

## La dissenting opinion nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti: un modello importabile in Italia?

di Mario Gorlani \*  
(17 maggio 2002)

1. Nella prassi della Corte Suprema degli Stati Uniti è frequente la pubblicazione di sentenze che rendono note, oltre alle conclusioni e alle motivazioni della maggioranza, anche le opinioni dei giudici dissenzienti (c.d. "*dissenting opinion*") e quelle dei giudici che, pur aderendo al dispositivo della pronuncia, non ne condividono in tutto o in parte le motivazioni (c.d. "*concurring opinion*"). Tale prassi affonda le sue radici nella tradizione di *common law*, anche se si deve alla Corte Suprema guidata dal Chief Justice Marshall (1801-1835) la novità di aver sostituito alla pubblicazione delle opinioni di tutti i giudici ("*delivering seriatim opinions*") una sola opinione per la maggioranza ("*the opinion of the Court*"), a cui si è più tardi aggiunta la manifestazione delle opinioni totalmente o parzialmente discordi. Da allora tale prassi, pur soggetta a critiche e rivisitazioni dottrinali, non è mai stata abbandonata.

2. La tematica ha posto anche negli Stati Uniti alcuni problemi teorici di non facile soluzione. Come si concilia, infatti, la "dissoluzione" dell'unitarietà della pronuncia giudiziale, e la sua identificabilità con giudici (e quindi con uomini o donne) determinati e individuabili, con la teoria - ma sarebbe meglio dire il mito - della oggettività e impersonalità del "governo delle leggi" in sostituzione del "governo degli uomini"? Se i giudici sono chiamati a pronunciare la regola di diritto ("*rule of law*"), e se la regola di diritto deve essere oggettiva, perché direttamente deducibile dalla legge o dai precedenti giurisprudenziali, non rimane spazio alcuno per la manifestazione di opinioni dissenzienti. La regola di diritto è tale soltanto se la Corte, sia pure dopo aver elaborato una sintesi tra idee divergenti e aver verificato la applicabilità dei precedenti al caso in esame, si esprime come un corpo istituzionale unico e impersonale - "*the opinion of the Court*" - e non come la somma delle opinioni di giudici individualmente considerati e, per di più, in disaccordo tra loro. La pluralità di opinioni, oltretutto, rappresenta un attentato alla certezza del diritto, perché diffonde la convinzione che l'orientamento della giurisprudenza sia soggetto a facili mutamenti, per i quali è sufficiente il cambio di opinione o la sostituzione anche di un solo giudice. Si tratta, per lo più, di finzioni giuridiche, ma che non di meno rappresentano alcuni dei fondamenti teorici del moderno stato di diritto.

3. D'altra parte, le peculiarità dei sistemi di *common law*, nei quali il diritto è creato principalmente in via giurisprudenziale - ed in particolare, attraverso la regola dello *stare decisis*, dalla Corte Suprema - e soltanto subordinatamente in via legislativa (anche se, come è noto, negli ultimi decenni, il rapporto tra i due sistemi di fonti tende ad invertirsi), costringono anche il potere giudiziario a confrontarsi con il generale problema del fondamento democratico della propria funzione. Non a caso, fin dagli esordi della sua attività, la legittimazione della Corte Suprema è stata oggetto di aspre contese. Soltanto per citare due esempi molto noti, la sentenza *Marbury v. Madison*, nel 1803, nell'affermare il potere di *judicial review* sugli atti del Congresso, ha dovuto scontare la fiera opposizione dei repubblicani di Thomas Jefferson, convinto propugnatore della superiorità democratica dell'organo legislativo quale massima espressione della volontà popolare; in un'altra occasione la Corte - indotta tra l'altro dalla minacciata approvazione del c.d. "*Court Packing Plan*", con cui se ne sarebbero dovuti rivedere i criteri di composizione proprio per vincerne la resistenza - ha invece dovuto accettare il New Deal del Presidente Roosevelt forte di un mandato popolare amplissimo, nonostante ciò abbia significato sconfiggere la propria precedente giurisprudenza sulla *commerce clause*. Sebbene abbiano condotto ad esiti opposti, entrambi gli esempi mettono in evidenza la tensione che spesso si è creata, nel sistema statunitense, tra organi politici e potere giudiziario: essi dimostrano che, per quanto possa farsi forza del proprio prestigio e della propria autorevolezza, la Corte Suprema è e rimane un organo privo di legittimazione e però inserito in una posizione chiave nel processo decisionale democratico.

