è affrontato a tutto tondo, in un'ottica interna e comparata, sia a livello teorico, sia nella sua evoluzione pratica²².

Soprattutto, dalla *Premessa* mortatiana emerge l'inscindibile legame della categoria formale del *dissent* con le radici del costituzionalismo moderno, dal controllo di costituzionalità delle leggi ad opera di un organo all'epoca quasi sconosciuto alla crisi del «mito dell'assoluta sovranità della legge» (quale traduzione della *volonté générale* di rousseauviana memoria), dal mutare del tessuto

²⁰ Ad onor di cronaca, vadano ricordati anche i brevi saggi, cronologicamente anteriori, di A. VACCARO, «Dissent» e «concurrentes» *nella prassi della Suprema Corte degli Stati Uniti*, in *Foro padano*, IV, 1951, 9 ss. e R. GIORDANO, *La motivazione della sentenza e l'istituto del dissenso nella pratica della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Rass. dir. pubbl.*, I, 1950, 153 ss., i quali si concentravano sull'unica vera esperienza di dissenso giudiziario allora esistente.

²¹ Sulla figura ed il pensiero di Mortati si vedano F. LANCHESTER (a cura di), *Costantino Mortati. Costituzionalista calabrese*, Napoli, Edizioni Scientifiche, 1989, nonché il ritratto biografico di M. FIORAVANTI, *Mortati, Costantino*, in I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (a cura di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna, Il Mulino, 2013, 1386 ss. e, dello stesso A., l'ampio riepilogo delle sue posizioni dottrinali in M. GALIZIA, P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990.

²² Si vedano *passim* i riferimenti presenti nel presente lavoro di tesi. In argomento, il primo scritto "italiano" dedicato in modo sistematico al tema parrebbe essere stato quello di V. DENTI, *La Corte costituzionale e la collegialità della motivazione*, in *Rivista di diritto processuale*, 1961, 434 ss.

socio-culturale della Nazione alla tutela delle posizioni giuridiche soggettive ed ai rapporti tra diritto e politica.

L'approfondita analisi del costituzionalista calabrese, tuttavia, non può essere del tutto compresa se non prendendo in considerazione la sua attività nel corso dei lavori dell'Assemblea costituente²³ e, successivamente, nella stagione trascorsa presso la Corte Costituzionale (alla cui odierna configurazione contribuì in modo decisivo)²⁴.

Sul versante politico, tuttavia, l'impegno di Mortati per un'introduzione della *dissenting opinion* naufragò tra le onde del (non) dibattito sviluppatosi sulla strutturazione e funzione di questo «bizarro»²⁵ organo costituzionale²⁶.

Come ben è stato ricordato, dall'Assemblea costituente emerse fin da subito un «rifiuto dell'opinione dissenziente. Sul punto, la relazione Tesauro, riferendosi all'art. 19 del DDL (art. 18 del testo della legge vigente) è esplicita nel riferire che 'si è esaminata e respinta la proposta che ogni giudice potesse o dovesse esporre i motivi del voto dato' e motiva questo diniego con l'opinione che un sistema del

²³ Cfr., *ex pluribus*, F. BRUNO, *I giuristi alla Costituente: l'opera di Costantino Mortati*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, II, Bologna, Il Mulino, 1980, 59 ss. e ID., *Costantino Mortati e la Costituente*, in F. LANCHESTER, *Costantino Mortati. Costituzionalista calabrese*, cit., 135 ss.; G. AMATO, *Costantino Mortati e la Costituzione italiana. Dalla Costituente all'aspettativa mai appagata dell'attuazione costituzionale*, in M. GALIZIA, P. GROSSI, *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., 231 ss. Sui lavori dell'Assemblea costituente in senso ampio, cfr. G. MELIS, *Gli studi recenti sull'Assemblea costituente. Rassegna storiografica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 10, 1981, 29 ss.

²⁴ Si pensi, su tutti, al ruolo fondamentale nella strutturazione delle modalità di accesso alla Corte in materia di giudizio di legittimità costituzionale. In proposito, la relativa legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 venne approvata di gran carriera l'ultimo giorno di vita dell'Assemblea costituente (31 gennaio 1948), grazie ad un accordo segreto tra lo stesso Mortati ed il Presidente del Consiglio De Gasperi e del quale non v'è neppure traccia negli Atti costituenti. Sul punto, cfr. P. PASQUINO, *Controllo di costituzionalità e forma di governo in Italia*, in *Giornale di storia costituzionale*, 11, 2016, 312-314.

²⁵ Così si espresse P. Togliatti (Segretario del Partito Comunista) nella seduta pomeridiana dell'11 marzo 1947.

²⁶ Cfr. E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, cit., 4, la quale riprende parole dello stesso C. MORTATI (*La Corte costituzionale ed i presupposti per la sua vitalità*, in *Iustitia*, 1949, 69) e ricorda che la Corte «era stata la cenerentola della Carta costituzionale, perché si era trovata ultima al traguardo della discussione, era stata sottoposta a un esame affrettato e superficiale sotto l'assillo della scadenza dei termini ed era infine rimasta senza alcuna certezza sul come e sul quando avrebbe potuto iniziare a funzionare».

genere potrebbe agevolare ‘una forma di controllo sull’attività dei giudici da parte di forze politiche organizzate’»²⁷.

Tale rifiuto, tuttavia, non ne compromise la fermezza d’animo per una sua implementazione, come dimostrerà l’esperienza presso Palazzo della Consulta. A tal proposito, è stato ricordato – lo testimonia l’Archivio omonimo, custodito presso la Fondazione Galizia in Roma – che «come giudice in dissenso, egli stesso [ebbe] almeno un’occasione, nel 1965, di manifestarlo al Presidente della Corte relativamente ad orientamenti prevalsi in Camera di consiglio; e nel 1972, poco prima di lasciare la Corte, in un’altra circostanza chiederà di essere dispensato dalla stesura di decisioni che non condivide[va]»²⁸.

Alla stessa stagione (1968) risale, inoltre, la proposta di modifica²⁹ dell’art. 18 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale³⁰. In essa, in via preliminare veniva suggerita una revisione alla tecnica di selezione del giudice incaricato della redazione dei provvedimenti giurisdizionali.

Infatti, a fronte della soluzione consolidata secondo cui il Presidente nominava il giudice relatore e, successivamente alla Camera di consiglio, attribuiva

²⁷ U. DE SIERVO, *L’istituzione della Corte costituzionale in Italia: dall’Assemblea costituente ai primi anni di attività della Corte*, in P. CARNEVALE, C. COLAPIETRO (A CURA DI), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive: a cinquant’anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2008, 67 (con richiamo alla relazione del deputato democristiano Alfonso Tesaro, disponibile in *Camera dei deputati, Documenti – Disegni di legge e relazioni*, n. 469-A, *Relazione della Commissione speciale nominata dal Presidente*, 34).

²⁸ R. D’ORAZIO, *L’archivio Mortati: prime considerazioni*, in *Nomos*, 1, 2016, 16. In relazione al secondo episodio citato, C. ASPRELLA, *L’opinione dissenziente*, cit. 308; S. PANIZZA, *L’introduzione dell’opinione dissenziente*, cit., 192, nota 27 e A. PIZZORUSSO, *Le opinioni dissenzienti ed il ruolo attuale della Corte costituzionale*, in *Questione giustizia*, 1, 1994, 33 ss. ricordano le peculiari vicissitudini legate alla sentenza 27 luglio 1972, n. 147, redatta da Mortati ed avente ad oggetto l’impugnazione di una legge regionale lombarda da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri (pur in assenza della preventiva deliberazione consiliare): solo a distanza di quasi due decenni, infatti, si sarebbe venuti a conoscenza – attraverso il reperimento di una sua lettera, poi trasfusa nell’*Appendice* di V. CARUSI, A. PIZZORUSSO, *Mortati e la Corte costituzionale*, in F. LANCHESTER, *Costantino Mortati. Costituzionalista calabrese*, cit., 237 ss. – della richiesta dello stesso al Presidente Chiarelli di non essere “costretto” a stenderne la motivazione, stante la sua totale contrarietà alla soluzione poi risultata maggioritaria.

²⁹ Cfr. C. MORTATI, *Relazione illustrativa*, cit., 393 ss.

³⁰ Approvate il 16 marzo 1956 e pubblicate in *Gazzetta Ufficiale*, 24 marzo 1956, n. 71, edizione speciale.

allo stesso la stesura della motivazione³¹, Mortati suggeriva che «la Corte, nel nominare il giudice incaricato della stesura della sentenza o dell'ordinanza, lo prescelga fra coloro che abbiano espresso voto conforme alla decisione adottata (ove questa sia stata presa a maggioranza), e che il nome dell'estensore si faccia risultare mediante l'aggiunta di tale qualifica alla sottoscrizione che egli appone all'atto decisorio»³².

Lo schema così disegnato ricalca il modello operante presso la Corte Suprema degli Stati Uniti, ove – per consuetudine – il giudice estensore è sempre nominato tra i membri della maggioranza (dal Presidente della Corte, ove egli sia parte della stessa oppure dal giudice più anziano di nomina, nel caso il Presidente sia risultato “soccombente”)³³.

In tal modo, da un lato si garantisce maggiore linearità e coerenza al fondamento giuridico della sentenza – non affidata ad un giudice costretto a motivare contro la sua coscienza e sensibilità – e, dall'altro, si apre un timido varco al dissenso, giacché il redattore finale potrebbe non coincidere con il Giudice chiamato ad esporre la vicenda sottesa al sindacato della Corte.

In termini ben più incisivi, Mortati proponeva poi l'introduzione dell'opinione dissenziente quale rimedio all'impersonalità deliberativa, sviluppando in parallelo una distinzione tra *dissent* “in senso stretto” e *concurrency*.

Nessuna condizione particolare viene infatti imposta «al giudice o ai giudici che dissentano dalla maggioranza in ordine a tutto o a parte del dispositivo della

³¹ Fino alla modifica regolamentare intervenuta con delibera del 7 luglio 1987, non era infatti possibile conoscere l'identità del giudice redattore, giacché nella sentenza – sottoscritta indistintamente da tutti i componenti – veniva fatta menzione del solo relatore: in tal modo, anche la mancata coincidenza tra relatore e redattore, ove esistente, era destinata a rimanere (almeno ufficialmente) segreta.

³² C. MORTATI, *Relazione illustrativa*, cit., 393.

³³ In proposito, si tenga presente che, nella giurisdizione ordinaria, ai sensi dell'art. 118.4 disp. att. c.p.c., «la scelta dell'estensore della sentenza prevista nell'articolo 276 ultimo comma del codice è fatta dal presidente tra i componenti il collegio che hanno espresso voto conforme alla decisione». Si tratta di un modello non replicato (almeno in termini di redazione della disposizione) nel processo penale, ove l'art. 154 disp. att. c.p.p. stabilisce che «il presidente provvede personalmente alla redazione della motivazione o designa un estensore tra i componenti del collegio».

sentenza o dell'ordinanza», con indicazione delle rispettive motivazioni e dell'identità soggettiva di chi l'ha formulata³⁴.

Tuttavia, l'esercizio dell'opinione concorrente viene subordinato «alla formazione della maggioranza dei componenti il collegio giudicante intorno alla adozione di una stessa motivazione»³⁵, onde evitare il fenomeno “statunitense” delle *plurality opinions* e la conseguente carenza di un'opinione di maggioranza condivisa nel merito³⁶.

Lo stesso Mortati, però, riconosce i rischi di una soluzione come quella descritta, laddove il giudice “concorrente” potrebbe vedersi inibito nell'esprimere un dissenso “in motivazione”, onde non rischiare di «pregiudicare l'attuazione del deliberato alla cui formazione egli ha partecipato col proprio voto»³⁷.

Volendo ora svolgere alcune brevi riflessioni a proposito del pensiero mortatiano, emerge l'assoluta lucidità e completezza argomentativa del costituzionalista calabrese.

In primo luogo, egli riflette sulle motivazioni addotte a favore e contro il dissenso in una prospettiva di pura teoria giuridica – distaccata dai singoli contesti di riferimento – per entrare subito dopo con forza nel contesto degli ordinamenti che lo contemplano, così dimostrando la fluidità delle molteplici forme della *dissenting opinion* e l'impossibilità di “assolutizzarla” in una categoria unica ed indistinta.

³⁴ C. MORTATI, *Relazione illustrativa*, cit., 410.

³⁵ *Ivi*, 398.

³⁶ Secondo C. ASPRELLA, *L'opinione dissenziente*, cit., 243-244, «poiché la *dissenting opinion* negli Stati Uniti d'America è istituzionalizzata, le Corti inferiori non attribuiscono alcun valore di precedente alle sentenze emesse sulla base di una *plurality decision*. Non è possibile, infatti, all'interno della pronuncia discernere la c.d. holding, cioè la parte della sentenza cui attribuire efficacia di precedente».

³⁷ Una critica alla suddetta impostazione in V. VIGORITI, *Corte costituzionale e «dissenting opinions»*, in A. ANZON, *L'opinione dissenziente*, cit., 143, nota 41, per il quale non appare condivisibile «la proposta [...] di non consentire opinioni concorrenti, ma solo dissenzienti nel dispositivo: nel momento in cui si dovesse arrivare a consentire ai giudici costituzionali di esprimere il proprio dissenso, non avrebbe a mio parere senso comprimere tale libertà, sottraendo ad essa una delle sue espressioni più utili e più significative, specialmente in un giudizio di costituzionalità che è essenzialmente un giudizio sui valori. Sul piano pratico, inoltre, il divieto di opinioni concorrenti potrebbe irrigidire le posizioni individuali, e favorire dissensi sul dispositivo».

Parallelamente, traspare in Mortati la persistente attualità delle motivazioni addotte a sostegno dell'introduzione dell'opinione dissenziente, soprattutto laddove contrasta le tesi che rifuggono in modo deciso una soluzione affermativa³⁸. In questo senso, egli si muove dalla *fiction iuris* della sentenza sempre unanime e condivisa al ruolo del dissenso quale motore evolutivo della Costituzione, dall'errata equivalenza tra voti e *auctoritas* alla necessità di un *self-restraint* giuridicamente imponderabile.

In conclusione, spicca l'imprescindibilità del suo pensiero: chiunque voglia anche solo tentare di approcciarsi con un minimo di dettaglio al tema del dissenso giudiziario non può, infatti, eludere l'ampia produzione scientifica di Mortati³⁹.

In questa direzione (dettagliata ricostruzione storica, lettura comparata delle soluzioni favorevoli e contrarie ed accoglimento del *dissent*) si muove anche l'altro classico imprescindibile della dottrina italiana sul tema, ovvero sia la più recente monografia di Saulle Panizza, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, del 1998.

Lo stesso autore pisano, in proposito, dimostra di essere tributario delle soluzioni di Mortati nel momento in cui riprende lo schema da quest'ultimo proposto in ordine ad una modifica delle Norme integrative del giudizio costituzionale per una sua introduzione, anche in relazione ad una miglior configurazione nella redazione delle sentenze⁴⁰. Alcune differenze, tuttavia, possono essere individuate.

³⁸ Riecheggiano le parole di A.A. CERVATI, *Le garanzie costituzionali nel pensiero di Costantino Mortati*, in M. GALIZIA, P. GROSSI, *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., 424 quando affermava che «l'insegnamento mortatiano in tema di garanzie costituzionali si sviluppa secondo molteplici linee direttive, che hanno sempre il merito di rimettere in discussione luoghi comuni e di porre i presupposti per una più approfondita analisi dei singoli congegni di garanzia».

³⁹ Soccorre in proposito F. LANCHESTER, *Il periodo formativo di Costantino Mortati*, in M. GALIZIA, P. GROSSI, *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., 219, il quale ricordava che «l'ampia indagine di Mortati si sofferma in sostanza su tutti i temi caratterizzanti del diritto costituzionale dimostrando capacità di adattamento anche in situazioni differenti da quella di riferimento», assumendo quali parametri della ricerca «la giuridicizzazione del fine e la posizione di un parametro materiale capace di inglobare nel proprio ambito con sufficiente elasticità la mutazione dei rapporti concreti all'interno dell'ordinamento».

⁴⁰ S. PANIZZA, *L'introduzione dell'opinione dissenziente*, cit., 283-285.

Un'attenta lettura della proposta di Mortati, infatti, non sembrerebbe prevedere la possibilità di adesione da parte di più giudici all'opinione dissenziente redatta da un singolo, limitandosi a disporre che ogni giudice in dissenso rediga la propria *opinion* individuale⁴¹.

In secondo luogo, Panizza pare suggerire altresì l'ipotesi di un dissenso immotivato, laddove propone che «ciascun giudice che sia in disaccordo [...] ha facoltà di manifestare il proprio dissenso, *anche* [corsivo nostro] mediante la formulazione motivata di una opinione dissenziente».

In questo senso, l'uso della congiunzione coordinante “anche” (che aggiunge qualcosa a quanto già detto in precedenza) sembrerebbe assumere come premessa una manifestazione pubblica ed immotivata di dissenso, solo eventualmente seguita da un'apposita motivazione.

Da ultimo, la più rilevante differenza della presente proposta rispetto a quella del costituzionalista calabrese risiede nella necessità di comunicare il dissenso «non appena la discussione della causa lo consente», nonché nella apertura di un tavolo di confronto tra le bozze della soluzione maggioritaria e quelle di minoranza, sulla scorta della soluzione (di successo) già accolta dal *BVerfG* tedesco.

3. Tecniche “mascherate” di dissenso presso la Corte costituzionale

In un contesto di ampia riflessione teorica ma privo di un'implementazione pratica, l'assenza dell'istituto dell'opinione dissenziente non ha tuttavia impedito, nel campo della giustizia costituzionale, la proliferazione di variegata forme “atipiche” di *dissent*⁴².

⁴¹ Cfr. C. MORTATI, *Relazione illustrativa*, cit., 410, ove si parla di «facoltà al giudice o ai giudici [...] di far risultare [...] la formulazione motivata dell'opinione o delle opinioni dissenzienti».

⁴² Ricorda, tuttavia, A. PIZZORUSSO, *Art. 134*, in A. PIZZORUSSO, G. VOLPE, F. SORRENTINO, R. MORETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione, a cura di G. Branca - Garanzie costituzionali*, Bologna, Zanichelli, 1981, 169, che «regole parzialmente differenziate [rispetto ai provvedimenti assunti in sede giurisdizionale] vigono per le decisioni prese dalla Corte 'in sede non giurisdizionale': una prima differenza risulta dal fatto che in questo caso ciascun giudice può far risultare a verbale il proprio dissenso», che tuttavia non viene reso pubblico e non è dato sapere se sia o meno motivato.

La prima categoria di dissenso informale da evocare può essere definita “dissenso accademico” e, in quanto tale, è riconducibile al genere giuridico-letterario delle note a sentenza da parte di giudici costituzionali (di evidente estrazione universitaria) chiamati a stendere un’opinione non condivisa.

In tale direzione, l’esempio più celebre è senz’altro quello riconducibile all’ordinanza della Corte costituzionale del 15 dicembre 1980, n. 164, avente ad oggetto una questione di costituzionalità relativa alla compatibilità tra l’art. 246 c.p.c. (incapacità a testimoniare di coloro che, avendo un interesse nella causa contingente, potrebbero essere legittimati a parteciparvi in qualità di parti) e gli artt. 3 e 24 Cost.

Nel restituire gli atti al Giudice *a quo*, la Corte evidenziava come «alla lettura della ordinanza [di rimessione] residuano insuperabili dubbi sul se il Tribunale di Bergamo abbia inteso denunciare l’incostituzionalità dell’art. 246 c.p.c. per l’irrazionalità da cui la sua applicazione al ‘caso di specie’ sarebbe affetta, ovvero per l’inevitabilità, a livello applicativo, del novellato art. 421, quarto comma [possibilità per il giudice di disporre l’interrogatorio libero degli incapaci a testimoniare *ex art. 246 c.p.c.* e previsto in relazione al processo del lavoro] al rito ordinario».

Ciò che assume qui interesse è il fatto che tale provvedimento è stato annotato, a distanza di breve tempo, sulla prestigiosa rivista di diritto processuale *Il Foro italiano* da Virgilio Andrioli (Giudice costituzionale nel periodo 1978-1987, su nomina del Presidente della Repubblica e già illustre docente di procedura civile), che proprio di quella controversia era stato relatore⁴³.

In quella pubblicazione, Andrioli criticava la soluzione raggiunta dal Collegio, rilevando una contraddittorietà tra quanto affermato dalla Corte in una sentenza precedente su questione affine – in relazione all’art. 247 c.p.c.⁴⁴ – e quanto invece statuito nella presente ordinanza.

⁴³ Cfr. *Foro it.*, I, 1981, 292 ss.

⁴⁴ Cfr. Corte cost., 23 luglio 1974, n. 248, per la quale «la questione di legittimità costituzionale dell’art. 247 del codice di procedura civile, secondo cui non possono deporre il coniuge ancorché

A suo parere, infatti, da un lato «i motivi che indussero la Corte a giudicare illegittimo l'art. 247 c.p.c., la cui irrazionalità [...] era stata con insistenza sottolineata, soccorrono anche per l'ipotesi disciplinata nell'art. 246»⁴⁵.

Dall'altro, la paventata illegittimità dell'art. 421, quarto comma c.p.c. per “difetto” di estensione interpretativa – tema che la Corte sembra suggerire quale *quaestio iuris* – si scontra con la ritenuta incostituzionalità proprio di tale estensione, la quale si risolverebbe in un ingiustificato trattamento di favore per il terzo.

Orbene, pur non esistendo la certezza che Andrioli ne sia stato anche l'effettivo estensore, non è irragionevole pensare che l'esigenza di palesare pubblicamente il proprio convincimento personale (peraltro in modo così esplicito ed innovativo) sia stata determinata dalla volontà di non vedersi attribuita – in qualità di relatore – la paternità di una decisione per nulla condivisa e della quale è facile dedurre che ne sia stato anche estensore.

Un'altra modalità di *dissent* non formalizzata è rinvenibile nelle esternazioni (o dichiarazioni) rese da componenti del Collegio costituzionale sui mezzi di informazione⁴⁶.

In ordine cronologico, si pensi innanzitutto a quanto dichiarato dal primo Presidente della Corte, Enrico De Nicola, nel corso della Conferenza stampa relativa all'attività della Corte del 1956, nella quale si espresse favorevolmente

separato, i parenti o affini in linea retta e coloro che sono legati a una delle parti da vincoli di affiliazione, salvo che la causa verta su questioni di stato, di separazione personale, o relative a rapporti di famiglia, appare fondata, in quanto si risolve in una ingiustificata compressione del diritto di azione e di quello di difesa garantiti dall'art. 24 della Costituzione».

⁴⁵ *Foro it.*, I, 1981, 293.

⁴⁶ Tra le manifestazioni di favore per l'opinione dissenziente rese prima di accedere alla Corte costituzionale, si ricordino il già citato scritto di G. AMATO, *Osservazioni sulla «dissenting opinion»*, cit. e l'intervista di E. CHELI, *Render noti i motivi del dissenso in giudizio*, in *Corriere della Sera*, 8 aprile 1973. In questo senso, il legame sempre più stretto e proficuo tra attività della Corte e organi di informazione (soprattutto a partire dalle Presidenze di A. Sandulli e G. Branca) è stato evidenziato da S. ALOISIO, *Alcuni cenni sull'evoluzione delle esternazioni del Presidente della Corte costituzionale e sulle prospettive del fenomeno*, in P. COSTANZO, *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, cit., 173 e S. RODOTÀ, *La svolta “politica” della Corte costituzionale*, in *Politica del diritto*, 1970, 42-43. Recentemente sul tema anche A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, soprattutto 268-279.

(seppure “con riserva”) all’introduzione del dissenso nelle pronunce della Consulta⁴⁷.

Celebre, altresì, è rimasta l’intervista resa da Aldo Sandulli – Giudice tra il 1957 e il 1969, nonché Presidente nel biennio 1968-1969 – al Corriere della Sera l’8 maggio 1973⁴⁸, nella quale si mostrò fortemente refrattario alla possibilità che la Corte si potesse aprire a siffatta innovazione.

In particolare, egli temeva i rischi di un condizionamento “politico” dei componenti del Collegio (favorito da una intensa polarizzazione dello scontro tra i partiti), che avrebbe rischiato di sfociare in una perdita di indipendenza, salvaguardabile unicamente attraverso il segreto assoluto della camera di consiglio⁴⁹.

Nel medesimo contesto, si collocano – seppur con posizioni divaricate – anche le dichiarazioni pronunciate dal Presidente Leonetto Amadei (1979-1981) e dal Presidente emerito Ettore Gallo (1991)⁵⁰.

In particolare, il primo ebbe modo di rilasciare una discussa intervista nella quale assumeva una posizione oltremodo decisa sull’inopportunità di introdurre l’opinione dissenziente in Italia, adducendo rischi di sovraccarico lavorativo e confuse ragioni di influenza politica sui giudici⁵¹.

⁴⁷ Lo ricorda F. BONINI, *Storia della Corte costituzionale*, Roma, NIS, 1996, 122, citandone le parole pronunciate in quella sede: «Io mi auguro che un giorno questo sistema [dell’opinione dissenziente] sia adottato anche in Italia. Ma questo potrà essere adottato in avvenire, quando cioè tutta la stabilità di questo nuovo organo sarà assicurata». *Ivi*, anche 123: «Questo dissidio non deve apparire, perché questo toglierebbe efficacia, soprattutto toglierebbe autorità alla disposizione collegiale da parte della Corte e quindi tutti devono firmare senza l’indicazione del nome dell’estensore».

⁴⁸ A.M. SANDULLI, *Voto segreto o palese*, cit.

⁴⁹ Per una lettura non completamente preclusiva del voto dissenziente, si veda però quanto dallo stesso A. affermato in precedenza in *Intervento*, in G. MARANINI, *La giustizia costituzionale*, cit., 366, ove sostiene che «[...] le sentenze della corte non scapiterebbero ma guadagnerebbero di prestigio e di livello dall’ammissione della pubblicità delle opinioni dissenzienti», orientandosi «verso una soluzione la quale, pur ammettendo la pubblicità del dissenso, evitasse la pubblicità dei nomi dei dissenzienti».

⁵⁰ Ambe in *Corriere della Sera*, rispettivamente il 10 febbraio 1981 (R. MANFELLOTTO, *Amadei replica alle accuse sulle pressioni politiche*, 6) ed il 31 dicembre 1998 (M.A. CALABRÒ, *Gallo: autoriforma della Corte, sì all’idea dei referendari*, 7).

⁵¹ «[...] Da noi ci sarebbe il problema di chi, esprimendo il dissenso, vorrebbe anche motivarlo (negli Stati Uniti si dice solo ho votato ‘sì’ ho votato ‘no’) e la motivazione appesantirebbe senza dubbio la sentenza. In secondo luogo, [...] i giudici di estrazione politica, cioè quelli eletti dal

Il secondo, invece, oltre a schierarsi in favore della *dissenting opinion* (seppure anonima), disvelò un episodio che ebbe come involontario protagonista il giudice Giuseppe Ferrari, il quale redasse una sentenza per “sacrificio istituzionale”⁵² – essendo fermamente contrario alla soluzione adottata – divenendo poi bersaglio di un’aspra critica da parte di alcuni esponenti politici. Insomma, una rivelazione del dissenso per interposta persona.

Nominato dal Presidente della Repubblica il 21 ottobre 1980, l’esperienza di Ferrari presso la Corte è in realtà ricordata a causa di un altro episodio, non certo commendevole.

Seguendo una prassi storicamente consolidata in seno alla Corte, infatti, era d’uso che la carica presidenziale venisse volta a volta rivestita dal Giudice “decano” (il più anziano di nomina): in tal modo, a seguito della scadenza del mandato di Antonio La Pergola, la presidenza avrebbe dovuto essere ricoperta dallo stesso Ferrari.

Senonché, risultò eletto Francesco Saja, il che determinò l’inusuale deposito, da parte dello sconfitto, di un ricorso presso la stessa Corte (con il quale si contestava l’illegittimità della convocazione dell’elezione) nonché il rilascio di pubbliche dichiarazioni volte a denunciare possibili influenze e oscuri compromessi politici in ordine alla scelta del nuovo Presidente. A fronte della delibera di avvio di un procedimento disciplinare nei suoi confronti, Ferrari decise di dimettersi l’11 giugno 1987.

