

LEZIONE SULLA COSIDDETTA OPINIONE DISSENZIENTE¹

Sommario:

1. Incertezze terminologiche e concettuali
2. Struttura delle sentenze e modi di deliberare
3. I diversi modi di deliberare delle Corti
4. Le ragioni del segreto e quelle della divulgazione delle opinioni dei giudici
5. Gli argomenti a favore e quelli contro l'introduzione della cosiddetta opinione dissenziente
6. Per finire

¹ Versione ampliata della introduzione a un seminario della Corte costituzionale (22 giugno 2009). Lo scopo della relazione era puramente informativo; l'intento quello di illustrare il modo di decidere e la pratica del dissenso fuori d'Italia. Essa tratta solo del dissenso nelle Corti Supreme, con l'avvertenza che vi sono ordinamenti dove il dissenso si registra sia nelle Corti Supreme, sia in altre Corti (ma non necessariamente in tutte: per esempio – come vedremo – il “Privy Council” e i giudici penali inglesi non conoscono il dissenso).

Gli studi italiani sul dissenso (il volume su *Le opinioni dei giudici costituzionali e internazionali*, curato da Costantino Mortati, Milano, Giuffrè, 1964; gli atti del convegno tenuto presso la Corte costituzionale, *L'opinione dissenziente*, a cura di Adele Anzon, Milano, Giuffrè, 1995, il volume di Saulle Panizza, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1998, le quattro raccolte interne, a cura del Servizio studi della Corte costituzionale, degli studi sul dissenso) si danno per noti.

Sui modi di decidere delle Corti supreme P. Pasquino e B. Randazzo (a cura di), *Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti)*, Milano, Giuffrè, 2009.

Ringrazio per i commenti i partecipanti al seminario e per la lettura e le osservazioni a una prima versione dello scritto i professori Gertrude Lübke-Wolff, Valerio Onida, Pasquale Pasquino e Vincenzo Varano.

Sarà pubblicata nel fascicolo 4/2009 dei “Quaderni di diritto costituzionale”.

1. Incertezze terminologiche e concettuali

Sull'opinione dissenziente, si potrebbe parafrasare un'osservazione del grande archeologo Bianchi Bandinelli relativa all'ara di Domizio Enobarbo: certamente non era di Domizio Enobarbo e quasi sicuramente non era un'ara. Ciò che chiamiamo opinione dissenziente certamente non è una opinione e non sempre è dissenziente.

“Opinion”, in inglese, ha due significati, a seconda se essa venga attribuita ad un soggetto privato (in questo caso, “legal opinion” è il parere legale di un privato), oppure a una Corte (in questo caso, si indica un giudizio o la motivazione di un giudizio, quindi non una opinione).

In secondo luogo, con “opinione dissenziente” si riassumono diverse ipotesi: il dissenso può essere sulla motivazione o sulla decisione; può riguardare tutta la motivazione o decisione, oppure essere parziale; può essere individuale (di un singolo giudice), oppure collettiva (di più giudici). Può anche esserci un istituto a noi ignoto, ma che ha una sua giustificazione nel diritto anglosassone, la “plurality opinion”, quando non si registra una maggioranza, cosa possibile per via del modo di decidere di quei giudici².

Poi, con dissenso non ci si riferisce all'espressione del dissenso nel collegio, ma alla sua divulgazione (quella ufficiale, non quella ufficioso), ed alla imputazione soggettiva del dissenso (indicazione di chi ha dissentito).

L'importanza della indicazione esterna di chi ha dissentito è dimostrata dall'orientamento della Corte di Cassazione italiana. Secondo questa³, non si può

² La difficile linea di distinzione tra opinioni dissenzienti o concorrenti e “plurality opinions” è un'ulteriore prova della indeterminatezza dei concetti. L'ultima ipotesi (opinione di una maggioranza relativa) è il frutto della diffusione dell'uso (nonché forse dell'abuso) delle opinioni concorrenti.

³ Con riferimento all'art. 385 c.p., Cass, I, 10.1.2001.

manifestare all'esterno la circostanza che il Collegio abbia deciso all'unanimità (non che la decisione sia stata presa a maggioranza), evidentemente perché ciò consente di identificare gli autori della decisione.

Vi sono ulteriori forme di dissenso. Quello scritto è il più noto. C'è anche il dissenso orale (detto anche "dissent from the bench"), che è più raro. Il "New York Times", il 31 Maggio 2007, segnalava che la giudice Ruth Bader Ginsburg aveva dissentito oralmente, aggiungendo che leggere un dissenso ad alta voce è un "atto di teatro" che i giudici della Corte Suprema utilizzano qualche volta, per far capire che la maggioranza non solo ha fatto un errore, ma ha sbagliato molto profondamente. Uno studioso americano, in un recente articolo sull'"Harvard Law Review"⁴, ha chiamato questa "demosprudence", perché si tratta di un modo con il quale i giudici intendono influenzare fortemente l'opinione pubblica.

Questa incertezza terminologica e concettuale si riflette anche nel modo in cui l'espressione "dissenting opinion" viene tradotta in Europa. I francesi la chiamano "opinion séparée", che è espressione più neutra. Gli spagnoli che la chiamano "voto particular" oppure "opinión discrepante". I tedeschi "Abweichende Meinung" o "Sondervotum".

2. Struttura delle sentenze e modi di deliberare

La mia esposizione sarà articolata in quattro punti. Per il primo ho scelto tre decisioni di Corti Supreme, che vorrei esaminare per mettere in relazione struttura della sentenza con modi di deliberare. Nel secondo cercherò di approfondire il primo tema, cioè il dissenso come elemento che si inserisce nel modo di deliberare della Corte (e quindi non come istituto separato dal contesto). Nel terzo elencherò i vari argomenti teorici posti a sostegno della divulgazione e del segreto circa la decisione e le posizioni dei giudici. Nell'ultimo

⁴ L. Guinier, *The Supreme Court 2007 Term. Foreword. Demosprudence Through Dissent*, in "Harvard Law Review", 2008, vol 122, p.4.

punto presenterò un florilegio di ragioni a favore e contro la “dissenting opinion”, tratte da autori che mi sono parsi significativi non tanto perché studiosi, quanto come giudici, che hanno vissuto dall’interno l’esperienza del dissenso.

Comincio esaminando tre sentenze, una della “House of Lords”, una della Corte Suprema americana, ed una del “Bundesverfassungsgericht” tedesco. I motivi della scelta sono semplici. Ho scelto la prima perché si dice che nel Regno Unito sia nato il dissenso. La seconda perché negli Stati Uniti si dice che si sia sviluppato il nostro istituto. La terza perché esso è stato trapiantato in Germania, inserendosi in una tradizione opposta.

I “Law Lords” sono i membri della Camera dei Pari con funzioni giurisdizionali di appello. Nonostante critiche che risalgono a Bagehot, la Camera dei Pari inglese continuerà fino al 1 ottobre 2009 una tradizione millenaria, quella di svolgere funzioni legislative e giurisdizionali. Da questa data i “Law Lords” diventeranno Corte Suprema del Regno Unito.

La sentenza “Secretary of State for the Home Department v AF”, del 10 giugno 2009, comincia con un plurale: “Opinions of the Lords of Appeal”. Si tratta di un caso importante, che riguarda la libertà personale e il terrorismo. Dei dodici “Law Lords” (ma possono esserci membri supplenti), nove componevano il collegio per questa questione.

La decisione consta di 54 pagine. Essa non si apre con una decisione del collegio, ma con un discorso di 32 pagine di Lord Phillips of Worth Matravers, il quale, rivolto ai suoi colleghi (inizia con le parole rituali “My Lords”), esprime il suo giudizio con le relative motivazioni. Seguono gli altri otto giudici. Lord Hoffmann, rivolgendosi ai suoi colleghi, inizia dicendo che ha avuto il vantaggio di leggere in bozza il discorso del suo nobile e dotto amico Lord Phillips of Worth Matravers e concorda con esso. Segue un altro giudice che concorda, ma aggiunge alcune sue brevi annotazioni. In alcuni casi, questi giudizi sono brevissimi (sono cinque-dieci righe, poco più di “ho letto e concordo”). È dal 1963 che i

“Law Lords” non leggono più i loro discorsi ai loro colleghi, ma li danno per letti e si limitano a un brevissimo riassunto.

Tutto questo non si svolge nella sala riservata alle udienze, ma nella solenne sala della “House of Lords”, dove il “Senior Law Lord” siede sulla “Woolsack” (lo scranno presidenziale) e pronuncia al termine la frase rituale: “Questo è il rapporto della Commissione d’appello su cui deve essere raggiunto l’accordo”. Infine, un “judgement order” è redatto e consegnato alle parti.

Tutto questo per dire che, nella tradizione inglese (ma limitata ad alcuni giudici), non si può dire che vi sia una opinione dissenziente. Vi sono, piuttosto, tante diverse opinioni, perché per dissentire bisogna che un collegio abbia prima formato una maggioranza. Il “judgement” finale è un ordine di accoglimento o di rigetto a cui vengono aggiunte le motivazioni nel modo che si è detto, cioè con “speechs” o discorsi, perché si è nella “House of Lords”, un Parlamento con funzioni legislative e giudiziarie (come nella Francia prima della Rivoluzione).

Passiamo alla Corte suprema degli Stati Uniti. La sentenza che ho scelto è dell’8 Giugno 2009 (“Boyle v. United States”) e riguarda la materia penale (la Corte doveva definire la nozione di associazione per delinquere). La sentenza è preceduta dal “Syllabus”, molto più utile delle nostre massime.

Nel caso, il Justice Alito, uno dei due componenti di origine italiana, ha espresso l’“opinion of Court”. Il giudizio si conclude con le parole: “quindi noi confermiamo il giudizio della Corte d’Appello, ed è così ordinato”. Nelle pagine successive, vi è l’opinione dissenziente del giudice Stevens, al quale si unisce il giudice Breyer, che termina con le parole “io rispettosamente dissento”.

Dalla struttura di questa sentenza si comprende che qui – a differenza dal caso inglese - non si mettono uno accanto all'altro le singole opinioni di ciascun giudice. Invece, si è formata una maggioranza, nei cui confronti alcuni membri del collegio dissentono.

In Germania le cose cambiano. Innanzitutto, la sentenza comincia con: “Im Namen des Volkes” (in nome del popolo)”. La decisione che ho prescelto non è una delle ultime, perché l'espressione del dissenso in Germania è piuttosto più rara. Si tratta della decisione del 18 Luglio 2005 sul mandato di arresto europeo (“ BvR 2236/04”).

I membri del Bundesverfassungsgericht sono sedici, divisi in parti eguali in due Senati. In questo caso ha deciso il secondo Senato. La decisione collegiale, di circa cinquanta pagine, è seguita dalla firma di tutti gli otto giudici. Al suo termine, vi sono l' “Abweichende Meinung” (cioè l'opinione dissenziente) del Giudice Broß, quella del giudice Lübke-Wolff e quella del giudice Gerhardt.

Questo caso, quindi, è ancora diverso rispetto a quello della Corte Suprema statunitense. Qui si è formata, dopo una discussione, la maggioranza. Tutti i giudici firmano la sentenza. Tre di essi, però, non sono d'accordo ed esprimono una “Abweichende Meinung”, che li differenzia dalla maggioranza.

3. I diversi modi di deliberare delle corti

Per comprendere la cosiddetta opinione dissenziente occorre rendersi conto dei modi di deliberare delle Corti. È il modo in cui si forma la volontà della corte che influenza la struttura della decisione e, quindi, anche il modo in cui si presenta l'opinione dissenziente.

Ritorniamo, allora, ai tre ordinamenti, quello inglese, quello americano e quello tedesco, per illustrare il modo di deliberare delle corti. Ricordo innanzitutto che, in quello

inglese, non tutte le Corti ammettono la divulgazione del dissenso. Non il “Privy Council”, il quale giudica in nome del Re. Non le corti penali, perché si pensa che ciò disorienterebbe parti ed opinione pubblica. Nelle altre corti, si decide da un millennio (con l’eccezione del periodo dal 1756 al 1788) “seriatim”. Il principio dell’oralità coinvolge anche la decisione. I giudici, al termine della discussione, si alzano, uno per uno, e singolarmente esprimono la loro opinione. Quindi, la decisione non è raggiunta dal Collegio, ma da coloro che ascoltano, dopo aver sentito i singoli giudici.

Dunque, quello che (poi) è stato chiamato dissenso non è il risultato del principio della trasparenza applicato alla decisione di un giudice collegiale, ma il risultato di un modo particolare di deliberazione. I giudici non hanno bisogno di consultarsi prima tra di loro (talora lo fanno, ma al di fuori di una procedura prescritta). Non esiste una deliberazione collegiale e neppure una maggioranza, ma esiste una convergenza e divergenze. Non esiste dissenso, perché si dissente da una maggioranza, e nel sistema inglese non vi è una maggioranza alla quale opporsi.

Ciò spiega come possano verificarsi i casi di “plurality opinion”, cioè che vi sia una convergenza, ma di una minoranza dei membri, che conduce ad una non decisione.

La Corte Suprema americana per circa un decennio, all’inizio della sua attività, ha adoperato il modello inglese, fino a che non è arrivato alla presidenza Marshall. Questi era contrario alla manifestazione del dissenso. Sostenne che era necessaria una “opinion of the Court”, quindi una deliberazione collegiale.

Il “Chief Justice” aveva un particolare motivo per sostenere questa tesi. La sua Corte era piena di gente che valeva poco. Da documenti dell’epoca (una lettera di Johnson a Jefferson) risulta che uno dei giudici era un perfetto incompetente, un altro incapace di pensare e di scrivere, un altro era un molle che evitava volentieri ogni difficoltà, altri due

erano come se fossero una persona sola, ed uno di questi due era Marshall (a quell'epoca i giudici non erano ancor nove).

Marshall prese l'abitudine di esprimere lui stesso "l'opinion of the Court". Da qui nacque il giudizio collegiale. Dopo qualche tempo, però, si riaffacciarono, perché nessuno aveva mai ufficialmente cancellato la procedura iniziale, la "dissenting opinion", la "concurring opinion" e la "plurality opinion". Queste divennero una procedura a cui si fece frequentemente ricorso solo dal 1941, un secolo dopo.

A questo punto, il dissenso diventa tale in senso proprio, perché è preceduto da una decisione collegiale, a differenza dal caso inglese. Anche questa decisione collegiale è – però – molto diversa da quella propria della Corte costituzionale italiana.

Immaginiamo di entrare nella "Conference Room", la nostra Camera di Consiglio. Intorno ad un piccolo tavolo rettangolare, vi sono nove posti, con altrettanti leggi, sui quali ogni giudice ha un piccolo quaderno. Ogni pagina di questo è divisa in tre parti. Il Presidente introduce la questione che è stata discussa con gli avvocati nella sala accanto, e, cominciando dal giudice più anziano per nomina, chiede la sua opinione. Ognuno dei giudici, nello spazio del quaderno riservato a quella questione, scrive l'opinione che ha ascoltato.

Al termine, il Presidente registra le convergenze e le divergenze. Se lui stesso è parte della maggioranza, nomina il relatore della maggioranza. Se lui fa parte della minoranza, è il giudice più anziano della maggioranza che nomina il relatore.

Da questo punto in poi, non c'è un ulteriore momento di discussione collegiale, ma solo scambio di "memo". Il famoso libro dei due giornalisti Woodward ed Armstrong "The

Brethren. Inside the Supreme Court”⁵ descrive molto bene come si svolge questo dialogo per iscritto.

Richard Posner nel suo libro del 2008, “How Judges Think”⁶ riporta uno scritto (del 2001) di Rehnquist, che è stato a lungo Presidente della Corte Suprema, il quale osservava che, quando era entrato alla Corte, era stato sorpreso da quanta poca interazione ci fosse tra i vari giudici durante la Camera di Consiglio. Continuava osservando che il vero scopo della discussione in Camera di Consiglio non era di persuadere i propri colleghi con buoni argomenti, in modo da cambiare il loro punto di vista, ma, invece, di sentire gli altri membri della Corte in modo da capire quale fosse la loro opinione e di determinare, quindi, attraverso le opinioni di ciascuno, il punto di vista della maggioranza della Corte.

Dunque, nella Corte Suprema, c’è sì, a differenza dell’”Appellate Committee” dell’House of Lords”, una decisione collegiale, ma si tratta di una collegialità debole. La discussione è estremamente breve e non cambia l’opinione dei giudici. Questi non deliberano collegialmente

La Corte tedesca non è nata con la “Abweichende Meinung”. Ad essa si è arrivati tardi, nel 1970, a séguito di un emendamento della legge sulla Corte, dopo un caso famoso, che ha avuto echi anche in Italia, il caso di “Der Spiegel”, che riguardava la libertà di stampa, in cui ci fu una divisione nel Senato di 4 a 4 (1966). In un caso come questo, c’è un rigetto per presunzione di costituzionalità. Però, la questione era talmente importante che, per la prima volta, la Corte ritenne opportuno pubblicare nella sentenza i diversi punti di vista, ma senza l’imputazione soggettiva delle opinioni espresse. In altre parole, la Corte tedesca, che non aveva mai affrontato il problema, decise, in questo singolo caso, di seguire

⁵ B. Woodward – S. Armstrong, *The Brethren. Inside the Supreme Court* (1979), New York, Simon and Schuster, 2005.

⁶ R. Posner, *How Judges Think*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2008, p. 303.

una procedura stabilita per legge relativamente alla Corte Suprema di Danimarca: esporre gli orientamenti divergenti, ma senza indicare quale giudice li avesse manifestati. La decisione illustrava, quindi, non solo il punto di vista della maggioranza, ma anche quello della minoranza. La sentenza era a metà tra la motivazione di una decisione ed un “compte rendu”.

Dopo il caso “Der Spiegel”, la Corte ha cominciato a informare quando decideva all’unanimità e quando a maggioranza⁷. Successivamente, la questione fu oggetto di un dibattito scientifico nella “Vereinigung” dei professori di diritto pubblico tedeschi. Una legge del 1970 sancì il dissenso, poi largamente, ma non frequentemente adoperato (ad esempio, un noto costituzionalista, nei dodici anni in cui è stato alla Corte, ha espresso solo due volte una opinione dissenziente; dal 1971 ad oggi, vi è stata solo una decina di “grandi dissenzienti”). Da allora, la Corte, su richiesta di uno o più giudici, indica anche se la decisione è stata raggiunta all’unanimità, e, in caso negativo, quanti giudici hanno votato a favore e quanti contro. In Germania si dà un giudizio complessivamente positivo della possibilità di manifestare il dissenso e si ritiene che questa non abbia minato l’autorità della Corte.

Aggiungo, non solo per una curiosità storica, che il dissenso fa parte anche della tradizione dei giudici italiani. Nell’ordinamento napoletano, in quello estense, in quello toscano, nella Repubblica Cisalpina, nell’ordinamento sardo, il giudice esprimeva la sua opinione “nell’udienza all’istante”, senza discussione collegiale. È la conquista napoleonica che mette fine a questa tradizione.

Per concludere questo punto, si può dire che il dissenso si innesti in un particolare tipo di processo di decisione, un particolare modo di funzionare del Collegio e si articoli in modi

⁷ Un primo isolato caso, peraltro, risale al 1967 (BVerfGE 21, 312).

diversi a seconda dei diversi contesti giuridici (quello inglese, dove è stata conservata la separazione delle opinioni; quello americano, dove all'opinione della Corte si aggiunge quella dei dissenzienti; quello tedesco, dominato dalla decisione collegiale, ma dove è consentito dissentire).

Insomma, il dissenso o voto di scissura non nasce come tale, lo diventa solo più tardi, quando viene ad innestarsi sulla deliberazione collegiale (di una collegialità debole o di una collegialità forte) e viene lentamente razionalizzato, diventando un istituto a sé stante.

4. Le ragioni del segreto e quelle della divulgazione delle opinioni dei giudici

Passo ora a considerare i motivi teorici, i postulati su cui posa, da un lato, l'unità del giudizio e, dall'altro, la separatezza dei giudizi. Dico unità e separatezza, perché è più corretto esprimere in tal modo l'opposizione corrente tra opinione dissenziente e segreto della Camera di Consiglio, visto che vi sono tanti modi di configurare il dissenso e la sua divulgazione.

A favore dell'unità v'è, sostanzialmente, l'argomento che i giudici sono servitori del monarca e prendono decisione in nome del re. Il monarca, in origine, poteva non accettare il Consiglio della Corte (ad esempio, in Francia, fino al 1872, il Conseil d'État proponeva una decisione che era presa poi dal capo dello Stato). Il monarca è uno ed una sola può essere la sua volontà.

Più complesse spiegazioni sono state date successivamente, tutte ispirate al positivismo normativo: il diritto è uno solo e le opinioni confliggenti ne minano le autorità (mito della soluzione unica); la decisione giudiziaria è un sillogismo e la decisione discende da esso; c'è una sola risposta corretta a qualunque questione giuridica; un'opinione

divergente non è un'alternativa, ma un errore; i cambiamenti sociali non possono influenzare la risposta dei giudici; il cambiamento di interpretazione non può modificare le norme: per mutarle, bisogna cambiare la legge.

A fondamento della separatezza, vengono, invece, solitamente posti questi argomenti: la certezza del diritto non è un “Sein”, ma un “Sollen”, un obiettivo da perseguire, perché, in realtà, il diritto è incerto; il diritto – proprio perché incerto – si costruisce a poco a poco; quindi, le interpretazioni divergenti sono legittime; il diritto è fondamentalmente ciò che dicono i giudici (e, quindi, la formazione del diritto è fondamentalmente giurisprudenziale); ed i giudici, a loro volta, per ripetere la famosa metafora di Dworkin, non sono Ercole, sono uomini e possono divergere.

A questi argomenti classici, alcuni dei quali superati in quanto legati a concezioni del diritto storicamente determinate o divenute obsolete, si sono aggiunti altri argomenti. Tre sono particolarmente forti nel dibattito culturale attuale. La cosiddetta teoria discorsiva del diritto: il diritto si forma nel dialogo, tra le parti, e tra le parti ed il giudice. La teoria deliberativa (o, meglio, dibattimentale): il diritto è una discussione da cui emergono argomenti; più ricca è la discussione, più ricco è il diritto. La teoria della Costituzione come organismo vivente: essa si arricchisce anche grazie al dibattito interno alle corti supreme.

5. Gli argomenti a favore e quelli contro l'introduzione della cosiddetta opinione dissenziente

Termino con la lettura di alcune opinioni a favore e contro le opinioni dissenzienti. Comincio dal libro di due studiosi, uno olandese e belga, sulla Corte di Giustizia delle Comunità Europee. Passo allo scritto di un noto costituzionalista polacco, che è stato membro della Corte Costituzionale del suo Paese e attualmente è giudice della Corte di

Strasburgo. Continuo con le opinioni espresse da Lord Bingham che è stato il “Senior Law Lord” qualche anno fa e dal più conservatore dei giudici della Corte Suprema americana, Antonin Scalia. Finisco con un libro francese, di un’allieva di Favoreu, Wanda Mastor.

I due primi studiosi, Schermers e Waelbroeck⁸, elencano i seguenti argomenti a favore della pubblicità e a favore del segreto.

A favore della pubblicità: con la pubblicità, più argomenti giuridici sono portati nella pubblica discussione; la pubblicità può incoraggiare i giudici a fare un maggiore sforzo nel formulare con precisione i loro giudizi, che risulteranno migliori; la pubblicità aumenta la responsabilità individuale di ciascun giudice; i giudici che si trovano normalmente in minoranza potrebbero essere frustrati, se non avessero la possibilità di rendere pubblica la propria opinione; vi sono giudici che sono presi meno seriamente dagli altri: la pubblicazione dei loro punti di vista richiama l’attenzione degli altri giudici su di loro, li costringe a prenderli più sul serio; la pubblicità favorisce i futuri sviluppi del diritto; la libertà di opinione è un diritto umano di base, che riguarda anche i giudici.

A favore del segreto: la certezza del diritto è meglio assicurata da decisioni ferme; quando i giudici sono nominati per una durata determinata, la loro indipendenza potrebbe essere messa a rischio se i loro punti di vista fossero noti; l’assenza di dissenso promuove i compromessi all’interno della Corte; ciascun giudice che ha espresso e divulgato il suo punto di vista si sentirà obbligato a seguire la sua precedente opinione anche in successivi casi, così aumentando la rigidità delle posizioni all’interno della Corte.

Passiamo alle ragioni del giudice polacco, Lech Garlicki⁹. Le sue sono tutte a favore dell’opinione dissenziente: è uno strumento per esprimere il pluralismo interno della Corte e

⁸3. G. Schermers – D. F. Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Union*, 2001, VI ed., p. 736, riprodotto in “Global Constitutionalism”, Yale Law School, 2008, p. I – 5.

⁹ L.Garlicki, *Note on Dissent in the European Court of Human Rights*, in “Global Constitutionalism”, cit., p. I – 8.

per segnalare all'opinione pubblica il carattere controverso di alcuni problemi; la dichiarazione di un disaccordo può essere considerata come un'espressione di speranza che future generazioni di giudici possano o vogliano ripensare al problema; la minoranza di oggi può essere la maggioranza di domani; è una valvola di sfogo, che consente maggiore omogeneità nelle opinioni di maggioranza.

Quanto a Lord Bingham, le sue opinioni sono le seguenti¹⁰: è moralmente criticabile il fatto che un giudice debba essere obbligato a seguire la maggioranza della Corte e che gli venga negata l'opportunità di esprimere con la sua voce il suo punto di vista; le decisioni delle corti dove l'opinione dissenziente non è accettata tendono a nascondere le differenze, quindi fanno perdere chiarezza al giudizio che viene espresso; il dissenso di oggi può diventare l'ortodossia di domani; un ben argomentato e persuasivo dissenso può assicurare un potente stimolo all'intervento del legislatore.

Antonin Scalia¹¹ considera quattro punti di vista: la prima e più importante conseguenza delle opinioni separate è quella di distruggere l'apparenza di unità e solidarietà all'interno della Corte; la seconda conseguenza è che l'opinione dissenziente può aiutare a cambiare il diritto; l'opinione dissenziente serve ad informare il pubblico in generale ed, in particolare, gli avvocati circa le posizioni interne alla Corte; negli Stati Uniti, il sistema delle opinioni separate ha fatto della Corte Suprema il foro centrale dell'attuale dibattito giuridico ed ha trasformato le sue decisioni da una pura registrazione di giudizi in una storia della filosofia giuridica americana con il suo commentario ("a history of American legal philosophy with his commentary").

¹⁰ Lord Bingham of Cornhill, *A Personal Perspective*, address delivered at the Oxford Institute of European and Comparative law, June, 20, 2008, in "Global Constitutionalism", cit., p. I -31.

¹¹ A. Scalia, *The Dissenting Opinion*, 1994 J. Sup. Ct. Hist., p. 33, riprodotto in "Global Constitutionalism", cit. p. I - 42.

Infine, la Mastor¹². Essa osserva: l'argomento più volte invocato per criticare le opinioni separate è l'indebolimento dell'autorità morale della decisione e, quindi, la perdita di prestigio della Corte; la divulgazione delle opinioni separate rischia di minare l'indipendenza della Corte, perché i giudici possono cedere alla tentazione di esaltare la propria personalità (ciò che gli americani chiamano "self-marking", l'identificarsi con una tesi, perché si sappia all'esterno). A favore, invece: le opinioni separate, oltre agli altri vantaggi, permettono di chiarire al lettore il senso della stessa decisione maggioritaria; le opinioni separate sono state spesso all'origine della creazione di nuove norme o di cambiamenti giurisprudenziali, per cui un'opinione separata, antica e minoritaria, può diventare poi l'opinione maggioritaria.

Come si vede, sul dissenso vi sono contrasti che attengono sia alla struttura, sia alla funzione. La cosiddetta opinione dissenziente, per Jefferson e per il giudice costituzionale americano Brennan, era un contributo al "marketplace of competing ideas"¹³, una sorta di integrazione della democrazia, perché rende più aperto il potere, incoraggia la discussione, assorbe le proteste.

Se si considera il funzionamento interno delle corti, il dissenso viene manifestato non per convincere una maggioranza, ma perché questa non fu convinta. Quindi, il dissenziente non scrive per dialogare con la maggioranza, ma piuttosto per parlare ad altri poteri (ad esempio, al legislatore), o direttamente all'opinione pubblica (o persino al popolo).

Se questo è vero, c'è da chiedersi se una delle variabili da prendere in considerazione per valutare l'introduzione del dissenso non sia il grado di adesione sociale ai valori

¹² W. Mastor, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Aix-en-Provence – Paris, Presses universitaires d'Aix-Marseille – Economica, 2005, p. 19 e 289.

¹³ Cit. in R. Post, *The Supreme Court Opinion as Institutional Practice: Dissent, Legal Scholarship, and Decisionmaking in the Taft Court*, in "Minn. L. Rev.", 2001, vol. 85, p. 1267, riprodotto, in "Global Constitutionalism" cit. p. I – 65.

costituzionali e la misura della divisione dell'opinione pubblica: se la discussione costituzionale è molto attiva, è utile che singoli giudici vi prendano parte, o è meglio che la Corte parli come un oracolo? È auspicabile che la Corte metta fine o attivi il dibattito costituzionale? E, una volta ammessa la manifestazione esterna del dissenso, dove fermarsi? C'è un limite a dissensi ripetuti? Può il dissenso incentivare una partecipazione più attiva di singoli giudici, anche indipendente dall'attività della Corte di appartenenza, al dibattito costituzionale?

Anche l'argomento della incertezza del diritto può essere considerato reversibile: proprio perché si sa che il diritto è incerto, potrebbe esser bene che la Corte si esprima con una voce sola, per non aggiungere incertezza a incertezza.

Alle variabili esterne – ampiezza e divisività del dibattito costituzionale e politico, grado di incertezza del diritto – si aggiungono quelle interne, relative al modo di deliberare. La deliberazione comporta due elementi, la considerazione delle ragioni contrapposte e una decisione. Se il primo elemento è molto sviluppato, vi è spazio per discutere, convincere, negoziare, raggiungere compromessi. Se non lo è, è più facile che si ritenga necessario lasciare via libera alla manifestazione del dissenso.

6. Per finire

Quanto esposto può essere riassunto in sei punti.

Il primo è che la cosiddetta opinione dissenziente non è tale. Il secondo è che l'opinione dissenziente ha il suo antefatto nel modo di giudicare dei giudici inglesi, perché questi ultimi si esprimono “seriatim”, uno dopo l'altro. Il terzo è che l'opinione dissenziente nasce quando, paradossalmente, viene negata da Marshall, e si afferma il concetto della maggioranza della corte. Il quarto è che le opinioni dissenzienti, nel loro attuale sviluppo,

hanno solo circa 70 anni di vita, perché, sostanzialmente, si sviluppano dal 1940. Il quinto è che non esiste un tipo, ma più tipi di opinioni dissenzienti. Il sesto ed ultimo è che le opinioni sull'opinione dissenziente sono molto influenzate dai contesti e fortemente sovradimensionate, rispetto all'istituto in sé, a causa dalla cultura di chi le ha espresse.

Finisco con un brano molto scettico di uno dei grandi maestri del diritto costituzionale francese, che è stato anche membro del “Conseil Constitutionnel”, George Vedel: “a coloro che vogliano danneggiare gravemente il “Conseil Constitutionnel” offro due ricette infallibili: la prima è quella di affidare alla Corte stessa l'elezione del suo Presidente, l'altra è quella di ammettere l'opinione dissenziente; questa sarebbe ancora più efficace della prima”.