4. Questa carenza di legittimazione assurge così a principale, anche se non esclusivo, presupposto teorico che sorregge l'istituto della *dissenting opinion*: la Corte riesce a vincere le obiezioni di non-democraticità perché introduce all'interno della propria attività il confronto dialettico tra le opinioni dei diversi giudici e perché questo confronto, attraverso la manifestazione della *concurring opinion* e della *dissenting opinion*, viene portato a conoscenza di tutti. Anche la giurisprudenza della Corte Suprema, come l'attività degli altri organi costituzionali, esprime così il fondamentale valore di una democrazia deliberativa, nella quale la volontà dominante è sì volontà della maggioranza ma non è mai "tirannide", secondo le note preoccupazioni degli autori del *Federalist*, perché lascia anche alle minoranze lo spazio per esprimersi e per potere aspirare a diventare in futuro a loro volta maggioranza. In tal modo la giurisprudenza, nel momento in cui crea la nuova regola giuridica, tiene aperta la porta, ed anzi stimola la propria stessa

evoluzione o modifica (c.d. "*overruling*") verso soluzioni più conformi alla sensibilità popolare, sia attraverso il sempre possibile cambiamento di opinione da parte di singoli giudici, sia attraverso il più radicale mutamento della stessa composizione personale della Corte Suprema. Oltretutto, le decisioni con pluralità di motivazioni, sollecitando abitualmente un vivace dibattito sulle diverse posizioni espresse dai giudici, arricchiscono il patrimonio giuridico comune e aiutano ad elaborare soluzioni legislative e giurisprudenziali più confacenti alle esigenze che via via si manifestano.

5. Una tale prassi, peraltro, non è immune da rischi: che sono quelli connessi al fatto che la possibilità di identificare il giudice latore di una opinione può tradursi in una limitazione della indipendenza e nella assoggettività al controllo politico pericolosa per il corretto funzionamento delle istituzioni democratiche. La impersonalità della pronuncia mette invece i singoli giudici al riparo da influenze e condizionamenti, garantendone almeno in teoria l'imparzialità nelle scelte. Negli Stati Uniti, ove pure i giudici sono nominati dal Presidente con il consenso determinante del Senato, un simile rischio è scongiurato dalla garanzia costituzionale della inamovibilità dalla carica per tutta la vita, con la sola condizione di non rendersene indegni ("*during good behavior*"), e dalla garanzia della immodificabilità *in pejus* della loro indennità per tutto la durata del mandato; ma, soprattutto, da una tradizione di rispetto per il ruolo della Corte Suprema, la cui indipendenza e autonomia è considerata un elemento portante del complesso sistema costituzionale delineato dalla Costituzione del 1787. La teoria della rigida separazione dei poteri ed un'organizzazione costituzionale ricca di "contrappesi", oltre alla struttura del sistema politico e sociale americano, assicurano così alla Corte Suprema un ruolo di primo piano che, a parte poche eccezioni, non è mai stato seriamente messo in discussione in oltre duecento anni di storia; e ciò anche grazie alla duttilità della giurisprudenza assicurata dagli istituti della *dissenting e concurring opinions*.

\* \* \*

6. Si tratta di un modello importabile in Italia? E, soprattutto, è auspicabile che ciò avvenga, almeno con riferimento alle sentenze della Corte costituzionale? Una recente pronuncia dei Giudici costituzionali ha riaperto una questione lungamente dibattuta, anche se l'orientamento dell'attuale Consulta sembra nettamente contrario, essendosi espressi a favore soltanto il Presidente Cesare Ruperto e il Giudice Valerio Onida.

7. Sono molte le ragioni a favore della *dissenting opinion* applicabili anche all'ordinamento italiano, sebbene sia caratterizzato da elementi profondamente diversi rispetto a quello nordamericano: oltre a fungere da stimolo ed incoraggiamento della discussione scientifica e politica su pronunce per loro natura contrassegnate da un elevato grado di opinabilità e di controvertibilità, oltre a responsabilizzare i singoli giudici per le opinioni manifestate e ad elevare la qualità complessiva della giurisprudenza costituzionale, anche in Italia essa può apportare un arricchimento del tessuto democratico degli organi costituzionali, assicurando la trasparenza del processo formativo delle decisioni del giudice delle leggi.