Parlamento, dovrebbero di volta in volta, su questioni grosse e impegnative, seguire l’indirizzo del proprio partito». Per una (doverosa) critica alla stessa, cfr. A. BALDASSARRE, *L’opinione dissenziente e l’intervista ad Amadei*, in *Pol. dir.*, 1981, 238 ss., il quale evidenzia «l’estrema debolezza degli argomenti e persino il loro significato politico-costituzionale, ricordando soprattutto come il fatto «che il presidente della corte nel replicare alle accuse di condizionamenti politici dei giudici costituzionali pronunci una difesa che in realtà si converte in una larvata ‘confessione dell’addebito’ rappresenta indubbiamente un campanello d’allarme, tanto più in un paese in cui quasi tutto è lottizzato». Una secca replica all’intervista di Amadei anche in A. MALAGUGINI (Giudice della Corte nel periodo 1977-1986), *Corte costituzionale e tessera di partito*, in *Corriere della Sera*, 13 febbraio 1981, 2.

⁵² Cfr. Corte cost., 13 febbraio 1981, n. 27, che dichiarò inammissibile la richiesta di referendum per l’abrogazione della disciplina di regolamentazione delle attività venatorie.

Una breve citazione a parte merita, invece, la vicenda relativa alla sentenza del 12 gennaio 1994, n. 2⁵³. In sede di giudizio sull'ammissibilità di due distinti quesiti referendari⁵⁴, infatti, la Corte costituzionale – dopo aver designato due diversi relatori (Cesare Mirabelli per il primo, Ugo Spagnoli per il secondo) – decise, con scelta anomala, di riunire in un unico provvedimento fattispecie profondamente diverse tra loro, sulla base di un'asserita (quanto improbabile) connessione derivante dai «profili comuni, inerenti alle leggi di bilancio»⁵⁵.

In questo modo, a fronte di agenzie di stampa che avevano indicato in Spagnoli il giudice dissenziente rispetto alla maggioranza del Collegio, «la riunione delle due diverse richieste avrebbe quindi evitato di far conoscere all'esterno tale conflitto, il quale sarebbe stato reso evidente dalla indicazione di un giudice redattore diverso da quello indicato come relatore»⁵⁶. Lo stesso “presunto” *dissenter* avrebbe in seguito confermato per partita doppia la veridicità della ricostruzione giornalistica⁵⁷.

A questo proposito, è inoltre interessante evidenziare come tali modalità non istituzionalizzate di dissenso abbiano trovato una sorta di accettazione tacita nella dottrina dell'epoca (si potrebbe dire addirittura presso la stessa Corte

⁵³ Cfr. G. GEMMA, *Leggi di bilancio e referendum: un altro mutamento della mappa dell'abrogazione popolare*, in *Giur. cost.*, 1994, I, 22-34.

⁵⁴ Rispettivamente in materia di dismissione di beni appartenenti al patrimonio disponibile dello Stato (art. 2, decreto-legge 5 dicembre 1991, n. 386) e di sistema previdenziale dei lavoratori privati e pubblici (decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503).

⁵⁵ A commento, cfr. G. BORRÈ, *Sentenza n. 2/1994 della Corte costituzionale. Un'esperienza di opinione dissenziente*, in *Questione Giustizia*, 2-3, 1994, 581 ss.

⁵⁶ R. ROMBOLI, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nei giudizi costituzionali: strumento normativo, aspetti procedurali e ragioni di opportunità*, in A. ANZON, *L'opinione dissenziente*, cit., 79, nota 26.

⁵⁷ Cfr. U. SPAGNOLI, *Diritti sociali, Corte costituzionale, referendum*, in *Questione Giustizia*, 1994, 595 ss. C. ASPRELLA, *L'opinione dissenziente*, cit., 311-313, nota 112 ne ricorda le durissime parole nei confronti della mancata previsione del *dissent*: «è ora che emerga anche l'opinione dissenziente all'interno della Corte costituzionale. Queste posizioni di chiusura antiche, che non esistono in nessuna parte d'Europa e del mondo, debbono essere rimosse anche nel nostro paese perché si sappia apertamente, con trasparenza, che cosa accade. Si tratta di un fatto fondamentale che segna un altro passo in avanti verso questa sacrosanta conquista di civiltà giuridica. Non è possibile che si possa giudicare sulla base di una unanimità fittizia».

costituzionale), quasi facendo sperare in una possibile introduzione formale del voto particolare⁵⁸.

Non risulta, infatti, che la Corte – a fronte delle sopra ricordate esternazioni – abbia mai azionato il meccanismo disciplinare di cui all’art. 3, comma 1, legge cost. 9 febbraio 1948, n. 1, secondo cui «i giudici della Corte costituzionale non possono essere rimossi, né sospesi dal loro ufficio se non con decisione della Corte, per [...] gravi mancanze nell’esercizio delle loro funzioni»⁵⁹.

3.1. Relatore, redattore e relatore-redattore nelle deliberazioni collegiali

In stretta correlazione con le tecniche informali del dissenso, è ora doveroso ricordare – a fronte della più volte citata riforma delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale (N.I.) rispetto ai profili procedurali della deliberazione (art. 18)⁶⁰ – gli scenari nei quali non vi sia coincidenza tra giudice relatore e giudice redattore⁶¹.

⁵⁸ Così sembrava suggerire A. PIZZORUSSO, *Intervento*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Padova, CEDAM, 1984, 138: «Ora, dato che queste opinioni dissenzienti ‘di fatto’ non hanno destato in concreto alcuna reazione nei confronti dei loro autori, mi pare sostenibile che per effetto di ciò si sia affermata una convenzione costituzionale nel senso dell’ammissibilità di questo tipo di manifestazioni di opinione». In modo meno lusinghiero si esprimeva A. GARRORENA MORALES, *La sentencia constitucional*, cit., 20, secondo cui «los jueces del Palacio de la Consulta suplen muy ‘a la italiana’ la ausencia del *dissent*, compensándolo con una nada comedida ‘fuga de noticias’».

⁵⁹ Sul tema era già intervenuto G. D’ORAZIO, *Aspetti dello status di giudice della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1966, 222 ss., il quale rilevava la carenza di un divieto, in capo ai giudici costituzionali, in ordine alla «pubblicazione di opere giuridiche, anche se contenenti rilievi critici nei riguardi di decisioni pronunciate dalla Corte in epoca in cui l’autore era membro dell’organo», con la conseguenza che «pur mancando nel nostro ordinamento lo strumento formale e legale per manifestare il proprio dissenso [...] è tuttavia possibile in fatto [...] manifestare in forma pubblica, diretta o indiretta, la propria critica».

⁶⁰ Oggi art. 17 (a seguito della riforma del 2008).

⁶¹ In proposito, secondo A. PIZZORUSSO, *Dal ‘relatore’ al ‘redattore’ delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, I, 1988, 2 ss., «una delle prime pronunce della Corte costituzionale con riferimento alle quali è stata data applicazione alla regola introdotta con la modifica delle ‘norme integrative’ deliberata il 7 luglio 1987» è rappresentata da Corte cost., 18 dicembre 1987, n. 559. Sul tema, cfr. anche R. CHIEPPA, *Sottoscrizione e redazione delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, II, 1987, 2535 ss.

Nello specifico, con la riforma delle N.I. del 1987 si era previsto in modo formale che qualsiasi provvedimento giurisdizionale fosse sottoscritto unicamente dal Presidente e dal giudice estensore, in tal modo derogandosi alla previa sottoscrizione collegiale da parte di tutti i componenti del Collegio. Dall'altro, con la riforma nel 2008 è stato stabilito altresì che «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»⁶².

In primo luogo, non è secondario fare riferimento ad un potere presidenziale di nomina del giudice incaricato della redazione della sentenza che, in tal modo, si lega, sul piano formale, con quello di nomina del relatore⁶³.

Sul punto, è stato evidenziato il rischio – derivante dall'assegnazione sistematica delle controversie a giudici già “esperti della materia”, per retaggio professionale – della creazione di vere e proprie «giurisprudenze di settore», che potrebbero addirittura incidere sul principio di collegialità, orientando la stessa decisione del collegio⁶⁴.

⁶² Art. 17.4 N.I. Ci si è interrogati, in proposito, sulla concreta definizione delle categorie della ‘indisponibilità’ e degli ‘altri motivi’. Valga la risposta di A. RAUTI, *Le nuove “Norme integrative” della Corte fra collegialità e celerità del giudizio costituzionale*, in *Forum di Quad. cost.*, 2010, 7, per il quale «quanto all’indisponibilità, il rifiuto del giudice relatore può dipendere da una profonda diversità di vedute rispetto alle posizioni assunte dalla maggioranza del collegio o da un altro giudice relatore della stessa causa. Fra gli altri motivi, invece, si possono considerare, ad esempio, i casi di impedimento temporaneo del giudice relatore o – con qualche problema in più – di cessazione del suo mandato, mentre la sua eventuale posizione di minoranza non dovrebbe costituire, di per sé, un valido motivo per derogare alla regola della ‘corrispondenza’, a meno che il dissenso non si accompagni ad una dichiarazione di indisponibilità». Tale ampia risposta, tuttavia, non risolve definitivamente il dubbio sull’intervenuta sostituzione per ragioni di effettivo dissenso o per motivi che nulla hanno a che vedere con esso, come ricorda C. ASPRELLA, *L’opinione dissenziente*, cit., 316.

⁶³ Vada ricordato che l’art. 18.3 N.I. (nel testo precedente alla modifica del 2008) disponeva che «dopo la votazione, la Corte nomina un giudice per la redazione dell’ordinanza o della sentenza, il cui testo è approvato dal collegio in Camera di consiglio». In tal senso, la nomina del giudice redattore era effettuata dalla stessa Corte (formalmente in termini collegiali) e non dal Presidente. Che la prassi concreta riconducesse, però, tale potere di nomina *de facto* al Presidente era già stato evidenziato da LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., 138, che ricordava come «la nomina del giudice per la redazione della sentenza è, invece, fatta dalla Corte – o meglio, dal suo Presidente» e S. PANIZZA, *L’introduzione dell’opinione dissenziente*, cit., 227.

⁶⁴ Così R. TARCHI, *L’opinione dissenziente*, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI (a cura di), *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, Torino, Giappichelli, 2002, 390-391, il quale evoca anche il timore che la scelta discrezionale del relatore (confermata con quella del redattore), possa sottoporre il Presidente e la stessa Corte a

Non pare, tuttavia, che detto indice fattuale debba essere letto in modo negativo poiché la preferenza, nelle assegnazioni, in favore di giudici dotati di lunga esperienza (professionale o accademica) sulle questioni oggetto di giudizio, in nulla mina il principio di collegialità e la necessaria attività di studio, riflessione e decisione dei singoli componenti⁶⁵.

Entrando nel merito, è stato ricordato⁶⁶ che la prassi di rendere manifesta l'esistenza di una discrepanza tra il Giudice incaricato della relazione dei fatti di causa (redattore *in pectore*) e la maggioranza del Collegio venne inaugurata dalla Relazione annuale del Presidente della Corte sullo stato della giustizia costituzionale in data 2 aprile 2004, ove quest'ultimo diede conto della «mancata coincidenza tra giudice relatore e giudice redattore della pronuncia» in un unico caso⁶⁷.

La stessa matrice narrativa si ritrova nelle Relazioni annuali per gli anni 2004 (tre dissensi, Presidenza Onida)⁶⁸, 2005 (tre dissensi, Presidenza Marini)⁶⁹ e 2006

pressioni interne – con ricadute sugli equilibri collegiali – ed esterne (frutto degli orientamenti politici contingenti). *Contra*, la testimonianza di R. CHIEPPA, *Intervento*, in A. ANZON, G. AZZARITI, M. LUCIANI, *La composizione della Corte costituzionale*, cit., 250, secondo cui «la nomina del giudice è un potere presidenziale, ma il presidente si consulta con un gruppo di giudici determinati a rotazione: ogni mese cambia secondo l'anzianità [...] Questo può servire principalmente per coinvolgere altri giudici nelle scelte secondo una valutazione di esperienza scientifica e di ripartizione del carico di lavoro ed evitare talune cristallizzazioni di relatori su certe materie o argomenti».

⁶⁵ Spunti sulle “tecniche” di redazione delle pronunce costituzionali in C. TOMBA, *Brevi considerazioni sulla redazione delle decisioni della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, Torino, Giappichelli, 2017, 245-256.

⁶⁶ Cfr. E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, 4^a ed., Torino, Giappichelli, 2013, 81.

⁶⁷ Cfr. *La giustizia costituzionale nel 2003. Incontro con la stampa del Presidente Gustavo Zagrebelsky*, disponibile in www.cortecostituzionale.it. Il rinvio è alla sentenza del 10 aprile 2003, n. 116 (conflitto di attribuzione inter-organico, sollevato dal Tribunale di Caltanissetta rispetto alla delibera di insindacabilità delle opinioni del deputato V. Sgarbi, adottata dalla Camera dei Deputati il 21 giugno 2000), nella quale il Giudice relatore Neppi Modona venne sostituito per la redazione dal collega Capotosti. È stato anche ricordato – S. PANIZZA, *I recenti casi di discrepanza (meramente episodici?) tra giudice relatore e giudice redattore*, in *Quad. cost.*, 3, 2007, 599 – che «si trattava, peraltro, di un passaggio in qualche modo obbligato, dopo che in un comunicato stampa di un mese prima (23 ottobre 2006) la Corte, insieme al dispositivo, aveva palesato il fatto per cui il relatore ha chiesto di essere esonerato dalla stesura della motivazione e il Presidente si è riservato di provvedere in proposito».

⁶⁸ Sentt. 2/2004 e 35/2004, ord. 169/2004.

⁶⁹ Sentt. 45/2005, 46/2005 e 339/2005.

(tre dissensi, Presidenza Bile)⁷⁰, le quali potrebbero forse essere lette come volontà della Corte di rendere comunicativamente esplicito un dato comunque già reperibile dagli osservatori più attenti⁷¹.

Nel medesimo solco, infine, si colloca la consuetudine di palesare fin da subito in epigrafe la sostituzione del relatore con un altro giudice ai fini della redazione della sentenza, secondo una prassi inaugurata con sentenza del 23 novembre 2006, n. 393⁷².

Orbene, nonostante un semplice conteggio numerico consenta di ricavare indicazioni limitate (anche a fronte della conoscibilità del dissenso del solo relatore)⁷³, è doveroso rievocare l'esistenza di suggestioni "occulte" di particolare interesse⁷⁴.

⁷⁰ Ord. 369/2006, sentt. 390/2006 e 393/2006.

⁷¹ In ordine ai poteri di "esternazione" del Presidente della Corte, cfr. S. ALOISIO, *Alcuni cenni*, cit.; G. AZZARITI, *Il ruolo del Presidente della Corte costituzionale nella dinamica del sistema costituzionale italiano* e G. GEMMA, *Potere di esternazione del Presidente della Corte costituzionale: quali limiti?*, tutti in P. COSTANZO, *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, cit., rispettivamente 169 ss., 182 ss. e 201 ss.

⁷² Secondo la formula di rito «udito nella udienza pubblica/Camera di consiglio il Giudice relatore [...], sostituito per la redazione della decisione dal Giudice [...]». Cfr. A. RUGGERI, *La Consulta e il dissent ostentato (nota minima a Corte cost. n. 393 del 2006)*, in ID., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, X, Studi dell'anno 2006*, Torino, Giappichelli, 2007, 553 ss.

⁷³ A partire dalla sent. 393/2006 e sino al termine dell'anno 2019, si contano trentasei episodi di mancata coincidenza tra giudice relatore e giudice redattore. Come ricordato da E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, 5^a ed., Torino, Giappichelli, 2016, 81, devono escludersi dal computo le sentt. 17 e 18 del 2015, nelle quali la sostituzione del giudice relatore (Mattarella) è stata determinata da un sopravvenuto accadimento istituzionale (elezione dello stesso alla Presidenza della Repubblica). In ogni caso, l'estrema limitatezza numerica dei relatori dissenzienti può essere spiegata con le parole di E. ROSSI, *Relatore, redattore e collegio nel processo costituzionale*, in P. COSTANZO, *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, cit., 348-349, per il quale «[...] salvo rarissime eccezioni, viene nominato redattore lo stesso giudice relatore. Ciò in forza di un *gentlemen's agreement*, secondo il quale il relatore non deve rifiutarsi di redigere il progetto di decisione anche quando sia rimasto in tutto o in parte in minoranza e deve anzi scrivere la sentenza in modo da rendere convincente la tesi della maggioranza».

⁷⁴ Cfr. E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, 5^a ed., cit., 81. *Contra*, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2014, 62, secondo cui «sono evidenti i limiti intrinseci del singolare *dissent* 'all'italiana': se la dissociazione fra giudice relatore e redattore 'può' ragionevolmente far supporre un *dissent*, in ogni caso resta sconosciuta la motivazione del dissenso e, comunque, la mancata dissociazione per converso non indica necessariamente l'esistenza di un consenso. Resta poi insoluta, e insolubile, la questione del *dissent* per gli altri giudici, diversi dal relatore».

Tra queste, soprattutto il fatto che la “dissociazione” relatore/redattore ha investito tutte le funzioni tipiche della Corte e che la stessa ha trovato modo di esprimersi a proposito di tematiche troncali nell’equilibrio dei poteri e della tutela dei diritti sociali⁷⁵.

In relazione alle diverse competenze del Giudice costituzionale, si contano tredici “dissociazioni” in sede di giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, nove in sede di giudizio di legittimità costituzionale in via principale, sei in conflitti di attribuzione inter-organici, cinque in giudizi di ammissibilità di referendum abrogativi e tre in materia di conflitti di attribuzione intersoggettivi.

Sul piano statistico, si rileva altresì la netta predominanza del dissenso del relatore in questioni decise con sentenza (dunque, affrontate e discusse nel merito)⁷⁶, nonché una forte varietà personale e di estrazione dei giudici dissenzienti.

In dettaglio, nei trentasei casi indicati sono presenti ben ventitré relatori differenti, tra i quali i maggiori dissenzienti risultano essere Napolitano (5), Frigo (4), De Siervo (3) e Silvestri (3).

Sul fronte della provenienza professionale, dissentono maggiormente i giudici di estrazione accademica (16), seguiti da quelli provenienti dalle Supreme Magistrature (14) e dagli avvocati (6).

In tre sole occasioni, a fronte del dissenso del relatore, è stato il Presidente ad assumere direttamente la redazione della sentenza⁷⁷. Inoltre, il maggior numero di dissensi (7) si è registrato durante la Presidenza Bile (2006-2008), la più lunga tra quelle considerate nel periodo in esame.

Infine, in ordine alle “materie” di competenza, tra gli accademici spiccano i professori di diritto costituzionale (10), seguiti da quelli di diritto penale e diritto del lavoro (2 ciascuno), mentre tra i magistrati predominano quelli provenienti dalle

⁷⁵ Tra queste, spiccano quelle in materia di procreazione medicalmente assistita (45/2005, 46/2005 e 369/2006), immunità parlamentari (116/2003, 135/2008 e 188/2010), minoranze linguistiche (159/2009 e 88/2011), assistenza sociale (222/2013 e 50/2019) e sanità pubblica (125/2015 e 172/2015).

⁷⁶ trentatré sentenze e tre ordinanze (169/2004, 369/2005 e 28/2014).

⁷⁷ Sentt. 17/2008 e 135/2008 (Bile); 88/2011 (De Siervo).

Sezioni civili della Corte di Cassazione (7) e dal Consiglio di Stato (5). Per una descrizione maggiormente schematica dei dati sopra indicati, si consideri *infra* quanto riportato nella Tabella n. 11⁷⁸.

Chiudendo il cerchio delle modalità informali o atipiche (fors'anche irrituali) di manifestazione del dissenso, non è secondario evidenziare il *favor* espresso pubblicamente nei confronti dell'opinione dissenziente da numerosi Giudici costituzionali, spesso una volta cessati dal loro mandato.

In tale direzione, può ad esempio ricordarsi il sostegno di Francesco Paolo Bonifacio⁷⁹, Francesco Paolo Casavola, Antonio Baldassarre⁸⁰, Paolo Maria Napolitano⁸¹ o, più recentemente, Gaetano Silvestri⁸² e Sabino Cassese⁸³.

Ripercorrendo il dibattito “storico” in seno alla Corte costituzionale, si devono anche citare le posizioni favorevoli di Aldo Corasaniti (Presidente nel 1991-

⁷⁸ Si tratta di un'integrazione della tabella elaborata (fino al 2016) da S. PANIZZA, *Could there be an Italian way for introducing dissenting opinions? The decision-making process in the Italian Constitutional Court through discrepancies between the rapporteur Judge and the opinion-writer Judge*, in N. ZANON, G. RAGONE, *The dissenting opinion. Selected Essays*, cit., 107-110.

⁷⁹ Sul punto, G. CÁMARA VILLAR, *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español*, cit., 7-8 ne richiama le parole a proposito della giurisprudenza del Giudice delle Leggi italiano in materia di adulterio della moglie (sentenze 64/1961 e 126/1968) e matrimonio concordatario. In particolare, Bonifacio lamentava che, a causa della mancata formalizzazione di eventuali dissensi, non vi sarebbe mai stata traccia ufficiale delle motivazioni che avevano portato i giudici a favorire un cambio giurisprudenziale (nel primo caso) o, al contrario, a mantenere fermo un precedente orientamento (nel secondo).

⁸⁰ Si veda l'intervista di R. ZUCCOLINI, «Carica a vita». *Le ipotesi per cambiare la Consulta*, in *Corriere della Sera*, 11 ottobre 2009, 12.

⁸¹ Cfr. *La Repubblica*, 1° novembre 2009: «La segretezza non è una garanzia e nulla ha a che fare con l'indipendenza del giudice. Anzi, il voto segreto rischia di diventare un alibi per l'incoerenza». Inoltre, «non consentire l'opinione dissenziente [...] significa ritenere il giudizio di costituzionalità quasi un processo deterministico, per cui da una certa norma sottoposta a giudizio possa emergere una sola decisione, quella adottata. Così non è. La Costituzione contiene tanti valori e le decisioni non possono rientrare nell'unica categoria del 'vero-falso', piuttosto sono il frutto di una valutazione complessiva di valori e categorie».

⁸² Cfr. G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale vista da vicino. Intervista di Diletta Tega a Gaetano Silvestri*, in *Quad. cost.*, 3, 2014, 757 ss.

⁸³ Per S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, 2015, Bologna, Il Mulino, 53, «che il giudice debba esprimere una sola opinione discende dalla circostanza che la giustizia veniva amministrata in nome del re, che non poteva avere due opinioni. Poi, l'impianto logico-sistematico ha indotto a pensare che a ogni problema giuridico vi sia una ed un'unica soluzione. Ora il re non c'è, e prevale il pluralismo. E la scienza giuridica è abituata all'idea che un problema possa avere due o più soluzioni. Perché, allora, non ammettere la *dissenting opinion*?». Cfr. anche M. CIANCA, «Pubblicizzare i voti contrari», *la Consulta si interroga sulla dissenting opinion*, in *Corriere della Sera*, 7 febbraio 1999, 7.

1992), Fernando Santosuosso (1992-2001) e Ugo Spagnoli (1986-1995), nonché quelle dubitative di Renato Granata (Presidente nel 1996-1999) e Gustavo Zagrebelsky (1995-2004 e Presidente nel 2004), alcune delle quali espresse dai diretti interessati nel momento in cui ancora ricoprivano la carica di Giudice costituzionale⁸⁴.

⁸⁴ In proposito, si vedano *passim* gli interventi raccolti in A. ANZON, *L'opinione dissenziente*, cit. Una recente ricostruzione delle diverse posizioni manifestate, nel corso degli anni, da alcuni Giudici costituzionali è stata compiuta anche da D. TEGA, *La Corte costituzionale allo specchio del dibattito sull'opinione dissenziente*, in *Quad. cost.*, 1, 2020, 97-102.

TABELLA n. 12 - Casi di mancata coincidenza tra relatore e redattore nella Corte costituzionale italiana (2003-2019)

Anno	Numero pronuncia	Tipo di giudizio	Tipo di provvedimento	Oggetto	Dispositivo	Relatore	Redattore	Presidente
2003	116	conflitto poteri	sentenza	Immunità parlamentari	inammissibilità	Neppi Modona	Capotosti	Chieppa
2004	2	principale	sentenza	Statuto Calabria	Illegittimità (2); non fondatezza (3); manifesta infondatezza	Capotosti	De Siervo	Chieppa
2004	35	incidentale	Sentenza	Revisori contabili	Illegittimità nella parte in cui	Contri	Onida	Chieppa
2004	169	incidentale	<u>ordinanza</u>	Paternità naturale	Manifesta inammissibilità	Marini	Amirante	Zagrebelsky
2004	45	referendum	sentenza	Procreazione medicalmente assistita	inammissibilità	Bile	De Siervo	Onida
2005	46	referendum	sentenza	Procreazione medicalmente assistita	ammissibilità	Amirante	Marini	Onida
2005	339	conflitto enti	sentenza	Commissario autorità portuale LI	Non spettava allo Stato	Vaccarella	Flick	Capotosti
2005	369	incidentale	<u>ordinanza</u>	Procreazione medicalmente assistita	Manifesta inammissibilità	Finocchiaro	Vaccarella	Bile
2006	390	incidentale	sentenza	Avvocatura	Inammissibilità; non fondatezza	Cassese	Vaccarella	Bile

Anno	Numero pronuncia	Tipo di giudizio	Tipo di provvedimento	Oggetto	Dispositivo	Relatore	Redattore	Presidente
2006	393	incidentale	sentenza	Prescrizione	Illegittimità limitatamente	Flick	Quaranta	Bile
2008	15	referendum	sentenza	elezioni	ammissibilità	De Siervo	Silvestri	Bile
2008	17	referendum	sentenza	elezioni	ammissibilità	Amirante (2)	Bile	<u>Bile</u>
2008	135	conflitto poteri	Sentenza	Immunità parlamentari	Non spettava al Senato	Napolitano	Bile	<u>Bile</u>
2008	324	incidentale	sentenza	reati	Inammissibilità (4); non fondatezza (3)	Silvestri	Napolitano	Bile
2009	159	principale	sentenza	Immunità parlamentari	Illegittimità; non fondatezza	De Siervo (2)	Napolitano	Amirante
2009	232	principale	sentenza	ambiente	Illegittimità nella parte in cui (3); cessata materia; inammissibilità (15); non fondatezza (22)	Silvestri (2)	Mazzella	Amirante
2009	241	conflitto poteri	sentenza	Reati ministeriali	Non spettava al collegio; non spettava al Tribunale	De Siervo (3)	Frigo	Amirante
2010	188	conflitto poteri	sentenza	Immunità parlamentari	Spettava al Senato	Silvestri (3)	Frigo	Amirante

Anno	Numero pronuncia	Tipo di giudizio	Tipo di provvedimento	Oggetto	Dispositivo	Relatore	Redattore	Presidente
2010	328	conflitto enti	sentenza	Istruzione pubblica	Non spettava alla Provincia	Frigo	De Siervo	Amirante
2011	88	principale	sentenza	Immunità parlamentari	Inammissibilità, non fondatezza	Napolitano (2)	De Siervo	<u>De Siervo</u>
2012	40	conflitto poteri	sentenza	Segreto di Stato	spettava al Presidente del Consiglio	Tesaro	Frigo	Quaranta
2013	277	incidentale	Sentenza	Ordine mauriziano	Illegittimità (2)	Napolitano (3)	Lattanzi	Quaranta
2013	159	incidentale	sentenza	Diritto privato (e finanza regionale)	Illegittimità	Carosi	Criscuolo	Gallo
2014	222	principale	sentenza	Assistenza sociale	Illegittimità (3); inammissibilità, non fondatezza	Frigo (2)	Lattanzi	Gallo
2014	28	principale	<u>ordinanza</u>	energia	manifesta inammissibilità (2); non fondatezza (2)	Criscuolo	Cassese	Silvestri
2015	210	principale	sentenza	Usi civici	Illegittimità	Amato	Coraggio	Cassese
2015	125	principale	sentenza	Sanità pubblica	Illegittimità (3); inammissibilità	Napolitano (4)	Carosi	Criscuolo

Anno	Numero pronuncia	Tipo di giudizio	Tipo di provvedimento	Oggetto	Dispositivo	Relatore	Redattore	Presidente
2015	172	principale	sentenza	Sanità pubblica	estinzione	Napolitano (5)	Carosi	Criscuolo
2015	234	incidentale	sentenza	Professioni	Non fondatezza	Frigo (3)	Lattanzi	Criscuolo
2016	52	conflitto poteri	sentenza	Confessioni religiose	Non spettava alla Corte di Cassazione	Lattanzi	Zanon	Cartabia
2016	56	incidentale	sentenza	edilizia	illegittimità	Frigo (4)	Coraggio	Criscuolo
2017*	26	referendum	sentenza	Statuto lavoratori (licenziamento)	inammissibilità	Sciarra	Lattanzi	Grossi
2017*	262	conflitto enti	sentenza	Testo unico personale Senato (lavoro)	Spettava al Senato e al Presidente della Repubblica	Amato (2)	Zanon	Grossi
2018*	197	incidentale	sentenza	Responsabilità magistrati	Non fondatezza	Modugno	Viganò	Lattanzi
2018*	200	incidentale	sentenza	Pensioni pubbliche	Non fondatezza	Prosperetti	Amoroso	Lattanzi
2019*	50	incidentale	Sentenza	Assistenza sociale	Non fondatezza	Morelli	Prosperetti	Lattanzi

* Indicazione nella Relazione annuale.

3.2. Il ruolo del Presidente nel Collegio costituzionale

Come si è avuto modo di notare, il ruolo del Presidente della Corte costituzionale assume un protagonismo non secondario sulle diverse questioni evocate. A tal proposito, si tengano soprattutto in considerazione il suo profilo “istituzionale” e la possibilità di rompere la parità tra i membri del Collegio attraverso il proprio voto decisivo (*casting vote* in lingua inglese, *voto de calidad* in spagnolo)⁸⁵.

Sul piano teorico-astratto, infatti, diversi interrogativi sono stati sollevati in relazione alla (possibile) incidenza dell’opinione dissenziente sulle funzioni presidenziali.

In tal senso, infatti, si è sostenuto che, laddove la scelta del giudice redattore appartenga al Presidente in quanto parte della maggioranza, lo stesso potrebbe essere chiamato ad un giudizio di ponderazione personale tra la volontà di dissentire (con la correlata impossibilità di procedere alla designazione) o quella di “limitare” i margini del suo dissenso, mantenendo il controllo della nomina e potendo influenzare in modo forse più pregnante la decisione della Corte⁸⁶.

Con precipuo riferimento all’incidenza di detto strumento sulle qualità del Presidente come “coordinatore” della Corte e figura di rappresentanza esterna, è stato anche ricordato che «la sua funzione di equilibrio, e il suo essere espressione della volontà generale dell’organo, mal si concilierebbero con un’eccessiva rigidità e una conseguente refrattarietà ad offrirsi al confronto (e, talora, al compromesso) con le diverse posizioni che emergano all’interno della Corte»⁸⁷.

⁸⁵ Cfr. art. 16, comma 3, l. 11 marzo 1953, n. 87 (fatti salvi i giudizi di accusa ai sensi della l. 25 gennaio 1962, n. 20, secondo cui «in caso di parità di voti prevale l’opinione più favorevole all’accusato»).

⁸⁶ Cfr. S. PANIZZA, *L’introduzione dell’opinione dissenziente*, cit., 235. Secondo G. AZZARITI, *Il ruolo del Presidente della Corte costituzionale*, cit., 200, invece, «l’introduzione della *dissenting opinion* potrebbe favorire una discussione più libera tra i componenti del Collegio e superare il rischio – se di rischio si tratta – di una ipotetica predeterminazione degli esiti», restando fermo che «la migliore garanzia nei confronti delle eventuali ‘forzature’ del relatore (e nella scelta di questo) rimane la responsabile e consapevole compartecipazione di tutti i giudici alla discussione e alla determinazione delle decisioni».

⁸⁷ S. PANIZZA, *L’introduzione dell’opinione dissenziente*, cit., 235.

Sul punto, si fa presente, tuttavia, che una lettura di tale genere sembra inserirsi entro i confini di un principio di collegialità “assolutizzante”⁸⁸ e, forse, anche di una impostazione concettuale fondata sull’idea secondo cui soluzioni condivise sarebbero possibili solo nel segreto della camera di consiglio⁸⁹.

Si è discusso, inoltre, a proposito della compatibilità tra *dissent* del Presidente e voto di “spareggio” in capo a quest’ultimo⁹⁰. Da un lato, autorevole dottrina ha addirittura sostenuto l’illegittimità costituzionale della relativa previsione normativa «perché consente che, a parità di voti, la Corte esprima una decisione quando, al contrario, la sua volontà non si è formata; o, in altri termini, che le controversie [...] vengano decis[e], in un sistema a costituzione rigida, in base ad un puro espediente tecnico e non alla effettiva volontà dell’organo posto a garanzia della Costituzione»⁹¹.

Dall’altro, si è affermato come, in assenza di siffatta disposizione, la Corte dimostrerebbe di non sapere (o volere) operare una scelta: con la conseguenza che

⁸⁸ Sulle oscillazioni tra principio collegiale e preminenza presidenziale, cfr. P. PASSAGLIA, «Presidenzialismo» e «collegialità» nel procedimento decisorio della Corte costituzionale, in AA.VV., *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, V, Torino, Giappichelli, 2010, 2431: «la conclusione generale che sembra di potersi tracciare è che, esaminando tanto le fonti normative sul funzionamento della Corte quanto (e, talvolta, soprattutto) la prassi inverteasi, l’idea della collegialità come principio guida (anzi, come presupposto indefettibile) non osta a collocare il presidente in una posizione di supremazia nel complesso dell’*iter* decisorio [...] La procedura pare assecondare una lettura della forma di governo della Corte da declinare in senso assai più ‘presidenziale’ che ‘collegiale’: ferma restando la natura collegiale dell’organo, che rende le decisioni comunque ascrivibili ai quindici giudici, pare difficile negare che il presidente abbia significativi poteri di condizionamento nella fase anteriore alla determinazione dell’esito della questione e, parimenti, non possono sottovalutarsi gli *atouts* presidenziali spendibili nella fase di determinazione dell’esito della questione».

⁸⁹ Si veda l’impostazione di L. LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., 59, il quale suggerisce uno slittamento concettuale dalla «collegialità della decisione» alla «collegialità nella decisione», da intendersi come discussione e decisione in camera di consiglio, distribuzione della bozza di decisione, da parte del redattore, agli altri membri ed approvazione collegiale del provvedimento definitivo. In tal modo, l’opinione dissenziente in nulla altererebbe lo stato di cose oggi esistente. Riprendendo anche G. CERRINA FERONI, *Il Presidente della Corte costituzionale*, in *Dir. soc.*, 4, 1994, 705-706, se si guarda ad una “funzione riflessiva” della collegialità «intesa come maggiore ponderazione delle decisioni da prendere, non v’è dubbio che essa verrebbe ad essere potenziata, nell’ambito della Corte costituzionale, una volta reso pubblico il dissent».

⁹⁰ Nell’ambito dei sistemi di giustizia costituzionale, una soluzione “curiosa” per la sua singolarità è quella prevista dall’art. 97.1 della Costituzione del Principato di Andorra, la quale attribuisce tale “privilegio” al giudice relatore (scelto per sorteggio).

⁹¹ T. MARTINES, *Il presidente della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, I, 2082.

l'attribuzione di un doppio valore al voto presidenziale troverebbe fondamento «nella necessità di assicurare comunque la formazione di una volontà del Collegio, piuttosto che nella volontà di attribuire al presidente dell'organo una posizione di preminenza»⁹².

Da ultimo, una soluzione “terza” (e disincantata) ricorda che, in una situazione di parità, qualsiasi attribuzione ad essa di un qualche valore giuridico andrebbe ad alterare il principio dell'equivalenza dei voti.

Su un fronte, infatti, la previsione del voto di qualità garantirebbe un *quid pluris* al voto del Presidente mentre, sull'altro, la risoluzione della situazione di stallo – con prevalenza di una tra le soluzioni contrapposte – creerebbe una differenza qualitativa nel “peso specifico” del voto non tanto tra Presidente e restanti membri del Collegio, bensì tra questi ultimi⁹³. Il voto di alcuni (e non di uno solo) varrebbe più del voto degli altri: pertanto, la soluzione finale sarebbe rimessa ad un bilanciamento di opportunità del tutto soggettivo.

In una prospettiva comparata, infine, sono state adottate soluzioni diversificate. Né l'esperienza statunitense né quella del *BVerfG* tedesco, infatti, prevedono uno schema analogo a quella descritta. Ne deriva, quale conseguenza, una conferma dello *status quo* di cui alla controversia sottoposta all'attenzione delle rispettive Corti.

Nel dettaglio, la Corte Suprema degli Stati Uniti provvede tradizionalmente alla risoluzione delle suddette controversie attraverso l'emissione di una *per curiam opinion* priva di motivazione, la quale si limita spesso a dare telegrafica contezza del fatto che – a fronte di una situazione di *deadlock* interno – quanto disposto da un Giudice di grado inferiore «is affirmed by an equally divided court»⁹⁴.

⁹² L. LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., 118. Come ricordato da L. MENGONI, *Intervento*, cit., 55, «l'ammissione della *dissenting opinion* non ferisce il principio di collegialità della decisione [...] l'atto rimane imputato indivisibilmente all'intero collegio».

⁹³ S. PANIZZA, *L'introduzione dell'opinione dissenziente*, cit., 238.

⁹⁴ Come ricordato dalla stessa Corte Suprema in *Ohio ex rel. Eaton v. Price*, 364 U.S. 263 (1960), 264, «in such circumstances [...] the usual practice is not to express any opinion, for such an expression is unnecessary where nothing is settled». Tale prassi, peraltro, viene giustificata con l'affermazione secondo cui «the usual practice of not expressing opinions upon an equal division has the salutary force of preventing the identification of the Justices holding the differing views as

Nel caso tedesco, invece, il §15.4 *BVerfGG* dispone che, in caso di parità di voti, la Corte è impossibilitata a dichiarare l'intervenuta violazione delle disposizioni costituzionali. In tale contesto, pertanto, opera una presunzione di costituzionalità che, tuttavia, non impedisce la stesura di una sentenza collegiale sui punti rispetto ai quali esiste concordanza, corredata dalle opinioni dissenzienti rispetto alla soluzione favorevole alla costituzionalità della norma⁹⁵.

In questo senso, allora, la presenza di un vero e proprio *casting vote* in capo al Presidente – ancor più delicata in un ordinamento che contempra l'opinione dissenziente – potrebbe essere espunta (come dimostrano le esperienze americana e tedesca) oppure temperata.

Tra le soluzioni che appaiono ragionevolmente possibili, si potrebbe pensare alla previsione di un numero dispari di membri del Collegio, alla priorità del voto presidenziale durante il processo deliberativo o anche ad una sorta di traduzione giurisprudenziale della *constitutional convention* britannica della *Speaker Denison's Rule*. In forza di quest'ultima, il Presidente sarebbe chiamato a votare in favore del mantenimento della situazione giuridica vigente⁹⁶, non esistendo un'effettiva maggioranza alternativa favorevole alla sua revisione⁹⁷.

to the issue, and this may well enable the next case presenting it to be approached with less commitment». Sul mantenimento dello *status quo ante*, cfr. anche *Durant v. Essex Company*, 74 U.S. 107 (1868), 110.

⁹⁵ Si veda la già richiamata sentenza *Der Spiegel* (1966). In relazione al caso *Mephisto*, in materia di limiti alla libertà di espressione artistica, ricorda L. LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., 123 come «la divisione paritaria del collegio (3 giudici favorevoli e 3 contrari) ha determinato il rigetto del ricorso: nella motivazione collegiale sono indicati i principi di interpretazione della libertà dell'arte condivisi da tutti i giudici, mentre nei voti particolari [dei giudici Stein e Rupp-von Brünneck] si critica l'insufficiente bilanciamento dei valori di tale libertà rispetto ai diritti della persona e si chiede, altresì, un controllo più incisivo sull'applicazione dei diritti fondamentali nella giurisprudenza civile».

⁹⁶ Cfr. T. ERSKINE MAY, *Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, 23^a ed., London, LexisNexis, 2004, 413-417 e R. BLACKBURN, A. KENNON, *Griffith & Ryle on Parliament: functions, practice and procedures*, London, Sweet&Maxwell, 2003, 293-294.

⁹⁷ Quest'ultima soluzione è stata suggerita da F. SANTAOLALLA LÓPEZ, *El voto de calidad del Presidente del Tribunal Constitucional*, cit., 211. Per ulteriori riflessioni sul tema nell'ordinamento spagnolo, cfr. G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Artículo 90*, in J.L. REQUEJO PAGÉS (a cura di), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2001, 1364 ss. e M.A. AHUMADA RUIZ, *La regla de la mayoría y la formulación de doctrina constitucional*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 58, 2000, 155-188.

4. La sentenza 19 gennaio 1989, n. 18 della Corte Costituzionale: l'opinione dissenziente “sotto mentite spoglie” nella giurisprudenza ordinaria (con spiragli su quella costituzionale)?

Al netto delle ragioni di opportunità politico-istituzionale e dei giudizi di valore, esistono ostacoli – sul piano del diritto positivo – che impediscano formalmente l'ingresso dell'opinione dissenziente nell'ordinamento giurisdizionale italiano? Vige una barriera normativa o, in termini ancor più forti, addirittura costituzionale alla pubblicizzazione delle soluzioni non maggioritarie?

La sentenza del 19 gennaio 1989, n. 18 della Corte costituzionale⁹⁸ rappresenta la più importante pronuncia resa da un organo giurisdizionale italiano in tema dalla quale estrarre interessanti suggestioni, seppur in modo indiretto.

Essa, infatti, trae origine da distinte ordinanze di rimessione formulate in relazione alla legge 13 aprile 1988, n. 117, avente ad oggetto il risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie da parte dei magistrati, nonché i relativi profili di responsabilità civile⁹⁹.

Ai fini che qui interessano, veniva contestata l'illegittimità costituzionale dell'art. 16, nella parte in cui (integrando il disposto degli artt. 131 c.p.c. e 148 c.p.p.) imponeva la necessaria compilazione – al termine di ogni giudizio – del relativo processo verbale, il quale «d[oveva] contenere la menzione della unanimità della decisione o del dissenso, succintamente motivato, che qualcuno dei

⁹⁸ Pubblicata in *Giur. Cost.*, 1989, I, 104 ss.

⁹⁹ I commenti alla suddetta pronuncia sono stati numerosi (oltreché interdisciplinari). Senza una pretesa di completezza, vadano ricordati quelli di F.V. SORRENTINO, *Osservazioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 18 del 1989, in tema di responsabilità civile dei giudici*, in *Cass. pen.*, 4, 1989, 563 ss.; E. FAZZALARI, *Una legge “difficile”* e A. BEVERE, *Dal giudice-funziario al giudice-organo della comunità: riflessioni in margine alla sentenza sulla responsabilità del giudice*, in *Giur. cost.*, I, 1989, rispettivamente 104 ss. e 106 ss.; F. DEL CASTELLO, *Finalmente conclusa la querelle sulle responsabilità dei giudici*, in *Giust. civ.*, 1989, I, 4, 786 ss.; M. GIANNUZZI, *Responsabilità dei giudici ed indipendenza della magistratura*, in *Giur. it.*, 1989, 10, I, 1, 1431 ss.; L. SCOTTI, *La responsabilità civile per le pronunce dei giudici collegiali nelle valutazioni della Consulta*, in *Foro it.*, 1989, I, 2, 307 ss. e T. RAFARACI, *La rivisitata responsabilità civile dei magistrati: il primo intervento della Corte costituzionale*, in *Leg. pen.*, 1989, IV, 4, 615 ss.

componenti del collegio, da indicarsi nominativamente, a[vesse] eventualmente espresso su ciascuna delle questioni decise».

In particolare, il Tribunale di Roma deduceva un possibile contrasto con gli artt. 101 e 104 Cost., giacché un'eventuale pubblicità delle posizioni assunte dai giudici in sede deliberativa avrebbe leso il principio della segretezza della Camera di consiglio di cui all'art. 276 c.p.c.; principio – ad avviso del rimettente – dotato di copertura costituzionale, in quanto finalizzato a garantire la soggezione del giudice soltanto alla legge e l'indipendenza dell'attività giurisdizionale¹⁰⁰.

Inoltre, veniva denunciato un vizio di costituzionalità anche in relazione all'art. 97 Cost., poiché l'obbligatorietà della verbalizzazione sulle singole questioni discusse e decise avrebbe determinato un intollerabile sovraccarico di lavoro da parte dei Tribunali, con conseguente lesione del principio di buon andamento nell'attività della Pubblica Amministrazione.

Alla luce delle suddette contestazioni, la Corte dichiarava l'incostituzionalità dell'art. 16 per violazione della norma-parametro da ultimo evocata¹⁰¹. Quale conseguenza, la compilazione del suddetto processo verbale diveniva – in ragione del ricorso ad una sentenza manipolativa-sostitutiva – facoltativa (anche in presenza di un'effettiva divergenza interpretativa), essendo subordinata alla sola richiesta da parte di un componente del collegio in dissenso con la soluzione maggioritaria¹⁰².

¹⁰⁰ La relativa ordinanza può essere letta in *Foro it.*, I, 1988, 1670 ss.

¹⁰¹ Cons. in dir., par. 27: «L'art. 16 della l. n. 117 del 1988 prevede la compilazione di un sommario processo verbale, che deve contenere la menzione della unanimità della decisione o del dissenso, succintamente motivato, 'su ciascuna delle questioni decise', con l'indicazione nominativa di ogni componente del collegio che lo abbia espresso. Il che comporta una continua attività di verbalizzazione da parte dei collegi giudicanti, in relazione a qualsiasi questione decisa, sia essa pregiudiziale, preliminare, di diritto o di fatto, a prescindere dall'esistenza del dissenso di alcuno dei membri del collegio, della rilevanza del dissenso ai fini di eventuali azioni di responsabilità e dalla richiesta di verbalizzazione da parte dell'interessato. Ciò implica un intralcio costante all'attività giudiziaria, incompatibile col principio del buon andamento dell'amministrazione della giustizia e non giustificato dalle finalità che la norma intende realizzare».

¹⁰² In realtà, l'art. 131 c.p.c. allude ad una richiesta da parte di «uno qualunque dei componenti del collegio, anche non dissenziente, e persino nei casi di completa e perfetta unanimità tra i vari membri dell'organo in ordine a ciascuna delle questioni decise» (S. PANIZZA, *L'introduzione dell'opinione dissenziente*, cit., 169), mentre l'art. 125 del codice penale entrato in vigore nel 1989 (in sostituzione del precedente codice processuale del 1930, il cui art. 148 replicava l'art. 131 c.p.c.) discorre – più coerentemente – di «componente del collegio che non ha espresso voto conforme alla decisione».

Soprattutto, però, vengono ritenute non fondate le questioni prospettate in relazione ai principî di indipendenza del giudice ed imparzialità del giudizio. Infatti, la Corte dichiara espressamente che «nel nostro ordinamento costituzionale non esiste un nesso imprescindibile tra indipendenza del giudice e segretezza, nel senso indicato nelle ordinanze di rimessione, cioè quale mezzo per assicurare l'indipendenza attraverso l'impersonalità della decisione [...] Nessuna norma costituzionale stabilisce il segreto delle deliberazioni degli organi giudiziari, quale garanzia della loro indipendenza; né, a tal fine, impone il segreto sull'esistenza di opinioni dissenzienti all'interno del collegio»¹⁰³.

In proposito, non risulta quindi in discussione né la mancata copertura costituzionale del principio della segretezza della camera di consiglio (che è tale unicamente in forza di una previsione di legge ordinaria), né l'assenza di un collegamento ineludibile tra il segreto della deliberazione e l'indipendenza del giudice¹⁰⁴.

A livello di ricadute pratiche sull'attività del singolo magistrato, poi, la redazione e custodia dell'eventuale verbale mantengono comunque le evidenziate connotazioni di segretezza, almeno fino alla promozione di un ipotetico giudizio di rivalsa da parte dello Stato nei confronti dei membri del Collegio che ha giudicato¹⁰⁵.

¹⁰³ Cons. in dir., §25.

¹⁰⁴ In questo senso, cfr. A. PIZZORUSSO, *Osservazioni sullo strumento normativo richiesto per l'introduzione del dissenso nelle motivazioni della Corte costituzionale* e S. FOIS, *Intervento*, in A. ANZON, *L'opinione dissenziente*, cit., rispettivamente 22 e 58; R. ROMBOLI, *L'introduzione dell'opinione dissenziente*, cit., 69-70 e S. PANIZZA, *L'introduzione dell'opinione dissenziente*, cit., 184. *Contra*, S. BARTOLE, *Opinioni dissenzienti: problemi istituzionali e cautele procedurali*, in A. ANZON, *L'opinione dissenziente*, cit., 3 ss., il quale parla della «combinazione fra il principio della collegialità e ripudio della pubblicità delle opinioni dei giudici dissenzienti o concorrenti» come di un «principio implicito», facendo altresì presente come la soluzione adottata dalla Corte costituisca «regola direttamente funzionalizzata alla disciplina della responsabilità che, anzi, conferma il principio che vuole segreto il dissenso nella misura in cui ne consente la rottura nei soli casi in cui un magistrato lo richieda ad esonero della propria responsabilità».

¹⁰⁵ Secondo M. CICALA, *Commento a Corte cost. n. 18/1989*, in *Corr. giur.*, 1989, 181, «la redazione del verbale in ogni ipotesi di pronuncia collegiale, anche unanime, garantiva la segretezza della camera di consiglio, mentre d'ora in avanti la presenza del verbale (e della busta destinata a contenerlo) renderà palese che fra i giudici si è manifestato un contrasto». Merita poi considerazione l'affermazione di G.M. BERRUTI, *Sulla responsabilità civile dei magistrati (le fattispecie della legge n. 117 del 1988)*, in *Giur. it.*, 1988, IV, 242, per il quale se «la finalità della verbalizzazione in parola

In questo senso, peraltro, si crea una dissociazione tra l'azione di risarcimento "diretta" promossa dal danneggiato nei confronti dello Stato e quella "indiretta" esperita da quest'ultimo nei confronti dei magistrati responsabili a titolo individuale.

In particolare, ciò dipende dalla diversità strutturale e di imputazione soggettiva del fatto contestato. Da un lato, lo Stato risponde di una decisione emessa da un "suo" organo giudicante sulla base di un principio di collegialità che «fondando sul criterio della maggioranza ed esautorando la deliberazione da qualsiasi forma di individualismo giudiziale, attribuisce alla decisione carattere di unicità»¹⁰⁶.

Dall'altro, la rivalsa statale si regge sulla distinzione tra «condotta specifica del singolo magistrato e fondatezza della pretesa risarcitoria, vale a dire, sulla relazione tra la *personalità* del contributo giudiziale funzionale alla decisione (= *fatto del giudice*) e la violazione dei diritti procedurali riconosciuti alle parti»¹⁰⁷, nel qual caso assumerà rilievo decisivo l'eventuale presenza di opinioni dissenzienti sino a quel momento ignote.

A titolo di mera curiosità, appare suggestivo notare come il Collegio costituzionale che ha giudicato nel caso di specie risultasse integrato da cinque giudici che, in momenti anteriori o posteriori alla citata pronuncia, hanno espressamente manifestato il proprio consenso a favore dell'opinione dissenziente¹⁰⁸.

Sul piano della giurisdizione non costituzionale, poi, un rapido cenno può essere fatto in ordine alle vicende del giudizio arbitrale. In proposito, infatti, l'art.

è solo quella di evitare che il giudice che non sbaglia non paghi insieme a quegli che invece sbaglia, e poiché a determinare la responsabilità non rileva l'errore sulla interpretazione della legge o sulla valutazione della prova, allora l'utilità del dissenso deve collocarsi in un altro ambito [...] quello costituito dalla eventuale ricerca di una negligenza inescusabile della quale il collegio tutto può essere accusato».

¹⁰⁶ F. FALATO, *Segreto della camera di consiglio ed opinione dissenziente*, cit., 33.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ Si vedano le posizioni all'uopo manifestate da Corasaniti, Spagnoli, Casavola, Baldassarre e Cheli, ricordate *passim* nel presente Capitolo. Si potrebbe anche richiamare L. MENGONI, *Intervento*, cit., 55, quando afferma che «la deroga al vincolo del segreto non è coesistente alla collegialità».

823, comma primo, n. 7 c.p.c. prescrive, tra le condizioni di validità del lodo arbitrale, la firma dello stesso da parte di tutti i componenti del Collegio, precisando che «la sottoscrizione della maggioranza degli arbitri è sufficiente, se accompagnata dalla dichiarazione che esso è stato deliberato con la partecipazione di tutti e che gli altri non hanno voluto o non hanno potuto sottoscriverlo».

In questi termini, la dottrina è giunta ad ammettere la legittimità della produzione di opinioni di dissenso da parte dell'arbitro rimasto in minoranza¹⁰⁹, ferma tuttavia restando la carenza di una espressa regolamentazione formale¹¹⁰.

Da ultimo, con l'intervenuta riforma operata dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 e l'introduzione dell'art. 813 ter c.p.c., è stata portata a sistema, attraverso una tipizzazione delle fattispecie di illecito, la responsabilità dei componenti del collegio arbitrale, ciascuno dei quali – ai sensi del comma 7 – risponde «solo del fatto proprio».

Pertanto, deve escludersi una responsabilità solidale del collegio arbitrale in quanto tale, potendo configurarsi l'istituto del *dissent* quale strumento di esonero individuale da una (possibile) azione giudiziaria nei confronti dell'arbitro che abbia rifiutato di sottoscrivere un lodo non condiviso.

¹⁰⁹ In questi termini già F.P. LUISO, *In tema di ricasazione degli arbitri e di «dissenting opinion»* (a commento di App. Perugia, 8 febbraio 1990), in *Riv. arb.*, 1992, 3, 471, per il quale l'inapplicabilità del segreto della camera di consiglio ex art. 276 c.p.c. al giudizio arbitrale si risolve nel fatto che «le parti, quindi, possono disciplinare come meglio credono la procedura della deliberazione del lodo, imponendo, consentendo o escludendo la facoltà dell'arbitro o degli arbitri, rimasti in minoranza, di manifestare il loro dissenso. E se le parti niente prevedono, saranno possibili sia l'una che l'altra soluzione: e, quindi, sia che sulla deliberazione permanga il segreto, sia che venga reso noto il dissenso». Cfr. anche R. MARENGO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1997, 2, 314 e, nella stessa *Rivista*, 2000, 2, 357-358 E. D'ALESSANDRO, *Brevi riflessioni sulla intempestività della domanda arbitrale rituale e sulla dissenting opinion*. Diffusamente sull'argomento C. ASPRELLA, *L'opinione dissenziente*, cit., 337 ss.

¹¹⁰ Come ricordato da F. AULETTA, *Arbitri e responsabilità civile*, in *Riv. arb.*, 2005, 4, 750, nota 17, infatti, «la previsione [di cui all'art. 813 ter, comma 7 c.p.c.] avrebbe meritato, per giusta complementarità, l'introduzione di una disciplina dell'opinione dissenziente, viceversa ancora mancante e purtuttavia stimabile ora di utilità finanche accresciuta in dipendenza dell'interesse specificamente tutelato alla ostendibilità delle condotte individuali». In tal senso, egli si ricollega a quanto già affermato da Corte cost. 18/1989, par. 24, secondo cui «va anche soddisfatta l'esigenza di assicurare ai membri del collegio che, pur avendo partecipato alla decisione, non l'abbiano condivisa – essendo restati in minoranza – uno strumento che consenta di dimostrare il loro dissenso e non essere soggetti all'azione di rivalsa».

5. Il difficile inquadramento normativo del dissenso giudiziario nel sistema delle fonti

Guardando al sistema delle fonti, qualsiasi ragionamento sulla possibile traduzione normativa della *dissenting opinion* nel sistema giurisdizionale italiano viene necessariamente ad intrecciarsi, in primo luogo, con la discussione relativa alla sua accettabilità dal punto di vista giuridico-costituzionale e dei principî generali che sovrintendono all'esercizio delle funzioni giudiziarie, con particolare attenzione a quelli che regolano la configurazione istituzionale e le funzioni del Giudice delle leggi¹¹¹.

5.1. Profili costituzionali e progetti di riforma costituzionale

Si è discusso ampiamente, in ottica comparata, sul possibile legame tra opinione dissenziente e disposizioni costituzionali¹¹². In questo senso, infatti, la pronuncia n. 18/1989 della Corte costituzionale – fondamentale laddove scioglie il legame tra indipendenza e segretezza del *decisum* camerale nei giudizi ordinari – deve essere integrata con l'inquadramento che alla suddetta affermazione viene data dalle

¹¹¹ Come ben evidenzia S. PANIZZA, *L'introduzione dell'opinione dissenziente*, cit., 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».

¹¹² In argomento, si vedano le suggestioni di A. LYNCH, *Is Judicial Dissent Constitutionally protected?*, in 4 *Macquarie Law J.* 81 (2004), per il quale «there are essentially two possible bases upon which constitutional protection of judicial dissent might be founded. Probably the first of these to naturally spring to mind is the notion of constitutionally protected free speech [...] A more plausible (and arguably less contentious) source for a 'right' to dissent is the repository of curial power found in Chapter III of the Constitution and the implication that the essential features of its exercise are to be protected from incursion by the other arms of government». Sulla stessa lunghezza d'onda, cfr. R.K. LITTLE, *Reading Justice Brennan: Is There a Right to Dissent?*, in 50 *Hastings Law J.* 683 (1999).

norme che presidiano l'indipendenza personale e funzionale dei componenti della Corte costituzionale¹¹³.

Un primo richiamo corre subito all'art. 137, commi 1 e 2 Cost.¹¹⁴, in relazione al quale ci si è domandati se il divieto di manifestare opinioni dissenzianti non si leghi alle garanzie di indipendenza dei giudici costituzionali (profilo che la Corte sembra escludere in modo nitido) ovvero, in parallelo, a indici riconducibili alla "forma" ed alla "materia" del giudizio costituzionale¹¹⁵.

Sul fronte opposto, invece, concessioni alla possibilità di introdurre il dissenso sono state individuate nelle previsioni di cui agli artt. 5, l. 11 marzo 1953, n. 87¹¹⁶ e 111, comma 6 Cost.

In relazione alla prima disposizione, ben si è ricordato che «l'immunità per le opinioni e i voti in tanto ha ragione d'essere istituita in quanto le une e gli altri siano resi palesi, e nessuno strumento è all'uopo pensabile all'infuori del *dissent*»¹¹⁷.

¹¹³ Sulla trasversalità della nozione di *status* dei giudici costituzionali, in bilico tra elementi di composizione (requisiti e meccanismi di nomina) ed indici di funzionamento dell'organo si sofferma S. PANIZZA, *Lo status dei giudici costituzionali*, in A. ANZON, G. AZZARITI, M. LUCIANI, *La composizione della Corte costituzionale*, cit., 143 ss.

¹¹⁴ Sui confini "normativi" tra legge costituzionale e legge ordinaria in materia si interroga S. FOIS, *Intervento*, cit., 41 ss., giungendo alla conclusione che «in 'materia' di 'dissent' non esista né una 'riserva assoluta' di legge costituzionale, né una 'riserva' che affidi la previsione del 'principio' (relativo all'istituto) a tale fonte, né – infine – una 'riserva' alla sola legge ordinaria 'di prima attuazione', rimanendo così aperto il campo o alla legge ordinaria o alla normazione interna della Corte».

¹¹⁵ In quest'ultima direzione A. RUGGERI, *Per l'introduzione del dissent nei giudizi di costituzionalità: problemi di tecnica della normazione*, in A. ANZON, *L'opinione dissenziente*, cit., 93-94, per il quale «la questione della forma degli atti non ha alcun senso se la si pone in astratto, prescindendo dai contenuti di cui vogliono riempirsi gli atti medesimi», in quanto esiste una «prospettiva dei valori e degli interessi (più che della materia orizzontalmente, piattamente considerata) che spinge, vigorosamente, alla individuazione della forma giusta [...] per la positivizzazione del dissent, [...] a favore dell'esito di una disciplina 'a prima battuta' con fonte costituzionale». *Contra*, per tutti, R. ROMBOLI, *L'introduzione dell'opinione dissenziente*, cit., 68, secondo cui «[l'opinione dissenziente], se anche ha in qualche modo una influenza o una qualche ricaduta sulle garanzie di indipendenza dei giudici costituzionali, attiene essenzialmente all'esercizio delle proprie funzioni da parte della Corte e più in particolare al modo come questa decide di motivare le proprie pronunce, quindi a quel 'funzionamento della Corte', che lo stesso art. 137 Cost., al 2° comma, riserva invece al legislatore ordinario».

¹¹⁶ «I giudici della Corte costituzionale non sono sindacabili, né possono essere perseguiti per le opinioni espresse e i voti dati nell'esercizio delle loro funzioni».

¹¹⁷ C. MORTATI, *Osservazioni sul problema dell'introduzione del «dissent» nelle pronunce della Corte costituzionale italiana*, in G. MARANINI, *La giustizia costituzionale*, cit., 169.

Altrimenti, non si capirebbe in quali possibili fattispecie la norma sarebbe concretamente applicabile¹¹⁸.

Con riferimento alla necessaria motivazione di tutti i provvedimenti giurisdizionali, la disposizione costituzionale non è apparsa d'ostacolo alla *dissenting opinion*, non solo in quanto silente sul punto, ma anche in ragione di una funzione extra-processuale delle ragioni che sorreggono una certa decisione, la quale addirittura risulterebbe rafforzata ove fossero note le opinioni discordanti con quelle della maggioranza¹¹⁹.

In tale contesto, favorevole a livello normativo al pubblico dissenso giudiziario, si sono inseriti alcuni tentativi di revisione costituzionale per una sua introduzione. La prima proposta in merito fu quella presentata dal Segretario del Partito Socialista italiano Francesco De Martino presso la Camera dei Deputati il 9 luglio 1973¹²⁰: in realtà, la stessa aveva come oggetto principale ulteriori profili del modello di giustizia costituzionale e, solo in forma residuale, toccava il tema del *dissent*¹²¹.

Più articolata, invece, è stata la discussione nel contesto del progetto di revisione della Costituzione inaugurato dalla legge cost. 24 gennaio 1997, n. 1, istitutiva di una Commissione (bicamerale) parlamentare per le riforme costituzionali.

¹¹⁸ Secondo S. BARTOLE, *Opinioni dissenzienti*, cit., 7, al contrario, «il principio dell'irresponsabilità non concorre ad allargare l'ambito dell'interna attività della Corte che può essere resa pubblica, ma va confinata a quanto è oggettivamente conoscibile in forza di autonomi e diversi criteri, fra i quali può anche rientrare quello della segretezza delle opinioni dissenzienti». Per S. FOIS, *Intervento*, cit., 33, invece, «tale immunità rischia di non avere senso se le opinioni ed i voti suddetti, in nome di un'assoluta 'collegialità', dovessero sempre restare rigorosamente segreti».

¹¹⁹ Sul punto, cfr. E. AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1981, XXVII, 185 ss., secondo cui «nel nostro regime democratico l'obbligo di motivazione diventa [...] il mezzo mediante il quale i soggetti investiti del potere giurisdizionale, membri dell'apparato strumentale della volontà popolare, rendono conto del proprio operato alla fonte da cui deriva la loro investitura».

¹²⁰ Cfr. G. D'ORAZIO, *Proposte di riforma della struttura della Corte*, in *Giur. cost.*, II, 1974, 2851 ss., il quale segnala altresì l'inedita situazione per la quale detta proposta «per motivi poco chiari, veniva prontamente ritirata, quando non era ancora stata numerata e distribuita».

¹²¹ Si veda, *ivi*, 2852 ss. Sul punto, è tuttavia agevole ricondurre la paternità del progetto a G. AMATO e F. BASSANINI, come dimostrato dalla ripresa "parlamentare" quasi pedissequa di numerosi passaggi del loro scritto *La Corte costituzionale, un istituto da riformare*, in *Pol. dir.*, 1972, soprattutto 815 ss.

Un'indicazione introduttiva venne dal DDL S. 1996 (a prima firma sen. Passigli e presentato il giorno anteriore alla promulgazione della citata legge costituzionale), 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».

In seguito, la questione formò oggetto di numerose sollecitazioni, interventi e dibattiti nel contesto generale dei lavori preparatori per un'ampia riforma dei principali architravi istituzionali¹²², destinati tuttavia a rimanere tali a causa dell'improvvisa interruzione degli stessi (per sopravvenuta carenza di sintonia politica tra le forze politiche che vi avevano dato inizio) tra maggio e giugno del 1998.

A livello costituzionale, infine, l'ultimo tentativo per l'introduzione della *dissenting opinion* è riconducibile al DDL C. 5416 (a prima firma dep. Soda), presentato il 18 novembre 1998 e nella cui relazione vengono riproposte le tradizionali argomentazioni favorevoli alla pubblicizzazione delle opinioni di minoranza.

5.2. L'introduzione dell'opinione dissenziente mediante legislazione ordinaria

Sul piano della legislazione ordinaria, occorre innanzitutto richiamare l'intricata disciplina procedimentale fissata dall'art. 22, l. 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale).

¹²² Cfr. il richiamo in proposito da parte di Leopoldo Elia nella seduta congiunta del 10 aprile 1997 dei Comitati su forma di Stato e sistema delle garanzie; le bozze elaborate dal deputato Marco Boato (relatore del Comitato sulle garanzie) in data 3, 15, 29 aprile e 7 maggio 1997; il testo approvato dalla Commissione nella seduta del 30 giugno 1997, per tacere dei numerosi (e variegati) emendamenti presentati. In particolare, l'emendamento C. 136.7 (Spini ed altri) proponeva che la fonte costituzionale regolasse condizioni e forme del dissenso, mentre l'emendamento S. 136.10 (Maceratini ed altri) suggeriva che si procedesse in tal senso con autonomo regolamento della Corte. Una ricostruzione dettagliata dei vari passaggi parlamentari in S. PANIZZA, *L'introduzione dell'opinione dissenziente*, cit., 200-206.

Detto articolo prevede che «nel procedimento davanti alla Corte costituzionale, salvo che per i giudizi sulle accuse [...], si osservano, in quanto applicabili, anche le norme del regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale».

Orbene – al netto del mancato coordinamento tra la disposizione richiamata e la disciplina del nuovo Codice del processo amministrativo¹²³ – il rinvio “esterno” alla normativa applicabile da tale giudice speciale (la quale, a sua volta, rimanda alla disposizioni del c.p.c., in quanto compatibili, *ex art. 39 c.p.a.*) avrebbe potuto essere letta come obbligo di aderenza al principio di segretezza della camera di consiglio, frustrando (seppur a livello sub-costituzionale) l’assenza di ostacoli all’introduzione del dissenso.

Non potrebbe invece trovare applicazione l’art. 45, r.d. 21 aprile 1942, n. 444 (Regolamento per l’esecuzione della legge sul Consiglio di Stato), secondo cui «i membri della minoranza possono richiedere che s’inserisca nel verbale il loro voto», non solo in quanto non ripreso dalla l. 87/1953 ma anche in ragione del fatto che detta previsione si riferisce alle sole deliberazioni in sede consultiva.

Sul punto, tuttavia, il richiamo dell’art. 22, comma 2 della l. 87/1953 alla possibilità che la Corte possa adottare Norme integrative consente di imboccare una strada alternativa.

Sia qui sufficiente ricordare come «il problema del rapporto tra norme regolamentari della Corte e fonti eteronome è stato ben presto risolto, in via generale, con il riconoscimento in capo a queste ultime di una natura meramente dispositiva o suppletiva, che le rende, pertanto, applicabili soltanto in assenza di una disciplina incompatibile autonomamente adottata dal Collegio»¹²⁴.

¹²³ Infatti, l’art. 4, All. 4, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo) ha previsto l’abrogazione espressa del r.d. 17 agosto 1907, n. 642 (Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato).

¹²⁴ S. PANIZZA, *L’introduzione dell’opinione dissenziente*, cit., 188, il quale *ibid.*, nota 20, evidenzia altresì come «con riguardo allo specifico tema della modalità di deliberazione dei provvedimenti, deve osservarsi che – stante [...] l’avvenuta regolamentazione di quell’aspetto particolare ad opera delle norme che la stessa Corte si è data – il risultato che si determina è l’impossibilità di ritenere applicabile ad essa il medesimo vincolo di segretezza intorno alla camera di consiglio imposto ai giudici ordinari dal codice di procedura civile». Sul tema anche P. CARNEVALE, «*Ecce iudex in*

Considerata, pertanto, l'ulteriore assenza di ostacoli anche a livello ordinario¹²⁵, un primo impulso in tale direzione ha trovato origine nella proposta del deputato Rodotà, il quale presentò nel 1981 un DDL (C. 2329) per l'accoglimento delle *dissenting* e *concurring opinions*. L'obiettivo era razionalizzare l'*iter* argomentativo delle pronunce della Corte, nonché favorire un maggior approfondimento delle questioni discusse e un diffuso controllo democratico sulla sua attività¹²⁶.

A seguire, si deve considerare il DDL S. 1952 (*Modifiche alla legge 11 marzo 1953, n. 87, e alla legge 31 dicembre 2009, n. 196, in materia di istruttoria e trasparenza dei giudizi di legittimità costituzionale*, a prima firma sen. Lanzillotta), presentato al Senato il 9 giugno 2015¹²⁷.

Sul punto, viene innanzitutto ad evidenza l'assoluta subordinazione della questione rispetto ad altri profili, politicamente più "allettanti", come dimostrato dal fatto che il primo richiamo all'opinione dissenziente interviene solo a pag. 6 della corrispondente Relazione illustrativa.

In proposito, infatti, tale disegno di legge prendeva le mosse dalla sentenza della Corte costituzionale 10 marzo 2015, n. 70 sul cosiddetto "blocco delle pensioni", per poi prospettare un ampliamento dei poteri istruttori della Corte¹²⁸,

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, *L'organizzazione e il funzionamento*, cit., 57-58.

¹²⁵ L'unico rimando esplicito ad un divieto di manifestazione della propria opinione secondo le modalità della *dissenting opinion* è contenuto nell'art. 28, l. 25 gennaio 1962, n. 20 (Norme sui procedimenti e giudizi di accusa, limitate – a seguito della legge cost. 16 gennaio 1989, n. 1 – al solo giudizio penale nei confronti del Presidente della Repubblica per i reati di cui all'art. 90 Cost.), in forza del quale «nessuno dei votanti può esprimere per iscritto i motivi del proprio voto».

¹²⁶ Tra gli scritti dallo stesso A. dedicati all'argomento, si vedano *Riparlamo della Corte costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1980, 537 ss.; *L'opinione dissenziente dei giudici costituzionali*, in *Pol. dir.*, 1979, 637 ss. e *La Corte, la politica e l'organizzazione sociale*, cit. (soprattutto 508 ss.).

¹²⁷ Per un breve commento, cfr. C. FAVARETTO, *Le conseguenze finanziarie delle decisioni della Corte costituzionale e l'opinione dissenziente nell'A.S. 1952: una reazione alla sentenza 70/2015?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2015.

¹²⁸ «Nell'ipotesi in cui la soluzione della questione di legittimità costituzionale possa comportare maggiori oneri o minori entrate per la finanza pubblica».

nonché una formalizzazione legislativa della possibilità, in capo a quest'ultima, di modulare l'efficacia temporale delle proprie pronunce¹²⁹.

Da ultimo, il più recente tentativo in proposito è riconducibile al DDL C. 2560 (presentato alla Camera dei Deputati il 25 giugno 2020), il quale prevede un'indicazione del numero dei giudici che hanno costituito la maggioranza e la possibilità, per i dissenzienti di esporre le proprie argomentazioni o semplicemente verbalizzare la propria posizione contraria.

5.3. Autoregolazione normativa e giurisprudenziale

Last but not least, il rinvio alla potestà normativa e “para-normativa” del Giudice costituzionale apre scenari alquanto incerti ed indefiniti. Sul primo versante, è stata suggerita la possibilità che sia la Corte stessa a prendere posizione attraverso una modifica del proprio regolamento ovvero delle N.I. (come già aveva proposto Mortati)¹³⁰, pur non essendo venute mai del tutto meno le criticità in ordine alla natura – ed “estensione” – della sua funzione regolamentare, alla sua “derivazione” normativa (costituzionalmente espressa o meno)¹³¹ ed al rapporto con la normazione ordinaria¹³².

¹²⁹ Ampie riflessioni sull'argomento già in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano, 1989.

¹³⁰ In tal senso si esprime S. PANIZZA, *L'introduzione dell'opinione dissenziente*, 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*, cit., 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». Ibrida, infine, la soluzione di A. RUGGERI, *Per l'introduzione del dissent*, cit., 107, secondo cui «una volta che, grazie allo strumento costituzionale si sarà data la migliore impostazione per la futura regolazione – la ‘misura dei voti particolari – quest'ultima potrà venire con le forme di volta in volta richieste» (condizioni, tempi e modalità tecniche del *dissent*).

¹³¹ Un'ampia ricostruzione delle diverse ricostruzioni proposte dalla dottrina sul punto in R. GAROFOLI, *Sulla sindacabilità in sede di giudizio di legittimità dei regolamenti della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 1997, 665 ss.

¹³² Nella dottrina meno recente, cfr. S.P. PANUNZIO, *I regolamenti della Corte costituzionale*, Padova, CEDAM, 1970 e D. NOCILLA, *Aspetti del problema relativo ai rapporti tra le fonti che*

Sul punto, infatti, una parte della dottrina ha voluto cogliere nel rinvio *pro futuro* contenuto nell'art. 1, legge cost. 11 marzo 1953, n. 1 alla legge ordinaria n. 87/1953 la prova della costituzionalizzazione di quest'ultima¹³³. In conseguenza, poiché la l. 87/1953 attribuisce alla Corte la possibilità di adottare un proprio regolamento (art. 14), il potere regolamentare del Giudice costituzionale deve intendersi espressamente costituzionalizzato in forza dei concatenati rinvii normativi descritti.

Altri, invece, hanno ritenuto che il potere (auto)regolamentare della Corte dovesse essere fatto derivare dalla sua posizione nel quadro generale degli organi costituzionali¹³⁴.

In questo senso, si è ricollegata «la potestà di auto-normazione della Corte costituzionale all'esigenza che sia assicurata l'indipendenza e l'autonomia della Corte medesima, quali fattori indispensabili per una corretta esplicazione delle funzioni di controllo ad essa demandate»¹³⁵.

In tale direzione, meritano altresì considerazione le deliberazioni adottate sul punto dalla Corte ove questa si riunisca in sede non giurisdizionale¹³⁶. Concretamente, nel maggio del 2002 la Corte si riunì al fine di discutere una

disciplinano la Corte costituzionale, in *Giur. cost.*, II, 1968, 1980 ss. Ampi richiami dottrinali in P. CARNEVALE, «*Ecce iudex in ca(u)sa propria*», cit., 36 ss. Infine, per un tentativo di integrazione sistematica tra leggi e regolamenti della Corte sui piani delle rispettive competenze normative, si vedano invece le riflessioni di A. SPADARO, *Sulla razionalizzazione del potere di autonormazione interna della Corte costituzionale*, in P. COSTANZO, *L'organizzazione e il funzionamento*, cit., 69 ss.

¹³³ È questa la tesi di F. LUBRANO, *Osservazioni in tema di sospensione dei termini processuali nel periodo feriale*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1967, 659; F. MODUGNO, *Una questione di costituzionalità inutile: è illegittimo il penultimo capoverso dell'art. 30, legge 11 marzo 1953, n. 87?*, in *Giur. cost.*, 1966, 1724 ss. e E. REDENTI, *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1957, 30.

¹³⁴ Cfr. A. SANDULLI, *Sulla posizione della Corte Costituzionale nel sistema degli organi supremi dello Stato*, in *Giur. cost.*, 1960, 719 ss.

¹³⁵ R. GAROFOLI, *Sulla sindacabilità in sede di giudizio di legittimità dei regolamenti della Corte costituzionale*, cit., 684-685.

¹³⁶ Cfr. art. 5 del Regolamento generale della Corte (adottato il 20 gennaio 1966 e da ultimo modificato con delibera del 14 luglio 2009), il quale suggestivamente prevede che «il Presidente apre e chiude l'adunanza e regola la discussione. Un Giudice nominato dalla Corte redige e custodisce i verbali. In essi si annotano soltanto le deliberazioni adottate e ciascun Giudice può chiedere che dal verbale risulti il proprio dissenso».

proposta (elaborata dalla propria Commissione Studi)¹³⁷ che suggeriva un'introduzione dell'opinione non maggioritaria – tanto sul dispositivo come nel merito – senza tuttavia prevedere la pubblicizzazione dei nomi dei giudici dissenzienti¹³⁸. Con scelta quantomeno bizzarra, poi, si prevedeva che in tale ipotesi la sentenza avrebbe dovuto essere sottoscritta da tutti i giudici¹³⁹.

L'innovazione suggerita non ebbe successo, pur registrando la presa di posizione favorevole del Presidente Cesare Ruperto e del futuro Presidente (allora Giudice costituzionale) Valerio Onida¹⁴⁰.

A conferma di quanto detto, si possono ricordare anche le delibere di modifica delle Norme integrative, adottate il 10 giugno 2004 ed il 7 ottobre 2008. In entrambi i casi., l'art. 18 N.I. (oggi art. 17 N.I.) 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 timori e sospetti.

Infine, rimane comunque in campo l'ipotesi che sia la Corte stessa ad introdurre l'opinione dissenziente per via meramente giurisprudenziale, vale a dire attraverso l'esercizio delle proprie funzioni giurisdizionali (senza dunque incidere, almeno in un primo momento, su alcuno strumento normativo esistente)¹⁴¹.

¹³⁷ Indicazione, questa, che si ricava dall'art. 5.2 RGC («Le proposte di norme regolamentari, formulate in modo articolato e corredate del parere della Commissione per gli studi e per i regolamenti...») e, in termini espliciti, dall'art. 28 RGC («La Commissione per gli studi e per i regolamenti dirige l'ufficio studi; segue l'applicazione dei regolamenti e ne propone le opportune modifiche; redige progetti di norme d'ordine sia processuale, sia amministrativo che le siano richiesti dalla Corte o dall'Ufficio di Presidenza; riferisce sulle questioni di interpretazione dei regolamenti amministrativi»). Detta Commissione, inoltre, è composta – per sorteggio – da tre Giudici non facenti parte dell'Ufficio di Presidenza (art. 27 RGC).

¹³⁸ Sul punto, ricorda D. TEGA, *La Corte costituzionale allo specchio del dibattito sull'opinione dissenziente*, cit., 102-103 che già «il 21 aprile 1997 la Commissione (composta da Ruperto, Presidente, insieme a Chieppa e Onida) trovò l'unanimità sulla proposta di aggiungere alle Norme integrative il dissenso anonimo in modo da evitare o ridurre, secondo le parole contenute nella relazione di accompagnamento, i principali rischi evidenziati nel mai sopito dibattito sul tema».

¹³⁹ Cfr. E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, 2013, 4^a ed., cit., 80.

¹⁴⁰ Cfr. L. LA SPINA, *Ruperto: sì al federalismo ma è necessaria una Camera delle Regioni*, in *La Stampa*, 1 dicembre 2002, 7.

¹⁴¹ R. ROMBOLI, *L'introduzione dell'opinione dissenziente*, cit., 80 coglie fin da subito l'importanza della questione quando ricorda che «l'affermazione per cui niente si oppone, sul piano delle fonti, a che la Corte costituzionale introduca l'innovazione di cui si tratta attraverso la propria giurisprudenza, non si pone in contrasto con il ritenere in ogni caso opportuna, sia che preceda, sia che segua un indirizzo giurisprudenziale in tal senso, una regolamentazione, anche per i suoi aspetti

In tale contesto, si tenga presente l'influenza della stessa giurisprudenza costituzionale – a livello di tecnica della normazione – sulle diverse tipologie di modelli decisorii che essa ha avuto storicamente modo di sviluppare¹⁴².

Un primo esempio è dato dalle sentenze interpretative. Se, da un lato, esse non solo non sono incasellabili entro alcuno schema normativo, risultando altresì estranee alla primigenia concezione della giustizia costituzionale da parte del Costituente¹⁴³, con il mutare del contesto sociale e l'aprirsi di nuovi orizzonti le stesse sono oggi pienamente "accettate" e rappresentano uno strumento indispensabile nella "cassetta degli attrezzi" a disposizione della Corte.

Ma vi è di più, giacché sia la sentenza interpretativa, sia la «lussureggiante casistica»¹⁴⁴ delle tipologie decisorie adottate nel tempo (sentenze "manipolative", di monito, ad incostituzionalità differita, di accoglimento ad efficacia retroattiva limitata, additive di principio, "sospensive" con rinvio al legislatore, etc.), palesano una natura compromissoria, declinabile sotto diverse forme.

Dalla necessità di trovare nuove forme di accordo interno al Collegio (oltre i confini delle tecniche deliberative disponibili) al delicato equilibrio con l'esercizio della funzione legislativa, dal rapporto con i giudici comuni alle esigenze di tutela sovranazionale, infatti, il nodo del compromesso – nella forma e nella sostanza – orienta da sempre l'agire del Giudice delle Leggi, anche nella selezione del tipo formale di provvedimento da adottare.

più specifici e di carattere eminentemente pratico, dell'istituto delle opinioni dissenzianti nei giudizi davanti alla Corte costituzionale».

¹⁴² Si allude qui, con le parole di G. AZZARITI, *Discorso inaugurale al II anno di attività della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, I, 1957, 166, al «contenuto concreto del sindacato di costituzionalità e specialmente ai poteri che la Corte può esercitare nei riguardi delle norme impugnate».

¹⁴³ Il riferimento è alla storica interpretazione delle funzioni della Corte nei termini di «legislatore negativo» o «giurisdizione di amputazione» (che può unicamente annullare le disposizioni incostituzionali) da parte di H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La giustizia costituzionale)*, in C. GERACI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, 173 e L. ELIA, *Recensione a M. Cappelletti. Il controllo di costituzionalità sulle leggi nel diritto comparato*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, 112.

¹⁴⁴ Cfr. V. ANDRIOLI, *Le sentenze della Corte costituzionale: consuntivo degli effetti sull'ordinamento positivo*, in *Foro it.*, 1969, V, c. 74.

In un'ottica di comparazione con l'ordinamento spagnolo, un legame molto interessante tra la tecnica dell'interpretazione conforme a Costituzione da parte del Giudice costituzionale e l'opinione dissenziente può essere individuato nella STC 31/2010 sullo Statuto catalano, laddove i *votos particulares* dei Giudici Conde Martín de Hijas, Delgado Barrio, Rodríguez-Zapata Pérez e Rodríguez Arribas hanno affrontato sotto vari profili uso e conseguenze di siffatto strumento nel caso di specie.

Rodríguez-Zapata Pérez, in particolare, evidenzia il carattere sfuggente di tale tipo di decisione, ricordando che «[el Tribunal] cuando quiere contrarrestar esa voluntad [legislativa] de algún modo, mediante la interpretación, el matiz o la manipulación de una Sentencia interpretativa de rechazo, ha de marcar siempre con claridad qué es lo que quiere decir y aclarar al decidir sí, y en qué medida, su interpretación afecta a la fuerza formal (*Gesetzeskraft*) del acto legislativo»¹⁴⁵.

Nello specifico, la stessa natura della sentenza costituzionale interpretativa è intrinsecamente compromissoria, nel senso che “tiene insieme” la continuità formale della disposizione nell'ordinamento e un'interpretazione distinta da quella fatta propria dalla parte rimettente, contemperando profili di rigetto ed accoglimento¹⁴⁶.

Tornando alla possibile ricezione del dissenso per via giurisprudenziale, è vero che il percorso per una sua previsione “non-normativa” è stato attentamente considerato anche in relazione alle possibili lacune ed incertezze che, a livello di normazione “tecnica”, potrebbero derivarne¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Cfr. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 172, 16 de julio de 2010, Sec. TC, 465. Parallelamente, egli critica la tecnica “spagnola”, riscontrando la carenza di «esa precisión en la mayor parte de las ‘interpretaciones ocultas’ en tanto que no se llevan a su parte dispositiva o fallo. No explican, con la expresión ‘así interpretada’ u otra similar, como se hace en otros ordenamientos (*soweit, notwithstanding* o *nei sensi di cui in motivazione*), que el Tribunal quiera interpretar la ley, en qué sentido lo hace y qué interpretación, o interpretaciones, expulsa del ordenamiento jurídico [...] La finura del *mos italicus*, en las Sentencias interpretativas de rechazo, tiene sus riesgos en España».

¹⁴⁶ Cfr. G. BRANCA, *Collegialità nei giudizi della Corte costituzionale*, Padova, CEDAM, 1970, 9-12, il quale allude alla creazione delle sentenze interpretative come “valvola di sfogo” di fronte alla possibile spaccatura del Collegio in due blocchi contrapposti.

¹⁴⁷ S. PANIZZA, *L'introduzione dell'opinione dissenziente*, cit., 194-195, subordina una tale soluzione alla «previa accettazione di alcune premesse teoriche, prime fra tutte il riconoscimento in

Tuttavia, è altrettanto vero che un'impostazione concettuale di questo genere sembra considerare (ottimisticamente) un futuro che elude il presente, laddove le resistenze nei confronti della *dissenting opinion* sono soprattutto di merito – accoglimento o rifiuto – piuttosto che di metodo (accoglimento, ma con quali strumenti?), chiamando in gioco meta-categorie costituzionali quali la legittimazione della Corte costituzionale e l'equilibrio tra poteri dello Stato¹⁴⁸.

In tale direzione, la descritta esperienza del *BVerfG* tedesco può rappresentare un precedente storico significativo e, al tempo stesso, fungere da “stimolo” comparato per un ordinamento – quello italiano – che sembra presentare diverse analogie in materia.

Si pensi, nella descritta prospettiva, alle remote origini dell'opinione dissenziente (voto di scissura) tra le evoluzioni della storia del diritto, alla copiosa riflessione dottrinale elaborata – soprattutto da parte di esponenti del mondo accademico, molti dei quali poi divenuti Giudici della Corte costituzionale – e ad una non secondaria presenza del dibattito anche tra gli stessi Giudici costituzionali in carica¹⁴⁹, a dimostrazione della latente persistenza di uno “spirito” di dissenso anche nell'ordinamento giuridico e giurisdizionale italiano.

Del resto, la possibilità di un'introduzione “progressiva” dell'opinione dissenziente attraverso il ricorso a fonti del diritto sempre più incisive – dalla

capo alla Corte di una ampia disponibilità in ordine al ‘processo costituzionale’, e il rinvenimento – nella giurisprudenza del collegio – di uno strumento idoneo ad integrarne la regolamentazione». Analogamente R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in ID. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1990-1992)*, Torino, Giappichelli, 1993, 130, il quale suggerisce «un'integrazione della disciplina per molti versi lacunosa del processo costituzionale ed un'interpretazione delle disposizioni in materia spesso tutt'altro che chiare ed univoche».

¹⁴⁸ Cfr. *passim* C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit.

¹⁴⁹ In quest'ottica, non pare fuori luogo inquadrare il descritto dibattito entro i confini dell'esigenza di un aggiornamento continuo del testo costituzionale, inteso in termini generali: sul punto, F. PALERMO, *La “manutenzione costituzionale” alla ricerca di una funzione*, in F. PALERMO (a cura di), *La “manutenzione” costituzionale*, Padova, CEDAM, 2007, 8 ss. parla di un «anello di congiunzione tra revisione formale e modifica tacita, caratteristico di esigenze di adeguamento della costituzione negli ordinamenti che si ritrovino di fronte non già a rivoluzioni o profondi mutamenti politici che travolgano le regole sulla revisione e tutto l'ordinamento preesistente, ma alla ‘semplice’ esigenza di adeguare costituzioni che iniziano davvero a funzionare come documenti che superino lo spazio di una generazione».

normazione per via “auto-giurisprudenziale” sino a giungere alla riforma costituzionale – potrebbe essere affiancata da una parallela (e preventiva) progressività in ordine ai profili contenutistici del *dissent*.

In quest’ultimo senso, è stato autorevolmente affermato che si potrebbe procedere mediante un’implementazione per fasi, con un esordio secondo l’esperienza tedesca del 1966 (anonimità assoluta e presentazione del solo contenuto delle opinioni dissenzienti), uno sviluppo “mediano – indicazione dei gruppi di Giudici cui sono riconducibili le diverse posizioni – ed una conclusione nella quale ciascun Giudice firmi singolarmente la propria opinione dissenziente o concorrente¹⁵⁰.

6. Postilla finale

Negli ultimi tempi, la Corte costituzionale italiana si è “aperta” alla società civile attraverso numerose iniziative, alcune delle quali hanno avuto anche una discreta rilevanza mediatica. Si pensi, tra le altre, alle esperienze itineranti di diversi giudici costituzionali attraverso i “Viaggi” nelle carceri (documentati anche in un’apposita produzione cinematografica) e nelle scuole o alla raccolta “via podcast” di brevi riflessioni sulle più importanti decisioni storiche del Giudice delle Leggi.

Per i giuristi, assumono però maggiore pregnanza le modifiche annunciate dalla Corte con Comunicato dell’11 gennaio 2020 (a modifica del proprio Regolamento interno), attraverso le quali è stata ammessa la possibilità di intervento in giudizio degli *amici curiae*, nonché quella di potersi rivolgere ad esperti di chiara fama su specifiche discipline extra-giuridiche¹⁵¹.

¹⁵⁰ Cfr. S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, cit., 50 e 134. Dello stesso A., si veda anche la suggestione proposta nel Convegno “*Pensare la Corte costituzionale. La prospettiva storica per la comprensione giuridica*”, Università di Roma La Sapienza, 24 giugno 2015, volta ad introdurre nella motivazione delle sentenze della Corte costituzionale le argomentazioni contrapposte che si sono affacciate nella camera di consiglio, senza tuttavia rivelare il nome o il numero dei giudici “dissenzienti”.

¹⁵¹ Tra i primi commenti in proposito, cfr. M. LUCIANI, *L’incognita delle nuove Norme integrative* e A. PUGIOTTO, *Le nuove Norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, rispettivamente 402-425 e 426-437.

Infine, sembrerebbe essere stata informalmente preannunciata anche una possibile modifica delle modalità pratiche di svolgimento delle udienze davanti alla Corte, rendendole meno “impostate” e favorendo un contraddittorio tra parti e Giudici del Collegio (oggi completamente assente) in sede di discussione pubblica¹⁵².

In questo scenario di progressive aperture, l'introduzione dell'opinione dissenziente – tanto autorevolmente discussa dalla migliore dottrina italiana quanto mai vicina ad essere implementata – si porrebbe come un ulteriore tassello riformatore, contribuendo a rafforzare l'autorità delle pronunce della Corte e a favorire un'ancor più estesa apertura della stessa alla «società aperta degli interpreti della Costituzione» e di quella privilegiata *viva vox constitutionis* che in essa quotidianamente vive, anche nella voce di chi non condivide le soluzioni della maggioranza.

¹⁵² In questi termini si è espresso il Giudice Zanon nel Webinar *Tecnologia e funzionamento delle istituzioni nella stagione dell'emergenza*, organizzato il 12 maggio 2020 dalla Rivista *Medialaws*, di cui si riportano le testuali parole: «il nostro, effettivamente, è un processo largamente scritto, molto spesso l'udienza pubblica aggiunge poco, purtroppo: io dico purtroppo [...] C'è stato e ci sarà il tentativo di rendere l'udienza pubblica davanti alla Corte un po' meno ingessata, un po' meno formale e quindi, tutto sommato, un po' meno inutile, essenzialmente attraverso una discussione con le parti, con gli avvocati, facendo domande e consentendo di intervenire nel vivo della discussione, anche interrompendo...».

CONCLUSIONI

QUALE FUTURO PER L'OPINIONE DISSENZIENTE IN ITALIA E SPAGNA?

1. Premessa

Alla luce delle riflessioni svolte nei Capitoli precedenti, è necessario svolgere alcune considerazioni metodologiche che preludono alle conclusioni vere e proprie del presente lavoro di tesi.

Il ricorso alla comparazione quale metodo interpretativo häberliano e «operazione intellettuale di raffronto fra ordinamenti, istituti e normative di diversi ordinamenti»¹ ha consentito di legare tra loro modelli dissimili quanto a origini storiche, tradizioni giuridiche e sviluppi, senza alcuna pretesa di assimilazione, bensì con l'obiettivo di esaltare differenze che non impediscono di ragionare secondo prospettive di confronto costante delle analogie e, soprattutto, delle differenze.

In secondo luogo, l'utilizzo di una cornice statistica – in relazione all'ordinamento spagnolo – è stato decisivo per cristallizzare gli elementi sulla base dei quali è stata articolata la riflessione sul *voto particular*, dalla tipologia strutturale dei dissensi al grado quantitativo e “soggettivo” degli stessi, dalle funzioni e materie interessate all'utilizzo del dissenso da parte del Presidente.

Al tempo stesso, il dato numerico si è rivelato a sua volta assai “eloquente”, permettendo di estrarre da una pura successione di cifre un ampio inquadramento di merito a proposito dello sviluppo e consolidamento del *voto particular* nella giurisprudenza del TC.

In relazione all'ordinamento italiano, l'ampia introduzione storica ha rivelato il profondo legame dell'opinione dissenziente con la tradizione giuridica pre-

¹ G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, 9^a ed., Padova, CEDAM, 2013, 2.

unitaria e il diffuso interesse della migliore dottrina nei confronti di un istituto da sempre guardato con malcelato sospetto.

Il dato numerico qui considerato, come è evidente, non ha potuto che limitarsi alle sole ipotesi di mancata coincidenza tra giudice relatore e redattore in seno alla Corte costituzionale. Ciò non ha tuttavia impedito di cogliere una latente presenza del dissenso rispetto a tutte le funzioni del Giudice delle Leggi e con riferimento alle principali questioni in materia di tutela dei diritti fondamentali.

2. L'esperienza spagnola: riforma, revisione o consolidamento del modello?

Con riferimento al modello spagnolo, una valutazione conclusiva della struttura ed evoluzione del *voto particular* comporta, in primo luogo, la presa d'atto della sua storia plurisecolare e la diffusa accettazione della formalizzazione del dissenso, soprattutto a partire dall'entrata in vigore della Costituzione del 1978.

Occorre quindi riflettere sugli effetti che lo stesso ha prodotto a livello giurisdizionale e sulle conseguenze che ne sono derivate nell'equilibrio tra i poteri.

In relazione all'utilizzo del dissenso presso il TC, emergono numerosi aspetti positivi, i quali altro non sono che una concretizzazione dei profili teorici riconducibili ad un preliminare accoglimento "concettuale" dell'opinione dissenziente.

Sul piano funzionale, non si riscontrano – salvo alcune limitate riserve in sede costituente, subito superate – momenti di crisi né in ordine alla questione "filosofica" dell'incrinatura della motivazione unitaria della sentenza, né per quanto attiene alle distinte ragioni giuridiche sottese alla soluzione maggioritaria ed alle (eventuali) opinioni minoritarie.

Al contrario, deve ritenersi che l'attività del TC abbia beneficiato grandemente della piena pubblicizzazione delle deliberazioni collegiali e delle interpretazioni dei singoli componenti, in un esercizio costante di quella trasparenza decisionale che è diventata sempre più – in un'ottica politico-istituzionale – la

cartina di tornasole attraverso cui valutare il corretto funzionamento e l'efficienza degli organi costituzionali secondo parametri di *calidad democrática*.

Più ampie precisazioni possono invece essere svolte a proposito delle delicate questioni relative all'indipendenza e politicizzazione dell'organo costituzionale e dei suoi membri, filtrate proprio attraverso l'istituto del *voto particular*.

È stata più volte sottolineata l'efficacia deterrente dell'opinione dissenziente pubblica e formale rispetto ad un possibile utilizzo distorto delle funzioni giurisdizionali.

In tal senso, infatti, ciascun giudice è chiamato a palesare la propria filosofia giuridica su ogni singola questione decisa, assumendosene di fronte a tutti (*in primis*, cittadinanza e legislatore) la piena responsabilità, senza potersi nascondere dietro il segreto (per molti versi ipocrita) proprio di quegli ordinamenti che non lo contemplano.

La mancata formalizzazione di una propria contrarietà – nella soluzione o nell'*iter* decisorio – deve quindi essere interpretata come positiva adesione alla decisione pubblicata, con tutte le conseguenze che ne derivano.

Questione diversa – decisiva nell'orientare consensi e, soprattutto, critiche – è invece quella relativa alla politicizzazione compiuta *ab externo* dagli organi (Parlamento e Governo) chiamati ad effettuare le designazioni soggettive di loro competenza.

In questa prospettiva, l'opinione dissenziente rappresenta il paradigma per eccellenza di una fuorviante sovrapposizione tra possibili vizi del *dissent* in quanto tali e vizi di interpretazione che, provenendo da comportamenti estranei all'organo, vanno ad incidere sullo stesso.

Detto in parole più semplici: il fatto che il voto (*particular* o meno) di un giudice costituzionale sia automaticamente associato alla forza politica che ne ha proposto la nomina e, di conseguenza, allo spettro ideologico da questa professato, mantiene vivo il sospetto che quello stesso giudice sia una semplice pedina sottoposta ad un gioco di spartizione di cariche e potere e, pertanto, del tutto sfornito dei requisiti di imparzialità ed indipendenza nelle proprie funzioni.

In proposito, fermo restando che l'essere indipendenti non necessariamente porta con sé l'essere imparziali (e viceversa), è stato ricordato che – a prescindere da chi effettua la nomina e dalle sue intenzioni – l'autorevolezza dipende soprattutto dalla persuasività delle argomentazioni spese e dalla capacità di convincere nel merito con la forza delle proprie ragioni.

A livello strutturale, la “crisi delle investiture” vissuta dal TC tra il 2004 ed il 2010 e la riforma della durata del mandato presidenziale (con tempismo quantomeno sospetto) dimostrano come un tale scenario sia imputabile esclusivamente alle manovre dei partiti coinvolti, senza che si possa attribuire alcuna responsabilità “a cascata” alla Corte o ai suoi membri.

Tuttavia, per onor di completezza, è necessario alludere anche alla contingente (e discutibile) gestione delle richieste “incrociate” di ricasazione, la quale nasce “viziata” nel contesto di un ambiente politico-istituzionale già fortemente polarizzato ed esplosivo.

Tale gestione, pur declinabile sotto forma di aspro contrasto interpretativo rispetto alle norme coinvolte, certamente non ha contribuito in modo positivo all'immagine e percezione pubblica dello stesso Giudice delle Leggi.

«Las instituciones ganan o pierden prestigio por lo que hacen, pero también por lo que con ellas se hace». Con queste notissime parole l'8 luglio 1992 il Presidente del *Tribunal Constitucional* Francisco Tomás y Valiente – tragicamente assassinato da terroristi dell'ETA il 14 febbraio 1996 nel suo ufficio dell'*Universidad Autónoma* di Madrid – si congedava dall'organo presieduto nei precedenti sei anni.

Ricordandone ora il più profondo significato, esse non solo rimangono un monito per la garanzia dell'integrità e del buon andamento nella conduzione degli affari di qualsiasi istituzione dello Stato, ma impongono altresì la necessità che tanto le istituzioni interessate quanto coloro che ne contribuiscono a configurare struttura e funzioni siano consapevoli delle conseguenze (positive o negative) che potrebbero derivare dalle loro azioni.

In questo senso, alla luce della ricostruzione sviluppata nel presente lavoro di tesi, il *voto particular* si presenta come una gemma fin troppo preziosa per essere dilapidata.

3. L'esperienza italiana: aspettando (forse) Godot?

In relazione all'ordinamento italiano, si impone una doverosa presa di posizione sulle possibilità (e/o necessità) di introdurre l'opinione dissenziente anche nell'ordinamento italiano, con specifico riferimento al sistema di giustizia costituzionale.

Come è stato evidenziato a più riprese, la caratterizzazione “ibrida” del dissenso giudiziario – a metà strada tra istituto giurisdizionale in senso stretto e natura intrinsecamente politica (di coloro che eleggono i componenti di una Corte costituzionale, dell'organo in sé e degli effetti riconducibili alle sue pronunce) – fa sì che il favore o disfavore verso la sua introduzione e le argomentazioni spese in proposito si intreccino (anche) con ragioni di opportunità che toccano da vicino la tenuta complessiva del sistema istituzionale.

Pretendere di ragionare esclusivamente in termini tecnico-procedurali, infatti, significherebbe eludere la trasversalità della questione, depotenziandola di tutte quelle ricadute “politiche” (*auctoritas* della sentenza, indipendenza dell'ordine giudiziario, separazione dei poteri, etc.) che costituiscono il vero terreno di scontro, ben prima e ben oltre i formalismi deliberativi.

È allora evidente che la disputa si sviluppa – in prima battuta – sul piano dell'opportunità, declinata in una triplice configurazione: volontà di accoglimento dell'opinione dissenziente; conformazione strutturale dell'istituto ed effetti che potrebbero derivarne nel caso di una sua introduzione.

In primo luogo, è stata confutata l'obiezione secondo cui la *dissenting opinion* sarebbe elemento estraneo alla storia ed alla tradizione giuridica italiana: in questo senso, se pure è vero che l'istituto di diritto comune del “voto di scissura” – diffuso in diverse ed importanti realtà statali pre-unitarie – non è perfettamente

sovrapponibile all'opinione dissenziente (come ricostruita con i parametri descritti), è altrettanto vero che il dissenso pubblico, motivato e nominativo si innesta su tale "tronco" di partenza, rappresentandone un'evoluzione ed aggiornamento al passo con i tempi.

In parallelo, lo sviluppo di un nutrito dibattito dottrinale sul punto, dalla stagione costituente ai primi anni Duemila – al quale non si sono sottratti alcuni tra i più autorevoli giuristi italiani – testimonia un interesse non meramente astratto, come anche dimostrato da una sorta di "quiescenza" dell'istituto tra le mura (ed i giudici) di Palazzo della Consulta.

Inoltre, deve qui essere ribadita la tesi per la quale non si riscontrano nel sistema giuridico italiano – in termini di diritto positivo e principî fondamentali dell'ordinamento – ostacoli pregiudiziali per una sua introduzione normativa.

Sul piano della normativa super-primaria, una volta ammesso il controllo di costituzionalità anche delle stesse leggi costituzionali e di revisione costituzionale (a partire da Corte cost. 29 dicembre 1988, n. 1146) rispetto ai principî costituzionali supremi, alcun contrasto è rinvenibile rispetto a questi ultimi.

Del resto, l'unica potenziale limitazione in tal senso storicamente eccepita – la possibile natura costituzionale del principio di segretezza delle deliberazioni collegiali – è stata esclusa in modo esplicito dalla Corte costituzionale con sentenza n. 18/1989, la quale ha riconosciuto l'assenza di un collegamento funzionale tra il principio di indipendenza del giudice e quello della deliberazione collegiale.

Ciò non toglie, tuttavia, che una decisione in questa direzione (sulla scorta del modello spagnolo) dovrebbe possibilmente essere il frutto maturo di un'accettazione pregressa ed un consenso il più largo possibile tra Corte e politica, soprattutto laddove si tenga in considerazione la "rigidità" derivante dalla formalizzazione di una norma costituzionale e la sua difficile "reversibilità".

Ma vi è di più: seguendo un ragionamento di introduzione "progressiva" dell'opinione dissenziente – sulla scia della prima esperienza del *BVerfG* tedesco – lo strumento costituzionale dovrebbe rappresentare l'ultima tappa di un cammino

già positivamente percorso e non un incerto punto di partenza, tanto più rischioso nel momento in cui non è agevole prevederne le possibili conseguenze.

In questo senso, neanche l'accoglimento per mezzo di una legge ordinaria porterebbe con sé particolari problemi sul piano normativo; tuttavia, i paventati (e non così irreali) timori per una strumentalizzazione del dibattito parlamentare – privo delle salvaguardie del procedimento aggravato e con naturali ricadute sul voto particolare – potrebbero suscitare perplessità a proposito della convenienza di procedere in tal modo.

In ogni caso, rimane a disposizione lo strumento della (auto)regolamentazione da parte della stessa Corte costituzionale attraverso il proprio regolamento, il quale presenta diversi vantaggi che meritano di essere esplorati.

Innanzitutto, l'origine "apolitica" di tale fonte normativa, pienamente equiparabile – in termini di fonti del diritto ed efficacia normativa – a quella di derivazione parlamentare, da parte della Corte costituzionale, consentirebbe di superare fin da subito le reticenze di matrice lottizzatoria e "politicista" che da sempre circondano il dibattito in questione.

Inoltre, contribuirebbe nella medesima direzione anche il disegno formale della composizione dell'organo ai sensi dell'art. 135 Cost., rivelatasi nei fatti ottimale nel garantire una terzietà e indipendenza "strutturale" rispetto ai profili di controllo politico-parlamentare e governativo cui si è fatto cenno in relazione al TC spagnolo.

In questo senso, anche a voler ritenere – per assurdo – che i giudici di estrazione parlamentare fossero oggetto di un condizionamento politico coronato da successo, si potrebbe ribattere che tale "politicità" è bilanciata (quando non neutralizzata) dai restanti rimanenti due terzi della Corte, rispettivamente nominati dalle supreme magistrature ordinaria ed amministrative e da un organo di garanzia istituzionale, privo di poteri di indirizzo politico (Presidente della Repubblica).

Tale preferenza normativa, tuttavia, non implica sottrarre al Legislatore l'esercizio della sua funzione principale: infatti, se è vero che la disciplina degli

aspetti di funzionamento procedurale della Corte deve ritenersi rimessa (per dottrina maggioritaria) a quest'ultima in forza del criterio di competenza – ed è evidente che il *dissent* rientri in tale categoria – nulla impedisce l'implementazione di una futura riforma della Costituzione, non estemporanea bensì frutto di un accoglimento positivo a seguito di un ragionevole periodo “di osservazione”, con un Giudice delle Leggi che funga da controllore privilegiato in materia.

Inoltre, lo strumento regolamentare presenta una flessibilità idonea a garantire una sorta di aggiornamento continuo da parte dello stesso organo sulla cui attività l'opinione dissenziente viene ad incidere, evitando pietrificazioni che rischiano di ingessare l'intero sistema e di ripercuotersi a cascata su ulteriori profili sistematici, consentendo altresì – se del caso – una sua (auto)soppressione in termini rapidi e praticamente indolori.

In conclusione, al netto della modellistica formale e delle riflessioni astratte, rimane sempre d'attualità l'insegnamento del Prof. Aragón Reyes – già giudice costituzionale – secondo cui «el Derecho no puede hacerlo todo, aunque sin el Derecho no pueda hacerse nada. El Derecho ayuda, pero no resuelve por sí solo los problemas [...]».

Pare infatti abbastanza evidente che le ragioni giuridico-giurisdizionali che sono sottese al presente dibattito in realtà trovano un più ampio terreno di confronto (soprattutto in un'ottica contraria) nel contesto politico ed istituzionale dei rapporti tra gli organi dello Stato e dei corrispondenti equilibri: non appare ragionevole, pertanto, che il pendolo oscilli verso un'unica direzione, giacché si amputerebbe la discussione di quell'altra metà che contribuisce in modo significativo alla celebrazione o alla critica del dissenso formalizzato.

Occorrerebbe, inoltre, che il dibattito riprendesse linfa vitale anche presso il mondo accademico, riannodando i fili di un confronto dottrinale che si è rivelato assai denso di suggestioni – grazie all'insegnamento dei grandi Maestri del diritto costituzionale italiano – e nel quale anche l'apporto pratico dei giudici costituzionali è stato assai prezioso.

Solo questa sinergia tra politica, dottrina e giurisdizione, nonché l'assunzione delle corrispondenti responsabilità decisionali – già alla base, ad esempio, dell'introduzione del *Sondervotum* tedesco – infatti, potrà garantire che qualunque riflessione sull'opinione dissenziente assuma l'importanza che veramente merita, senza che il timore paralizzante per un istituto mai sperimentato possa impedire anche solo una discussione ampia e ragionata a proposito di un tema che, per storia, tradizione e sviluppi, percorre in modo trasversale i punti nodali di qualsiasi ordinamento costituzionale.

Il modello tedesco potrebbe quindi fungere da punto di partenza e quello spagnolo (maggiormente strutturato e culturalmente più vicino) la degna conclusione per un consolidamento dell'opinione dissenziente anche in Italia, approfittando delle porosità della comparazione giuridica.

CONCLUSIONES

¿QUÉ FUTURO PARA EL VOTO PARTICULAR EN ITALIA Y ESPAÑA?

1. Premisa

A raíz de las reflexiones desarrolladas en los Capítulos anteriores, es necesario trazar algunas consideraciones metodológicas antes de llegar a las conclusiones de este trabajo de tesis.

El recurso a la comparación como quinto método háberliano de la interpretación y «operazione intellettuale di raffronto fra ordinamenti, istituti e normative di diversi ordinamenti»¹ ha permitido analizar modelos diferentes entre sí en relación con sus orígenes históricos, tradiciones jurídicas y desarrollo, sin ninguna pretensión de asimilación, sino con el objetivo de resaltar diferencias que, no obstante, no impiden razonar en una perspectiva de confrontación de analogías y, sobre todo diferencias.

En segundo lugar, el uso de un marco estadístico – en relación con el ordenamiento español – ha sido decisivo para consolidar los índices utilizados para reflexionar sobre el voto particular, desde la tipología estructural de las discrepancias hasta el nivel cuantitativo y subjetivo de las mismas, desde las funciones y cuestiones interesadas hasta la emisión por parte del Presidente.

Al mismo tiempo, el dato numérico se ha mostrado “elocuente”, permitiendo recabar de una pura simple sucesión de cifras amplias reflexiones sobre el desarrollo y la consolidación del voto particular en la jurisprudencia del TC.

En relación con el ordenamiento italiano, la extensa recopilación histórica ha demostrado la existencia de un importante nexo entre el voto particular y la tradición jurídica anterior a la Unificación (1861), así como de un gran interés por

¹ G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, 9ª ed., Padova, CEDAM, 2013, 2.

parte de la mejor doctrina respecto de un elemento desde siempre considerado de manera sospechosa.

El cuadro estadístico aquí desarrollado se ha ceñido, como es evidente, a los casos de discrepancia entre el Juez ponente y el Juez redactor en la Corte costituzionale. Ello no ha impedido que se individuara una presencia latente del disenso respecto de las funciones del Tribunal constitucional y en relación con las más relevantes cuestiones sobre derechos fundamentales.

2. La experiencia española: ¿reforma, revisión o consolidación del modelo?

En relación con el modelo español, una evaluación de la estructura y evolución del voto particular conlleva, en primer lugar, la necesidad de considerar su historia plurisecular y la aceptación generalizada de la discrepancia formal, sobre todo a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978: es por lo tanto necesario reflexionar sobre los efectos que del mismo se han derivado a nivel jurisdiccional y las consecuencias que se han producido en el equilibrio de poderes.

En relación con la utilización de la discrepancia en el TC, hay que destacar numerosos aspectos positivos que no son sino una traducción concreta de los perfiles teóricos reconducibles a la aceptación “conceptual” del voto particular.

A nivel estructural, no parece hayan existido –excepto algunas reservas en sede constituyente, superadas de inmediato– momentos de crisis respecto al tema de la “ruptura” de la unidad de la motivación de las sentencias o en lo que se refiere a las distintas razones jurídicas subyacentes a la solución mayoritaria y a (eventuales) opiniones minoritarias.

Por el contrario, debe afirmarse que la actividad del TC ha beneficiado grandemente de la plena publicidad de las decisiones judiciales y las interpretaciones de todos sus componentes, en un ejercicio constante de transparencia que se ha convertido cada vez más –en una dimensión político-

institucional– en el instrumento para evaluar el correcto funcionamiento y la eficiencia de los órganos constitucionales según parámetros de calidad democrática.

Otras precisiones pueden también desarrollarse en relación con las delicadas cuestiones de la independencia y politización del órgano de garantías constitucionales y de sus miembros, observadas a través de la lupa “procesal” del voto particular.

Se ha subrayado en numerosas ocasiones la eficacia disuasoria del voto particular público y formal respecto de una posible utilización “patológica” de la función judicial.

En este sentido, cada Magistrado que forme parte de un órgano colegiado tiene que revelar su propia filosofía jurídica sobre las cuestiones que tienen que ser objeto de decisión, asumiendo así su responsabilidad frente a todos (en primer lugar, sociedad y Legislador) y sin poder “escondarse” detrás del secreto (en muchos aspectos hipócrita) de aquellos ordenamientos que no admiten el voto particular.

La ausencia de formalización de una discrepancia –tanto en el fallo como en la fundamentación– debe por lo tanto interpretarse como adhesión a la decisión final, con todas las consecuencias que de esta se derivan.

Cuestión distinta –decisiva, en muchos aspectos, sobre la necesidad o inviabilidad del voto particular– es la que concierne la politización *ab externo* por parte de aquellas instituciones (Cortes Generales y Gobierno) llamadas a realizar los nombramientos que les corresponden.

En esta perspectiva, el voto particular representa el paradigma por excelencia de un erróneo solapamiento entre las posibles criticidades de la discrepancia como categoría conceptual y aquellas que, derivándose de comportamientos foráneos a los órganos considerados, inciden sobre los mismos.

Dicho de otra manera: el hecho que el voto (particular o no) de un Magistrado constitucional sea asociado de forma automática al partido político que propuso su nombramiento y, en consecuencia, a la ideología de este último, mantiene viva la suspicacia de que ese mismo Magistrado no es nada más que un peón dependiente

de los “trueques” de cargos y poder y, por tanto, falta de los requisitos de imparcialidad e independencia en el ejercicio de sus funciones.

En este sentido, y sin eludir que ser independiente no necesariamente conlleva ser imparcial (y vice versa), se ha afirmado que –más allá de quien efectúa los nombramientos y de las intenciones subyacentes– la autoridad depende sobre todo de la solidez de las argumentaciones empleadas y de capacidad de persuadir mediante la fuerza de los argumentos empleados.

En términos estructurales, la “guerra de las investiduras” vivida por el TC entre 2004 y 2010 y la dudosa reforma (en ese mismo periodo) de la duración del mandato de su Presidente bien demuestran como dichos escenarios que se critican sean imputables a las maniobras de los partidos, sin que se pueda atribuir ninguna responsabilidad al Tribunal Constitucional o a sus miembros.

No obstante, también debe ponerse sobre la mesa la (discutible) gestión de las solicitudes “cruzadas” de recusación por este último, la cual se inscribe en un marco político-institucional ya enormemente crispado.

Gestión que, si bien puede ser declinada en forma de contraste de interpretaciones en relación con las disposiciones normativas aplicables, ciertamente no ha contribuido de forma positiva a la (buena) imagen y percepción pública del TC.

«Las instituciones ganan o pierden prestigio por lo que hacen, pero también por lo que con ellas se hace». Con estas palabras el Presidente del Tribunal Constitucional Francisco Tomás y Valiente –trágicamente asesinado el 14 de febrero de 1996 por la banda terrorista ETA en su despacho de la Universidad Autónoma de Madrid– se despedía del mismo, después de seis años de Presidencia.

Recordando hoy su significado más profundo, dichas palabras no solo siguen siendo una advertencia para la garantía de la integridad y el buen funcionamiento de las instituciones del Estado, sino que también imponen la necesidad que tanto las mismas instituciones como aquellos que contribuyen a su conformación tengan consciencia de los efectos (positivos o negativos) que se podrían derivar de sus acciones.

En este sentido, a raíz de las argumentaciones desarrolladas en el presente trabajo de tesis, el voto particular se revela como una piedra tallada enormemente preciosa para ser dilapidada de manera impune o, en el caso italiano, no ser finalmente aceptada por el modelo de justicia constitucional.

3. La experiencia italiana: ¿esperando (quizá) a Godot?

Es ahora necesario tomar posición sobre la posibilidad (y/o necesidad) de introducir el voto particular también en el ordenamiento italiano, con especial atención al modelo de justicia constitucional.

Como se ha destacado en varias ocasiones a lo largo de estas páginas, la caracterización “híbrida” del disenso judicial –a mitad de camino entre instrumento judicial en sentido estricto y naturaleza intrínsecamente política (de quien elige los miembros de un Tribunal Constitucional, del órgano en sí o de los efectos reconducibles a sus decisiones)– comporta que el favor o la contrariedad hacia su introducción y las argumentaciones empleadas se entrelacen (también) con razones de oportunidad que atañen al equilibrio general del sistema de poderes institucionales.

En efecto, pretender razonar únicamente en términos jurídico-procedimentales significaría eludir la transversalidad de la cuestión nuclear, privándola de todas esas consecuencias “políticas” (*auctoritas* de la decisión, independencia del Poder Judicial, separación de poderes, etc.) que constituyen el verdadero campo de batalla, antes y más allá de los formalismos procesales.

Es evidente, por lo tanto, que el “conflicto” se desarrolla –en primera instancia– en el plano de la oportunidad, declinada en una triple vertiente: voluntad de aceptar el voto particular; conformación estructural de dicho instrumento y efectos que se podrían derivar en el caso de admitir su existencia.

En primer lugar, se ha confutado la tesis según la cual el voto particular sería un elemento extraño a la historia y tradición jurídica italiana: en este sentido, si

bien es cierto que el denominado *voto di scissura* –presente en importantes experiencias de Estados italianos pre-unitarios– no puede equipararse del todo al voto particular (siguiendo los índices que se han enunciado), es también cierto que la discrepancia pública, motivada y nominal se deriva de ese modelo “originario” de Derecho común, posteriormente desarrollado y adaptado a la evolución del ordenamiento jurídico.

Paralelamente, el desarrollo de un importante debate doctrinal sobre este tema (desde la inauguración de los trabajos constituyentes hasta los primeros años del Siglo XXI) –debate al que no se han substraído algunos de los más importantes académicos italianos– demuestra un interés no meramente abstracto, como también parece desprenderse de una suerte de “quiescencia” del espíritu del voto particular entre los muros (y los Magistrados) del Palacio de la Consulta, sede de la *Corte costituzionale*.

Finalmente, debe ser aquí destacada la tesis según la cual no parecen existir en el ordenamiento jurídico italiano –en términos de Derecho positivo y de principios fundamentales– obstáculos que puedan impedir la incorporación del Voto particular.

En el contexto de la normativa super-primaria, una vez admitido el control de constitucionalidad sobre las mismas leyes constitucionales y/o de revisión constitucional (a raíz de la sentencia de 29 de diciembre 1988, n. 1146) respecto de los principios constitucionales fundamentales, no parece vislumbrarse ninguna contradicción entre voto particular y preceptos supremos del texto constitucional.

De hecho, la única posible “limitación” históricamente esgrimida en este sentido –es decir, la posible connotación constitucional del secreto de las deliberaciones judiciales– ha sido refutada por la *Corte costituzionale* con sentencia 18/1989, la cual ha reconocido la inexistencia de un nexo funcional entre el principio de independencia judicial y el secreto de la decisión misma.

Ello no quita, no obstante, que una introducción del voto particular (en la perspectiva del modelo español) debería llegar a ser consecuencia de una aceptación y un consenso los más amplios posibles entre *Corte costituzionale* e instituciones

políticas, más aún cuando se considere la rigidez que se deriva de la formalización de una disposición constitucional y la dificultad de “revertir” una innovación normativa de este tipo.

Además, siguiendo un razonamiento de introducción “progresiva” del voto particular –en la estela del *BVerfG* alemán– la utilización de la fuente constitucional debería representar el momento conclusivo de un camino compartido y no un incierto punto de partida, sobre todo a raíz de la imposibilidad de prever las posibles consecuencias.

En este sentido, tampoco la aceptación por medio de una ley ordinaria conllevaría problemas en términos normativos: no obstante, cabe destacar que los posibles (y no tan irreales) temores sobre una utilización partidista de los debates parlamentarios –sin las salvaguardas del procedimiento agravado de revisión constitucional y con evidentes recaídas sobre la utilización e interpretación del voto particular– podrían suscitar reticencias acerca de la necesidad de actuar de esta forma.

En cualquier caso, queda a disposición el recurso a la (auto)normación por parte de la *Corte costituzionale* mediante su propio Reglamento y la correspondiente técnica normativa cabe destacar.

En primer lugar, el origen “apolítico” de tal fuente del Derecho, plenamente equiparable –en términos de posición jerárquica y eficacia normativa– a los actos parlamentarios ordinarios, podría garantizar la posibilidad de superar, desde un primer momento, todas aquellas suspicacias de *lottizzazione* que siempre han caracterizado este tipo de debate.

Además, considérese (en la misma dirección) la conformación formal del órgano de garantías constitucionales (art. 135 Cost.); conformación que, en concreto, ha demostrado su idoneidad para garantizar el carácter *super partes* y la imparcialidad “estructural” respecto de las posibilidades de control político-parlamentario a las que se ha hecho referencia en relación con el Tribunal Constitucional español.

Así, aun considerando –por absurdo– que los Magistrados de elección parlamentaria hayan sido objeto de un condicionamiento político “exitoso”, se puede contra-argumentar que dicha influencia política se vería equilibrada (cuando no neutralizada) por los restantes dos tercios de la *Corte Costituzionale*, respectivamente nombrados por los máximos órganos de la Justicia ordinaria y de lo contencioso-administrativo y por un órgano de garantía institucional, falto de poderes de dirección política (Presidente de la República).

Dicha preferencia normativa por la fuente reglamentaria no implica, no obstante, privar el Legislador de su función principal: en efecto, si bien es cierto que la disciplina de los aspectos del funcionamiento procedimental de la *Corte* están demandados (y así lo estima la doctrina mayoritaria) a esta última según el criterio de competencia –siendo evidente que el voto particular debe incluirse en esa categoría– nada impide incluso una revisión de la Constitución que sea fruto de una aceptación después de un razonable periodo “de observación”, con un órgano de garantías constitucionales que opere como supervisor privilegiado.

Además, la fuente reglamentaria está dotada de una flexibilidad suficiente para garantizar una suerte de actualización continua por parte de ese mismo órgano llamado a emitir potenciales votos particulares, evitándose al mismo tiempo petrificaciones que podrían bloquear el ordenamiento y garantizando también una posible (auto)supresión en el caso de producir efectos negativos.

Concluyendo, más allá de los esquemas formales y de las reflexiones abstractas, sigue manteniendo toda su actualidad la enseñanza del Prof. Aragón Reyes, según la cual «el Derecho no puede hacerlo todo, aunque sin el Derecho no pueda hacerse nada. El Derecho ayuda, pero no resuelve por sí solo los problemas [...]».

Parece, en efecto, bastante evidente que las razones jurídico-judiciales que subyacen al debate que aquí se aborda en realidad encuentran un terreno más fértil (sobre todo en una óptica contraria) en el contexto político e institucional de relaciones y equilibrios entre poderes del Estado: no parece razonable, por lo tanto, que el péndulo oscile en una única dirección, ya que se amputaría la discusión de

esa otra “mitad” que contribuye de manera significativa a la celebración o a la crítica de la discrepancia formal.

Sería, además, necesario que el debate volviera a estar presente también en el mundo académico, reanudando los hilos de una dialéctica entre voces doctrinales que ha producido notables reflexiones –gracias a la enseñanza de los grandes Maestros del Derecho constitucional italiano– y en el cual el aporte concreto de los Magistrados constitucionales ha sido fundamental.

Solo esta sinergia entre política, doctrina académica y jurisdicción, además de la asunción de las correspondientes responsabilidades decisorias –esenciales en la introducción del *Sondervotum* alemán– podrá garantizar que cualquier reflexión sobre el voto particular asuma la importancia que verdaderamente merece, sin que el temor hacia algo jamás experimentado pueda impedir un debate amplio y razonado sobre un tema que atraviesa de manera transversal los puntos nodales de cualquier ordenamiento constitucional.

El modelo alemán podría así representar el punto de partida y el español (mejor estructurado y culturalmente más próximo) la conclusión para una consolidación del voto particular también en Italia, aprovechando las “porosidades” de la comparación jurídica.

BIBLIOGRAFIA

Note. Getting Back to Basics: Recognizing and Understanding the Swing Voter on the Supreme Court of the United States, in 101 *Minn. L. Rev.* 1247 (2017), 1247-1286.

Note: from consensus to collegiality: the origins of the “respectful” dissent, in 124 *Harv. L. Rev.* 1305 (2011), 1305-1326.

Notes. Supreme Court Per Curiam Practice: A Critique, in 69(4) *Harv. L. Rev.* 707 (1956), 707-748.

Plurality Decisions and Judicial Decisionmaking, in 94(5) *Harv. L. Rev.* 1127 (1981), 1127-1146.

AA.VV., *Cuestionario sobre la reforma de la LOTC*, in *Teoría y realidad constitucional*, 4, 1999, 13-89.

AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano, Giuffrè, 1989.

AA.VV., *Encuesta: orientación actual del derecho constitucional*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 21, 2008, 18-70.

AA.VV., *Encuesta sobre la renovación del Tribunal Constitucional*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 2010, 13-90.

ADAM R., TIZZANO A., *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, 2^a ed., Torino, Giappichelli, 2010.

ADAMO U., *L'amparo constitucional in Spagna: passato, presente e futuro del ricorso diretto al giudice costituzionale tra natura soggettiva e oggettiva del controllo*, in *Consulta Online*, III, 2015, 666-720.

AGUIAR DE LUQUE L., *Una nueva reflexión sobre la prorogatio de los órganos constitucionales. Una discrepancia y algunas puntualizaciones a J.A. Santamaría*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 85, 2009, 83-98.

AGUIAR L., *El Tribunal de Garantías de la II República: una reflexión*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 8, 1983, 289-297.

- AHUMADA RUIZ M.A., *La regla de la mayoría y la formulación de doctrina constitucional*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 58, 2000, 155-188.
- ALBORS-LLORENS A., *Securing Trust in the Court of Justice of the EU: The Influence of the Advocates General*, in 14 *Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud.* 509 (2011-2012).
- ALLAN J., *Why Australia Does Not Have, and Does Not Need, a National Bill of Rights*, in *Giornale di storia costituzionale*, 24/II, 2012, 35-45.
- ALMAGRO NOSETE J., *La «acción popular» ante el Tribunal de Garantías constitucionales. Valoración y crítica*, in *Revista de Derecho Político*, 12, 1981-1982, 65-84.
- ALOISIO S., *Alcuni cenni sull'evoluzione delle esternazioni del Presidente della Corte costituzionale e sulle prospettive del fenomeno*, in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Torino, Giappichelli, 1996.
- ALVAREZ CONDE E., TUR AUSINA R., *El Estatuto de Cataluña a través de los Votos particulares a la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 27, 2011, 315-344.
- ALVAREZ CONDE E., *Curso de Derecho Constitucional*, II, Madrid, Tecnos, 2008.
- ALVAZZI DEL FRATE P., *Illuminismo e interpretazione. Gaetano Filangieri e le Riflessioni politiche del 1774*, in F. LIOTTA (a cura di), *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, Bologna, Monduzzi editore, 2007, 237-260.
- ALVAZZI DEL FRATE P., *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino, Giappichelli, 2005.
- ALZAGA VILLAAMIL O., *Derecho Político Español*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008.
- ALZAGA VILLAAMIL O., *Sobre la composición del Tribunal Constitucional*, in *Teoría y Realidad constitucional*, 10-11, 2002-2003, 149-180.
- AMATO G., *Costantino Mortati e la Costituzione italiana. Dalla Costituente all'aspettativa mai appagata dell'attuazione costituzionale*, in M. GALIZIA, P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990.

- AMATO G., *Osservazioni sulla «dissenting opinion»*, in C. MORTATI (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, Giuffrè, 1964, 21-30.
- AMATO G., BASSANINI F., *La Corte costituzionale, un istituto da riformare*, in *Pol. dir.*, 1972, 811-819.
- AMODIO E., *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. Dir.*, 1981, XXVII.
- AMRAM P.W., *The dissenting opinion comes to the German Courts*, in 6 *Am. J. Comp. Law* 79 (1957), 108-111.
- ANAND R.P., *The role of individual and dissenting opinions in international adjudication*, in 14 *Int'l & Comp. L.Q.* 788 (1965), 788-808.
- ANDRIOLI V., *Le sentenze della Corte costituzionale: consuntivo degli effetti sull'ordinamento positivo*, in *Foro it.*, 1969, V, 73-112.
- ANZON A. (a cura di), *L'opinione dissenziente. Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 5 e 6 novembre 1993*, Milano, Giuffrè, 1995.
- ANZON A., *Forma delle sentenze e voti particolari. Le esperienze di giudici costituzionali e internazionali a confronto*, 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*, Milano, Giuffrè, 1995, 167-182.
- ANZON A., *Per l'introduzione dell'opinione dissenziente dei giudici costituzionali*, 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*, Milano, Giuffrè, 1995, 429-455.
- ANZON A., *La motivazione delle decisioni della Corte Suprema statunitense (struttura e stile)*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1994.
- ARAGÓN REYES M., *La reforma del Estado autonómico: mejora y no sustitución del modelo*, en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, 10, 2019, 183-213.
- ARAGÓN REYES M., *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 85, 2009, 11-43.

- ARANGIO-RUIZ G., MARGHERITA L., TAU ARANGIO-RUIZ E., *Soggettività nel diritto internazionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, 1999.
- ARAVANTINO LEONIDI G., *The day filibuster died. Le modifiche del regolamento del Senato statunitense e il secondo mandato Obama*, in *Nomos*, 3-2013.
- ARAVANTINO LEONIDI G., *La svolta conservatrice della Corte Suprema. Verso una rottura del sistema dei Checks and Balances?*, in *Nomos*, 2-2018.
- ARREBOLA C., MAURICIO A.J. & JIMENEZ PORTILLA H., *An Economic Analysis of the Influence of the Advocate General on the Court of Justice of the European Union*, in *5 Cambridge Journal of International and Comparative Law* 82 (2016).
- ASPRELLA C., *L'opinione dissenziente del giudice*, Roma, Aracne, 2012.
- AULETTA F., *Arbitri e responsabilità civile*, in *Riv. arb.*, 2005, 4, 745-771.
- AUSTIN J.M., *The Law of Citations and Seriatim Opinions: Were the Ancient Romans and the early Supreme Court on the Right Track?*, in *31 N. Ill. U. L. Rev.* 19 (2010), 19-36.
- AZIZI J., *Unveiling the EU Courts' Internal Decision-Making Process: A Case for Dissenting Opinions?*, in *ERA Forum* (2011), 49-68.
- AZZARITI G., *Il ruolo del Presidente della Corte costituzionale nella dinamica del sistema costituzionale italiano*, in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Torino, Giappichelli, 1996.
- AZZARITI G., *Discorso inaugurale al II di attività della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, I, 1957.
- BAAMONDE GÓMEZ L., *La Magistratura Constitucional en España e Italia. Selección, aspectos temporales del mandato y estatuto jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2019.
- BADER GINSBURG R., *Lecture: The role of dissenting opinions*, in *95 Minn. L. Rev.* 1 (2010), 1-8.
- BADER GINSBURG R., *Remarks on writing separately*, in *65 Wash. L. Rev.* 133 (1990), 133-150.

- BALAGUER CALLEJÓN F. (a cura di), *Derecho constitucional*, Vol. I, Madrid, Tecnos, 2019.
- BALAGUER CALLEJÓN F. (a cura di), CAMARA VILLAR G., MEDINA REY L. F., *La nueva ley orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2008.
- BALAGUER CALLEJÓN M.L., *La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria*, Civitas, Madrid, 1990.
- BALDASSARRE A., *L'opinione dissenziente e l'intervista ad Amadei*, in *Pol. dir.*, 1981, 238-241.
- BARCZAK T. (a cura di), *BVerfGG. Mitarbeiterkommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Berlin-Boston, De Gruyter, 2018.
- BARILE P., CHELI E., GRASSI S. (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982.
- BARSOZZI V., *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Torino, Giappichelli, 1999.
- BARSOZZI V., *La Corte suprema degli Stati Uniti e la questione dell'aborto*, in *Foro it.*, IV, 1992, 526-543.
- BARTELS B.L., *The Sources and Consequences of Polarization in the U.S. Supreme Court*, in J.A. THURBER, A. YOSHINAKA, *American Gridlock: The Sources, Character, and Impact of Political Polarization*, New York, Cambridge University Press, 2015.
- BARTH A., *Prophets with Honor: Great Dissents and Great Dissenters in the Supreme Court*, New York, Knopf, 1974.
- BARTOLE S., *Opinioni dissenzienti: problemi istituzionali e cautele procedurali*, 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*, Milano, Giuffrè, 1995, 3-13.
- BASSOLS COMA M., *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- BENNETT T.B., FRIEDMAN B., MARTIN A.D., NAVARRO SMELCER S., *Divide & Concur: Separate Opinions & Legal Change*, in *103 Cornell L. Rev.* 817 (2018), 817-877.

- BERENGUER ALBALADEJO C., *El principio de igualdad y no discriminación en relación con la pensión de viudedad y el «matrimonio gitano»*, in *Derecho Privado y Constitución*, 24, 2010, 109-162.
- BERGER V., *L'élaboration de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Documents de travail du XIème Colloque national de défense pénale: Convention européenne des droits de l'homme - mode d'emploi dans le procès pénal*, Marseille, Syndicat des avocats de France, 1993.
- BERNSTEIN D.E., *Lochner v. New York: A Centennial Retrospective*, in 85(5) *Wash. U. L. Q.* 1469 (2005), 1469-1528.
- BERRUTI G.M., *Sulla responsabilità civile dei magistrati (le fattispecie della legge n. 117 del 1988)*, in *Giur. it.*, 1988, IV.
- BEVERE A., *Dal giudice-funziario al giudice-organo della comunità: riflessioni in margine alla sentenza sulla responsabilità del giudice*, in *Giur. cost.*, I, 1989.
- BIN R., *Sull'imparzialità dei giudici costituzionali*, in *Giur. cost.*, 5, 2009, 4015-4029.
- BISCARETTI DI RUFFIA P. (a cura di), *Costituzioni straniere contemporanee*, I, Milano, Giuffrè, 6^a ed., 1994.
- BISOGNI G., *La 'politicità' del giudizio sulle leggi: Tra le origini costituenti e il dibattito giusteorico contemporaneo*, Torino, Giappichelli, 2017.
- BISOGNI G., *La 'forma' di un 'conflitto'. Brevi osservazioni sul dibattito italiano intorno all'opinione dissenziente*, in *Ars interpretandi*, 1, 2015, 51-64.
- BLACKBURN R., KENNON A., *Griffith & Ryle on Parliament: functions, practice and procedures*, London, Sweet&Maxwell, 2003.
- BLOOM-COOPER L.J., DICKSON B., DREWRY G., *The Judicial House of Lords: 1870-2009*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- BLOOM-COOPER L., DREWRY G., *Final Appeal: a Study of the House of Lords in its judicial capacity*, Oxford, Clarendon Press, 1972.
- BONINI F., *Storia della Corte costituzionale*, Roma, NIS, 1996.
- BORRÈ G., *Sentenza n. 2/1994 della Corte costituzionale. Un'esperienza di opinione dissenziente*, in *Questione Giustizia*, 2-3, 1994.

- BORGSMTD K., *The Advocate General at the European Court of Justice: a Comparative Study*, in *Eur. L. Rev.* 106 (1988), 106-119.
- BORRAJO INIESTA I., *Renovarse o morir: el ritmo de las renovaciones del Tribunal constitucional español*, in *Revista General de Derecho Constitucional*, 16, 2013.
- BRANCA G., *Collegialità nei giudizi della Corte costituzionale*, Padova, CEDAM, 1970.
- BRENNAN Jr. W.J., *In defense of dissents*, in 37 *The Hastings Law Journal* 427 (1985), 427-438.
- BRUINSMA F.J., *The Room at the Top: Separate Opinions in the Grand Chambers of the ECHR (1998-2006)*, in *Ancilla Iuris*, 2008, 32-43.
- BRUNO F., *Costantino Mortati e la Costituente*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Costantino Mortati. Costituzionalista calabrese*, Napoli, Edizioni scientifiche, 1989, 135-156.
- BRUNO F., *I giuristi alla Costituente: l'opera di Costantino Mortati*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, II, Bologna, Il Mulino, 1980, 59-178.
- BUSHNELL I., *The Captive Court: A study of the Supreme Court of Canada*, Buffalo-New York, McGill-Queen's University Press, 1992.
- CALABRESI S.G., LINDGREN J., *Term limits for the Supreme Court: life tenure reconsidered*, in 29 *Harv J.L. & Pub. Pol'y* 769 (2006), 769-877.
- CALABRÒ M.A., *Gallo: autoriforma della Corte, si all'idea dei referendari*, in *Corriere della Sera*, 31 dicembre 1998.
- CÁMARA VILLAR G., *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993.
- CAMERLENGO Q., *La saggezza della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2011, 657-699.
- CAMONI D., *Tribunal Constitucional, "cuestión catalana" y votos particulares: ¿se nos rompió la unanimidad (de tanto usarla)?*, in *Revista General de Derecho Constitucional*, 33, 2020.

- CAMONI D., *Is the proof (of speech freedom) in the cake? Forme e limiti della libertà di espressione nella recente giurisprudenza statunitense e britannica*, in *DPCE online*, 2, 2019, 1069-1092.
- CAMONI D., *Se le circostanze contingenti della “crisi catalana” impongono di creare diritto “oltre il diritto”: dall’ordinanza n. 49/2018 del Tribunal Constitucional spagnolo alla (mancata) costituzione del nuovo Govern catalano*, in *Forum di Quad. cost.*, 27 giugno 2018.
- CAMPBELL BLACK H., *Black’s Law Dictionary*, 4^a ed., St. Paul, 1968.
- CAPETA T., *Advocate General: Bringing Clarity to CJEU Decisions: A Case-Study of Mangold and Kucukdeveci*, in 14 *Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud.* 563 (2011-2012).
- CARETTI P., CHELI E., *L’influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale*, in A. PIZZORUSSO, V. VARANO (a cura di), *L’influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1985.
- CARNEVALE P., *«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 (A CURA DI), *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale nei lavori preparatori dell’Assemblea costituente*, Torino, 1996.
- CARUSI V., PIZZORUSSO A., *Mortati e la Corte costituzionale*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Costantino Mortati. Costituzionalista calabrese*, Napoli, Editoriale scientifica, 1989.
- CASCAJO CASTRO J.L., *La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 17, 1986, 171-185.
- CASEY J., *Constitutional Law in Ireland*, London, Sweet & Maxwell, 1987.
- CASINO RUBIO M., *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, 261-286.
- CASSESE S., *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, 2015, Bologna.

- CASSESE S., *Una lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, in *Quad. cost.*, 4, 2009, 973-986.
- CASTELLÀ ANDREU J.M., *Tribunal Constitucional y proceso secesionista catalán: respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto político-constitucional*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 37, 2016, 561-592.
- CATALÀ I BAS A.H., *Las sentencias del Tribunal Constitucional en los casos Bildu y Sortu y el fin de ciclo de la Ley Orgánica de partidos políticos. Propuestas de reforma*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 31, 2013, 549-576.
- CERRINA FERONI G., *Il Presidente della Corte costituzionale*, in *Dir. soc.*, 4, 1994.
- CERVATI A.A., *Le garanzie costituzionali nel pensiero di Costantino Mortati*, in M. GALIZIA, P. GROSSI, *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, 1990.
- CHELI E., *Render noti i motivi del dissenso in giudizio*, in *Corriere della Sera*, 8 aprile 1973.
- CHIEPPA R., *Intervento*, in A. ANZON, G. AZZARITI, M. LUCIANI (a cura di), *La composizione della Corte costituzionale, La composizione della Corte costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere. Atti del Seminario di Roma del 14 marzo 2003*, Torino, Giappichelli, 2004,
- CHIEPPA R., *Sottoscrizione e redazione delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, II, 1987.
- CIANCA M., *«Pubblicizzare i voti contrari», la Consulta si interroga sulla dissenting opinion*, in *Corriere della Sera*, 7 febbraio 1999.
- CICALA M., *Commento a Corte cost. n. 18/1989*, in *Corr. giur.*, 1989.
- CLEMENT-WILZ L., *The Advocate General: A Key Actor of the Court of Justice of the European Union*, in 14 *Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud.* 587 (2011-2012), 587-613.
- CLEMENT-WILZ L., *La fonction de l'Avocat general près la Cour de Justice*, Brussels, Bruylant, 2011.
- COHN E.J., *Dissenting Opinions in German Law*, in 6 *Int'l & Comp. L.Q.* 540 (1957), 540-543.

- COMMISSIONE DI VENEZIA, *Report on separate opinions of Constitutional Courts* (Opinion No. 932/2018), 14-15 dicembre 2018.
- CORASANITI A., *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*, Milano, Giuffrè, 1995, 15-19.
- CORASANITI A., *Considerazioni conclusive*, in AA.VV. *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, Giuffrè, 1994.
- CORLEY P.C., *Concurring Opinion writing on the U.S. Supreme Court*, Albany, 2010;
- CORLEY P.C., SOMMER U., STEIGERWALT A., WARD A., *Extreme dissensus: explaining plurality decisions on the United States Supreme Court*, in *31 Justice System Journal* 180 (2010), 180-200.
- COSTA J.P., *Les opinions séparées des juges: est-ce une bonne institution dans une juridiction internationale?*, in S. KATUOKA (a cura di), *Law in the Changing Europe. Liber Amicorum Pranas Kūris*, Vilnius, Mykolo Romerio universiteto Leidybos centras, 2008.
- COSTANZO P. (A CURA DI), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Torino, Giappichelli, 1996.
- COSTANZO P., *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, in P. COSTANZO (A CURA DI), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Torino, Giappichelli, 1996.
- CRESPI S., *Articolo 8*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017.
- CRISAFULLI V., *Intervento*, in G. MARANINI, *La giustizia costituzionale*, Firenze, Vallecchi, 1966.
- CRIVELLI E., *L'opinione dissenziente nella prassi della Corte di Strasburgo*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, Torino, 2016, 673-683.

- CRUZ VILLALÓN P., *Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 5, 1982, 115-148.
- CUOCOLO F., *Bicamerale: atto primo. Il progetto di revisione costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1997.
- D’ALESSANDRO E., *Brevi riflessioni sulla intempestività della domanda arbitrale rituale e sulla dissenting opinion*. in *Riv. arb.*, 2, 2000, 351-364.
- D’ANDREA L., *La Corte commenta... sé stessa (attraverso le conferenze-stampa del suo presidente)*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1994.
- DARBYSHIRE P., *The UK Supreme Court - is there anything left to think about?*, in 21(1) *European Journal of Current Legal Issues*, 2015.
- DARMON M., *La fonction d’Avocat general a la Cour de justice des Communautés européennes*, in AA.VV., *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs? Melanges a l’honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, 75-81.
- DEBRÉ J.L., *Ce que je ne pouvait pas dire*, Paris, Robert Laffont, 2016.
- DECARO M., LUPO N., RIVOCCHI G., *La “manutenzione” della giustizia costituzionale italiana: un’opera necessaria, da non lasciare solo alla Corte costituzionale*, in C. DECARO, N. LUPO, G. RIVOCCHI (a cura di), *La «manutenzione» della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia*, Torino, Giappichelli, 2012.
- DE FRANCHIS F., *Dizionario giuridico Inglese-Italiano*, Milano, Giuffrè, 1984.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI T., *La reanimación de la prevalencia. ¿Una grieta abierta en nuestro modelo centralizado de justicia constitucional?*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 111, 2017, 307-340.
- DEL CASTELLO F., *Finalmente conclusa la querelle sulle responsabilità dei giudici*, in *Giust. civ.*, I, 4, 1989.
- DEL CASTILLO VERA P., *Notas para el estudio del comportamiento judicial. El caso del Tribunal Constitucional*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 20, 1987, 177-194.
- DELGADO DEL RINCÓN L.E., *La recusación de los magistrados del Tribunal Constitucional*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 82, 2008, 347-394.

- DELLEDONNE G., *La designazione dei giudici della Corte suprema canadese: elementi d'insoddisfazione e tentativi di riforma*, in *Rivista di Diritti comparati*, 2/2017.
- DE MIGUEL BÁRCENA J., *El proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 113, 2018, 133-166.
- DENNISTON L., *On a splintered Court, who rules?*, in *www.scotusblog.com*, 13 August 2013.
- DENTI V., *Per il ritorno al «voto di scissura» nelle decisioni giudiziarie*, in C. MORTATI (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, 1964, 1-20.
- DENTI V., *La Corte costituzionale e la collegialità della motivazione*, in *Rivista di diritto processuale*, 1961, 434 ss.
- DE SIERVO U., *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia: dall'Assemblea costituente ai primi anni di attività della Corte*, in P. CARNEVALE, C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive: a cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2008.
- DE VEGA GARCÍA P., *Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución*, in *Revista de Estudios Políticos*, 7, 1979, 93-118.
- DE VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, 9^a ed., Padova, CEDAM, 2013.
- DICKSON B., *The Irish Supreme Court. Historical and Comparative perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2019.
- DI MARTINO A., *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, Napoli, Jovene, 2016.
- DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, POLICY DEPARTMENT, CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Dissenting opinions in the Supreme Courts of the Member States*, 2012.
- DI RENZO VILLATA M.G., *Collegialità, motivazione, 'voto di scissura': quali le ragioni storiche della nostra 'multiforme tradizione?*, in N. ZANON, G. RAGONE, *The dissenting opinion. Selected Essays*, Milano, Giuffrè, 2019, 41-84.

- D'ORAZIO G., *L'archivio Mortati: prime considerazioni*, in *Nomos*, 1, 2016.
- D'ORAZIO G., *Proposte di riforma della struttura della Corte*, in *Giur. cost.*, II, 1974.
- D'ORAZIO G., *Aspetti dello status di giudice della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1966.
- DOUGLAS W.O., *The dissent: a safeguard of democracy*, in 32 *J. Am. Judicature Soc'y* 104 (1948), 104-107.
- DUMBAULD E., *Dissenting opinions in international adjudication*, in 90 *U. Pa. L. Rev.* 929 (1942), 929-945.
- DUNCAN R.F., *Justice Scalia and the rule of law: originalism vs. the living Constitution*, in 29(9) *Regent U. L. Rev.* 9 (2016), 9-34.
- DURANTE M., *Le opinioni dissenzienti della Corte di Strasburgo e la tutela della libertà religiosa: un capovolgimento di prospettiva*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2, 2020, 170-189.
- ELIA L., *Giustizia costituzionale e diritto comparato (Appunti di ricerca)*, in *Quad. cost.*, 1, 1984.
- ELIA L., *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in AA.VV., *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982.
- ELIA L., *Recensione a M. Cappelletti. Il controllo di costituzionalità sulle leggi nel diritto comparato*, in *Riv. dir. civ.*, 1969.
- EPSTEIN L., LANDES W.M., POSNER R.A., *Why (and when) judges dissent: a theoretical and empirical analysis*, in 3(1) *J. Leg. Anal.* 101 (2011), 101-137.
- ERSKINE MAY T., *Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, 23^a ed., London, LexisNexis, 2004.
- EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Report on separate opinions of Constitutional Courts (Opinion No. 932/2018)*, 17th December 2018.

- EVANS E.A., *The Dissenting Opinion-Its Use and Abuse*, in 3 *Mo. L. Rev.* 1 (1938), 1-23.
- EZQUIAGA GANUZAS F.J., *El voto particular*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1990.
- FALCON G., *Le Corti costituzionali e i loro giudici*, in *Forum di Quad. Cost.*, 18 maggio 2011.
- FALATO F., *Segreto della camera di consiglio ed opinione dissenziente: un rapporto da (ri)meditare per le decisioni delle corti superiori*, Pisa, Pisa University Press, 2016.
- FANSWORTH W., *The ideological stakes of eliminating life tenure*, in 29 *Harv J. L. & Pub. Pol'y* 879 (2006), 879-889.
- FAVARETTO C., *Le conseguenze finanziarie delle decisioni della Corte costituzionale e l'opinione dissenziente nell'A.S. 1952: una reazione alla sentenza 70/2015?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2015.
- FAZZALARI E., *Una legge "difficile"*, in *Giur. cost.*, I, 1989.
- FEDERER J., *Die Bekanntgabe der abweichenden Meinung des überstimmten Richters*, in *Juristen Zeitung*, 15-16, 1968.
- FELDMAN A., *Empirical SCOTUS: The recent role of separate opinions*, in www.scotusblog.com, 13 November 2019.
- FELDMAN A., *The dissenting-est Dissenters on the modern Court*, in www.empiricalscotus.com, 26th February 2018
- FELDMAN A., *King of Dissents*, in www.empiricalscotus.com, 22nd June 2016.
- FERIOLI E., *Dissenso e dialogo nella giustizia costituzionale*, CEDAM, 2018.
- FERIOLI E., *La Dissenting Opinion nella giustizia costituzionale europea di matrice kelseniana*, in *DPCE*, 3, 2017, 687-716.
- FERIOLI E., *Le origini storiche dell'opinione individuale dei giudici*, in C. MURGIA (a cura di), *Scritti in onore di Sara Volterra*, Torino, Giappichelli, 2017, 357-374.

- FÉRNANDEZ DE VELASCO R., *El Tribunal de Garantías Constitucionales. La disposición final de Ley (cuestión práctica)*, in *Revista de Derecho Público*, 19-20, 1933.
- FERNÁNDEZ FARRERES G., *Sobre la designación de los magistrados constitucionales: una propuesta de reforma constitucional*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 105, 2015, 13-49.
- FERNÁNDEZ FARRERES G., *Reflexiones sobre el futuro de la justicia constitucional española*, in AA.VV., *El futuro de la justicia constitucional*, Actas de las XII Jornadas de las Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ FARRERES G., *Artículo 90*, in J.L. REQUEJO PAGÉS (a cura di), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2001.
- FERNÁNDEZ RIVEIRA R.M.^a, *Repertorio bibliográfico sobre la cuestión catalana*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 37, 2016, pp. 607-626.
- FERNÁNDEZ SEGADO F., *El permanente y profundo debate italiano entorno a las "opinioni dissenzienti"*, in A. D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, Giuffrè, 2012, 1227-1268.
- FERNÁNDEZ SEGADO, *La Judicial Rev. en la pre-Marshall Court*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 2011, 133-178.
- FERNÁNDEZ SEGADO F., *El Justice Oliver Wendell Holmes: "The great dissenter" de la Supreme Court*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 25, 2010, 129-166.
- FERNÁNDEZ SEGADO F., *La recepción del Sondervotum en Alemania*, in *Revista de las Cortes Generales*, 77, 2009, 7-62.
- FERNÁNDEZ SEGADO F. , *La Justicia Constitucional: una visión de Derecho Comparado*, vol. I, Madrid, Dykinson, 2009.
- FERNÁNDEZ SEGADO F., *El Tribunal de Garantías Constitucionales: la problemática de su composición y del estatuto jurídico de sus miembros*, in *Revista de Derecho Público*, 11, 1988.
- FERRAJOLI L., *Costituzionalismo e giurisdizione*, in *Questione giustizia*, 3, 2012.
- FERRARI G.F., *Nino Scalia: analisi giurisprudenziale del pensiero di un giudice conservatore*, in *Giur. cost.*, 3, 2016, 1191-1216.

- FERRARI G.F., O' DOWD J. (A CURA DI), *75 years of the Constitution of Ireland. An Irish-italian Dialogue*, Dublin, Clarus Press, 2014.
- FERRARIS F., «*Rationing Justice*». *La selezione dei ricorsi nelle Corti supreme di Stati Uniti e Italia*, Torino, Giappichelli, 2015.
- FINKELSTEIN N., *Laskin's Canadian constitutional law*, Toronto, Carswell, 1986.
- FIORAVANTI M., *Mortati, Costantino*, in I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (a cura di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna, Il Mulino, 2013.
- FLAUSS J.F., *La Cour européenne des Droits de l'Homme est-elle une Cour constitutionnelle?*, in *Revue française de droit constitutionnelle*, 36, 1998, 711-728.
- S. FOIS, *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*, Milano, 1995, 21-49.
- FORD P.L., *The Works of Thomas Jefferson*, New York-London, Putnam's Sons, 1905.
- FOWLER D.B., *The Canadian Bill of Rights-A Compromise between Parliamentary and Judicial Supremacy*, in 21(4) *Am. J. Comp. Law* 712 (1973), 712-746.
- GAIA G., *Dissenting opinions in the International Court of Justice*, in N. Zanon, G. Ragone (a cura di), *The dissenting opinion. Selected Essays*, Milano, Giuffrè, 2019, 155-164.
- GALIZIA M., GROSSI P. (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, 1990.
- GALLEGO-DÍAZ S., DE LA CUADRA B., *Crónica secreta de la Constitución (40 años después)*, Madrid, Tecnos, 2018.
- GARCÍA COUSO S., *Cómo superar la lógica del Estado de partidos en el Tribunal Constitucional: la reforma del artículo 159 CE*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 29, 2012, 433-456.
- GARCÍA DE ENTERRÍA E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, 1ª ed., Madrid, 1995.

- GARCÍA-PELAYO M., *El "status" del Tribunal constitucional*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 1, 1981, 11-34.
- GARCÍA ROCA J., *La selección de los magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones*, in *Revista General de Derecho Constitucional*, 15, 2012.
- GARCÍA VALDECASAS A., *La elaboración del texto constitucional*, in *Revista de Estudios Políticos*, 31-32, 1983, 57-70.
- GAROFOLI R., *Sulla sindacabilità in sede di giudizio di legittimità dei regolamenti della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 1997.
- GARRORENA MORALES A., *La sentencia constitucional*, in *Revista de Derecho Político*, 11, 1981, 7-27.
- GATTI A., *Il Parteiverbot e la nuova incostituzionalità a geometria variabile nell'ordinamento tedesco*, in *Rivista AIC*, 3, 2017.
- GECK W.K., *Nombramiento y «status» de los magistrados del Tribunal Constitucional federal de Alemania*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 22, 1988, 177-222.
- GEIGER W., *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Kommentar)*, Berlin-Frankfurt, 1952.
- GEMMA, *Potere di esternazione del Presidente della Corte costituzionale: quali limiti?*, in P. COSTANZO (A CURA DI), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Torino, Giappichelli, 1996.
- GEMMA G., *Leggi di bilancio e referendum: un altro mutamento della mappa dell'abrogazione popolare*, in *Giur. cost.*, 1994.
- GIANNUZZI M., *Responsabilità dei giudici ed indipendenza della magistratura*, in *Giur. it.*, 1989, 10, I, 1.
- GIORDANO R., *La motivazione della sentenza e l'istituto del dissenso nella pratica della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Rassegna di diritto pubblico*, I, 1950.
- GOMES CANOTILHO J.J., MOREIRA V., *Constituição da República portuguesa anotada*, 2^a ed., II, Coimbra, Coimbra editora, 1985.

- GÓMEZ ORBANEJA E., *Los avatares del texto constitucional*, in *Revista de Estudios Políticos*, 31-32, 1983, 25-37.
- GONZÁLEZ BEILFUSS M., *La especial trascendencia constitucional de las demandas de amparo. Análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre un concepto etéreo*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 107, 2016, 333-367.
- GONZÁLEZ PÉREZ, *Evolución de la legislación contencioso-administrativa*, in *Revista de Administración Pública*, 150, 1999, 209-237.
- GORLA G., *Le opinioni non «segrete» dei giudici dissenzienti nelle tradizioni dell'Italia preunitaria*, in *Foro it.*, 105, 1982, 97 ss.
- GRAGNANI A., *Comunicati-stampa dal Palazzo della Consulta anziché provvedimenti cautelari della Corte costituzionale? Sugli «effetti preliminari» della dichiarazione d'incostituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2, 2013.
- GRANATA R., *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*, Milano, 1995, 51-54.
- GREENBAUM J.P., *Osservazioni sul ruolo delle opinioni dissenzienti nella giurisprudenza della Corte Suprema statunitense*, 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*, Milano, 1995, 183-197.
- GROPPI T., L. LUATTI, *La Corte Suprema del Canada, "custode della Costituzione": alcune considerazioni sulla sua composizione e sulla procedura di controllo di costituzionalità*, in *Pol. dir.*, 2, 1997.
- GUARNIER T., *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014.
- GUILLAUME G., *The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators*, in *J. Int. Dispute Settl.*, 2(1), 2011, 5-23.
- GUINIER L., *The Supreme Court 2007 term foreword: demosprudence through dissent*, in *122 Harvard L. Rev.* 6 (2008), 6-138.
- GUNTHER R., *El proceso constituyente español*, in *Revista de Estudios Políticos*, 49, 1986, 33-61.

- HAAS E., *La posición de los Magistrados de la Corte Constitucional Federal alemana y sus significados para la vida jurídica y la sociedad*, in *Ius et Praxis*, 1, 2004.
- HÄBERLE P., *Il costituzionalismo come progetto della scienza*, in *Nomos*, 2/2018.
- HÄBERLE P., *El Estado constitucional*, Lima, UNAM, 2003.
- HÄBERLE P., *La jurisdicción constitucional institucionalizada en el estado constitucional*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 5, 2001, 169-181.
- HÄBERLE P., *Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Exposición y crítica*, in *Revista de Derecho de la Universidad de Granada*, 2, 1999, 9-46.
- HALL M., *Docket Control as an Influence on Judicial Voting*, in *10 Justice System Journal* 243 (1985), 243-255.
- HALPER T., *Felix Frankfurter and the Law*, in 7(1) *Br. J. Am. Leg. Stud.* 115 (2018).
- HALPERN S., K. VINES, *Institutional Disunity, the Judge's Bill and the Role of the U.S. Supreme Court*, in 30 *Western Political Quarterly* 471 (1977), 471-483.
- HAMILTON A., MADISON J., JAY J., *The Federalist*, Chicago, Encyclopaedia Britannica, 1952.
- HASEN R.L., *Celebrity Justice. Supreme Court Edition*, in 19 *Green Bag* 2D 157), cfr. S. Sherry, *Our Kardashian Court (and how to fix it)*, in *Vanderbilt University Law School. Legal Studies Research Paper Series*, 24th July 2019, 19-30.
- HENDRICK B., *Bulwark of the Republic – A Biography of the Constitution*, Boston, Little, Brown and Company, 1937.
- HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN M., *Malos y buenos usos de la Constitución*, in *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 81-1, 2004, 53-74.
- HEYDE W., *Das Minderheitsvotum des überstimmten Richters. Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht*, Bielefeld, 1966.

- HOCHSCHILD A.S., *The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective*, in 4 *Wash. U. J. L. & Pol'y* 261 (2000), 262-287.
- HOLZER H.M., *The Supreme Court opinions of Clarence Thomas, 1991–2006: a conservative's perspective*, Jefferson, McFarland & Co., 2007.
- HORWITZ M.J., *The Warren Court and The Pursuit Of Justice*, in 50 *Wash. & Lee L. Rev.* 5 (1993), 5-13.
- HUFTEAU Y.L., *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, Presses Universitaires de France, 1965.
- HUSSAIN I., *Dissenting and Separate Opinions at the World Court*, Mārtiņus Mijhoff Publishers, Dordrecht, 1984.
- IACOMETTI M., *La “questione catalana”: un passato che sempre ritorna?*, in *DPCE*, 4, 2018, 909-938.
- IACOMETTI M., *Il difficile rinnovo del Tribunale Costituzionale spagnolo e le “peripezie” della sua legge organica*, in *DPCE*, I, 2011.
- IACOMETTI M., *Ricusazioni “a raffica” per il Tribunal Constitucional*, in *DPCE*, II, 2007.
- IGARTUA SALAVERRÍA J., *Estudio introductorio. Voto particular vs. tesis de la única solución correcta*, in EZQUIAGA GANUZAS F.J., *El voto particular*, Madrid, 1990, 13-56.
- IANNONE C., *L'avvocato generale della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. Un. Eur.*, 2002, 1, 123-143.
- JACKSON P.E., *Dissent in the Supreme Court. A Chronology*, Norman, University of Oklahoma Press, 1969.
- JHABVALA F., *Declarations by Judges of the International Court of Justice*, in *Am. J. Int. Law*, Vol. 72, No. 4 (Oct., 1978), 830-855.
- KALMAN L., *The Constitution, the Supreme Court and the New Deal*, in 110(4) *Am. Hist. Rev.* 1052 (2005), 1052-1080.

- KEITH K.J., *The International Court of Justice: Primus Inter Pares?*, in 5 *Int. Organ. Law Rev.* 7 (2008), 7-22.
- KELLY J.M., *The Irish Constitution*, Dublin, LexisNexis Butterworths, 2003.
- KELSEN H., *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981.
- KIRBY J., *Judicial dissent – common law and civil law traditions*, in 123 *L. Q. Rev.* 379 (2007), 379-400.
- KOLSKY LEWIS M., *The Lack of Dissent in WTO Dispute Settlement*, in 9(4) *J. Int. Econ. Law* 895 (2006), 895-931.
- KOLSKY LEWIS M., *Justice William Johnson and the History of Supreme Court Dissent*, in 83 *Georgetown L. J.* 2069 (1995), 2069-2098.
- LAFFRANQUE J., *Dissenting Opinion in the European Court of Justice – Estonia's Possible Contribution to the Democratisation of the European Union Judicial System*, in *Juridica International*, IX, 2004, 14-23.
- LAMARQUE E., *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2012.
- LANCHESTER, *Il periodo formativo di Costantino Mortati*, in M. GALIZIA, P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990.
- LANCHESTER F. (a cura di), *Costantino Mortati. Costituzionalista calabrese*, Napoli, 1989.
- LASKIN B., *Canada's Bill of Rights: a dilemma for the Courts?*, in 11(2) *Int'l & Comp. L.Q.* 519 (1962), 519-536.
- LA SPINA L., *Ruperto: sì al federalismo ma è necessaria una Camera delle Regioni*, in *La Stampa*, 1 dicembre 2002.
- LEARNED HAND B., *The Bill of Rights*, Cambridge, Harvard University Press, 1958.
- LEE J., *The United Kingdom Supreme Court: A Study in Judicial Reform*, in E. GUINCHARD, M.P. GRANGER (a cura di), *The new EU Judiciary. An Analysis of current judicial reforms*, Wolters Kluwer, 2016.
- LEIBNIZ G.W., *La monadologia*, Padova, CEDAM, 1942.

- LEIMAN J.M., *The Rule of Four*, in 57(7) *Col. L. Rev.* 975 (1957), 975-992.
- LEÓN JIMÉNEZ R., *La figura del Abogado General en el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas*, Madrid, Reus, 2007.
- LINDQUIST S.A., *Bureaucratization and Balkanization: The Origins and the Effects of Decision-Making Norms in the Federal Appellate Courts*, in 41 *University of Richmond Law Rev.*, 659 (2007), 659-706.
- LINZ J.J., MONTERO J.R., RUIZ M.A., *Elecciones y política*, in A. CARRERAS, X. TAFUNELL (A CURA DÍ), *Estadísticas históricas de España: siglos XIX-XX*, vol. III, Bilbao, Fundación BBVA, 2ª ed., 2005, 1027-1154.
- LITTLE R.K., *Reading Justice Brennan: Is There a Right to Dissent?*, in 50 *Hastings L. J.* 683 (1999), 683-704.
- L'HEUREUX-DUBÉ C., *La pratique des opinions dissidentes au Canada – L'opinion dissidente: voix de l'avenir?*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel* – n. 8, juillet 2000.
- LORD BINGHAM OF CORNHILL, *A personal perspective* (Oxford Institute of European and Comparative Law, 20th June 2008).
- LORD KERR OF TONAGHMORE, *Dissenting judgments – self indulgence or self sacrifice?*, The Birkenhead Lecture, 8th October 2012, disponible in <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-121008.pdf>.
- LUATTI L., *Profili costituzionali del voto particolare. L'esperienza del Tribunale costituzionale spagnolo*, Milano, 1995.
- LUBRANO F., *Osservazioni in tema di sospensione dei termini processuali nel periodo feriale*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1967.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA P., *El examen de la constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria*, in *Revista de Estudios políticos*, 7, 1979, 197-225.
- LUCAS VERDÚ P., *¿Una polémica obsoleta o una cuestión recurrente? Derecho Constitucional versus Derecho Político*, in *Teoría y realidad constitucional*, 3, 1999, 55-60.
- LUCIANI M., *L'incognita delle nuove Norme integrative*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, 402-425.

- LUIISO F.P., *In tema di ricasazione degli arbitri e di «dissenting opinion»*, in *Rivista dell'arbitrato*, 3, 1992, 467-473.
- LUTHER J., *L'esperienza del voto dissenziente nel Bundesverfassungsgericht*, 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*, Milano, Giuffrè, 1995, 259-277.
- LUTHER J., *L'esperienza del voto dissenziente nei paesi di lingua tedesca*, in *Politica del diritto*, 2, 1994.
- LUTHER J., *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Torino, Giappichelli, 1990.
- LYNCH A., *Taking Delight in Being Contrary, Worried about Being a Loner or Simply Indifferent: How Do Judges Really Feel About Dissent*, in *32 Fed. L. Rev.* 311 (2004), 311-329.
- LYNCH A., *Is judicial dissent constitutionally protected?*, in *4 Maquarie L. J.* 81 (2004), 81-104.
- LYNCH A., *Dissent: Towards a Methodology for Measuring Judicial Disagreement in The High Court of Australia*, in *24(1) Sydney L. Rev.* 470 (2002), 470-504.
- MADSEN M.R., *Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?*, in *J. Int. Dispute Settl.*, 9, 2018, 199-222.
- MALAGUGINI A., *Corte costituzionale e tessera di partito*, in *Corriere della Sera*, 13 febbraio 1981.
- MALENOVSKI J., *Les opinions séparées et leurs répercussions sur l'indépendance du juge international*, in *Anuario Colombiano de Derecho Constitucional*, 2010, 27-70.
- MALFATTI E., PANIZZA S., ROMBOLI R., *Giustizia costituzionale*, 5^a ed., Torino, Giappichelli, 2016.
- MALFATTI E., PANIZZA S., ROMBOLI R., *Giustizia costituzionale*, 4^a ed., Torino, Giappichelli, 2013.

- MANCUSO F., *Per la storia della motivazione della sentenza nei secoli XVI-XVIII (Note in margine a studi recenti con il testo di una sentenza del 1299)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 1995.
- MANGIA A., *La durata del mandato dei giudici costituzionali*, in A. ANZON, G. AZZARITI, M. LUCIANI (a cura di), *La composizione della Corte costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere. Atti del Seminario di Roma del 14 marzo 2003*, Torino, Giappichelli, 2004, 111-141.
- MANFELLOTTO R., *Amadei replica alle accuse sulle pressioni politiche*, in *Corriere della Sera*, 10 febbraio 1981.
- MARANINI G., *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, *La giustizia costituzionale*, Firenze, Vallecchi, 1966.
- MARCUS R., *Supreme Ambition: Brett Kavanaugh and the Conservative Takeover*, New York, Simon & Schuster, 2019.
- MARENGO R., *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2, 1997, 299-316.
- MARION D.E., *The Jurisprudence of Justice William J. Brennan, Jr. The Law and Politics of "Libertarian dignity"*, Lanham, Rowman & Littlefield Pub Inc., 1997.
- MARKHAM J., *Against Individually Signed Judicial Opinions*, in 56(3) *Duke L. J.* 923 (2006), 923-951.
- MARTÍN REBOLLO L., *El proceso de elaboración de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 13 de septiembre de 1888*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1975.
- MARTINELLI C., *I "legal historians" e la scienza giuridica britannica*, in A. TORRE (a cura di), *COMMON LAW. Protagonisti e Idee nella storia di un sistema giuridico (studi in memoria di Francesco de Franchis)*, Rimini, Maggioli, 2015.
- MARTINELLI C., *Diritto e diritti oltre la Manica. Perché gli inglesi amano tanto il loro sistema giuridico*, Bologna, Il Mulino, 2014.

- MARTINES T., *Motivazione delle sentenze costituzionali e crisi della certezza del diritto*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1994.
- MARTINES T., *Il presidente della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, I, 1981.
- MASTOR W., *Pour les opinions séparées au Conseil constitutionnel français*, Cour de cassation, 18 octobre 2005.
- MASTROMARINO A., *La mala temporada del Tribunal Constitucional spagnolo. Brevi note alla luce delle più recenti modifiche della legislazione organica*, in M. CALAMO SPECCHIA (A CURA DI), *Le Corti Costituzionali. Composizione, Indipendenza, Legittimazione*, Torino, Giappichelli, 2011, 217-240.
- MATIA PORTILLA F.J., *Sobre la adscripción partidaria de los Magistrados del Tribunal Constitucional y su invocación en el proceso*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 34, 2014, 235-268.
- MATIA PORTILLA F.J., *Condena por una discriminación inexistente (Tribunal de Estrasburgo y matrimonio gitano)*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 92, 2011, 355-382.
- MATTEI U., *Il modello di Common Law*, 3^a ed., Torino, Giappichelli, 2010.
- MATTEI U., *Common Law. Il diritto anglo-americano*, in R. SACCO (a cura di), *Trattato di diritto comparato*, Torino, UTET, 1992.
- MATTEI U., *Stare decisis: il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano, Giuffrè, 1988.
- MATTILA H.E.S., *Cross-references in Court Decisions: A Study in Comparative Legal Linguistics*, in 1 *Lapland L. Rev.* 96 (2011), 96-121.
- MAZZA M. (A CURA DI), *I sistemi del lontano Oriente*, Milano, CEDAM, 2019.
- MAZZA M.J., *A New Look at an Old Debate: Life Tenure and the Article III Judge*, in 39 *Gonzaga L. Rev.* 131 (2003-2004), 131-162.
- MCCORMICK P., *With Respect - Levels of Disagreement on the Lamer Court 1990-2000*, in 48 *McGill L. J.* 89 (2003), 89-116.
- MCCORMICK P., *Supreme at Last: The Evolution of the Supreme Court of Canada*, Toronto, Lorimer, 2000.

- MELIS G., *Gli studi recenti sull'Assemblea costituente. Rassegna storiografica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 10, 1981.
- MENDELHALL A., *Oliver Wendell Holmes Jr., Pragmatism, and the Jurisprudence of Agon. Aesthetic Dissent and the Common Law*, Lewisburg, Bucknell University Press, 2016.
- MENGONI L., *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*, Milano, 1995, 55-56.
- MEZZANOTTE C., *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1984.
- MEZZETTI L., *Legittimazione democratica e tecniche interpretative della Corte Costituzionale italiana*, in *Pensamiento Constitucional*, 14, 2010, 69-139.
- MEZZETTI L., *Teorie della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale*, in *Estudios Constitucionales*, 1, 2010, 307-354.
- MILLGRAM K.M., *Separate opinions und Sondervotum in der Rechtsprechung des Supreme Court of the United States und Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, 1985.
- MODUGNO F., *Una questione di costituzionalità inutile: è illegittimo il penultimo capoverso dell'art. 30, legge 11 marzo 1953, n. 87?*, in *Giur. cost.*, 1966.
- MONEDERO J.R., *Una Constitución frágil: revisionismo y reforma constitucional en la Segunda República española*, in *Revista de Derecho Político*, 12, 1981-1982, 23-63.
- MONTELEONE G., *Gaetano Filangieri e la motivazione delle sentenze*, in *Il giusto processo civile*, 3, 2007, 663-676.
- MORAGA MEJÍAS M.A., *Los votos particulares y las disidencias en los Tribunales internacionales confrontados al principio de publicidad. Un desafío para la Corte de Luxemburgo*, in *Revista de Estudios europeos*, 72, 2018, 74-94.
- MORRONE A., *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 2, 2019, 251-290.
- MORTARA L., *Sentenza civile*, in *Dig. it.*, XXI, 1891-1896.

- MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, IV, Milano, Vallardi, 1923.
- MORTATI C., *Relazione illustrativa della proposta di emendamenti dell'art. 18 «Norme integrative»*, 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*, Milano, Giuffrè, 1995, 393-410.
- MORTATI C., *Raccolta di scritti*, III, 1972, Milano, Giuffrè.
- MORTATI C., *Osservazioni sul problema dell'introduzione del «dissent» nelle pronunce della Corte costituzionale italiana*, in G. MARANINI, *La giustizia costituzionale*, Firenze, Vallecchi, 1966.
- MORTATI C. (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, 1964.
- MORTATI C., *La Corte costituzionale ed i presupposti per la sua vitalità*, in *Iustitia*, 1949.
- MURPHY W.F., *Elements of Judicial Strategy*, Chicago-London, University of Chicago Press, 1964.
- MUSMANNO A., *Dissenting Opinions*, in 6 *U. Kan. L. Rev.* 407 (1958), 407-416.
- NADELMANN K.H., *Il «dissenso» nelle decisioni giudiziarie. Pubblicità contro segretezza*, in C. MORTATI (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, 1964, 31-59.
- NADELMANN K.H., *Non-Disclosure of Dissents in Constitutional Courts: Italy and West Germany*, in 13 *Am. J. Comp. Law* 268 (1964), 268-276.
- NARAYAN P.K., R. SMYTH, *What Explains Dissent on the High Court of Australia - An Empirical Assessment Using a cointegration and Error Correction Approach*, in 4 *J. Empirical Legal Stud.* 401 (2007), 401-425.
- NICCOLAI S., *Dissenso e diritto costituzionale. Appunti per una riflessione*, in *Questione Giustizia*, 4, 2015, 62-74.
- NIETO A., *Los orígenes de lo contencioso administrativo en España*, in *Revista de Administración Pública*, 50, 1966, 27-50.

- NI LOINSIGH N., *Judicial dissent in Ireland: theory, practice and the constraints of the single opinion rule*, in *Irish Jurist*, 51, 2014, 123-148.
- NOCILLA D., *Aspetti del problema relativo ai rapporti tra le fonti che disciplinano la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, II, 1968.
- NOVARESE F., «*Dissenting opinion*» e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 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*, Milano, 1995, 361-377.
- OJEDA AVILÉS A., *El voto particular masivo en las sentencias de la Sala Social del Tribunal Supremo*, in E. BORRAJO DACRUZ, J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, T. SALA FRANCO (a cura di), *Derecho vivo del trabajo y Constitución. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Fernando Suárez González*, Madrid, La Ley, 2004, 583-600.
- OLIVIERI L., *Questioni di status e «politicizzazione» della Corte costituzionale*, in A. ANZON, G. AZZARITI, M. LUCIANI (a cura di), *La composizione della Corte costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere. Atti del Seminario di Roma del 14 marzo 2003*, Torino, Giappichelli, 2004, 203-221.
- PACE A., *La Corte costituzionale nell'esperienza di un avvocato*, in *Giornale di Storia costituzionale*, 11, 2016, 93-111,
- PACE L., *La dissenting opinion. Considerazioni storico-comparatistiche*, in L. PACE, S. SANTUCCI, G. SERGES (a cura di), *Momenti di storia della giustizia. Materiali di un seminario*, Roma, Aracne, 2011.
- PADOA SCHIOPPA A., *Storia del diritto in Europa*, 2^a ed., Bologna, Il Mulino, 2016.
- PALERMO F. (A CURA DI), *La "manutenzione" costituzionale*, Padova, CEDAM, 2007.
- PANIZZA S., *Could there be an Italian way for introducing dissenting opinions? The decision-making process in the Italian Constitutional Court through discrepancies between the rapporteur Judge and the opinion-writer Judge*, in N. ZANON, G. RAGONE, *The dissenting opinion. Selected Essays*, Milano, Giuffrè, 2019, 101-111.
- PANIZZA S., *I recenti casi di discrepanza (meramente episodici?) tra giudice relatore e giudice redattore*, in *Quad. cost.*, 3, 2007, 599-601.

- PANIZZA S., *Lo status dei giudici costituzionali*, in A. ANZON, G. AZZARITI, M. LUCIANI (a cura di), *La composizione della Corte costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere. Atti del Seminario di Roma del 14 marzo 2003*, Torino, Giappichelli, 2004, 143-158.
- PANIZZA S., *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995.
- PANUNZIO S. (A CURA DI), *I costituzionalisti e le riforme: una discussione sul progetto della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali*, Milano, 1998.
- PANUNZIO S.P., *I regolamenti della Corte costituzionale*, Padova, 1970.
- PANZA S.C., REPOSO A., *Le 'dissenting opinions' ancora alla ribalta*, in *Quad. cost.*, 1981, 595 ss.
- PARIS M, MCMAHON K.J., *Absolutism and Democracy: Hugo L. Black's Free Speech Jurisprudence*, in H.J. KNOWLES, S.B. LICHTMAN (a cura di), *Judging Free Speech First Amendment Jurisprudence of US Supreme Court Justices*, London, Palgrave Macmillan, 2015, 75-97.
- PASQUINO P., *Controllo di costituzionalità e forma di governo in Italia*, in *Giornale di storia costituzionale*, 11, 2016, 309-320.
- PASSAGLIA P., *Irish Judicial Rev. of Legislation. A comparative Perspective*, in G.F. FERRARI, J. O' DOWD (A CURA DI), *75 years of the Constitution of Ireland. An Irish-italian Dialogue*, Dublin, Clarus Press, 2014.
- PASSAGLIA P., «Presidenzialismo» e «collegialità» nel procedimento decisorio della Corte costituzionale, in AA.VV., *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, V, Torino, Giappichelli, 2010.
- PECES-BARBA G., *La elaboración de la Constitución de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988.
- PECES-BARBA G., *La Constitución de 1978: un estudio de derecho y política*, Valencia, Fernando Torres, 1981.
- PECES-BARBA G., RAMIRO AVILÉS M.A., *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004.

- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL F., *Los votos particulares en la experiencia del Tribunal Constitucional español*, in N. ZANON, G. RAGONE, *The dissenting opinion. Selected Essays*, Milano, Giuffrè, 2019, 115-116.
- PÉREZ ROYO J., *¿Debe un parlamentario ser magistrado del Constitucional?*, in *El País*, 17 agosto 2012.
- PÉREZ SERRANO N., *El proyecto de Tribunal de Garantías y el recurso de inconstitucionalidad*, in *Revista de Derecho Público*, 13, 1933.
- PÉREZ TREMPES P., *La especial trascendencia constitucional del recurso de amparo como categoría constitucional: entre 'morir de éxito' o 'vivir en el fracaso'*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 41, 2018, 253-270.
- PESTALOZZA C., *Verfassungsprozessrecht (Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder)*, München, C.H. Beck, 1991.
- PINTO DE ALBUQUERQUE P., PRECIADO DOMÈNECH C.H., *Hablemos de Derechos Humanos. La doctrina del TEDH y su aplicación en España desde los votos particulares del Juez Paulo Pinto de Albuquerque*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- PINTO DE ALBUQUERQUE P., CARDAMONE D., *Efficacia della «dissenting opinion»*, in F. BUFFA, M.G. CIVININI (A CURA DI), *La Corte di Strasburgo. Gli speciali di "Questione Giustizia"*, aprile 2019, 148-155.
- PINTO DE ALBUQUERQUE P., GALLIANI D. (a cura di), *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)*, Torino, Giappichelli, 2016.
- PIZZORUSSO A., *Osservazioni sullo strumento normativo richiesto per l'introduzione del dissenso nelle motivazioni della Corte costituzionale*, 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*, Milano, Giuffrè, 1995, 57-60.
- PIZZORUSSO A., *Le opinioni dissenzienti ed il ruolo attuale della Corte costituzionale*, in *Questione giustizia*, 1, 1994.
- PIZZORUSSO A., *Dal 'relatore' al 'redattore' delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, I, 1988.
- PIZZORUSSO A., *Intervento*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Padova, CEDAM, 1984.

- PIZZORUSSO A., *Art. 134*, in A. PIZZORUSSO, G. VOLPE, F. SORRENTINO, R. MORETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione, a cura di G. Branca - Garanzie costituzionali*, Bologna, Zanichelli, 1981.
- POGGESCHI G., *La Catalogna. Dalla nazione storica alla repubblica immaginaria*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018.
- POSNER R.A., *The Supreme Court and Celebrity Culture*, in 88 *Chicago-Kent L. Rev.* 299 (2013).
- POSNER R.A., *How Judges Think*, Cambridge-London, Harvard University Press, 2008.
- POST R., *The Supreme Court Opinion as Institutional Practice: Dissent, Legal Scholarship, and Decision-making in the Taft Court*, in 85 *Minn. L. Rev.* 1267 (2001), 1267-1390.
- POUND R., *Cacoethes Dissentiendi: The Heated Judicial Dissent*, in 39 *ABA J.* 794 (1953), 794-797.
- PREDIERI A., GARCÍA DE ENTERRIA E., *La Constitución española de 1978*, Madrid, Civitas, 1980.
- PROTO PISANI A., *Appunti sull'opinione dissenziente*, 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*, Milano, 1995, 61-65.
- PUGIOTTO A., *Le nuove Norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, 426-437.
- RAFARACI T., *La rivisitata responsabilità civile dei magistrati: il primo intervento della Corte costituzionale*, in *Leg. pen.*, 1989, IV, 4.
- RALLO LOMBARTE A., *El Tribunal de Garantías constitucionales como Tribunal de garantías electorales*, in *Revista de Estudios Políticos*, 92, 1996, 251-279.
- RAUTI A., *Le nuove "Norme integrative" della Corte fra collegialità e celerità del giudizio costituzionale*, in *Forum di Quad. cost.*, 2010.
- RAUTI A., *Riflessioni in tema di imparzialità dei giudici costituzionali*, in *Giur. cost.*, 54(5), 2009, 4029-4054.

- RAY L.K., *The Style of a Skeptic: The Opinions of Chief Justice Roberts*, in 83 *Ind. L. J.* 997 (2008), 997-1034.
- RAY L.K., *Lives of the justices: Supreme Court autobiographies*, in 37(1) *Conn. L. Rev.* 233 (2004).
- RAY, L.K., *The Justices write separately: uses of the Concurrence by the Rehnquist Court*, in 23 *U.C. Davis L. Rev.* 777 (1990), 777-831.
- REDENTI E., *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1957.
- REQUEJO PAGÉS J.L., DUQUE VILLANUEVA J.C., TORRES MURO I., FOSSAS ESPADALER E., *Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2008*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 83, 2008, 209-242.
- RIDAURA MARTÍNEZ M.J., *La regulación de los votos particulares en la Constitución de 1978*, in E. ALVAREZ CONDE (a cura di), *Diez años de régimen constitucional*, Madrid, Tecnos, 1989.
- RIGANO F., *Sulla «divulgazione» del dispositivo della sentenza della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1991.
- RITTER C., *A New Look at the Role and Impact of Advocates-General - Collectively and Individually*, in 12 *Col. J. Eur. Law* 751 (2006).
- RITTERSPACH T., *Gedanken zum Sondervotum*, in W. FURST, R. HERZOG, D.C. UMBACH, *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Berlin-New York, 1987.
- RIVIÈRE F., *Les opinions séparées des juges de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Brussels, Bruylant, 2004.
- ROBERTSON D., *Judicial Discretion in the House of Lords*, New York, Clarrendon Press, 1998.
- RODOTÀ S., *La Corte, la politica e l'organizzazione sociale*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, 489 ss.
- RODOTÀ S., *Riparlamo della Corte costituzionale*, in *Politica del diritto*, 1980, 537 ss.
- RODOTÀ S., *L'opinione dissenziente dei giudici costituzionali*, in *Politica del diritto*, 1979, 637 ss.

- RODOTÀ S., *La svolta "politica" della Corte costituzionale*, in *Politica del diritto*, 1970.
- RODRÍGUEZ-PATRÓN P., *El Tribunal constitucional ante la reciente reforma de los artículos 16 de su Ley Orgánica y 184 del Reglamento del Senado*, in *Revista de Derecho Político*, 77, 2010, 105-140.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ J., *Teoría y Práctica del Derecho Constitucional*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2011.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA J., *Prólogo*, in R. LEÓN JIMÉNEZ, *La figura del Abogado General en el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas*, Madrid, 2007, 11-14.
- ROLLA G., *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, Napoli, 1986.
- ROMBOLI R., *La giustizia costituzionale nel progetto della Bicamerale*, in *Dir. Pubbl.*, 3, 1997.
- ROMBOLI R., *L'introduzione dell'opinione dissenziente nei giudizi costituzionali: strumento normativo, aspetti procedurali e ragioni di opportunità*, 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*, Milano, 1995, 67-87.
- ROMBOLI R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in R. ROMBOLI (A CURA DI), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1990-1992)*, Torino, 1993.
- ROSSI E., *Relatore, redattore e collegio nel processo costituzionale*, in P. COSTANZO (A CURA DI), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Torino, 1996.
- ROURA GÓMEZ S.A., *Control jurisdiccional de constitucionalidad en España: las experiencias del Tribunal Supremo federal y el Tribunal de Garantías constitucionales*, in *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2, 1998, 443-462.
- RUBIO LLORENTE F., *El Tribunal Constitucional*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 71, 2004, 11-34.

- RUBIO LLORENTE, F. *Hemos favorecido a las Autonomías*, in *El País*, 31 luglio 1989.
- RUBIO LLORENTE F., *Del Tribunal de Garantías al Tribunal constitucional*, in *Revista de Derecho Político*, 16, 1982-1983, 27-38.
- RUDA J.M., *The Opinions of Judge Dionisio Anzilotti at the Permanent Court of International Justice*, in 3 *Eur. J. Int. Law* 100 (1992), 100-122.
- RUGGERI A., *La Consulta e il dissent ostentato (nota minima a Corte cost. n. 393 del 2006)*, in A. RUGGERI, "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, X, *Studi dell'anno 2006*, Torino, 2007.
- RUGGERI A., *Per l'introduzione del dissent nei giudizi di costituzionalità: problemi di tecnica della normazione*, 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*, Milano, 1995, 89-110.
- RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2014.
- RUIZ-JARABO COLOMER D., LÓPEZ ESCUDERO M., *L'institution de l'avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes*, in G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS (A CURA DI), *Mélanges en hommage à Fernand Schöckweiler*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999.
- SÁNCHEZ CUENCA I., *Los retrasos y los sesgos de la composición del Tribunal Constitucional*, in *Informe sobre la democracia en España*, Madrid, Fundación Alternativas, 2012, 284-289, 284-293.
- SANDEFUR T., *Clarence Thomas's jurisprudence unexplained*, in 4 *N. Y. Univ. J. Law Lib.* 535 (2009), 535-556.
- SANDULLI A., *Voto segreto o palese dei giudici costituzionali*, in *Corriere della Sera*, 8 maggio 1973.
- SANDULLI A., *L'indipendenza della Corte*, in G. MARANINI, *La giustizia costituzionale*, Firenze, Vallecchi, 1966.
- SANDULLI A., *Sulla posizione della Corte Costituzionale nel sistema degli organi supremi dello Stato*, in *Giur. cost.*, 1960.

- SANTAMARÍA PASTOR J.A., *La prorogatio de los órganos constitucionales. Apuntes mínimos sobre un tema que no lo es*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 84, 2008, 11-26.
- SANTAOLALLA LÓPEZ F., *El problema de la renovación de los órganos constitucionales*, in *Revista de Derecho Político*, 77, 2010, 73-103.
- SANTAOLALLA LÓPEZ F., *El voto de calidad del Presidente del Tribunal Constitucional*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 85, 2009, 83-98.
- SANTOSUOSSO F., *Aspetti procedurali connessi alla eventuale ammissibilità delle opinioni dissenzienti*, 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*, Milano, 1995, 111-120.
- SCAFFARDI L., *L'organizzazione e il funzionamento della «High Court of Australia»*, in P. COSTANZO (A CURA DI), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Torino, 1996.
- SCALIA A., *La mia concezione dei diritti. Intervista a cura di Diletta Tega*, in *Quad. cost.*, 3, 2013, 669-678.
- SCALIA A., *Dissents*, in 13 *OAH Magazine of History* 18 (1998), 18-23.
- SCHEFOLD D., *Corte costituzionale e sistema costituzionale in Germania*, in *Giornale di storia costituzionale*, 11, 2006, 209-234.
- SCHMITT K., *Il custode della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1981.
- SCOTTI L., *La responsabilità civile per le pronunce dei giudici collegiali nelle valutazioni della Consulta*, in *Foro it.*, 1989, I, 2.
- SEGAL J.A., COVER A.D., *Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices*, in 83 *Am. Pol. Sci. Rev.* 557 (1989), 557-565.
- SEGAL J.A., EPSTEIN L., CAMERON C.M., SPAET H.J., *Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices Revisited*, in 57(3) *J. Politics* 812 (1995), 812-823.
- SERENI, A.P., *Le opinioni separate dei giudici dei Tribunali internazionali*, in C. MORTATI (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, 1964, 113-160.

- SERVICIO DE ESTUDIOS, BIBLIOTECA Y DOCUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Modelos de renovación personal de Tribunales constitucionales*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 61, 2001, 209-237.
- SHAHABUDEEN M., *Precedent in the World Court*, London-New York, Cambridge University Press, 1996.
- SHARPE R.J., *Il controllo di costituzionalità nell'ordinamento canadese: le tecniche più recenti*, in *Quad. cost.*, 2, 1994.
- SICLARI M., *Il Presidente della Corte costituzionale*, in A. ANZON, G. AZZARITI, M. LUCIANI (a cura di), *La composizione della Corte costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere. Atti del Seminario di Roma del 14 marzo 2003*, Torino, Giappichelli, 2004, 159-177.
- SILVESTRI G., *La Corte costituzionale vista da vicino. Intervista di Diletta Tega a Gaetano Silvestri*, in *Quad. cost.*, 3, 2014, 757-768.
- SIMONELLI M.A., *Does judicial appointment process matter? Il caso della Corte suprema canadese*, in *Federalismi.it*, 5/2016.
- SLOCUM B.G., MOOTZ F.J., *Justice Scalia: Rhetoric and the Rule of Law*, Chicago-London, University of Chicago Press, 2019.
- SMYTH R., *The Role of Attitudinal, Institutional and Environmental Factors in Explaining Variations in the Dissent Rate on the High Court of Australia*, in 40(4) *Aust. J. Pol. Sci.* 519 (2005), 519-540.
- SMYTH R., *Explaining Historical Dissent Rates in the High Court of Australia*, in 41(2) *Commw. Comp. Politics* 83 (2003), 83-114.
- SONGER D.R., SZMER J., JOHNSON S.W., *Explaining Dissent on the Supreme Court of Canada*, in 44(2) *Canadian J. Pol. Sci.* 389 (2011), 389-409.
- SORRENTINO F.V., *Osservazioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 18 del 1989, in tema di responsabilità civile dei giudici*, in *Cass. pen.*, 4, 1989.
- SPADARO A., *Sulla razionalizzazione del potere di autonormazione interna della Corte costituzionale*, in P. COSTANZO (A CURA DI), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Torino, 1996.
- SPAGNOLI U., *Diritti sociali, Corte costituzionale, referendum*, in *Questione Giustizia*, 1994.

- STREICHLER S.A., *Justice Curtis's dissent in the Dred Scott Case: an interpretive study*, in 24 *Hastings Const. L. Q.* 509 (1996-1997), 509-544.
- TAJADURA TEJADA J., DE MIGUEL BÁRCENA J., *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Madrid, Guillermo Escolar editor, 2018.
- TARCHI R., *L'opinione dissenziente*, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI (a cura di), *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, Torino, Giappichelli, 2002.
- TARROW S.G., *Lochner versus New York: a political analysis*, in 5(3) *Labor History* 277 (1964), 277-312.
- TARUFFO M., *La fisionomia della sentenza in Italia*, in AA.VV., *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova, CEDAM, 1988.
- TEGA D., *La Corte costituzionale allo specchio del dibattito sull'opinione dissenziente*, in *Quad. cost.*, 1, 2020, 91-110.
- TENORIO P., *El derecho comparado como argumento de las decisiones del Tribunal Constitucional español*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 108, 2016, 275-305.
- TODD HENDERSON M., *From 'Seriatim' to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent*, in *University of Chicago Public Law & Legal Theory*, Working Paper No. 186, 2007.
- TOMÁS VILLARROYA J., *Proceso constituyente y una nueva Constitución: un análisis crítico*, in *Revista de estudios políticos*, 10, 1979, 59-85.
- TOMÁS VILLARROYA J., *El Tribunal Constitucional en el Anteproyecto de Constitución*, in AA.VV., *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, Madrid, 1978.
- TOMÁS Y VALIENTE F., *El Tribunal Constitucional español como organo constitucional del Estado: competencias, riesgos y experiencias*, in F. TOMÁS Y VALIENTE, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1993.
- TOMBA C., *Brevi considerazioni sulla redazione delle decisioni della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (A CURA DI), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale*

- tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Torino, Giappichelli, 2017, 245-256.
- TORRE A. (A CURA DI), *COMMON LAW. Protagonisti e Idee nella storia di un sistema giuridico (studi in memoria di Francesco de Franchis)*, Rimini, Maggioli, 2015.
- TORRE A., *La giustizia costituzionale nel Regno Unito: caratteri, istituzioni, prospettive*, in L. MEZZETTI (A CURA DI), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, I, Padova, CEDAM, 2009, 317-371.
- TORRE A., *La Corte Suprema del Regno Unito: la nuova forma di una vecchia idea*, in *Giornale di Storia costituzionale*, 11, 2006, 259-286.
- TORRE A., *Interpretare la Costituzione britannica: itinerari culturali a confronto*, Torino, Giappichelli, 1997.
- TORRE A., MARTINO P., *La giurisprudenza della Corte Suprema del Regno Unito nel biennio 2009-2011*, in *Giur. cost.*, 5, 2011, 3961-3997.
- TREVES T., *Pros and cons of individual opinions in international Tribunals: the experience of the law of the sea Tribunal*, in N. ZANON, G. RAGONE, *The dissenting opinion. Selected Essays*, Milano, Giuffrè, 2019, 165-173.
- TRUJILLO G., *Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español*, in *Revista de Estudios políticos*, 7, 1979, 145-159.
- TUÑÓN DE LARA M., *La coyuntura histórica española de 1930-1931*, in *Revista de estudios políticos*, 31-32, 1983, 39-56.
- TURENNE S., *Advocate Generals' Opinions or Separate Opinions? Judicial Engagement in the CJEU*, in 14 *Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud.* 723 (2011-2012), 723-744.
- THURMON M.A., *When the Court divides: reconsidering the precedential value of Supreme Court plurality decisions*, in 49 *Duke L. J.* 419 (1992), 419-468.
- TUSHNET M., *I dissent. Great opposing opinions in landmark Supreme Court cases*, Boston, Beacon Press, 2008.
- UROFSKY M., *Dissent and the Supreme Court: Its Role in the Court's History and the Nation's Constitutional Dialogue*, New York, Vintage Books, 2015.

- UROFSKY M.I., *The Failure of Felix Frankfurter*, in 26 *U. Rich. L. Rev.* 175 (1991).
- UROSÁ SÁNCHEZ J., SAN MIGUEL PÉREZ E., RUIZ RODRÍGUEZ I., MARHUENDA GARCÍA F., *El Libro de Actas del Tribunal de Garantías Constitucionales*, Madrid, 1999.
- VACCARO A., «Dissent» e «concurrances» nella prassi della Suprema Corte degli Stati Uniti, in *Foro padano*, IV, 1951.
- VALLES CAVIA J.A., *La afectación de los derechos de parlamentarios turcos a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El asunto Selahattin Demirtas c. Turquía*, en *Revista General de Derecho Europeo*, 48, 2019.
- VAN GERVEN W., *The Role and Structure of the European Judiciary Now and in the Future*, in *Eur. L. Rev.* 211 (1996), 211-223.
- VANONI L.P., *La nomina dei giudici supremi tra scontro politico e diritto costituzionale: il caso americano*, in *DPCE*, 3, 2017, 833-866.
- VARANO V., *A proposito dell'eventuale introduzione delle opinioni dissenzienti nelle pronunce della Corte costituzionale: considerazioni sull'esperienza americana*, 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*, Milano, 1995, 129-144.
- VEDEL G., *Préface*, in D. ROUSSEAU, *Manuel de droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1999.
- VIGORITI V., *Corte costituzionale e «dissenting opinions»*, 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*, Milano, 1995, 145-153.
- VÍRGALA FORURIA E., *STC 138/2012, de 20 de junio, sobre constitución de Sortu: la ¿definitiva? legalización de la izquierda abertzale*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 96, 2012, 305-325.
- VÍRGALA FORURIA E., *Recorrido jurisprudencial de la suspensión y disolución de Batasuna: agosto de 2002 a mayo de 2007*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 81, 2007, 243-305.

- VOETEN E., *The Politics of International Judicial Appointments: Evidence from the European Court of Human Rights*, in 61 *International Organization* 669 (2007), 669-701.
- VOETEN E., *The Impartiality of International Judges: Evidence from the European Court of Human Rights*, in 102 *Am. Pol. Sci. Rev.* 417 (2008), 417-433.
- VON MEHREN A., *The Judicial Process: A Comparative Analysis*, in 5 *Am. J. Comp. Law* 197 (1956), 197-228.
- VOSS E.C., *Dissent: Sign of a Healthy Court*, in 24 *Ariz. St. L. J.* 643 (1992), 643-686.
- WALKER T.G., EPSTEIN L., DIXON W.J., *On the Mysterious Demise of Consensual Norms in the United States Supreme Court*, in 50 *J. Politics* 361 (1988), 361-389.
- WALTER C., *La pratique des opinions dissidentes en Allemagne*, in *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 8, 2000.
- WASBY S.L., PETERSON S., SCHUBERT J., SCHUBERT G., *The per curiam opinion: its nature and functions*, in 76 *Judicature* 29 (1992), 29-38.
- WATHELET M., *Opinions dissidentes: la Court de Justice de l'Union européenne sera-t-elle le dernier des mohicans?*, in AA.VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Court de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, 1030-1034.
- WERMIEL S.J., *The Nomination of Justice Brennan: Eisenhower's Mistake? a Look at the Historical Record*, 11 *Const. Comment.* 515 (1992), 515-537.
- WHITE R.C.A., BOUSSIAKOU I., *Separate Opinions in the European Court of Human Rights*, in 9 *Hum. Rights Law Rev.* 37 (2009), 37-60.
- WILDHABER A., *Constitutional Future for the European Court of Human Rights?*, in 23 *Human Rights Law Journal* 161 (2002), 161-165.
- WILSON J., *UKSC judgments: the case for a single, identifiable majority opinion*, in www.ukscblog.com, 25th Mar. 2010
- WITKIN, B., *Manual on Appellate Court opinions*, St. Paul, West Pub Co., 1977.

- WOODWARD B., ARMSTRONG S., *The Brethren. Inside the Supreme Court*, New York, 1979.
- WROBLEWSKI J., *Votum separatum dans la théorie et idéologie de l'application judiciaire du droit*, in N. PICARDI, A. GIULIANI (a cura di), *L'ordinamento giudiziario. Materiali per una riforma*, 3, Rimini, Maggioli, 1985.
- ZAGREBELSKY G., MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2012.
- ZAGREBELSKY G., *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, Einaudi, 2005.
- ZAGREBELSKY G., *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*, Milano, Giuffrè, 1995, 155-160.
- ZANON N., *La polemique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle*, in *Annuaire International de Justice constitutionnelle*, V, 1989, Paris, 1991, 177-189.
- ZECCA D., *Le dimissioni di Justice Kennedy e il consolidamento di una maggioranza conservatrice in seno alla Corte Suprema*, in *DPCE Online*, 6 settembre 2018.
- ZEI A., *La nuova giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht sull'incostituzionalità dei partiti politici: a volte la democrazia non si difende*, in *Nomos*, 1, 2017.
- ZIERLEIN K.G., *Erfahrungen mit dem Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 1981, S. 83 ff.
- ZO BELL K.M., *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 ed internazionali*, Milano, 1964, 61-104.
- ZO BELL K.M., *Division of Opinion in the Supreme Court. A History of Judicial Disintegration*, in 44 *Cornell L. Rev.* 186 (1959), 186-214.
- ZORZI GIUSTINIANI A. (a cura di), *Diritti fondamentali e interessi costituiti: W.H. Taft Presidente della Corte suprema degli Stati Uniti (1921-1930)*, Milano, Giuffrè, 2006.

ZUCCOLINI R., «Carica a vita». *Le ipotesi per cambiare la Consulta*, in *Corriere della Sera*, 11 ottobre 2009.