8. Non va considerata un ostacolo, in questa prospettiva, la circostanza che l'ordinamento giuridico italiano sia basato sui principi della *civil law*, che assicurano alla legge - e alle altre fonti legislative e regolamentari - un ruolo esclusivo nella produzione normativa, limitando la funzione del giudice, almeno in termini astratti, all'applicazione della norma al caso concreto. Se non si considerano le sempre più frequenti ibridazioni tra i due modelli in virtù della crescente funzione creativa della giurisprudenza cui si assiste anche nei Paesi di tradizione continentale, tutt'al più la differenza tra *civil law* e *common law* potrebbe rendere superfluo o addirittura sconsigliare l'utilizzo della *dissenting opinion* per i giudici ordinari e speciali, in quanto soggetti alla legge ai sensi dell'art.101 Cost.. Spetta al legislatore interpretare i mutamenti nei rapporti civili, sociali ed economici e tradurli in regole generali, ed infatti esso si deve porre continuamente il problema della propria legittimazione democratica; mentre al giudice tocca il compito di applicare le regole al caso concreto, e pertanto esso trova legittimazione soltanto nella legge, e non nel consenso popolare.

9. La Corte costituzionale si trova, nell'ordinamento italiano, in una posizione diversa, poiché è giudice della legge e utilizza quale parametro di giudizio le disposizioni costituzionali. In questa veste essa diventa una potenziale antagonista del potere legislativo, nel senso che oppone al Parlamento, espressione diretta della sovranità popolare, una propria e vincolante interpretazione del testo costituzionale. Di più, dal momento che le norme costituzionali sono per loro natura elastiche, esse sono interpretabili e applicabili in modo diversi, tutti astrattamente legittimi. Il giudizio della Corte assume così una inevitabile connotazione politica che, a seconda della personalità dei suoi componenti, può essere conforme o contrastante con l'evoluzione della sensibilità collettiva. In tale contesto, la trasparenza del processo formativo delle sue decisioni può assicurare alla Corte autorevolezza e democraticità, aprendo le porte del Palazzo della Consulta ai contributi esterni, alle critiche e alla opinione pubblica. E non a caso i Tribunali costituzionali di altri sistemi di *civil law* fanno pacificamente ricorso alla *dissenting opinion*.

10. Restano, certo, alcune zone d'ombra. Ai sensi dell'art.135 Cost., i quindici giudici costituzionali rimangono in carica nove anni e non sono rieleggibili: dato il loro numero e la loro relativamente frequente sostituzione, è incombente il rischio che la giurisprudenza della Corte diventi una babele di voci, incomprensibile per la gente e per gli stessi operatori del diritto. Un conto è, infatti, una Corte, come quella americana, di soli 9 giudici che rimangono in carica per tutta la vita e nella quale i cambi della giurisprudenza sono frutto della lenta opera del tempo, un altro conto è una Corte che cambia spesso i suoi membri, determinando nella gente l'aspettativa che ad ogni cambiamento nella composizione possa corrispondere il mutamento di una giurisprudenza all'apparenza consolidata. Ma soprattutto resta la questione essenziale della esigenza di sottrarre la Corte, almeno la componente di nomina parlamentare, al sospetto di agire ispirata da logiche di parte, assecondando gli orientamenti dello schieramento politico di "riferimento". Esigenza tanto più avvertita adesso, in un momento in cui il livello di reciproca delegittimazione tra le due principali coalizioni è tale da rendere a tratti precaria la stessa identificabilità di valori comuni condivisi da tutte le forze politiche, presupposto essenziale per il riconoscimento alla Costituzione - e all'organo deputato al controllo di costituzionalità - di una funzione unificante, giuridica, politica e morale.

11. In altre parole, l'istituto della *dissenting opinion* va salutato come espressione di una società matura, che non teme di mettere in discussione "miti" che possono sembrare irrinunciabili e che riconosce nella dialettica delle voci, anche all'interno degli organi costituzionali, un elemento di vivacità e di arricchimento dei valori democratici. Ma esso presuppone la disponibilità di tutte le forze politiche a riconoscere alla Corte costituzionale un ruolo essenziale per la tutela e la salvaguardia dei principi e delle libertà fondamentali nel nostro ordinamento. La recente vicenda del ritardo nella nomina dei due giudici da parte del Parlamento sembrerebbe indicare che si sta andando in una direzione drammaticamente opposta.

\* Professore a contratto di diritto regionale e degli enti locali presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia