

I LIBRI DI

ARCHIVIO PENALE

NUOVA SERIE

8

I LIBRI DI

ARCHIVIO PENALE

NUOVA SERIE

Comitato scientifico

Alfredo Gaito

“Sapienza” Università di Roma

David Brunelli

Università degli Studi di Perugia

Carlo Fiorio

Università degli Studi di Perugia

Giulio Garuti

Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Adelmo Manna

Università degli Studi di Foggia

Oliviero Mazza

Università degli Studi di Milano-Bicocca

Tullio Padovani

Scuola Superiore Sant’Anna
di Studi Universitari e di Perfezionamento

Mauro Ronco

Università degli Studi di Padova

Giorgio Spangher

“Sapienza” Università di Roma

A partire dall’a.a. 2012-2013, ogni studio monografico pubblicato in questa Collana è stato previamente sottoposto, con esito positivo, a *peer review* (secondo le regole della revisione anonima) da parte di almeno due membri del Comitato scientifico.

Fabiana Falato

**SEGRETO DELLA CAMERA
DI CONSIGLIO ED
OPINIONE DISSENZIENTE**

*UN RAPPORTO DA (RI)MEDITARE
PER LE DECISIONI DELLE CORTI SUPERIORI*

Falato, Fabiana

Segreto della camera di consiglio ed opinione dissenziente : un rapporto da (ri)meditare per le decisioni delle corti superiori / Fabiana Falato. - Pisa : Pisa university press, 2016. - (I libri di Archivio penale. Nuova serie ; 8)

347.014 (22.)

1. Sentenze 2. Giudici 3. Corte costituzionale 4. Corte di cassazione

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa



Opera sottoposta a
peer review secondo
il protocollo UPI

© Copyright 2016 by Pisa University Press srl
Società con socio unico Università di Pisa
Capitale Sociale Euro 20.000,00 i.v. - Partita IVA 02047370503
Sede legale: Lungarno Pacinotti 43/44 - 56126, Pisa
Tel. + 39 050 2212056 Fax + 39 050
2212945 e-mail: press@unipi.it
<http://www.pisauniversitypress.it>

ISBN 978-886741-6790

impaginazione: Ornella Ambrosio

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi - Centro Licenze e Autorizzazione per le Riproduzioni Editoriali - Corso di Porta Romana, 108 - 20122 Milano - Tel. (+39) 02 89280804 - E-mail: info@cleareadi.org - Sito web: www.cleareadi.org

Sommario: 1. Indicazioni di metodo. 2. Il valore dell'opinione dissenziente. 3. Le ragioni della ricerca limitata al campo delle decisioni delle Corti costituzionale e di cassazione. 4. Il fondamento garantista del segreto della camera di consiglio in relazione alle decisioni di merito. 4.1 La apparente crisi della opportunità del segreto della camera di consiglio nel rapporto tra opinione dissenziente-decisione-motivazione. Gli effetti sulla intangibilità del giudicato. 5. *Dissenting opinion* e responsabilità civile del giudice. 6. La rilevanza dell'opinione dissenziente nella costruzione giurisprudenziale del diritto. 6.1 Opinione dissenziente, metodo giuridico e pluralismo ideologico. 6.2 Le ricadute della *dissenting* sull'opera evolutiva del diritto. 6.3... e sulla tenuta della certezza del diritto. 7. L'approccio comparatista. 8. Opinioni dei giudici e preclusioni dichiarative.

1. Indicazioni di metodo

Più di cinquant'anni fa Costantino Mortati, in uno storico saggio¹, affrontò la spinosa questione dell'opinione dissenziente – sia pure esclusivamente avuto riguardo alla sua introduzione nei giudizi della Corte costituzionale² – evidenziandone, fin da allora, non solo le origini storiche risalenti addirittura al diritto medioevale³, ma, soprattutto, le potenzialità evolutive.

Oggi, il tema, per lo più trascurato nella letteratura processualpenalista nonostante i risvolti sul processo penale, è riproposto dalla dottrina costituzionalista⁴ che lo specula seguendo i precedenti percorsi – cioè, ponendo l'accento sul

• Le citazioni delle sentenze della Corte costituzionale, della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo indicano solo gli estremi delle pronunce. I testi sono reperibili, rispettivamente, sui seguenti siti web: www.cortecostituzionale.it; www.curia.europa.eu; www.echr.coe.int.

Le sentenze della Corte di cassazione prive degli estremi delle relative collocazioni in Riviste e/o in Massimari sono consultabili sul sito www.italgiure.giustizia.it

1. MORTATI, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, a cura di Mortati, Milano, 1964. Cfr. CARUSI, PIZZORUSSO, *Mortati e la Corte costituzionale*, in *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, a cura di Lanchester, Napoli, 1989, 205 ss. In seguito, ID., *Considerazioni sul problema dell'introduzione del «dissent» nelle pronunce della Corte costituzionale italiana*, in *La giustizia costituzionale*, a cura di Maranini, Firenze, 1966, 155 ss.

2. La questione fu posta per la prima volta in sede di approvazione della legge n. 87 del 1953, e da allora è diventata oggetto di un vivace dibattito dottrinale.

3. GIULIANI, PICARDI, *I modelli storici della responsabilità del giudice*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, I, Milano, 1979, 527 ss; VIGORITI, *La pubblicità delle procedure giudiziarie*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, II, Firenze, 1977, 637 ss.

4. La discussione tra quanti si mostravano favorevoli alla introduzione della *dissenting opinion* nel sistema di giustizia costituzionale e quanti contrari iniziò in Italia negli anni '60. Per la sintesi, PANIZZA, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino, 1998. In tempi diversi, si sono mostrati favorevoli all'introduzione, tra gli altri e con diverse modulazioni, AA. VV., *L'opinione dissenziente*, *Atti del Seminario di Palazzo della Consulta, Roma, 5-6 novembre 1993*, a cura di Anzon, Milano, 1995; AINIS, *Sul linguaggio del giudice costituzionale*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 247; AMATO, BASSANINI, *La Corte*

rapporto *dissenting*-interpretazione giudiziale – ma trascurando, tra gli altri profili, di dar conto delle trasformazioni del diritto ad opera dell'uso giudiziale del diritto, dei contributi che derivano dal «costituzionalismo europeo»⁵, dell'apertura

costituzionale, un istituto da riformare, in *Pol. dir.*, 1972, 811 ss.; BALDASSARRE, *L'«opinione dissenziente» e l'intervista di Amadei*, in *Democrazia e diritto*, 1981, 238 ss.; ID., *Prove di riforma dell'organizzazione e del funzionamento della Corte costituzionale: la mia esperienza*, in AA. Vv., *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, a cura di Costanzo, Torino, 1996; CAMERLENGO, *La saggezza della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 3, 2011, 676; CARETTI, CHELI, *Render noti i motivi del dissenso in giudizio*, in *Corriere della sera*, 8 aprile 1973; ID., *Influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1984, 39 ss.; CASSESE, *Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, cit., p. 973 ss.; CERVATI, *Tipi di sentenze e tipi di motivazione nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, in AA. Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Atti del Convegno, Trieste, 26-28 maggio 1986, Milano, 1988, p. 152 ss.; CONTI, *Mantenere nel tempo il valore del giudizio incidentale di legittimità costituzionale*, in AA. Vv., *La "manutenzione della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia*, Atti del Seminario svoltosi alla Luiss, Guido Carli, il 18 novembre 2011, a cura di Decaro, Lupo, Rivosocchi, Torino, 2012, 60; DENTI, *Per il ritorno al «voto di scissura» nelle decisioni giudiziarie*, in *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali e internazionali*, Milano, 1964, 499 ss.; ELIA, *Intervento*, in *Come decidono le corti costituzionali (e altre corti): atti del convegno internazionale svoltosi a Milano, il 25-26 maggio 2007*, a cura di Pasquino, Randazzo, Milano, 2009, 129; PANIZZA, *L'introduzione dell'opinione dissenziente*; cit.; PANZA, REPOSO, *La «dissenting opinion» ancora alla ribalta*, in *Quad. cost.*, 1981, 595 ss.; PIZZORUSSO, *Intervento*, in *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di Occhiocupo, Bologna, 1978, 138; RODOTÀ, *L'opinione dissenziente dei giudici costituzionali*, in *Pol. dir.*, 1979, 637 ss.; ID., *Ripariamo della Corte costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1980, 540; ID., *La Corte, la politica, l'organizzazione sociale*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di Barile, Cheli, Grassi, Bologna, 1982, 509; SANDULLI, *Voto segreto o palese dei giudici costituzionali*, in *Corriere della Sera*, 8 maggio 1973; VILLONE, *Corte costituzionale, dissenting opinion, giudizio dei pari*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2011.

Da ultimi, CASSESE, *Dentro la Corte*, Bologna, 2015 e VENTURA, *Frammenti costituzionali e disordine politico*, Torino, 2015, 191 ss.; SCALIA, *La mia concezione dei diritti*, in *Quad. cost.*, 2013, 669; SILVESTRI, *La Corte costituzionale vista da vicino*, ivi, 2014, 757.

In generale, ASPRELLA, *L'opinione dissenziente del giudice*, Roma, 2012, 285 ss.

Sulla presenza di zone d'ombra all'interno del giudizio di costituzionalità, per tutti, AA. Vv., *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, a cura di Balduzzi e Costanzo, Torino, 2007.

5. L'espressione è di VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, 2011, 22 s.: «Il carattere costituzionale del diritto primario dell'Unione europea si palesa con particolare evidenza con riguardo ai principi che fungono da parametro per la legittimazione dell'autorità dell'Unione europea. (...) l'art. 6, primo comma, TUE, richiama tra i fondamenti dell'Unione europea i concetti fondamentali di ogni dibattito costituzionale, vale a dire, la libertà, la democrazia, lo stato di diritto, la tutela dei diritti fondamentali».

In argomento, pure AA. Vv., *L'ordinamento europeo*, vol. I, *I principi dell'Unione*, a cura di S. Mangiameli, Milano, 2006.

La prospettiva di uno spazio costituzionale europeo costruito in uno con le Costituzioni degli Stati membri non meravaglia, se si considera che nell'ambito del diritto dell'Unione la rilevanza del ruolo dei principi costituzionali degli Stati membri è normativizzata dal combinato disposto degli artt. 2; 6; 48, § 4; 4, § 2 e 6 § 3 TUE; e che quei principi garantiscono essi stessi i principi dell'Unione stessa.

dell'ordinamento statale a quello della comunità internazionale, dell'abbandono delle teorie dualistica di Triepel⁶ e monistica di Kelsen⁷.

Quel rapporto è immutato, non v'è dubbio; epperò, oggi, le riflessioni che lo riguardano devono seguire approcci multidisciplinari e metodi integrati.

Perciò si specula sul tema del "giudizio discordante" con la convinzione che nell'esperienza contemporanea è arduo considerare il diritto come un sistema unitario, dotato di una logica univoca nell'ottica esclusiva dell'ordinamento nazionale. Coesistono oramai molteplici livelli normativi, non solo nel singolo sistema giuridico statale, ma nel contesto del diritto comunitario, convenzionale ed internazionale, nonché, sulla scena del «diritto globale»⁸; gli ordinamenti entrano tra loro in concorrenza, che comporta (può comportare) compresenza ed integrazione, pur non escludendo sovrapposizione e conflitto, convergenza e competizione.

Si ragiona con la consapevolezza che la moltiplicazione delle fonti ha portato con sé una frattura con la tradizione giuridica e politica dello Stato di diritto continentale ed un avvicinamento (non anche la uniformazione) alle tradizioni di *common law*; le quali, a loro volta, hanno determinato un mutamento ed un incremento della funzione giudiziale – soprattutto di quella ermeneutica – che chiama il giudice ad un'opera di adeguamento del diritto alla realtà sociale che abbandoni la versione del "vincolo" centrata esclusivamente sulla legge e sulla legge nazionale⁹.

La progressiva espansione del ruolo della giurisdizione, rispondente alle esigenze di fluidità della globalizzazione, per sua natura essenzialmente policentrica, ha comportato un maggiore dinamismo della giurisprudenza delle Corti nazionali, logica conseguenza del confronto tra i diversi ordinamenti implicati nel processo di integrazione europea, e, soprattutto, tra le linee giurisprudenziali sviluppatesi con riferimento a tali ordinamenti¹⁰ (il cd. "dialogo" tra le Corti).

A questo punto è difficile negare che sia venuta a costituirsi una «comunità interpretativa» composta da quel «particolare tipo di giuristi che sono i giudici»

6. TRIEPEL, *Diritto internazionale e diritto interno*, Torino, 1913, ripresa da ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Padova, 1955.

7. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, in *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 148.

8. L'espressione è di CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003, 26.

In tema, dello stesso Autore, *Universalità del diritto*, Napoli, 2005 e *Oltre lo Stato. Verso una Costituzione globale?*, Napoli, 2006.

9. Sulla evoluzione della funzione interpretativa del giudice come riflesso della integrazione del sistema delle fonti, per tutti, RIGAUX, *La legge dei giudici*, trad. it. Di Masera, Napoli, 2001, 21 ss.

Cfr., i contributi di VIOLA, ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2002 e di ZACCARIA, *Il giudice e l'interpretazione*, in *Pol. Dir.*, 2, 2006, 461 ss.

10. FERRARESE, *Il diritto al presente: globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, 213 s., 228 ss., 232 ss.

che svolge una funzione rilevante di orientamento, di critica e di sostegno delle opinioni della giurisprudenza¹¹.

I risvolti sulle relazioni tra giudizio dissenziente, certezza del diritto e conoscenza giuridica giudiziale sono delicati e complessi.

2. Il “valore” dell’opinione dissenziente

Il segreto della camera di consiglio richiama la situazione dell’”opinione dissenziente”¹², che in termini semantici attiene al divieto di divulgazione della presa di posizione minoritaria assunta da un componente dell’organo giurisdizionale collegiale; non anche al “dissenso”¹³.

Quel segreto è categoria dogmatica che, se da un lato, è situazione del pro-cesso, essendo sottesa alla decisione, che, a sua volta, rinvia ai rapporti tra “legge” e “fatto”, tra “questioni” e “procedimento probatorio”¹⁴, tra “casi” e “giudizio”; dall’altro, rimanda alle relazioni tra “decisione” ed “interpretazione”.

11. Il virgolettato è di DWORKIN, *L'impero del diritto*, trad. it. di Caracciolo di San Vito, Milano, 1989, 49.

Sulla «comunità interpretativa», pure, VIOLA, ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2002, 65 ss; ZACCARIA, *Il giudice e l'interpretazione*, in *Pol. Dir.*, 2006, n. 3, 461 ss.

12. «Con “opinione dissenziente” si riassumono diverse ipotesi di dissenso: 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)»: CASSESE, *Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, in *Quad. cost.*, 2009.

13. «[...] ulteriore analisi riguarda la diversità giuridica tra dissenso ed opinione dissenziente, giacché nel nostro codice il primo termine trova molteplici richiami riferiti ai rapporti tra le parti peraltro in situazioni non omogenee, il secondo non lo si rintraccia neanche nell’indice. “Dissenso”, nel codice, significa non consenso; dunque, non può essere riferito agli atti del giudice che quando nega la richiesta di una parte o una autorizzazione egli non dissente in senso tecnico giacché il rifiuto della richiesta è niente più che il contenuto tipico del provvedimento destinato alla pluralità dei soggetti – anche se ignari della richiesta – ed allo sviluppo del processo. Di tutt’altro genere il contenuto della molteplicità di disposizioni in cui l’accordo tra le parti costituisce il presupposto per il compimento di un atto o di un rito; lì dove il connubio è ricolto soprattutto alla prova o al giudizio, mai a mera attività investigativa indipendente dell’una o dell’altra parte. Qui, consenso o dissenso non rappresentano l’esito di un ragionamento necessario all’esercizio della funzione; qui, quei vocaboli rappresentano l’incontro della volontà delle parti o il loro dissociarsi rispetto al compimento di un atto o di un rito, che, dunque, può essere assunto o celebrato solo alla prima condizione»; sicché, «”dissenso” riguarda attività e comportamenti; l’”opinione dissenziente” attiene al giudizio»: RICCIO, *L’opinione dissenziente tra democraticità del giudizio e pluralismo culturale, lectio magistralis*, Università degli Studi di Napoli “Federico II”, 30 marzo 2016.

14. ... nella misura in cui, se il processo è «progressione di situazioni soggettive protette» (RICCIO, *La Procedura Penale. Tra storia e politica*, Napoli, 2010, 3) non c’è fase deliberativa se non v’è relazione tra questioni (di fatto) e procedimento probatorio. Come dire: le parti rappresentano il fatto al giudice; il giudice lo conosce; il giudice delibera fondando la decisione su quanto a conosciuto attraverso l’opera rappresentativa delle parti.

Il giudice domina entrambe, nonostante la prima (= decisione-fatto-procedimento probatorio) sia destinata al giudizio inteso come accertamento, mentre la seconda (decisione-interpretazione) si riferisca alla ricerca ermeneutica, alla comprensione argomentata del diritto da applicare al giudizio. A questi nessi, poi, sono affidati, rispettivamente, il merito e la legittimità; rispetto a cui gli effetti della *dissenting opinion* si esprimono in maniera differente.

Ancora. Lo speculare sulla combinazione tra opinione dissenziente-decisione-motivazione ed interpretazione appare operazione necessaria nel momento stori-co-giuridico attuale, in cui i confini del diritto si dissolvono e le forme con cui eravamo abituati a considerarlo si rivelano inadeguate rispetto alle nuove spinte giurisprudenziali che promanano dagli ordinamenti, dalle organizzazioni e dai sistemi sovranazionali.

Infine. Quando è oggetto di (rare) riflessioni da parte della dottrina del processo penale, l'opinione dissenziente è situazione spesso *incompresa* dall'interprete¹⁵.

In questi indirizzi di metodo si svela il nostro impegno ad individuare ed a rappresentare i motivi della opportunità di rivisitazione – sia pure limitata alle giurisdizioni superiori – della preclusione della pubblicizzazione dell'opinione dissenziente; i quali – a differenza delle “ragioni a favore” rappresentate dalla dottrina prevalente¹⁶ – fondano la propria *ratio* nel contesto multilivello del rafforza

15. Si distingue RICCIO, *L'opinione dissenziente*, cit., il quale, in tema di opinione dissenziente a proposito del giudizio penale individua l'elemento di novità «nel rapporto tra comportamento (opinione) ed atto (espressione) e nella ricerca delle radici di valore di una materia che si intromette violentemente nelle libertà della persona, rispetto alla quale una più ampia osservazione assolve, forse, alle esigenze stesse del giudizio, che radica la sua autorevolezza nel libero convincimento del giudice, certo inteso anche come collegio, ma che si presenta come situazione soggettiva del singolo giudice, nella cui alta manifestazione dialettica si ricerca la sintesi, formalmente affidata alla regola – certo: democratica – della maggioranza che formalmente zittisce il dissenziente non il suo pensiero, il cui oblio mortifica proprio il libero convincimento di quel giudice: insomma, è forma di democrazia, non sostanza democratica».

16. In sintesi, si collocano: «l'esaltazione del senso di responsabilità di ciascun giudice; il grado di compiutezza nello studio della controversia internamente al collegio giudicante; la maggiore conoscibilità del momento decisionale la compiutezza della motivazione che accompagna il giudizio reso dal collegio, la trasparenza dell'*iter* decisorio, il contributo alla mediazione delle posizioni; il rafforzamento dell'autorità della pronuncia; l'evoluzione ed il dinamismo giurisprudenziale (si usa citare l'esperienza nordamericana, dove non mancano casi con riguardo ai quali l'interpretazione minoritaria contenuta in un'opinione dissenziente è servita da base, nel tempo, per cambiamenti anche radicali della giurisprudenza del collegio, trasformandosi talora nella stessa *opinion of the Court*) ; la fedeltà dei meccanismi evolutivi della giurisprudenza a un principio di continuità dell'ordinamento; i riflessi positivi di sistema, sul legislatore (con il fornire a esso un materiale che, a maggior ragione in quanto basato su considerazioni tecnico-giuridiche e rigorosamente argomentato, si mostrerebbe assai utile nell'ipotesi di un eventuale riesame di certe disposizioni, oltre a segnalare con immediatezza gli ambiti particolarmente controversi ovvero le sfere dove maggiori sono il disagio e la conflittualità sociali), sui giudici comuni (sia in termini di una guida più certa, derivante dalla maggior linearità e compiutezza della motivazione sia in termini di stimoli e suggerimenti

mento della tutela delle posizioni giuridiche coinvolte nella e dalla fase deliberativa del processo.

Per questi motivi si abbandona l'anacronistico retaggio del pensiero giuspositivista che ancorava la difesa della certezza del diritto all'apparente unanimità della sentenza tutelato dalla segretezza della camera di consiglio; che riteneva che quella certezza non ammettesse la divulgazione dei contrasti interni, pena la messa in discussione dell'autorità della sentenza, dunque, della legge¹⁷. Al contrario, l'approccio è (= deve essere) innovativo. I ragionamenti sulle categorie dogmatiche, in generale, e sull'opinione dissenziente, in particolare, tengono conto del processo di positivizzazione dei diritti fondamentali oltre i confini nazionali¹⁸ e del passaggio dal principio della "certezza del diritto" – inteso in senso procedurale – a quella della "certezza dei diritti"; soprattutto, si basano sulla consapevolezza che la giurisdizione, nel sistema multilivello, si espande quanto più si estende l'area delle possibili violazioni del diritto protetto, proponendo dialettiche più complesse e meno condivisibili sintesi.

In questo contesto, la certezza del diritto non è situazione connessa alla stabilità dei rapporti oggetto della decisione definitiva ed attuata (anche) attraverso la unanimità – spesso solo apparente¹⁹ – delle opinioni dei singoli componenti del collegio, essendo collegata, invece e direttamente, alla garanzia dei diritti, alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive protette nel e dal processo (= certezza del diritto in senso procedurale).

per nuove prospettazioni delle questioni, partecipando così attivamente ai processi evolutivi della giurisprudenza), sull'opinione pubblica (una maggior attenzione nei confronti dell'attività del giudice costituzionale, una più ampia diffusione delle conoscenze dei principi e delle norme della Costituzione, fino a offrire alla società civile, e in particolare alle minoranze, o, più precisamente, ai gruppi che di volta in volta si trovano a esser tali, un canale istituzionale per manifestare le divergenze e i differenti punti di vista, alternativo a forme di espressione incontrollata e magari violenta)»: Malfatti, Panizza, Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2016, 77.

17. «[...] le parole dette e le posizioni assunte devono rimanere rigorosamente riservate, anche quando si avvertirebbe l'esigenza di ristabilire la verità di fronte a illazioni, indiscrezioni o diffamazioni»: Zagrebelsky, *Principi e voti*, Torino, 2005, 14.

18. Tra gli altri, AA. VV., *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di Cartabia, Bologna, 2007; Gambino, *Diritti fondamentali e Unione europea. Una prospettiva costituzionale-comparatistica*, Milano, 2009; Groppi, *I diritti fondamentali in Europa e la giurisprudenza «multilivello»*, in *I diritti fondamentali in Europa*, a cura di Paciotti, Roma, 2011; Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005.

19. «E' evidente che l'introduzione dell'opinione dissenziente attenuerebbe la collegialità della decisione, assunta dietro quella che non sempre, ma a volte, è la finzione dell'unanimità. Una finzione, appunto, perché si sa che la decisione all'interno della Corte può anche essere adottata a maggioranza – e, con tutti gli spifferi che si trovano nei palazzi romani, compresa la Consulta, qualche volta finisce per diventare pubblico anche l'ammontare della maggioranza»: Amato, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Bologna, 2015, 53.

Sicché, quel principio deriva solo (non, anche) dal rispetto delle prerogative garantite dal giusto processo – pure del giudizio costituzionale²⁰ – ed assicura che la decisione sia stata assunta attraverso un procedimento applicativo di forme e di garanzie procedurali precostituite. Dunque, la certezza è prodotta dal giudizio, ma non è prerogativa di esso né della unanimità delle opinioni dei giudicanti: il rispetto della legalità *del* giudizio lo garantisce rendendo certo il suo risultato²¹.

Si aggiungano le garanzie della non arbitrarietà della sentenza e dell'appropriatezza sostanziale delle determinazioni giudiziali presidiate dalla indipendenza e dalla autonomia di ciascun componente rispetto al collegio; le quali si manifestano, a loro volta, attraverso l'opinione del giudice dissenziente.

Ora, se la verbalizzazione del “disaccordo” del giudice assicura la libertà di determinazione dei singoli e tutela la loro indipendenza; se la connessione è tra “certezza” e “giustificazione” del diritto (in quest'ultima si rivela la ontologia della certezza dell'opinione); se l'obiettivo è l'affidabilità della decisione assunta dal collegio (nel senso che la pronuncia fonda su scelte razionalmente dimostrate dalla motivazione, non anche su scelte politiche) che ne accresce l'autorevolezza nell'ambito del diritto giurisprudenziale, la segretazione dell'opinione dissenziente²² non garantisce la certezza, al contrario, ne mette in crisi la efficacia e la effettività, quando il suo superamento non si giustifichi alla luce di esigenze di tutela di principi di rilevanza costituzionale e/o sovranazionale.

È così invece per il rapporto segreto-imparzialità del giudice successivo caratterizzante le sentenze emesse nel giudizio di merito. Ma di ciò si dirà diffusamente.

Ebbene, il termine opinione dissenziente, che evoca il voto contrario, rimanda ad un convincimento del giudice normativamente previsto nelle giurisdizioni di merito e della cassazione, di cui, però, è vietata la pubblicazione nella motivazione delle relative decisioni.

Nel sistema deliberativo costituzionale, essa non è prevista, seppure non sia espressamente vietata; di conseguenza, la stessa Corte costituzionale, con un intervento di manutenzione, potrebbe intervenire sulle proprie fonti autonome ed in particolare sulle Norme Integrative, modificando – con una operazione che non sarebbe nuova²³ – le regole di funzionamento. Specificamente, l'intervento

20. NICO, *Riflessioni in tema di applicabilità del giusto processo al giudizio di costituzionalità*, in AA. VV., *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale*, cit.

21. Sul rinnovato concetto di *certezza del diritto*, si rinvia al nostro *La relatività del giudicato processuale. Tra certezza del diritto e cultura delle garanzie nell'Europa dei diritti*, Napoli, 2016, soprattutto 20, 97, 251, 254.

22. ...che riguarda anche la decisione unanime.

23. Il riferimento è all'art. 17 delle Norme Integrative – originariamente art. 18, relativo alla disciplina della *Deliberazione delle ordinanze e delle sentenze* – già modificato con deliberazione approvata dalla Corte nel 1987 e successivamente revisionato con deliberazione della Corte stessa del 19 novembre 2008.

manipolatorio potrebbe riguardare le discipline che regolano la disciplina deliberativa delle decisioni²⁴.

L'art. 125 comma 5 c.p.p. normativizza la *dissenting* nel caso di provvedimenti collegiali emessi dalle giurisdizioni di merito e dalla Corte di cassazione²⁵.

Ammettendo la possibilità di ciascun giudice di manifestare la propria opinione (rispetto alla maggioranza del collegio), la disposizione riconosce a quella divergente la natura di regola di comportamento: il giudice «che non ha espresso voto conforme alla decisione» può chiedere che venga compilato «sommario verbale contenente l'indicazione del dissenziente, della questione o delle questioni alle quali si riferisce il dissenso e dei motivi dello stesso, succintamente esposti». Eppure nell'ultima parte del comma 5 la stessa disposizione ne impedisce l'espressione in forma pubblica e motivata; vieta, cioè, di rendere conoscibili i dissensi al di fuori della camera di consiglio.

La regola mostra, sotto il profilo sistematico, la facoltà riconosciuta al singolo membro di approdare, a partire dalla stessa base di considerazioni di cui dispone l'intero collegio, ad una posizione diversa da quella della maggioranza; mentre sotto quello funzionale, il voto dissenziente può interpretarsi come indice della considerazione che alcune decisioni possano essere oggetto di ripensamento in future sentenze coinvolgenti medesime questioni. In ogni caso la sua *ratio* è fisiologica e va ricercata nel diverso modo di percepire nel merito il caso oggetto di esame da parte del collegio. Infatti, le diverse valutazioni, le interpretazioni non univoche non ostacolano il normale iter decisionale giudiziale; sicché l'opinione dissenziente è previsione naturale, essendo tale che all'interno di un collegio

Sulle modifiche e sulla loro attuazione, PANIZZA, *Composizione, organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*, a cura di Romboli, 2011, 1 ss e 19 ss.

24. Così, da ultimo, VILLONE, *Corte costituzionale, dissenting opinion*, cit. In tema, FOIS, *Le opinioni dissenzienti*, cit., p. 584 ss.

Sulla tecnica della *manutenzione*, anche in una visione comparata, per tutti, AA. Vv., *La "manutenzione della giustizia costituzionale"*, cit.

Precedentemente, affrontano il problema degli strumenti normativi ammissibili ed utilizzabili per la introduzione della *dissenting opinion*, BARTOLE, *Opinioni dissenzienti: problemi istituzionali e cautele procedurali*, in *Pol. dir.*, 1994, II, p. 272 ss.; FOIS, *Le opinioni dissenzienti: problemi e prospettive di soluzione*, in ID., *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Milano, 2010, 563 ss.; PIZZORUSSO, *Osservazioni sullo strumento normativo richiesto per l'introduzione del dissenso nelle motivazioni delle decisioni della Corte costituzionali*, in *L'opinione dissenziente*, cit., 57 ss.

25. Nel processo civile l'art. 118 disp. att. c.p.c. (art. 131 comma 3 disp. att. c.p.c. per il procedimento di appello e art. 141 comma 3 disp. att. c.p.c. per il giudizio di cassazione) ammette, sia pure implicitamente, la esternazione dell'opinione dissenziente nella camera di consiglio; mentre il combinato disposto degli artt. 276 (359 per il giudizio di appello e 380 per quello di cassazione); 132 c.p.c.; 119 disp. att. c.p.c. nega autonomia alla posizione assunta dal singolo giudice, prevedendo la regola della maggioranza per la deliberazione della sentenza che – come accade per il processo penale – rende la sentenza impersonale ed imputabile al collegio nel suo insieme.

giudicante possano esserci prospettazioni diverse, comunque legittime. Ed è proprio questa “molteplicità” la garanzia della democraticità della decisione.

Invece, sotto il profilo politico, la sua previsione dimostra che nel nostro ordinamento non sono in discussione il valore ontologico della *dissenting* che si esprime nel pluralismo dialogico e nel pluralismo culturale della magistratura – che, tra l’altro, si manifestano con la garanzia della indipendenza –, né, appunto, è in crisi l’architettura democratica della decisione e neppure la sua dimensione sociale²⁶. Non potrebbero esserlo, se si considera che quelli sono espressioni connotative ed indefettibili di una comunità politica organizzata secondo le forme istituzionali dello Stato liberale, che si aggiungono al pluralismo istituzionale derivato dalla integrazione tra ordinamenti e dal “dialogo” tra Corti costituzionali e tra Corte costituzionale e Corti europee²⁷.

L’assunto acquista significato se si indaga sulla equazione opinione dissenziente-democrazia, e se si fa riferimento alla formalizzazione della *dissenting* nella sentenza-atto.

La democrazia, infatti, intesa nella sua accezione etimologica, formale, vale a dire come metodo di formazione delle decisioni che si manifesta nella maggioranza è efficacemente tutelata dall’art. 125 c.p.p. che, pur riconoscendo – e non deprimendo²⁸ – rilievo alle scelte politiche dei singoli giudici del collegio nonché a quelle valutative, le limita alla funzionalità rispetto alla collegialità della decisione (questo è il senso della preclusione dell’ultima parte del comma 5 dell’art. 125 c.p.p.). Contestualmente, nella sua veste sostanziale, cioè, come «insieme di

26. «La decisione è un atto che discrimina tra alternative possibili impegnandosi in una di esse. (...) Non essendo possibile dedurre la scelta da principi trascendentali certi e fondarla sulla verità religiosa, etica o scientifica, la decisione ricade completamente sull’atto umano, che se ne assume la paternità e la responsabilità»: CATANIA, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell’età globale*, Bari-Roma, 2008, 130.

Cfr. GALLI, *Modernità. Categorie e profili critici*, Bologna, 1988.

27. In particolar modo, CANNIZZARO, *Il diritto dell’integrazione europea. L’ordinamento dell’Unione*, Torino, 2014 e CARTABIA, WEILER, *L’Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna 2000.

In argomento, tra gli altri, i contributi di: CASSESE, *Ordine giuridico europeo e ordine nazionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010; MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell’Unione Europea*, Bologna, 2004; PIZZORUSSO, *Il patrimonio culturale europeo*, Bologna, 2002; E, Scoditti, *Giudici europei: dialogo ascendente e discendente. La prospettiva del giudice comune nazionale*, Relazione all’incontro di studio sul tema *I giudici e la globalizzazione: il dialogo tra le corti nazionali e sopranazionali*, Roma, 22-24 giugno 2009, Consiglio Superiore della Magistratura, in www.csm.it; SPERTI, *Il dialogo tra le Corti costituzionali e il ricorso alla comparazione giuridica nell’esperienza più recente*, in *Riv. dir. cost.*, 2006.

28. Come invece ritiene TARUFFO, *La fisionomia della sentenza in Italia*, in *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Atti del Convegno internazionale per l’inaugurazione della nuova sede della Facoltà, Ferrara, 10-12 ottobre 1985, Padova, 1988, 208.

regole sul valido esercizio del potere»²⁹ giurisdizionale, essa è tutelata dalla necessaria combinazione di principi (artt. 102 [1 c.p.p.]; 106, 6° comma Cost.) e di regole (artt. 546 comma 1 lett. e); 606, lett. e) c.p.p.).

In questo senso, l'opinione "in disaccordo" rappresenta un valore aggiunto della collegialità, ovvero, della dimensione formale della democrazia, nella misura in cui al giudice non si negano la libertà di sviluppare argomenti falsificatori della tesi adottata dalla maggioranza e/o forme di disaccordo o di opposizione, né gli si impedisce che il *suo* giudizio contrario si trasformi in azione (la facoltà di chiederne la verbalizzazione, lo dimostra).

Allo stesso tempo, alle parti è garantito che attraverso la manifestazione del giudizio dissenziente ad opera del giudice-persona, il giudice-collegio assuma decisioni maggiormente avvertite, consapevoli, razionali. Nulla impedisce – anzi, la norma, non negandolo, implicitamente lo consente – che il punto di vista discordante divenga uno degli elementi per la formazione del convincimento dei giudici, utilizzandolo come termine di confronto nel momento in cui il collegio delibera.

Il ragionamento trova conferma anche sul piano formale, là dove è previsto che il giudice dissenziente partecipi, al pari degli altri giudici, alla deliberazione, nonostante il legislatore vieti di rendere note le argomentazioni scaturite dalle sue conclusioni; sebbene impedisca di veicolare la *dissenting* con forme pubbliche e motivate³⁰.

La sua opinione, a sua volta, sottolinea il portato volontaristico, politico e personalistico della decisione. Il *giudizio* del giudice dissenziente è espressione di un momento volitivo che può (che deve) essere indicato – al pari delle opinioni concordanti – come momento decisionale; come «espressione autonoma ed indipendente del giudice-persona»³¹.

Insomma, nello schema delineato dall'art. 125 c.p.p. non è preclusa la discussione di tesi diverse, malgrado sia prevista la valorizzazione dei soli argomenti

29. Sulle concezioni procedurali della democrazia, FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. 2. *Teoria della democrazia*, Roma-Bari, 2007, 5 ss.

Si confronti l'approdo di SCALIA, *La mia concezione dei diritti*, cit., 675, nonostante sia parametrato sull'esempio di democrazia liberale vigente negli Stati Uniti d'America: «Se crediamo nei principi della democrazia, allora crediamo in un sistema in cui visioni contrapposte vengono sottoposte ad approfondito dibattito e successivamente a voto popolare, prevalendo, infine, l'idea che trovi il sostegno della maggioranza dei cittadini».

30. Per ORLANDI, *Relazione* svolta in occasione della Giornata di studio sul tema *La camera di consiglio tra segretezza e diritto all'informazione*, Università di Pisa, Pontedera, 14 novembre 2014, il «contenuto del segreto è il procedimento di formazione della decisione in tutti i suoi aspetti», vale a dire «le questioni preliminari e le altre questioni processuali, le questioni di fatto, le questioni di diritto riguardanti il merito dell'imputazione, le questioni di diritto riguardanti la misura della pena, l'applicazione di misure di sicurezza, le questioni riguardanti la responsabilità risarcitoria».

31. RICCIO, *L'opinione dissenziente*, cit.

che sostengono la decisione della maggioranza; quantunque il testo pubblicato comprenda esclusivamente la motivazione ufficiale approvata dal collegio, senza che risultino il *quantum* dei voti espressi, né le opinioni dissenzienti o concorrenti, individuali o collettive.

3. Le ragioni della ricerca limitata al campo delle decisioni delle Corti costituzionale e di cassazione.

L'art. 125 c.p.p. si pone in linea con il principio di collegialità che domina i lavori dei giudici della legalità e del merito; i quali si manifestano nella deliberazione, prima ancora che nella votazione.

Lo stesso presupposto fonda gli approdi della Corte costituzionale, anche se, in tema di giustizia costituzionale, non vi è nessuna norma riconducibile all'esercizio della *dissenting opinion*, al pari dell'art. 125 c.p.p.³²

32. Il disegno di legge d'iniziativa parlamentare a firma della senatrice Lanzillotta, numerato A.S. 1952, presentato al Senato della Repubblica, comunicato alla Presidenza il 9 giugno 2015, che reca *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*, in *Atti parlamentari, Senato della Repubblica, n. 1952*, www.senato.it, modifica la legge 11 marzo 1953, n. 87, introducendo all'art. 16, dopo il terzo comma, il seguente: «Il giudici dissenzienti possono esporre i motivi del loro dissenso in opinioni che sono pubblicate in calce alla sentenza» (8).

Si legge nella parte motiva: «Si ritiene che i tempi siano maturi per l'introduzione di questo istituto, che responsabilizza ciascun giudice costituzionale, aumenta la trasparenza della discussione, anche nei confronti dell'opinione pubblica, e riduce il rischio di pronunciamenti non organici o addirittura contraddittori. Si prevede, dunque che i giudici dissenzienti possano esporre i motivi del loro dissenso in opinioni pubblicate in calce alla sentenza» (6). In conclusione «In un sistema giuridico sempre più complesso il giudice costituzionale, più degli altri giudici, deve infatti cercare di conoscere in modo compiuto gli effetti delle sue pronunce. Il rafforzamento della fase istruttoria che si propone, come anche la regolamentazione della cosiddetta opinione dissenziente, renderanno più ricche e argomentate le motivazioni delle decisioni. Sarà così più trasparente l'itinerario attraverso il quale il libero convincimento dei giudici si forma, più aperto al necessario controllo dell'opinione pubblica. Da ciò, da motivazioni più ricche supportate di argomenti forti, solidi e convincenti non potrà che risultare rafforzata [...] la legittimazione della Corte» (7).

Sulle criticità del disegno di legge, FAVARETTO, *Le conseguenze finanziarie della decisione della Corte costituzionale e l'opinione dissenziente nell'A. S. 1952: una reazione alla sentenza n. 70/2015?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2015, p. 6; TURTURRO, *Una proposta di seguito legislativo straordinario (e sistematico) alla sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale: "nuovi" poteri istruttori, introduzione del dissent e potere di modulazione di modulazione degli effetti temporali delle decisioni di accoglimento. Prime osservazioni*, in www.forumcostituzionale.it, 22 dicembre 2015, 10 ss.

La prima proposta di introduzione della *dissenting* fu avanzata negli anni Sessanta da Costantino Mortati, all'epoca giudice costituzionale, e prevedeva la modifica dell'art. 18 delle N. I. e l'inserimento di un art. 19 bis. La forma prevista, dunque, era quella regolamentare. MORTATI, *Relazione illustrativa della proposta di emendamenti dell'art. 18 «Norme integrative»*, in AA. VV., *L'opinione dissenziente*, cit., 393 ss.

S'è detto. Pur non escludendolo, le disposizioni costituzionali non lo prevedono, se si considera che l'art. 17 delle *Norme Integrative*³³ stabilisce che «le ordinanze e le sentenze sono deliberate in camera di consiglio con voti espressi in forma palese» (comma 1, prima parte); che «le ordinanze e le sentenze, il cui testo è stato approvato dal collegio in camera di consiglio, sono sottoscritte dal Presidente e dal Giudice redattore» e che l'art. 18 legge 11 marzo 1953 n. 87³⁴ dispone che «le sentenze (...) debbono contenere, oltre alla indicazione dei motivi di fatto e di diritto, il dispositivo, la data della decisione e la sottoscrizione dei giudici e del cancelliere. Le ordinanze sono succintamente motivate»³⁵.

La possibilità di sostituzione del giudice relatore per la redazione della sentenza prevista dall'art. 17, comma 4 cit. non può essere considerata un valido argomento *a contrario* – a meno che non si voglia confondere la tassatività con la casistica –, atteso che la disposizione si limita a contemplare

Negli anni '70 Francesco De Martino preparò la bozza di legge costituzionale (in *Giur. cost.*, 1974, 2854) per inserire il principio in Costituzione, ma la proposta non fu nemmeno presentata. Successivamente, Stefano Rodotà presentò alla Camera la proposta di legge 2329/1981, impiegando come fonte la legge ordinaria.

A seguito della legge 117/1988 (art. 16) che intervenne sull'art 148 c.p.p. del 1930 sulla responsabilità civile dei magistrati il dogma del segreto della camera di consiglio collegiale si affievolì, essendosi introdotto un meccanismo di verbalizzazione dell'opinione dissenziente dei membri dei collegi giudicanti. Ancora, l'art. 16 della legge 117/1988, modificando gli artt. 131 c.p.c. e 148 c.p.p. 1930 prevede che la *dissenting* dovesse essere succintamente motivata.

Sul punto, tuttavia, intervenne la Corte costituzionale; la quale, con la sentenza n. 18 del 18 gennaio 1989 (conforme, Corte cost., 23 gennaio 1990, n. 19) escluse che la struttura unitaria delle decisioni giudiziali fosse stata alterata dalla riforma.

Molti anni dopo il tema tornò all'ordine del giorno: la bozza Boato conclusiva della bicamerale D'Alema nel 1999 prevedeva la *dissenting* tra le modifiche alla parte II della Costituzione, ma la proposta, giunta fino alla Corte, fu bocciata nel 2002 nella forma di modifica regolamentare.

Sui precedenti, ASPRELLA, *L'opinione dissenziente*, cit., p. 323; DE NITTO, *In tema di opinioni dissenzienti nell'esperienza delle Corti italiane*, in *Diritto dei giudici e diritto dei legislatori*, Lecce, 2002, 55 ss. sulla deliberazione della Corte costituzionale del 2002, riunita in sede non giurisdizionale per valutare un progetto messo a punto dalla propria Commissione studi e regolamenti nel 1997, PANIZZA, *L'introduzione dell'opinione dissenziente*, cit., 200 ss.

Un passo nella direzione della pubblicità della deliberazione si è fatto con l'art. 1 della legge 12 aprile 1990 n. 74 che ha aggiunto all'art. 6 della legge 24 marzo 1958 n. 195 relativo alle *Deliberazioni della Sezione disciplinare* del C.S.M., l'ultimo comma, ai sensi del quale dinanzi alla sezione disciplinare il dibattito si svolge in udienza pubblica. In tema, F. Auletta, *La sezione disciplinare del C.S.M. e la segretezza della dissenting opinion: ancora un «rigoroso dogma»?*, in *Doc. Giust.*, 7-8, 1999, 668 ss.

33. *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale* del 7 ottobre 2008, in *Gazzetta Ufficiale*, 7 novembre 2008, n. 261.

34. In *Gazzetta Ufficiale*, 14 marzo 1953, n. 62.

35. Per VILLONE, *Corte costituzionale, dissenting opinion*, cit. «l'elencazione posta dalla norma può bene leggersi nel senso che vengono esplicitati gli elementi minimi strutturalmente necessari per la sentenza, senza escludere che altri possano aggiungersi, come appunto una o più opinioni dissenzienti. Gli elementi elencati *devono*, e le opinioni dissenzienti *possono*, esserci».

l'impedimento «per indisponibilità o per altro motivo» del giudice relatore a redigere la sentenza³⁶.

La omologazione dei sistemi di giustizia in relazione al metodo della collegialità consente di indagare sul rapporto opinione dissenziente-democrazia, riferendo-lo alle decisioni dei giudici costituzionali, di cassazione e del merito.

Ebbene, stabilire le scansioni delle attività della camera di consiglio preordinate alla sentenza non è di poco momento se si vuole che il ragionamento sui modelli decisionali e sulla metodologia giudiziale aggiunga al dato giuridico quello politico. Operazione indispensabile, considerato il condizionamento ermeneutico determinato dall'obbligo della interpretazione adeguatrice³⁷ al diritto europeo.

Invero, il rinnovato contesto delle relazioni tra fonti³⁸, riflettendo su quelle tra ordinamenti-sistema, sul valore e sugli effetti attribuibili alle decisioni emesse dalle Corti sovranazionali, finisce per incidere sull'attività interpretativa imputabile al giudice nazionale che diventa così evolutiva.

In altri termini, la politicità e la giuridicità del sistema delle fonti, come chiavi per la ricostruzione del paradigma europeo³⁹, scoprono un ruolo della giurisprudenza

36. In senso contrario, ROMBOLI, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nei giudizi costituzionali*:

strumento normativo, aspetti procedurali e ragioni di opportunità, in AA. Vv., *L'opinione dissenziente*, cit., 57: «la nuova formulazione dell'art. 18 N.I. elimina il carattere di segretezza che ricopriva il nome del redattore e da cui potevano trarsi anche elementi per rappresentare più in generale l'atteggiamento e la presa di posizione in materia da parte della Corte costituzionale. A seguito dell'eliminazione dell'unico riferimento esplicito alla segretezza della camera di consiglio e dell'approvazione del principio esattamente opposto, consistente nella indicazione del redattore, esso può attualmente anche risultare essere diverso dal relatore, qualora quest'ultimo, per essere rimasto in minoranza, si rifiuti di stendere la motivazione, ponendo così in essere una forma di *dissenting*, attraverso la quale riesce in qualche modo a far risultare all'esterno il proprio dissenso, senza però essere posto in condizione di spiegarne le ragioni. La modifica può pertanto, per aver abolito il suddetto riferimento alla segretezza del giudice redattore, essere vista come un segnale positivo ed un primo passo verso l'introduzione dell'opinione dissenziente nei giudizi costituzionali».

Sono dello stesso avviso, ROSSI, *Relatore, redattore e collegio nel processo costituzionale*, in *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale, Atti del Convegno, Imperia, 12-13 maggio 1995*, a cura di Costanzo, Torino, 1996; RUGGERI, *La Consulta e il dissent ostentato (nota minima a Corte costituzionale n. 393 del 2006)*, in www.forumcostituzionale.it, 30 novembre 2006 e ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 154.

In argomento, D'ORAZIO, *Aspetti dello status di giudice della Corte costituzionale*, Milano, 1966, 291 ss.

37. In generale, CIERVO, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Roma, 2011.

38. PIZZORUSSO, *Pluralità degli ordinamenti giuridici e sistema delle fonti del diritto*, in *Valori e principi del regime repubblicano*, a cura di S. Labriola, Roma-Bari, 2006, III, 91 ss.

39. «E nell'Europa dei Codici si è trascinata intatta questa visione gerarchica appena fino a ieri; e, imbevuti ancora di propaganda illuministica, ci si è beati di proclamarsi servi della legge senza considerare che quella servitù accettata con ingenuo anche se inconsapevole fervore, significava separazione fra diritto e società, significava connessione perversa tra potere politico e diritto, significava controllo del diritto da parte del potere politico e rinuncia a un effettivo pluralismo,

inedito rispetto al passato, coerente con il ridimensionamento del ruolo del diritto statale. Di conseguenza, se la legge non opera più in regime di monopolio ma si completa e compete con un sistema delle fonti pluralista ed articolato, non-ché con altri metodi di produzione del diritto, è fisiologica la maggiore complessità dell'opera intellettuale affidata al giudice contemporaneo, che deve individuare la norma applicabile al caso concreto tenendo conto del paradigma europeo quale clausola implicita di omogeneizzazione e di giustizia della soluzione adottata.

Di qui la necessità che la deliberazione funzionale alla sentenza-fatto (= ragionamento giuridico/fattuale-motivazione), prima che alla sentenza-atto (= dispositivo), si accorsi della "personalità" di ciascun giudice costituente il collegio; favorisca il dialogo tra gli stessi sulle scelte della soluzione e sulla redazione della decisione, invece che il mero affidarsi o il rimettersi alla relazione del giudice relatore di turno semplicemente votando (il voto è funzionale alla sentenza-atto).

Pertanto, "giudicare" e "votare" sono termini della medesima situazione (= camera di consiglio). Essi sono funzionalmente collegati e trovano sintesi nella collegialità che si manifesta, dapprima, nella "divisione" tra i giudici, ovvero, nella possibilità di ciascuno di intervenire nella segretezza della camera di consiglio non soltanto per aderire all'opinione della maggioranza ma pure per dissentirvi ed immediatamente dopo, nella "messa al voto". In tal modo i contributi individuali dei singoli portano alla deliberazione che genera il "prodotto" del collegio, ovvero, la sentenza che, pur perdendo "individualità" (come sentenza-atto) in quanto sostenuta dal più ampio consenso, conserva "personalità" sotto il profilo del contributo (come sentenza-fatto).

Da questa prospettiva, l'opinione dissenziente manifestata nella fase deliberativa ed espressa nella votazione non pregiudica la unità né la unicità della decisione; non rappresenta una rottura della collegialità e nemmeno ne compromette l'attribuibilità al collegio, anzi ne legittima la funzione in termini di dinamismo⁴⁰. Nello stesso tempo essa risponde ai bisogni dell'art. 28 Cost. che stabilisce il principio generale della responsabilità dei giudici per gli atti compiuti in violazione dei diritti⁴¹.

significava – in ultima analisi – la minimizzazione degli altri poteri dello Stato a tutto favore di quello legislativo. Oggi, il paesaggio giuridico ha riacquisito una sua complessità»: GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, 229 s.

40. Sono di diverso avviso, ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 156 che, contro le opinioni separate fa valere i seguenti argomenti: «le incognite sono tante; la soluzione delle incognite, incerta; l'influenza di fattori culturali, grande; l'esemplarità delle altrui esperienze, non invocabile; la prevedibilità degli effetti, minima. In questo contesto, stare a quello che abbiamo, difendere il principio di collegialità come si è strutturato finora, non prestare troppo orecchio a presunte esigenze di modernizzazione; tutto questo è sembrato essere ancora la soluzione più prudente».

41. Corte cost., 14 marzo 1968, in *Giur. cost.*, 1968, p. 288, secondo cui i magistrati rientrano nella categoria dei funzionari e dei dipendenti dello Stato contemplata, appunto, dall'art. 28 Cost.

Neppure è un rischio per l'indipendenza del giudice, come pure è stato sostenuto⁴².

All'opposto, la Corte costituzionale ha negato da tempo l'esistenza di «un nesso imprescindibile tra indipendenza del giudice e segretezza»; ha ribadito che la prima è presidiata dalle garanzie *sub* artt. 104, 1° comma; 107, 3° comma; 101, 2° comma; 108 Cost. ed ha chiarito che «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»⁴³. Del resto, la stessa Costituzione, a garanzia della

42. TARUFFO, voce *Motivazione della sentenza* (dir. comp. e stran.), in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, I.

Oltre ai rischi per la indipendenza del giudice, tra le ragioni contrarie alla introduzione della *dissenting opinion* nella giustizia costituzionale, si collocano: «l'accrescimento della mole di impegno per ciascun componente, e quindi, il rallentamento nei ritmi di attività dell'organo; i pericoli di una minore linearità e rigorosità dell'argomentazione, dal momento che appare improbabile che i giudici in minoranza rinunciano a influenzare il processo decisionale del collegio, mentre l'intenzione di determinarsi a scrivere l'opinione dissenziente potrebbe essere esplicitata anche al momento della formazione della decisione, demotivando il singolo giudice all'impegno di giungere a soluzione concordate; l'indebolimento che subirebbe tanto la singola pronuncia, quanto l'autorità del giudice costituzionale; l'incapacità di modificare la volontà espressa dalla maggioranza del collegio, e l'eventualità, di segno opposto, di potersi tradurre in un fattore capace di contrastare una pronta e compiuta soluzione della controversia, sollecitando un continui riesame delle questioni e favorendo, sul piano complessivo del funzionamento del sistema, un aumento della litigiosità sociale; infine, i riflessi negativi sui giudici comuni (in primo luogo, l'esistenza di pronunce sorrette da maggioranze strette e risicate costituirebbe un incentivo a proporre più e più volte le medesime questioni, confinando nella maggior persuasività di un nuovo argomento, o comunque nel mutato atteggiamento della Corte, magari per la sostituzione di alcuni dei suoi membri; in secondo luogo, il numero eccessivo, talvolta persino esasperato, delle opinioni, soprattutto, laddove ammesse, quelle concorrenti, fino agli esiti paradossali di decisioni alla cui motivazione manchi il sostegno della maggioranza dei componenti del collegio, provocherebbe il venir meno di un punto di riferimento certo per i casi futuri, e priverebbe la giurisprudenza costituzionale basata su di esse dell'importante ruolo di guida nel sistema)»:

MALFATTI, PANIZZA, ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 77 s.

43. Corte cost., 18 gennaio 1989, n.18, in *Giur. cost.*, 1989, I, p. 62 con nota di FAZZALARI, *Una legge "difficile"*, 104 ss. e di BEVERE, *Dal giudice-funziario al giudice-organo della comunità: riflessioni in margine alla sentenza sulla responsabilità del giudice*, 106 ss.; in *Fall.*, 1989, p. 469, con nota di CECCHERINI, *Decisioni collegiali e responsabilità civile dei magistrati*, 489 ss.; in *Resp. Civ.*, 1989, 565 ss., con nota di AMATO, *In margine a Corte cost.*, 19 gennaio 1989, n. 18, 584 ss.; in *Cass. pen.*, 1989, 538 con nota di SORRENTINO, *Osservazioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 18 del 1989, in tema di responsabilità civile dei giudici*, p. 563 ss.; in *Giust. civ.*, 1989, I, 769, con nota di DEL CASTELLO, *Finalmente conclude la querelle sulla responsabilità civile del giudice*, 786 ss.; in *Giur. it.*, 1989, I, 1 1430 con osservazioni di Annunziata, 1436 ss. e nota di GIANNUZZI, *Responsabilità dei giudici ed indipendenza della magistratura*, 1431 ss.; in *Corr. giur.*, 1989, 163 ss. con osservazioni di Cicala; in *Foro it.*, 1989, I, 305 con nota di PIZZORUSSO, SCOTTI, *La responsabilità civile per le pronunce dei giudici collegiali nelle valutazioni della Consulta*, 305 ss.

Nello stesso senso, Cass., IV, 29 settembre 2015, n. 43418, *inedita*.

indipendenza del giudice, non impone la collegialità delle decisioni, neanche la segretezza delle deliberazioni e delle eventuali opinioni dissenzienti e nemmeno la impersonalità della decisione.

Si chiarisce così la insussistenza di qualsiasi preclusione di carattere costituzionale alla introduzione della manifestazione della *dissenting* nella motivazione della sentenza.

Da diverso punto di vista, il rapporto “segreto-collegialità” funzionale alla impersonalità della decisione non è altro che il riflesso – oramai superato dalla natura multilivello dell’ordinamento nazionale e dalla Costituzione intesa come inter-costituzione⁴⁴ – della concezione illuministica della legge secondo cui essa, attesa la sua intrinseca chiarezza, non abbisogna di interpretazione e non ammette opinioni divergenti. Un’idea, insostenibile, che assegna alle Corti supreme il compito di enunciare l’interpretazione corretta della legge, escludendo quelle diverse.

Infine, la espressa previsione, nella legislazione ordinaria, della giurisdizione del giudice monocratico, le cui decisioni non sono impersonali e la cui competenza è sempre più estesa a scapito di quella collegiale smentisce la relazione impersonalità-indipendenza.

Dunque: da un lato, non v’è nesso tra indipendenza e segretezza; dall’altro il collegamento tra opinione dissenziente ed indipendenza del giudice dimostra come la prima sia una espressione che arricchisce la seconda nella misura in cui non consente mediazioni – neanche interne alla camera di consiglio e rispetto alla maggioranza – nel “suo” (del giudice) rapporto con la legge⁴⁵.

Sul fronte della funzione giudiziale è la stessa Costituzione ad affermare «il principio della libertà interpretativa»⁴⁶, anche se poi, per le giurisdizioni di merito, ne tempera la portata prevedendo la ricorribilità in cassazione avverso tutte le sentenze.

44. Sui concetti, il nostro *La relatività del giudicato processuale*, cit., 12.

45. Diversamente MORTATI, *Considerazioni sul problema dell'introduzione del «dissent»*, cit., 165 secondo cui «l’indipendenza dei giudici riposa non sulla segretezza della camera di consiglio (facilmente superata da indiscrezioni e notizie officiose), ma sulle garanzie giuridiche apprestate adeguatamente dall’ordinamento e sulle elevate doti morali e sul senso del dovere dei giudici stessi»; e, di recente, ORLANDI, *Relazione*, cit., le cui obiezioni alla tesi del pregiudizio della indipendenza del giudice risiedono nel dato che «il segreto della camera di consiglio riguardava anche le giurisdizioni di *ancien regime*, dove il giudice era “funzionario” direttamente dipendente dal sovrano (si può però dire che si avvertiva anche all’epoca l’esigenza di affrancare il giudice-funzionario dalla possibile influenza del sovrano, garantendone sia pur in maniera tenue l’indipendenza); se l’indipendenza dell’organo collegiale fosse assicurata dal segreto della deliberazione, bisogna ammettere che le deliberazioni del giudice monocratico nascerebbero bacate».

46. RICCIO, *Le situazioni del giudice che garantiscono il giudizio imparziale*, in RICCIO, DE CARO, MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*, Napoli, 1991, 15 e 42 s.

Insomma, la collegialità fondata sul principio della maggioranza attribuirebbe in ogni caso la decisione al collegio anche qualora si riconoscesse ai singoli giudici la possibilità di “distinguersi”, assumendo la responsabilità delle proprie esternazioni. Del resto che il collegio si divida (possa dividersi) è nelle cose, è un fatto naturale; diversamente, se l’unanimità fosse stata un elemento imprescindibile della giurisdizione della Corte – come è requisito per le giurie nei sistemi di *common law* –, la Costituzione ne avrebbe fatto menzione per la validità della decisione.

Se i motivi del “contrasto” non restassero sconosciuti all’esterno, gli effetti positivi si manifesterebbero, inoltre, nei confronti dell’attività interpretativa delle Corti della legittimità e della legalità: riportare nella motivazione della sentenza la *dissenting opinion* manifestata dal giudice nella deliberazione e nella votazione sarebbe utile a sviluppare il lavoro dei giudici successivi, in quanto, divenendo “precedente persuasivo” (nel senso inteso dall’esperienza giuridica di *civil law*⁴⁷), favorirebbe quella unità ermeneutica plurale che solo il dialogo stretto tra le posizioni in campo può determinare e che, sola, risponde ai bisogni delle dinamiche dell’integrazione europea a cui s’è fatto ampio riferimento. In questo senso, la motivazione contenente le opinioni diverse dei giudici esalterebbe ulteriormente il ruolo di garanzia della giurisdizione.

Per queste ragioni, la preclusione della parte finale del comma 5 dell’art. 125 c.p.p. andrebbe rivista in relazione alle decisioni dei giudici delle Corti superiori, sulla base di argomentazioni analoghe, nonostante la consapevolezza della diversità dei fattori istituzionali che li caratterizzano e che attengono al ruolo delle rispettive giurisdizioni nel sistema, nonché, di conseguenza, dei diversi elementi di valutazione che ne caratterizzano i relativi processi decisionali⁴⁸. Andrebbe rimediata, altresì, soprattutto tenuto conto che la pronuncia del giudice costituzionale mira a soddisfare pienamente il bisogno di giustizia costituzionale agitato nel procedimento principale, rispetto al quale si manifesta la tensione del sindacato (incidentale) della Corte costituzionale a garantire non soltanto la legalità costituzionale e la tutela delle posizioni giuridiche soggettive protette, ma anche a controllare il rispetto delle reciproche interferenze tra ordinamento interno ed ordinamento comunitario (= i cd. controlimiti), nonché, tra il primo ed il sistema della C.E.D.U.

47. E’ vero che la radice della *dissenting opinion* è nel modo di deliberare delle Corti di *common law*; ma è ugualmente innegabile che essa deve essere letta nel contesto giuridico di riferimento che qui è di *civil law*.

Sull’argomento, in generale, RORDORF, «*Stare decisis*»: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell’esperienza italiana, in *Foro it.*, 2006, V, 279 ss.

48. Tra gli elementi di valutazione che guidano il ragionamento dei giudici costituzionali vi sono, ad esempio, «le conseguenze politiche e finanziarie». GROSSO, *Sentenze costituzionali di spesa «Che non costino»*, Torino, 1991.

Se poi si guarda al sistema delle libertà costituzionali con l'ampiezza di contenuti offerti dalle Carte sovranazionali (= Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e C.E.D.U.) e, di conseguenza, se si considera il ruolo della Corte costituzionale nel sistema multilivello dei diritti e delle libertà⁴⁹; ancora, se si accetta che l'opera interpretativa del giudice costituzionale riguarda un sistema aperto, una forma di Stato ad assetto variabile nella parte in cui fissa le prerogative della sovranità (artt. 10, 11, 117, 1° comma, Cost.), allora appare logico ritenere che allo stato dell'arte la Corte non possa più essere considerata semplicemente «il custode della Costituzione, ma piuttosto il sacerdote delle torsioni costituzionali determinate dalla tutela multilivello dei diritti»⁵⁰.

Aprire il giudizio (incidentale) costituzionale alla *dissenting* assicurerebbe, altresì, un controllo diffuso sugli argomenti fondanti l'accoglimento o la inammissibilità della questione di legittimità costituzionale e coerente alla pubblicità assicurata alla legge promulgata indagata. Infine, soprattutto quando la Corte costituzionale è chiamata nel campo relativo ai diritti, il "giudizio contrario" rifletterebbe i processi di relazione tra interpretazione del diritto e dimensione soggettiva del giudice, coinvolgendo al tempo stesso l'esperienza della persona (= l'orientamento sociale e culturale del giudice) e l'esperienza del diritto (= l'orientamento tecnico-giuridico del giudice).

Su queste premesse, la considerazione secondo cui la tenuta del segreto della camera di consiglio non genera cadute garantistiche delle posizioni giuridiche soggettive è indiscutibile soltanto in relazione alle decisioni di merito, perché soltanto lì si manifesta come presidio della imparzialità del giudice.

In sintesi: se l'interesse tutelato dal segreto delle deliberazioni giudiziali di merito è la imparzialità del giudizio "successivo", nei giudizi di legittimità e di legalità, il rapporto tra struttura e funzione, escludendo il fatto dalle rispettive decisioni e la conseguente identità di discipline processuali con le giurisdizioni di merito, sminuisce (*rectius*: annulla) il ruolo di garanzia della segretezza e ne giustifica la crisi.

Allo stesso tempo, la dualità che si manifesta soprattutto nei riguardi della cultura della prova, ovvero, in ordine al rapporto tra fatto e giudizio, sul piano metodologico, spiega il doppio binario della ricerca che predilige rivisitare la categoria del segreto soltanto in relazione alle decisioni delle Corti superiori, convinti che lì essa risulti incompatibile di fronte alla evoluzione della funzione di interprete di quella magistratura, anche se non contrario ad alcun principio costituzionale⁵¹.

49. Soprattutto, Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317; Id., 27 gennaio 2011, n. 31; Id., 25 febbraio 2011, nn. 64 e 65.

50. CARDONE, *Diritti fondamentali, (tutela multilivello dei)*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, 335. Dello stesso Autore, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, 2012.

Cfr. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990.

51. Per la Corte europea dei diritti dell'uomo, in nessuna situazione il principio della inviolabilità del segreto della camera di consiglio di una giuria o di un tribunale nazionale può essere

3. Il fondamento garantista del segreto della camera di consiglio in relazione alle decisioni di merito

La regola di esclusione, s'è detto, riguarda la segretezza – intesa come divieto di divulgazione – dei contributi della deliberazione⁵², non anche la possibilità riconosciuta al giudice di manifestare, pur nel segreto della camera di consiglio, il voto contrario e l'eventuale motivazione dissenziente. Ciò comporta che, nonostante la motivazione appaia all'esterno sempre come un'argomentazione razionale, neutrale, oggettiva, spersonalizzata e malgrado si manifesti come un discorso tecnico, formalistico e lineare, essa può essere stata pure il frutto di un confronto sulle possibili alternative.

Su queste premesse sistematiche, evidenziate altresì dall'art. 125, commi 4 e 5, c.p.p., si rintraccia la diversa opzione per la giurisdizione di merito.

Si rifletta. Nel processo di merito, in cui la imparzialità del giudice, il contraddittorio inteso qui come principio processuale attraverso cui la prima si manifesta e la motivazione che deve dare conto in maniera analitica delle ragioni del decidere giudiziale sono i presupposti e i veicoli della legittimazione del giudice; e in cui valutare le prove, ricostruire il fatto, superare la presunzione di innocenza descrivono la legittimazione del giudizio, il valore della segretezza del “giudizio contrario” rileva in ordine alla tenuta della giustizia del processo, nella misura in cui tutela la struttura del sistema delle impugnazioni dal rischio di parzialità del giudice, senza per questo sacrificare la presunzione di innocenza, nemmeno in quei casi in cui la sentenza sia di condanna e la *dissenting* riguardi l'innocenza dell'imputato. Ancora, essa salvaguarda il diritto dell'imputato – in particolare, ma in generale quello delle parti – ad un processo *rationale* e di conseguenza, la tenuta della intangibilità del giudicato.

Intrattenendoci sul primo punto (= valore della segretezza-giustizia del processo-struttura del sistema del controllo di merito) si capisce che la linea normativa rappresentativa del giudizio di appello – artt. 598; 593; 570; 571 (572); 597 (581 lett. c); 585 comma 4); 601; 602 commi 3 e 4-603; 605 c.p.p. – evidenzia che se la caratteristica fondamentale delle impugnazioni è quella di affidare all'iniziativa delle parti gli sviluppi del processo sottraendoli al giudice, nonché, contestualmente, quella di attribuire rilievo dispositivo alla volontà delle stesse parti attraverso il vincolo cognitivo e decisorio imposto al giudice con l'atto di impugnazione, allora il presupposto della garanzia affidata al “controllo” è la situazione di “dipendenza”

considerato contrario alla C.E.D.U. Corte EDU., 17 febbraio 2004, *Sofri c. Italia*; Id., 9 luglio 2002, *Simsek c. Regno Unito*, ivi; Id., 10 giugno 1996, *Pullar c. Regno Unito*.

52. Costituisce violazione del segreto, la divulgazione, in qualsiasi forma, della notizia che la deliberazione collegiale in un procedimento sia stata presa all'unanimità (Cass., I, 10 gennaio 2001, Lignola, in *Foro it.*, 2001, II, p. 137) oppure che vi siano stati dei dissensi (Cass., civ., sez. un., 5 febbraio 1999, n. 23, in *Guida dir.*, 1999, 8, p. 52).

dal giudizio di primo grado, del quale il giudizio di appello “legge” gli atti, “ripete” le formalità relative allo svolgimento della discussione, oltre che all’eventuale rinnovazione dell’istruzione dibattimentale per la sopravvenienza o la scoperta di nuove prove.

Ebbene, è soprattutto rispetto a queste ultime situazioni che coinvolgono il fatto valutato e deciso dal giudice precedente che si presenta più stringente il bi-sogno di neutralizzare qualsiasi rischio di pregiudizialità del giudice *successivo*, anche in considerazione che qui non v’è mutamento del fascicolo su cui quest’ultimo forma il proprio convincimento.

Stando così le cose, la pubblicità del “giudizio divergente”, se fosse autorizzata, ferirebbe la funzione potestativa del giudice, che si manifesta senza dubbio nella discrezionalità dell’interpretazione della legge, ma ancor di più nella valutazione delle prove, nella connotazione del fatto e della responsabilità e nella determinazione della pena.

“Rito” e “merito”; binomio che non meraviglia se si tiene conto che il processo non è costituito soltanto dalla questione finale di merito; non consiste solamente nel “contraddittorio” (*rectius*: interlocuzione) in ordine al fatto, ma riguarda tutte le questioni, anche di rito, che il processo pone.

La *dissenting opinion* garantisce la democraticità di quel contraddittorio, nella misura in cui il giudice “in disaccordo” partecipa allo svolgimento dialettico del processo attraverso i ragionamenti e la esemplificazione delle opinioni contrarie; nello stesso tempo, la preclusione della pubblicità del consenso ne assicura la imparzialità nel giudizio di controllo.

A sua volta, questa garantisce la presunzione di innocenza, in quanto sottrae il fatto ad interferenze soggettivistiche di chi lo valuta; rischio che potrebbe corrersi qualora l’opinione dissenziente espressa nella camera di consiglio fosse pubblicata nella motivazione della sentenza, vale a dire nella parte che descrive l’*iter* formativo della decisione oltre che la sua giustificazione. In questo caso, infatti, il giudice successivo sarebbe posto in grado di conoscere e di valutare le ragioni per cui la sentenza, pur presentandosi formalmente come un esercizio unanime del potere giurisdizionale, nella sostanza non lo è.

La efficienza e la effettività della presunzione intesa come regola del giudizio e come situazione che, nella qualità, tutela il diritto al giusto processo dipendono direttamente dalla “legalità” del ragionamento probatorio, che presuppone non solo la terzietà del giudice ma anche la sua imparzialità. Ed è proprio quest’ultima guarentigia che sarebbe pregiudicata qualora si consentisse la pubblicizzazione dell’opinione dissenziente.

Mi spiego.

Nelle ipotesi considerate dal comma 5 dell’art. 125 c.p.p., il fatto che la sentenza costituisca la decisione sul fatto e sulla responsabilità e che la collegialità la governi, non significa che la seconda monopolizzi la prima né che esaurisca la

tematica della *scelta* che la presuppone, nella quale rientrano l'”atteggiamento” del giudice che «non ha espresso voto conforme alla decisione» e la sua discrezionalità fattuale-valutativa, ovvero la sua «libertà intellettuale»⁵³. Quella scelta, che pure può caratterizzare la fase deliberativa, rappresentando, sia pure in maniera non pubblicizzata, una preferenza tra più possibilità, è anch'essa una decisione⁵⁴.

Ora, se scegliere e, quindi, se decidere di dissentire sono operazioni connesse alla valutazione dei contenuti del fatto affidata alla giurisdizione di merito, emerge un tessuto ideologico e politico che non può non influire sulla opzione stessa e che, se conosciuto dal giudice “successivo”, finirebbe per pregiudicarne la discrezionalità.

3.1 La apparente crisi della opportunità del segreto della camera di consiglio nel rapporto tra *opinione dissenziente-decisione-motivazione*. Gli effetti sulla intangibilità del giudicato.

La seconda relazione (= decisione-motivazione) – che a sua volta richiama quella tra pluralismo-*dissenting*-democrazia – è senza dubbio più complessa, in quanto, coinvolgendo il valore del giudizio rispetto alla tutela della posizione giuridica del soggetto che subisce la decisione, potrebbe avallare l'ipotesi di favore per la previsione della diffusione dell'opinione discorde per le decisioni giudiziarie di merito.

Epperò, se indaghiamo adottando forme di razionalità sostanziale, cioè, se ricerchiamo un ordine oggettivo di valori in quelle relazioni; se iscriviamo l'approccio nelle connessioni tra principi e regole, diritti e poteri, tra oneri e facoltà, rimarcando la differenza tra struttura e valore della motivazione, ci rendiamo conto che prevedere la divulgazione dell'opinione del giudice dissenziente non innalza lo standard di tutela della posizione giuridica dell'imputato, ma, addirittura, lo abbassa, nella misura in cui pregiudica la imparzialità del giudice successivo, condizionandone inevitabilmente le valutazioni (su questo aspetto s'è già detto).

In questo caso, la preclusione dettata dall'ultima parte del comma 5 dell'art. 125 c.p.p. («il verbale (...) è conservato a cura del presidente in plico sigillato presso la cancelleria dell'ufficio») si giustifica alla luce del “pluralismo giudiziario”, questa volta, però, relazionato al giudice dell'appello, il quale è libero di dissentire

53. RICCIO, *Post-modernità del diritto e crisi della giurisdizione, lectio magistralis*, Università degli Studi di Napoli “Federico II”, 18 gennaio e 23 febbraio 2016.

54. «E la discrezionalità è strettamente legata ai contenuti del giuridico, in quanto essi sono sempre il prodotto di opzione di taluni valori o interessi contro altri, di scelte ideologiche di alcune priorità invece che altre, e si orientano secondo alcuni regimi di discorso e di verità (...), piuttosto che secondo altri: dunque si riferiscono ad un modello di giustizia o di opportunità piuttosto che ad un altro. (...) decidere è sempre, sia pure in senso lato, un atto politico ed ideologico»: CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit., 15.

dal giudice di primo grado, fatte salve soltanto le preclusioni derivanti dai parametri di legge e dal principio di ragionevolezza; in uno, dal rigore argomentativo.

L'assunto va approfondito.

S'è già dimostrato⁵⁵ che l'obbligo di motivazione si inserisce tra le garanzie procedurali previste nel Preambolo penalistico della Costituzione qualificandosi come diritto dell'imputato e che, nella qualità, chiude la vicenda processo, da un lato, documentando il giudizio sulla fondatezza-infondatezza della imputazione contestata e, dall'altro, garantendo il controllo postumo sulla razionalità e sulla logicità delle determinazioni giudiziali.

Dunque: l'obbligo di motivazione impone al giudice la razionalità del decidere; riconosce alle parti il diritto ad una decisione logica, sistematica, metodica, conferendo loro la facoltà di controllare l'uso giudiziale delle regole per l'apprezzamento della domanda; sistema i presupposti che lo regolano e le conseguenze che da esso derivano nelle sfere giuridiche protette, nel contesto di una fisiologica contrapposizione tra "poteri" e "doveri" dei soggetti chiamati ad ottemperarle e tra "diritti" e "facoltà" dei soggetti destinatari. Di qui, la imprescindibilità della legalità del metodo nella ricostruzione del fatto storico e nella individuazione del suo autore (= procedimento probatorio-sentenza-fatto), che a sua volta si riflette sulla struttura della motivazione. Ne consegue la inevitabile interazione tra motivazione e libero convincimento, sulla quale andrebbe a ricadere la previsione della formalizzazione dell'opinione del giudice che dissente dalle ragioni della maggioranza.

Ora, poiché le parti sono le uniche destinatarie delle regole di comportamento che in un sistema legale di prova costruiscono le conoscenze giudiziali (l'art. 190 c.p.p. regola una situazione eccezionale) e, nella qualità, devono essere garantite dai pericoli di un eventuale sviamento del modo di giudicare, cioè dai rischi di *abuso* dell'uso degli elementi di conoscenza, c'è da chiedersi se pubblicizzare l'opinione dissenziente servirebbe a scongiurare tale pericolo, tenendo presente il rischio, questo certo, di parzialità del giudizio del grado successivo.

Non lo crediamo. Anzi, siamo convinti del contrario.

Se si ragiona in termini di rapporto tra principio (art. 111, 6° comma Cost.) e regole (artt. 125 comma 3; 292 comma 2 lett. b); 426 comma 1 lett. d); 546 comma 1 lett. e); 598; 617 comma 1 c.p.p.), appare chiaro che i "rimedi" (contro il riferito "abuso") risiedono nella struttura del processo.

Sul fronte del "principio", la previsione che il giudizio debba essere riscontrato e che il mezzo per verificarlo sia la motivazione fa sì che il "difetto" – inteso qui come "mancanza" – dell'ultima incida sulla "esistenza" del provvedimento giurisdizionale, facendogli perdere i requisiti geneticamente propri, così da renderlo strutturalmente

55. Ampiamente, il nostro *La mancanza di motivazione della sentenza come vizio del sistema di tutela delle situazioni giuridiche fondamentali*, in *Giust. pen.*, 2013, 153 ss.

inidoneo a produrre alcun effetto giuridico nel processo e fuori di esso. Addirittura, la natura del vizio, cioè, la circostanza che esso violi la garanzia riconosciuta dal sesto comma dell'art. 111 Cost. alle posizioni giuridiche protette nel e dal processo determina che la sanzione travalichi lo stesso giudicato.

Se, invece, si riflette sulle "regole", i vizi strutturali della motivazione che ricado-no sulla sentenza (artt. 546 comma 1 lett. e); 604 commi 4 e 5; 606 lett. e) c.p.p.), ovvero quelli che riguardano il percorso giustificativo del *decisum* per capi e per punti (artt. 187 e 527 c.p.p.), ne determinano la nullità (art. 124 comma 3 c.p.p.), alterando la funzione dello schema legale dell'atto (art. 546 c.p.p.).

In questo contesto, pubblicizzare l'opinione dissenziente significherebbe soltanto manifestare una discrepanza riguardo alla ricostruzione del fatto e della responsabilità rispetto alla quale le parti godono già di strumenti rimediativi.

Sul terzo versante (= *dissenting*-intangibilità del giudicato), l'imputato può essere considerato colpevole soltanto quando alla irrevocabilità della sentenza-atto corrisponda la intangibilità della sentenza-fatto, cioè solo nell'ipotesi in cui l'accertamento contenuto nella prima sia il risultato di un processo legale che abbia garantito la posizione dell'imputato attraverso il rispetto delle situazioni giuridiche riconosciutegli dal Preambolo penalistico della Costituzione, oggi arricchito dalle situazioni giuridiche soggettive affermate dal sistema della CEDU e dall'ordinamento dell'Unione europea (artt. 24; 25, 1° comma; 101; 111; 112; 27, 2° comma Cost.; 6 CEDU [art. 117, 1° comma Cost.]; 47-50 CDFUE), tra le quali rientrano, senza dubbio, la imparzialità oltre che la presunzione di innocenza⁵⁶; e rispetto alle quali abbiamo dimostrato gli effetti pregiudicanti di una eventuale negazione della preclusione stabilita nel comma 5 dell'art. 125 c.p.p.

Ebbene, se queste ragioni tranquillizzano sulla opportunità di mantenere inalterata la regola di comportamento dettata nei commi 4 e 5 dell'art. 125 c.p.p. nelle giurisdizioni di merito⁵⁷; le stesse non la giustificano rispetto a quelle di legalità e di legittimità, dove appare pregiudicante della unità plurale della interpretazione. Il problema lo abbiamo accennato. Si approfondirà.

56. Per l'approfondimento si rinvia al nostro, *La relatività del giudicato processuale*, cit., 119.

57. Sono contrari RICCIO, *L'opinione dissenziente*, cit.: «(...) non si comprende perché debba essere escluso da questa reale dialettica collegiale il fatto e la sua prova, cioè la giurisdizione di merito, lì dove la democraticità collegiale acquista immediata incidenza nei diritti fondamentali della persona quando non nella sua libertà personale» e ORLANDI, *Relazione*, cit.: «Ritengo, in definitiva, che il segreto della camera di consiglio sia oggi, in Italia, oggetto di una tutela eccessiva sul piano processuale. Muovendo dall'assunto che esso non tutela valori di rango costituzionale, la sua opponibilità deve trovare dei limiti ogniqualvolta si tratti di assicurare l'accertamento di responsabilità penali, civili, amministrative e anche quando si tratti di favorire l'esercizio di diritti processuali. Personalmente sarei poi favorevole a una cauta introduzione della *dissenting* e *concurring opinions*, quanto meno nei giudizi della Corte di cassazione e, in particolare, sulle questioni di diritto».

4. *Dissenting opinion* e responsabilità civile del giudice.

Fronte altro riguarda la responsabilità civile del magistrato.

In sintesi. La legge 13 aprile 1988, n. 117 rappresenta il punto di arrivo di una lunga evoluzione che, in materia di responsabilità civile del giudice, ha conosciuto in Italia significativi mutamenti⁵⁸.

58. Nei secoli dal XII al XV, prima della nascita e dell'affermarsi dei tribunali supremi, l'interpretazione del diritto all'interno dei vari Stati italiani era stata opera di dottori, di glossatori e/o di commentatori-consulenti. Essa si concretizzava in *Consilia*, basati sulla *communis opinio*, ed elargiti ai giudici, spesso inesperti del giure e sottoposti al sindacato di responsabilità, senza distinzione tra dolo e colpa.

L'affievolimento dell'idea dello Stato e della legge come volontà dello Stato, determinato dalle invasioni barbariche, si riflesse sull'idea della giurisdizione come funzione statale, funzione cioè di formulazione e di attuazione della volontà della legge. E quanto più la giurisdizione, dapprima con lo stabilimento delle istituzioni feudali, poi con il frazionarsi sempre crescente della sovranità, si venne polverizzando fra i giudici più diversi (popolari, regi, imperiali, feudali, ecclesiastici, comunali) e ven-ne assumendo l'aspetto di una prerogativa patrimoniale del giudice stesso, trasmissibile ed alienabile, tanto più il processo cessò di essere considerato come istituto pubblico di attuazione della legge per profilarsi esclusivamente come una contesa fra litiganti. Il magistrato non fu più considerato come l'organo pubblico di una funzione statale, ma arbitro incaricato di dirimere la disputa in base ai risultati delle prove. Col sorgere e col consolidarsi della figura del giudice funzionario, al quale era delegata l'amministrazione della giustizia, cominciò, da un lato, a delinearsi con maggiore precisione la categoria della responsabilità disciplinare, dall'altro, la si limitò ai soli fatti dolosi.

Su tali basi erano impostate la disciplina dell'art. 783 c.p.c. 1865, il quale già limitava, sostanzialmente, la responsabilità civile del giudice alle ipotesi di «dolo, frode o concussione» e «denegata giustizia», nonché gli artt. 55, 56 e 74 c.p.c. del 1940. L'assetto normativo privilegiava la responsabilità interna – a carattere disciplinare – del giudice, piuttosto che responsabilità esterna, nel quadro di un ordinamento in cui non si erano ancora affermati i principi – frutto di lunga evoluzione e di progressivo ampliamento – relativi alla responsabilità in generale della Pubblica Amministrazione. Già prima della Costituzione repubblicana, dottrina e giurisprudenza concordavano nell'affermazione (che trovò maggiore ostacolo nei confronti dell'amministrazione militare e di quella ferro-viaria) del principio che la lesione del precetto del *neminem ledere* determinava la responsabilità dell'ente pubblico. Successivamente, esso trovò concretizzazione nell'art. 28 Cost., secondo cui i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici e può esser fatta valere anteriormente o contestualmente con quella dei funzionari e dei dipendenti, non avendo carattere sussidiario (Corte cost., 8 giugno 1963, n. 88).

Quanto al valore del riferimento alle «leggi penali, civili e amministrative», destinate a regolare in concreto la responsabilità dei dipendenti pubblici, il richiamo è al Testo Unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato (d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3): l'impiegato statale che «nell'esercizio delle attribuzioni ad esso conferite dalla legge o dai regolamenti cagioni ad altri un danno ingiusto» e personalmente obbligato a risarcirlo (art. 22, primo comma); è danno ingiusto (inquadrabile nella sfera dell'art. 2043 c. c.) quello derivante da ogni violazione dei diritti dei terzi che l'impiegato abbia commesso per dolo o per colpa grave «salve le responsabilità più gravi previste dalle leggi vigenti» (art. 23, primo comma); l'azione di risarcimento nei confronti dell'impiegato statale può «essere esercitata congiuntamente con l'azione diretta nei confronti dell'Amministrazione, qualora in base alle norme ed ai principi vigenti dell'ordinamento

Con la legge del 1988 il Parlamento ha posto una nuova disciplina della materia, sorretta dalla considerazione della peculiarità della funzione giudiziaria che – come già chiarito dalla Corte costituzionale⁵⁹ – necessaria la previsione di condizioni e limiti alla responsabilità dei magistrati, in considerazione delle disposizioni costituzionali dedicate alla magistratura (artt. 101-113 Cost.) e poste a presidio della sua indipendenza e dell'autonomia delle sue funzioni.

La legge si applica a tutti gli appartenenti alle magistrature ordinaria, amministrativa, contabile, militare e speciali che esercitano attività giudiziaria, ivi compresi i magistrati che svolgono le proprie funzioni in organi collegiali, nonché «agli estranei che partecipano all'esercizio della funzione giudiziaria».

Il legislatore, restringendo l'ambito della responsabilità diretta dei magistrati nei limiti consentiti dalla disposizione dell'art. 28 Cost., ha previsto che essi

giuridico, sussista anche la responsabilità dello Stato» (art. 22, primo comma); nel caso in cui, in seguito all'esperimento dell'azione diretta, l'Amministrazione abbia risarcito il danno, è prevista l'azione in rivalsa contro il dipendente (art. 22, secondo comma e 18, primo comma). Ora, mentre per gli impiegati civili dello Stato venne emanata tale normativa, che, in attuazione dell'art. 28 Cost., li rendeva direttamente responsabili dei «danni ingiusti» cagionati nell'esercizio delle loro attribuzioni per colpa grave o per dolo; per i magistrati restò ferma la previgente disciplina, nella sua consistenza di *ius singulare*, posta dagli artt. 55, 56 e 74 c.p.c., secondo la quale il giudice era civilmente responsabile soltanto quando nell'esercizio delle sue funzioni fosse «imputabile di dolo, frode o concussione» o quando senza giusto motivo rifiutasse, omettesse o ritardasse «di provvedere sulle domande o istanze della parti e, in generale, di compiere un atto del suo ministero», sempre che la parte avesse depositato in cancelleria istanza al giudice per ottenere il provvedimento o l'atto e fossero decorsi inutilmente dieci giorni dal deposito. L'azione di responsabilità non poteva essere proposta senza l'autorizzazione del Ministro di grazia e giustizia. Si determinava, in tal modo, una inversione di disciplina rispetto a quella previgente all'entrata in vigore della Costituzione, poiché, mentre allora soltanto per i magistrati era legislativamente sancita una responsabilità diretta – sebbene nelle riferite limitate ipotesi –; con l'emanazione della Costituzione e successivamente del d.P.R. n. 3 del 1957, per gli impiegati civili dello Stato fu prevista una responsabilità più ampia, diretta verso i terzi; in rivalsa, verso lo Stato.

In tale contesto normativo, l'opera giurisprudenziale della Corte costituzionale è stata chiarificatrice. Già con la sentenza 14 marzo 1968, n. 2 – pronunciata quando erano in vigore gli artt. 55, 56 e 74 c.p.c. – i giudici della legittimità affermarono che l'art. 28 Cost., con l'espressione «funzionari e dipendenti» dello Statosi riferiva anche ai magistrati e ritennero che il principio generale, stabilito dallo stesso art. 28 Cost., della responsabilità diretta dei pubblici dipendenti, compresi i magistrati, non escludeva, stante il rinvio alle leggi ordinarie, che tale «responsabilità sia disciplinata varia-mente per categorie e per situazioni». Diceva la Corte: la peculiarità della funzione giurisdizionale, la natura dei provvedimenti giudiziari, la stessa posizione *super partes* del magistrato, legittimano la previsione di «condizioni e limiti alla sua responsabilità», pur senza negarla. Diversamente, si determinerebbe un contrasto con l'art. 28 Cost. e con l'art. 3 Cost., per l'irragionevole differenza di trattamento rispetto agli altri pubblici funzionari e dipendenti.

In questo quadro si è inserito il referendum del 1987 sugli artt. 55, 56 e 74 c.p.c., risoltosi con la loro abrogazione. A questa ha fatto seguito l'emanazione della legge 13 aprile 1988, n. 117. La ricostruzione è di Corte cost., 18 gennaio 1989, n. 18.

59. Corte cost., 3 febbraio 1987, n. 26.

rispondano direttamente nella sola ipotesi di danni derivanti da fatti costituenti reato, commessi nell'esercizio delle loro funzioni (art. 13, primo comma). Nelle altre ipotesi in cui è prevista la risarcibilità dei danni (art. 2 e 3) derivanti dall'esercizio delle funzioni giudiziarie, il danneggiato può agire solo verso lo Stato, al quale è poi attribuita una limitata azione di rivalsa (artt. 7 e 8).

Le ipotesi in cui è ammessa l'azione contro lo Stato – è la conseguente azione di rivalsa contro il magistrato⁶⁰ – sono tassativamente determinate dagli artt. 2 e 3 della legge.

La Legge 27 febbraio 2015, n. 18⁶¹ sulla disciplina della responsabilità civile dei magistrati riforma la legge Vassalli a favore di un raccordo con il diritto dell'Unione europea. Quest'ultima, infatti, era stata oggetto di condanna dell'Italia da parte della Corte di giustizia⁶² che aveva provocato l'apertura di due procedure di contenzioso con la Commissione europea.

Allo stato dell'arte, il danno ingiusto che legittima l'imputato/condannato che lo ha subito ad agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale può derivare da un comportamento, da un atto, da un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o con colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni, ovvero di un diniego di giustizia (art. 2 comma 1 legge 13 aprile 1988, n. 117). Non può essere conseguenza, invece, dell'attività interpretativa di norme di diritto né di quella di valutazione del fatto e delle prove, a meno che non ricorrano una delle situazioni tassativamente descritte nei commi 3 e 3 *bis* dell'art. 2 cit. e quella specifica del dolo.

Il comma 3 dell'art. 2 cit. chiarisce le ipotesi in cui ricorre la colpa grave del magistrato, identificandole con: la violazione manifesta della legge e del diritto dell'Unione europea (combinato disposto comma 3; comma 3 *bis* art. 2 cit.), il travisamento del fatto o delle prove, ovvero l'affermazione di un fatto la cui

60. L'art. 7 legge 13 aprile 1988, n. 117 dispone che il Presidente del Consiglio dei ministri, entro due anni dal risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale o di titolo stragiudiziale, ha l'obbligo di esercitare l'azione di rivalsa nei confronti del magistrato nel caso di diniego di giustizia, ovvero nei casi in cui la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea ovvero il travisamento del fatto o delle prove, di cui all'articolo 2, commi 2, 3 e 3 *bis*, sono stati determinati da dolo o negligenza inescusabile. In nessun caso la transazione è opponibile al magistrato nel giudizio di rivalsa o nel giudizio disciplinare. I giudici popolari rispondono soltanto in caso di dolo. I cittadini estranei alla magistratura che concorrono a formare o formano organi giudiziari collegiali rispondono in caso di dolo o negligenza inescusabile per travisamento del fatto o delle prove».

61. In *Gazzetta Ufficiale*, 4 marzo 2015, n. 52.

62. Con la sentenza 24 novembre 2011, C-379/10, la Corte di Giustizia torna a pronunciarsi sulla compatibilità col diritto dell'Unione europea della normativa italiana che regola la responsabilità civile dei magistrati (art. 2, l. n. 117/1988). In precedenza, Corte giust. UE, 13 giugno 2006, causa C-173/03; Id., 30 settembre 2003, causa C-224/01; Id., 4 luglio 2000, causa C-424/97; Id., 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93.

esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento, ovvero l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione.

Ebbene, il legame tra natura unitaria della decisione-contributo del membro dissenziente-metodo della maggioranza come meccanismo di riferimento al collegio della deliberazione non unanime si riflette sulla responsabilità civile del magistrato coinvolgendo la *ratio*, il contenuto, i limiti, le modalità del risarcimento per fatto illecito. Problematiche emerse nella elaborazione, originaria e riforma-ta⁶³, della normativa della legge 13 aprile 1988, n. 117⁶⁴, ma che non risentono, in relazione a nessuna giurisdizione, della tenuta della preclusione; che, per questo, non rappresenta, almeno sotto tale aspetto, una caduta della garanzia dettata per l'imputato-condannato nell'ambito della responsabilità civile del magistrato.

Invero, l'"opinione contraria" non rileva ai fini dell'azione di risarcimento per responsabilità del magistrato, disciplinata dal principio della collegialità; che, fondando sul criterio della maggioranza ed esautorando la deliberazione da qualsiasi forma di individualismo giudiziale, attribuisce alla decisione carattere di unicità. Di modo che, ricorrendo le situazioni indicate dall'art. 2 comma 1 (comma 3), legge 13 aprile 1988, n. 117, il danneggiato può citare in giudizio lo Stato pur non essendo a conoscenza che nel collegio, al momento della deliberazione, vi fosse una "voce fuori dal coro". In altri termini, in quelle ipotesi, l'imputato/condannato può agire contro lo Stato per il "fatto del magistrato" che, nelle giurisdizioni collegiali, è sempre "fatto del collegio", indipendentemente dall'esito della votazione.

Viceversa, quell'opinione ha effettività nel procedimento di rivalsa (art. 16 comma 5, legge 13 aprile 1988, n. 117), che fonda sul rapporto, diverso, 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. Qui, essa si giustifica alla luce del carattere individuale della responsabilità quale conseguenza del nesso di consequenzialità tra la inosservanza di obblighi di specifica competenza del giudice ed il danno ingiusto che ha dato luogo al risarcimento. Perciò in questo caso, ai fini di stabilire la sussistenza di quel nesso, il tribunale competente per la rivalsa chiede la trasmissione contenente la verbalizzazione della decisione e ne ordina l'acquisizione agli atti.

63. Ci si riferisce alla legge 27 febbraio 2015, n. 18, in *Gazzetta Ufficiale, Serie Generale*, 4 marzo 2015, n. 52.

64. In *Gazzetta Ufficiale, Serie Generale*, 15 aprile 1988, n. 88.

5. La rilevanza dell'opinione dissenziente nella costruzione giurisprudenziale del diritto

La tipologia assunta dalla categoria nell'ambito della giurisdizione di merito, dove prevalgono una accentuazione della valenza soggettiva della *dissenting* ed il suo significato endoprocessuale, non è condivisa nella giustizia costituzionale né in quella della Corte di cassazione, in cui, viceversa, rilevano l'essenza oggettiva dell'opinione discordante manifestata dal componente del collegio e la prevalenza dei significati extraprocessuali attribuitile; le quali, a loro volta, rimandano ai rapporti tra "interpretazione" e "decisione" e richiamano il ragionamento in punto di diritto. Situazioni che individuano le ragioni più profonde della opportunità della sua divulgazione.

La speculazione si rende necessaria se si tiene conto della crescente diffusione della "interpretazione per principi" (dottrina dei principi) delle disposizioni costituzionali⁶⁵ e degli altri testi normativi nazionali ed europei⁶⁶; ancora, dell'effetto tipico delle pronunce della Corte costituzionale (art. 136 Cost.) quando si manifesta *erga omnes*⁶⁷; infine, del carattere di *persuasività* riconosciuto alla giurisprudenza della Corte di cassazione, soprattutto quando è espressione di nomofilachia.

L'indagine, inoltre, appare opportuna per la necessità – improrogabile – di leggere la categoria della *dissenting* nell'ottica del dialogo del diritto nazionale con il diritto sovranazionale, in un contesto pluriculturale che, fluidificando i

65. Di recente la Corte costituzionale (sentenza n. 1 del 2013) ha affermato: «La Costituzione è fatta soprattutto di principi e questi ultimi sono in stretto collegamento tra loro, bilanciandosi vicendevolmente, di modo che la valutazione di conformità alla Costituzione stessa deve essere operata con riferimento al sistema, e non a singole norme, isolatamente considerate».

Si deve a Rober Alexy la teoria basata sulla distinzione tra principi e regole – alla quale la Corte sembra uniformarsi – che caratterizza i primi per il fatto che essi impongono una ottimizzazione attraverso una operazione, appunto, di bilanciamento. ALEXY, *Theorie der Grundrechte. Suhrkamp*, Frankfurt am Main, 1994, p. 75 ss. (trad. it. a cura di Di Carlo, Bologna, 2012).

Sul modello razionale di bilanciamento dei diritti fondamentali teorizzato da ALEXY, ampiamente, di recente, CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi di teoria di giustizia costituzionale*, Milano, 2014, p.376 ss. Dello stesso Autore, *Liberà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002.

66. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 15, p. 9 secondo cui anche nell'Unione europea «i principi rivestono una posizione centrale negli studi giuridici. A fronte del disordinato fluire di disposizioni normative e decisioni dei giudici, la scienza ha il compito di rinvenire ciò che è destinato a durare, che ha una funzione conoscitiva che funge da parametro». Del resto, «i principi fondamentali soddisfano un'esigenza imprescindibile in ogni ordinamento che faccia proprie le istanze delle democrazie liberali e configuri come necessaria, quindi, l'esistenza di un adeguato "fondamento giustificativo per gli atti autoritativi" dei pubblici poteri. A quelle istanze si ispira l'Unione europea, pur se essa non fa parte degli ordinamenti generali ai quali siano da più tempo assuefatti, cioè gli Stati, bensì è un ordinamento ultrastatale».

67. «Tale carattere delle disposizioni costituzionali rende più probabile che su una singola questione ci siano diverse opzioni interpretative. La Corte costituzionale non è chiamata a imporsi, nell'ordinamento, tramite il suo potere definitorio, ma deve avere la capacità di convincere»: SILVESTRI, *La Corte costituzionale*, cit., 757.

confini tra gli ordinamenti giuridici, offre (*rectius*: impone) un rinnovato concetto di diritto, inteso quale «insieme di modalità relazionali ed organizzative»⁶⁸, come punto di sintesi tra il mondo della politica ed il mondo del diritto⁶⁹ e di equilibrio tra fonti politiche e fonti culturali⁷⁰.

La ricerca è obbligata perché l'avvento del diritto comune europeo e del con-seguente universalismo dei diritti⁷¹ ha cambiato il rapporto tra giurisdizione e soggezione del giudice alla legge⁷²; ha messo in crisi il postulato della neutralità del giudice; ha ridefinito i confini della vocazione ermeneutica del diritto attribuendo nuovi compiti al giudice-interprete, che non è più «mero esecutore» ma diviene «scopritore» del diritto⁷³.

Si aggiungano, sul fronte fisiologico della politicità della giurisdizione⁷⁴ (= il ruolo anticipatorio della giurisprudenza), la convinzione secondo cui l'intervento giudiziale nel contesto in cui il legislatore fatica ad attuare il catalogo dei diritti

68. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, 80.

69. BOBBIO, *Elogio della mitezza* (1993), in ID., *Elogio della mitezza e di altri scritti morali*, 1994, 11 ss.; ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

70. PIZZORUSSO, *Fonti «politiche» e fonti «culturali» del diritto*, in *Studi in onore di E. T. Liebman*, Milano, 1979, I, 327.

71. BACCELLI *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, Roma, 1999.

72. FERRAJOLI, *La giurisdizione, le sue fonti di legittimazione, e il suo futuro*, in *Il ruolo del giudice nel rapporto tra poteri*, a cura di Chiodi e Pulitanò, Milano, 2013, 22 ss.

73. ALPA, *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, 1996, 3: «il giudice mero esecutore è (...) un sol-erte funzionario dello Stato, ligio alle leggi, portatore dei valori ufficiali, cauto esaminatore delle disposizioni, privo di vocazioni creative, solido conservatore, tendenzialmente ottuso. (...) Il compito è più complicato se il giudice – non più mero esecutore, ma scopritore del diritto – deve porsi alla ricerca della disposizione applicabile alla fattispecie: prendere atto che gli stessi fatti possono farsi risalire a più disposizioni, che le disposizioni, per loro natura, sono astratte e generali, che il legislatore non ha configurato tutte le circostanze possibili sulle quali esprimere il suo dettato, che spesso le disposizioni sono contraddittorie oppure laconiche oppure riduttive, e quindi che la ricerca del diritto, ottenuta scavando nel magma del diritto, comporta operazioni dirette a comporre le antinomie, a completare le lacune, ad estendere o a restringere il dettato normative, e così via».

74. SILVESTRI, *Separazione dei poteri e ruolo dei giudici nel pensiero di Costantino Mortati*, in *Forme di stato e forme di governo: nuovo studi sul pensiero di Costantino Mortati*, Milano, 2007, 991 ss., 1002, 1005, 1007: già Mortati nel riflettere sui limiti della politicità del giudice aveva insistito sulla necessità di salvaguardare l'indipendenza della magistratura dal potere politico, ma certamente non sulla «proclamazione di una utopistica sterilizzazione politica della giurisdizione». Perciò, il compito, auspicabilmente temporaneo di porre rimedio alla «inadeguatezza del sistema politico rispetto ad una Costituzione carica di valori e di potenzialità innovative» ben può essere assunto dai giudici, soprattutto costituzionali, tanto più «nei periodi di crisi, quando le vecchie forze politiche si dissolvono e le nuove stentano a prendere consistenza». È proprio in quei momenti che «il ruolo della magistratura può essere anche quello di conservare il patrimonio di valori contenuti nella Costituzione, quasi fossero monaci benedettini nei secoli bui, per riconsegnarlo a nuove forze politiche che di questi valori vogliano farsi portatrici e attuatrici». LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli, 1990, p. 57: «la funzione politica della

adeguandolo alle esigenze dei tempi ed il rinnovato ruolo affidato al giudice si iscrivono «nel processo di crescita della democrazia»⁷⁵; sul fronte opposto, evidentemente patologico, il fenomeno dell'arretramento della politica e la espansione della giurisdizione che portano ad un vuoto normativo insopportabile e contestualmente legittimano l'attivismo giudiziario e le derive giurisprudenziali delle Corti, le cui sentenze spesso non si limitano a colmare il vuoto legislativo e, quindi, a supplire alla inerzia, spesso consapevole⁷⁶, del legislatore di fronte a fenomeni nuovi non normativizzati, ma creano diritto disapplicando o innovando il diritto vivente⁷⁷. Per cui, se in passato la sottovalutazione del fenomeno "surrogativo" si giustificava alla luce di un assetto ordinamentale dominato da un sistema di fonti gerarchicamente interferenti, restio a riconoscere un ruolo poli-tico⁷⁸ al giudice (soprattutto costituzionale e della Corte di cassazione, nella sua funzione di giudice della validità della legge, il primo e di giudice del vigore della legge,

giurisdizione si fonda, per dirla in modo paradossale, sulla sua neutralizzazione politica, intendendo l'aggettivo "politica" dapprima in senso lato e successivamente nel senso stretto della politica dei partiti. Il paradosso scompare se si prende in considerazione la differenziazione del sistema politico: appare quindi ovvio definire la funzione politica della giurisdizione come mantenimento di questo sistema differenziato di selezione e di attività decisionale».

In tema, il contributo di CAIELLI, *Cittadini e giustizia costituzionale. Contributo allo studio dell'atto popularis*, Torino, 2015, 155.

75. BRUTI LIBERATI, *Prefazione*, in GARAPON, *I custodi dei diritti. Giudici e democrazia*, Milano, 1997, 11.

76. «(...) è assai frequente che l'eccesso di politicità di una decisione giudiziaria sia conseguente a un silenzio del legislatore consapevole: consapevole quanto "l'intenzione di affidare alla magistratura lo scioglimento di nodi problematici che, per problemi di consenso o di equilibri di maggioranza non si voleva dipanare in sede parlamentare"»: M. Caielli, *Cittadini e giustizia costituzionale*, cit., 140 s.

Cfr. gli approdi di LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. cost.*, 2012, 3823 ss. e 3827 e di PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, 1998, 11-14.

77. Lo hanno denunciato ANIS, *Il treno giudiziario dei diritti*, in *Corriere della Sera* del 25 luglio 2015 e DALLA TORRE, *Politici e giudici (non solo) supplenti. Gli assenti e i creativi*, in *Avvenire*, 23 agosto 2015, 1 s., ora in *Iustitia*, ottobre-dicembre 2015, 403 ss.; DE RITA, *Equità e diritto. Le sentenze al posto delle leggi*, in *Corriere della sera*, 1 agosto 2015, p. 25, ora *ivi*, 405 ss.

78. RICCIO, *La procedura Penale*, cit., 3.

Specificamente sul ruolo svolto dai giudici costituzionali, ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 61 ss.: è noto che le funzioni che la Corte è chiamata a svolgere nel sistema sono tali da collocarla in una sorta di «interstizio tra la giurisdizione e la politica». Lo stesso autore chiarisce (ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, cit., 39) che «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 le parti per l'assunzione e la gestione del potere». Cfr. pure, NICO, *Riflessioni in tema di applicabilità del giusto processo al giudizio di costituzionalità*, in AA. VV., *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale*, cit., 159 ss.

ZAGREBELSKY, *La Corte in-politica*, in ONIDA, ZAGREBELSKY, CHIEPPA, *XXIII Premio Giuseppe Chiarelli*, a cura di Greco, Roma, 2004, 11 ss.

il secondo) ed una funzione “creativa” alle sue decisioni – quest’ultima sempre più avvertita e spesso di tipo supplente per la tutela dei diritti procedurali di nuovo conio – sia pure nei limiti tipici della tradizione giuridica di *civil law* –; allo stato dell’arte l’atteggiamento appare incomprensibile. Tanto, per la naturale inconciliabilità con la attuale metamorfosi del diritto (di cui s’è detto), che impone un metodo di indagine innovato ed innovativo, consapevole che alla legislazione nazionale si affiancano l’interpretazione creativa ad opera della Corte europea⁷⁹ e la giurisprudenza della Corte di giustizia come fonte del diritto⁸⁰, le quali, sia pure con diverse modulazioni, si atteggiavano come *precedenti* per il giudice nazionale della legalità e della legittimità.

Voglio dire che il modello di riferimento dell’attuale rinnovamento del diritto va verso una forma di destatalizzazione del diritto stesso che viene affidata, in primo luogo, alla Carta costituzionale, con i suoi valori ed i suoi diritti e alle Corti, su cui cade l’onere della mediazione e della creazione di sentenze che fanno da “precedenti” e, dunque, creano “in” diritto; e, dall’altro, alle relazioni tra Carte (= Carta costituzionale, Carta dei diritti fondamentali e C.E.D.U.) e Corti (nazionali-sovrnazionali), i cui prodotti producono diritto.

Invero, in epoca caratterizzata dalla crescente interazione tra ordinamenti, dalla tendenza alla globalizzazione delle regole giuridiche, dall’arretrare della decisione dallo spazio del legislativo verso quello giurisprudenziale attese la sempre più fragile stabilità della legge e l’inerzia del legislatore di fronte alle pretese dei diritti, il ruolo dei giudici del diritto ed il peso delle loro decisioni sono centrali, giacché la loro opera non solo rende effettiva ed efficace la “normatività” (= il rapporto tra norma e decisione), ma diventa anche il terminale incaricato di ricondurre a sistema regole prodotte in contesti diversi, da legislatori differenti e sempre più spesso già interpretate da altri giudici. Cambiano pure le tecniche di decisione giudiziale, che tendono a considerare gli ordinamenti come spazi aperti e comunicanti. Lo dimostrano l’ininterrotto dialogo giurisprudenziale tra le Corti nazionali e quelle sovranazionali – reso necessario dalla consapevolezza della coesistenza di Carte dei diritti uguali fra loro in numerosi Paesi diversi,

In tema, STERNBERGER, *Il vocabolo politica e il concetto di politico*, in ID., *Immagini enigmatiche dell’uomo*, Bologna, 1991, 149 ss.

79. Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 248 e 249, e, in maniera più incisiva, Corte cost., 26 mar-zo 2015, n. 49; Id., 23 luglio 2015, n. 184.

In dottrina, tra gli altri, RANDAZZO, *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fi ni dell’esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fi ni dell’applicazione della CEDU*, in *Rivista AIC*, 2/2015, 29 maggio 2015, 1 ss.

80. Corte cost., 19 aprile 1985, n. 113; Id., 4 luglio 1989, n. 389; Id., 7 marzo 1990, n. 132; Id., 8 aprile 1991, n. 168; Id., 10 giugno 1993, n. 285; Id., 11 giugno 1999, n. 255; Id., 12

marzo 2003, n. 62. In letteratura, per tutti, MARTINICO, *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come forme di produzione normativa*, in *Riv. dir. cost.*, 2004, 249 ss.

ma lette ed interpretate secondo tradizioni e sensibilità culturali diverse – e, in misura ridotta, il caso di altre corti internazionali, come la Corte internazionale di giustizia, la Corte penale internazionale o la Corte interamericana dei diritti dell'uomo.

Il riferito contesto, permeato dal valore assiologico della Costituzione⁸¹ ma fortemente integrato dalle fonti sovranazionali, estende i confini ed amplia i bisogni della interpretazione giudiziale, comportando che le Corti guardino al sistema dei principi (la Corte costituzionale) e delle regole (la Corte di cassazione) con l'ampiezza di contenuti offerta dal tenore a maglie larghe del linguaggio dei trattati internazionali. Ciò, a sua volta, accresce il ruolo e la responsabilità di quei giudici «fino a configurare (...) una *juristocracy*»⁸²; e, nell'economia del nostro discorso, ripropone la necessità di rimeditare, in termini differenti dal passato, la formalizzazione dell'opinione dissenziente nelle decisioni giudiziarie delle «Corti del diritto».

Insomma, la nuova contestualizzazione soprattutto della giustizia costituzionale appare come elemento di rafforzamento della democrazia; sicché, a sessant'anni di distanza le ragioni che fondavano la mancata introduzione dell'opinione dissenziente in quel sistema non possono più essere considerate valide⁸³.

81. «Una Costituzione per valori, anche quando affida il compito della propria difesa ad uno specifico giudice (un tribunale costituzionale), chiede anche al giudice comune prestazioni prima sconosciute»: LUCIANI, *funzioni e responsabilità nello stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in AA. VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, tomo I, 873 ss., 882.

La diffusione della teoria dei valori in Italia si deve principalmente a BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, 639 ss. e 658, il quale le attribuisce la natura di «tecnica ricostruttiva e interpretativa della Corte».

Cfr., ZAGREBELSKY, *Diritto per valori, principi, regole?*, in *Quaderno fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno. L'ordinamento giuridico europeo. Radici e prospettive*, 31, tomo II, Milano, 2002, 871 ss. e da ultimo, FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015.

82. PALERMO, *Introduzione*, in *I giudici di common law e la (cross) fertilization: i casi di Stati Uniti d'America, Canada, Unione Indiana e Regno Unito*, a cura di Martino, Santarcangelo di Romagna, 2014, 11.

In argomento, ALPA, *Recensione* a Guido Calabresi, *Il mestiere del giudice. Pensieri di un accademico americano*, Bologna, 2014, in *Rassegna forense*, 2, 2015, 740: «"Guardare altrove" è diventata una tecnica di cross-fertilization».

83. «(...) nella percezione della fragilità della nostra democrazia, agli albori della stagione repubblicana, si ritenne che la più nuova fra le istituzioni previste dalla Costituzione del 1948 avrebbe costruito più facilmente la propria autorevolezza contando sulla forza di decisioni unanimi ed evitando di scomporsi in maggioranze contingenti. Insomma, la Corte costituzionale, come organo nascente, aveva bisogno di crescere nel prestigio riconosciutele dagli altri attori istituzionali e dai cittadini e a questo fine parve essenziale la forza dell'unanimità nella sua giurisprudenza»: AMATO, *Corte costituzionale e Corti europee*, cit., p. 54.

Dal 2007⁸⁴ – ed in maniera più decisa nel 2015⁸⁵ – accanto alla giurisprudenza della Corte di giustizia (che, tuttavia, opera limitatamente alle questioni che coinvolgono materie disciplinate dal diritto comunitario) si colloca la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo come elemento di “creatività” nella individuazione del diritto vivente, funzionando – soprattutto quando è consolidata o promanante dalle sentenze-pilota – da parametro (art. 117, 1° comma Cost.) nel relativo giudizio di costituzionalità, nonché da regola di subordinazione del giudice della legalità (e del merito).

Si assiste, in tal modo, ad un ampliamento delle attribuzioni del giudice costituzionale, soprattutto, e delle giurisdizioni comuni, coerente con il principio elaborato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale⁸⁶ secondo cui il sistema di protezione impostato a partire dalla C.E.D.U. consiste in uno standard minimo di garanzie, che deve essere attuato dal legislatore, dai giudici comuni e dalla Corte costituzionale ciascuno nell'ambito delle proprie rispettive attribuzioni. Ciò comporta che nell'elaborazione della sentenza, i membri del collegio facciano astrazione da convinzioni ideologiche nazionali a favore di un compito comune che è quello di rendere la decisione rispondente non solo ai parametri ermeneutici costituzionali, ma pure alle concezioni europee comuni.

5.1 Opinione dissenziente, metodo giuridico e pluralismo ideologico

In tale dimensione ermeneutica è ammesso, come approccio metodologico, la comparazione giurisprudenziale con i Paesi di *civil law* che riconoscono la categoria dell'opinione dissenziente e/o concorrente e che presentano sistemi di giustizia costituzionale assimilabili a quello italiano; non anche quella legislativa, impedita, nel caso specifico e tra gli altri fattori, dalle diversità relative al genere testuale di sentenza, ovvero ai modelli di ragionamento giudiziale.

La scelta escludente non deriva tanto dal dato formale – evidenziato da tempo dagli studi comparatisti⁸⁷ – della variabilità dello “stile” della sentenza, dipendente in particolare dall'ordinamento di appartenenza, dal grado della giurisdizione e dalla tipologia della reg giudicanda, quanto, soprattutto, dalla convinzione che le speculazioni sulla opinione dissenziente abbisognino di una indagine che investì l'ontologia della categoria ed il valore che essa esprime sul terreno interno dei rapporti tra giurisdizione-regole e comportamenti-atti e provvedimenti.

84. Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 248 e 249, cit.

85. Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49.

86. Specialmente in Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317, cit.

87. Soprattutto, GORLA, *Lo stile delle sentenze. Ricerca storico-comparativa*, in *Quaderni de “Il Foro italiano”*, 1967, 313.

In generale, AA. VV., *Procedure penali d'Europa*, a cura di Chiavario, Padova, 2001.

Per noi, la previsione del *voto particolare* risponde ai bisogni di ammodernamento dei settori capaci di restituire autorità, efficienza ed effettività alla giurisdizione dettati da una nuova forma di costituzionalismo definito «reattivo»⁸⁸, particolarmente stringenti nel sistema di giustizia costituzionale, là dove quella esercita uno dei poteri di maggior rilievo politico in democrazia⁸⁹. Qui, la centralità della *dissenting* si manifesta rispetto ai processi di legittimazione della Corte ed a quelli di integrazione delle costituzioni, in quanto esso è metodo che consente di manifestare nella sfera pubblica le dinamiche conflittuali che si articolano intorno alle norme costituzionali, nonché gli eventuali eccessi di discrezionalità interpretativa⁹⁰ presenti nelle decisioni assunte a maggioranza⁹¹.

Invero, all'interno della giustizia costituzionale – più che nella giurisdizione della cassazione – la circostanza (*de iure condendo*) che l'opinione contraria manifestata da uno dei componenti del collegio sia contenuta nel medesimo testo della pronuncia adottata a maggioranza descrive, più di qualsiasi altro istituto, l'intima dialettica che costituisce, da un lato, il connotato della giurisdizione del giudice della Corte, dall'altro, «la natura compromissoria delle Carte fondamentali delle moderne società pluralistiche, che affidano al dinamismo della giurisprudenza costituzionale, al suo sviluppo e alla sua evoluzione, pur nella continuità, la loro concreta capacità di rappresentare una risposta duratura alle sempre mutevoli esigenze sociali»⁹².

Allo stesso tempo, su altro fronte, si evidenzia la necessità di tenere conto che, nonostante la diversità della natura e delle metodologie delle decisioni giudiziarie nei vari Paesi europei, si va delineando un generale impegno degli interpreti a considerare la sentenza non soltanto uno strumento per dirimere la lite, ma anche come espressione dell'idea del diritto attuata in funzione dello sviluppo della realtà sociale, (in funzione) di un diritto comune

88. RICCIO, *Garantismo e dintorni. A proposito della crisi della giustizia*, Napoli, 2015, p. 85.

89. : dichiarare la illegittimità di leggi approvate dalle assemblee legislative, cioè dalla maggioranza dei rappresentanti della sovranità popolare; in alternativa, stabilire quale debba essere la loro interpretazione da parte di tutti i poteri dello Stato; includere, con la tecnica delle sentenze additive, nell'ordinamento giuridico disposizioni che il Parlamento non ha mai votato.

90. «La Carta costituzionale non esprime regole rigide. Esprime «valori», cioè parametri di valutazione duttili, flessibili, che per di più debbono essere composti, nella loro compresenza, in un equilibrato bilanciamento. Ora, valori costituzionali e loro bilanciamento non somministrano canoni puntuali per una unica soluzione “corretta”, bensì solo criteri per più soluzioni possibili, la scelta fra le quali non può non presentare quasi sempre margini più o meno ampi di opinabilità e quindi di discrezionalità»: GRANATA, *Intervento, in L'opinione dissenziente*, cit., 52.

91. Si sofferma sul rapporto tra legittimazione delle Corti e voto dissenziente, ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, cit.

In argomento, LUATTI, *Profili costituzionali del voto particolare. L'esperienza del Tribunale costituzionale spagnolo*, Milano, 1995, 1-159.

92. MALFATTI, PANIZZA, ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 76 s.

europeo che privilegi e che favorisca una integrazione sempre più intensa tra le forme di accertamento del diritto (mentre inalterata resta la diversità delle regole procedurali di accertamento del fatto) nei sistemi di *common law* e di *civil law*.

Sotto quest'ultimo profilo, è esperienza comune alle riferite tradizioni giuridiche che “legge” e “prassi” si integrino reciprocamente; ciò che è diverso riguarda il rapporto tra *statute law* e *case law* spostato a favore del secondo nella tradizione di *common*, vale a dire dal potere legislativo al potere giudiziario, senza che ciò precluda che per alcune materie del diritto (soprattutto del diritto civile e di quello amministrativo) regni sovrano lo *status law* o il *case law* o che addirittura coesistano.

Insomma, nel sistema *common* la legge scritta ha carattere eccezionale; è una sorta di *lex specialis*, mentre le norme morali – che definiscono una condotta come giusta o sbagliata – rappresentano proposizioni fondanti il ragionamento giudiziale, dal momento che esse giocano un ruolo centrale sia nell'applicazione ai fatti di regole giuridiche esistenti che nel prevederne di nuove, ma anche, nei processi di modifica delle stesse regole esistenti, rendendo efficienti regole generali mediante la elaborazione di regole specifiche. In ogni caso si tratta di precetti creati dai giudici. Si aggiungano i *policy arguments*, ossia gli (eventuali) argomenti sociali, politici etici, economici che sono considerati dai giudici in complemento delle ragioni di puro diritto; e le “considerazioni d'esperienza” (i cd. usi) che descrivono percorsi di comportamento seguiti da specifici sottogruppi sociali.

Appare chiaro che gli standard del ragionamento giudiziale nella tradizione di *common law* riguardano le interrelazioni tra regole sociali-*policy*-esperienza; che quel ragionamento, a sua volta, fonda sul principio dello *stare decisis*, in base al quale le Corti sono obbligate⁹³ a pensare partendo da proposizioni da applicare non soltanto alle parti dell'immediata controversia, ma a tutti coloro che si troveranno in analoga situazione in futuro.

Il giudice, in tal modo, è vincolato alla *ratio decidendi*, quindi, alla regola giuridica legata ai fatti rilevanti del caso, o, meglio, al principio giuridico che,

93. Il vincolo è temperato dalla previsione di tecniche di manipolazione del precedente come l'*anticipatory overruling* ed il *prospective overruling*; le quali, però, sono impiegate soprattutto dalle corti di vertice americane presso le quali la regola *stare decisis* si è imposta in modo meno rigido rispetto all'esperienza inglese ove le stesse sono, invece, contestate. ATIYAH, SUMMERS, *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Oxford, Regno Unito, 1991, 122 ss e 146.

Sull'esperienza inglese, RICCIO, *Lo spirito del diritto inglese e il nuovo codice di procedura penale*, in *Arch. pen.*, 2, 1992.

applicato al caso concreto, determina quel particolare risultato⁹⁴. In questo senso, lo *stare decisis* funziona come fondamento per la funzione giudiziaria di arricchire l'offerta di norme giuridiche. In questo senso, la norma creata dal giudice in un caso concreto ha lo stesso valore di una norma generale ed astratta⁹⁵.

Così si spiega la ragione per cui le sentenze dei tribunali di *common law* siano marcatamente “personalizzate”, non solo in quanto riferiscono le argomentazioni individuali dei singoli giudici, ma anche perché esprimono i dubbi, le esitazioni, i motivi di perplessità che coinvolgono la funzione del giudicare e prevedono l'opinione dissenziente.

Specificamente in ordine a quest'ultima, in Inghilterra come negli Stati Uniti, quando la giurisdizione è di tipo collegiale, i giudici possono esprimere nella motivazione della sentenza la propria convinzione. Ciò comporta – ad esempio, nelle Corti supreme – che ciascuno di essi può dichiarare un semplice «*I concur*» sulla decisione espressa da altro giudice, senza aggiungere alcuna motivazione personale; oppure, fermo restando il concorso del giudice alla decisione altrui, egli può aggiungere una diversa motivazione, magari diversa soltanto nella formulazione (= *concurring opinion*); o ancora, ciascuno può dissentire rispetto alla decisione della maggioranza, con o senza motivazione, formulando così una *dissenting opinion* che può riguardare anche solo alcuni capi della sentenza e non tutti⁹⁶.

94. VARANO, BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, 2014, 321.

Cfr. STEIN, *I fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici*, a cura di De Vita, Panforti, Varano, Milano, 1995, 112.

95. HOLMES, *The Common Law*, Toronto, 2011.

Interessante, EISENBERG, *La natura del common law*, trad. di Granieri, Milano, 2010, 25, 70, 62, 77 s.

96. Da ultimi, AA. VV., *I giudici di common law e la (cross) fertilization: i casi di Stati Uniti d'America, Canada, Unione Indiana e Regno Unito*, a cura di Martino, Santarcangelo di Romagna, 2014; ASPRELLA, *L'opinione dissenziente*, cit., 227 ss.; e MATTEI, *Il modello di Common Law*, Torino, 2004, 80 ss. e 138 ss., ma già GORLA, *La struttura della decisione giudiziale in diritto italiano e nella “Common Law”: Riflessi di tale struttura sull'interpretazione della sentenza, sui “Report” e sul “Dissenting”*, in *Giur. it.*, 1965, I, 1239, in part., 1247.

Sui precedenti, BELL, *L'espressione di giudizi separati nella Suprema corte: storia della scissione della decisione giudiziaria*, in *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali*, cit., 61 ss.; DOUGLAS, *Il «dissent»: una salvaguardia per la democrazia*, ivi, 105 ss.; VARANO, *A proposito dell'eventuale introduzione delle opinioni dissenzienti nelle pronunce della Corte costituzionale: considerazioni sull'esperienza americana*, in *L'opinione dissenziente*, cit., 129 ss.

Specificamente sul sistema americano, tra gli altri, GORLANI, *La dissenting opinion nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti: un modello importabile in Italia*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 2002. In generale, a partire da DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Saggi, a cura di Candeloro, Milano, 1999; MAYERS, *L'ordinamento processuale*

Il *civil law*, viceversa, rappresenta il modello di diritto generale ed astratto, precostituito all'insorgere del conflitto in cui il giudice applica la legge.

In queste tradizioni, il ragionamento giudiziale segue percorsi *legali* e la rilevanza del caso emerge con funzione diversa; qui l'argomentazione è *persuasiva*, vale come interpretazione, non anche come precedente vincolante; non v'è una norma che a quella vincoli il ragionamento del giudice. Ancora. La disposizione (= il testo della legge) preesiste alla norma, ovvero, al prodotto dell'attività interpretativa del giudice; da essa scaturisce soltanto come sintesi di una antinomia dialettica tra il testo astratto, sempre uguale a se stesso (= legge), da un lato, ed una viva, presente attualità (= diritto)⁹⁷.

Lì (nel *common law*), la discrezionalità della Corte nel determinare la regola da applicare al caso concreto è estremamente limitata se quella è supportata da un precedente – diversamente, è addirittura costitutiva –, in quanto la sua funzione, in quel caso, si esaurisce nella mera individuazione della regola del precedente; qui (nel *civil law*), nonostante il ruolo crescente della giurisprudenza come fonte del diritto determinato dall'incidenza del diritto comunitario e della C.E.D.U. sul diritto interno, nonché dalla individuazione e dalla creazione di principi generali, esso non è ancora assimilabile a quello della giurisprudenza nelle tradizioni giuridiche di *common law*.

Nella tradizione di *civil law* il giudice è vincolato alla legge, non al diritto giurisprudenziale formatosi in relazione alla norma, rispetto al quale gode di ampia discrezionalità, sia pure ermeneuticamente *guidata* – specificamente nel nostro ordinamento – dai principi costituzionali, dalle norme di ordinamento comunitario, dalle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea e dalla giurisprudenza consolidata, nonché dalle sentenze pilota emesse dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Anche il rapporto *giudice-politica* assume connotati del tutto differenti. Negli ordinamenti giuridici di derivazione anglosassone la funzione prioritari dei giudici è quella di «uscire dal terreno del controllo (...) per addentrarsi

negli Stati Uniti d'America, a cura di Carletti, Milano, 1967; NEPPI MODONA, voce *Giudice penale americano*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1991, 469 ss.; AA. VV., *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di Amodio, Bassiouni, Milano, 1988.

Sulla giustizia costituzionale americana, PIZZORUSSO, *Giustizia costituzionale* (diritto comparato), in *Enc. dir.*, Annali, I, 2007, Milano, 67 ss. Sul rapporto tra giudice e legge nel sistema americano, da ultimi, CALABRESI, *Il mestiere del giudice. Pensieri di un accademico americano*, Bologna, 2014.

97. BETTI, *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften*, Tübingen, 1972, § 12, trad. it. a cura di Ventura, Crifò, Mura, *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, Roma, 1987.

in quello della mediazione e della regolazione del conflitto sociale»⁹⁸ ed è garantita, pur nel rispetto del principio della indipendenza, dal collegamento «flessibile al sistema politico e alla società attraverso il reclutamento e il legame con le altre professioni giuridiche»⁹⁹. Diversamente, negli ordinamenti, come il nostro, che hanno affidato ad appositi Corti supreme il controllo della legalità costituzionale, le quali fondano la propria legittimazione sul prestigio e sulla professionalità dei giudici che le compongono, garantite dalle modalità della loro selezione¹⁰⁰.

Certo, non si nega che il dialogo tra Corti abbia comportato un rinnovamento metodologico dell'approccio del giudice all'analisi del caso; né che le Corti supreme siano sempre più rappresentative (quale effetto del pluralismo culturale) pur non essendo (non potendo essere) fondate sulla rappresentanza; anzi, si tiene conto del fatto che ciò abbia contribuito all'ampliamento della funzione ermeneutica del giudice soprattutto in relazione alle fonti giurisprudenziali sovranazionali, allo stesso tempo, però, non si ritiene che vi sia stata una assimilazione del concetto di "creatività" come inteso dalla tradizione di *common law*, nonostante il multiculturalismo ed il pluralismo ermeneutico che caratterizzano il "sistema di sistemi" attuale siano da rinvenire proprio nella giurisprudenza delle Corti europee dal momento che essa vincola con la medesima intensità sia i Paesi di tradizione di *civil law* che quelli di tradizione di *common law*¹⁰¹.

L'assorbimento, viceversa, resta precluso dal riferito rapporto *fonti-sistemi* che qui si accorsa di ulteriori elementi di distinguo (*civil*: organizzazione verticale della magistratura, quindi, unità della giurisdizione, dunque, unità di carriera dei magistrati)¹⁰² che rendono, di conseguenza, complessa la comparazione tra tradizioni (anche) in punto di *dissenting opinion*. Si associno le diverse modalità della deliberazione: nei Paesi di *common law* «la questione di fatto è compito della giuria, che decide segregandosi nella *jury room*»¹⁰³, che si esprime in segreto solo sul fatto e, senza fornire motivazione, risponde alla domanda del giudice sulla responsabilità dell'imputato, mentre il diritto è operazione del

98. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità nello stato costituzionale di diritto*, cit., 3824.

99. GUARNIERI, *Prefazione*, in ALLARD, GAPARON, *La mondializzazione dei giudici*, Macerata, 2007, XIV.

100. CAIELLI, *Cittadini e giustizia*, cit., 151.

101. RICCIO, *Post-modernità del diritto e crisi della giurisdizione*, cit.

102. Ancora, RICCIO, *Post-modernità del diritto e crisi della giurisdizione*, cit.

103. ORLANDI, *Relazione*, cit.

Sul rapporto tra giudice e giudizio e sulle origini dell'ordine giuridico di *common law*, ampiamente GLENN, *La tradizione di common law. L'etica del giudizio*, in ID., *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna, 2011, 377 ss.

Sul tema della giuria, in generale, CACCIANI, voce *Giuria* (dir. comp. e stran.), in *Enc. giur.* XVI, Roma, 1989, p. 100 ss.; PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998.

solo giudice che spiega ed argomenta personalmente in pubblico; nei Paesi di *civil* il fatto e la responsabilità sono oneri del giudice, anche quando è prevista la partecipazione della giuria popolare.

Voglio dire che se le eterogeneità tra tradizioni giuridiche sono state affievolite, tra l'altro, dalla giurisprudenza "unificatrice" delle Corti sovranazionali; e se pure nella tradizione del *civil law* la riflessione giuridica ha cominciato a rispondere in maniera sempre più pregnante al bisogno di integrazione con la società, i punti di contrasto strutturale con il sistema di *common* restano intatti e, perciò, precludono la comparazione legislativa¹⁰⁴.

Risulta chiaro già dalle speculazioni sulla dimensione del concetto di "creatività" che rimanda ai rapporti tra "legge" e "giudice", dai quali è escluso l'uso del diritto e della giurisprudenza straniera (si vedrà), mentre quello del diritto vivente europeo

è disciplinato dalla stessa Corte costituzionale; la quale, pur stabilendo l'obbligo della interpretazione convenzionalmente conforme¹⁰⁵ e che il testo della C.E.D.U., così come interpretato dalla "sua" Corte, diventi testo del precedente, ha chiarito che in ogni caso si è di fronte a canoni ermeneutici che non sono in grado, per la loro stessa natura, di imporre vincoli assoluti (tanto è vero che è ammesso l'incidente di costituzionalità); anche se, a ben vedere, la preclusione si è considerevolmente ridotta dopo l'approdo del 2015. Per cui, la giurisprudenza della Corte europea non è naturalmente, fisiologicamente fonte di diritto; nonostante non possa negarsi che la forte carica di autorevolezza riconosciuta soprattutto agli orientamenti

104. «In linea di principio, la comparazione ordinamentale tra Stati a differente legalità appare molto complessa, per non dire inadeguata, data la differente interferenza normativa nelle vicende processuali. In questa opera, poi, ci si "scontra" con semantiche complicate: legalità e garantismo sono termini con plurimi significati e così il loro rapporto, risultando metodologicamente certa solo la relazione di mezzo a fine, cioè la considerazione che il garantismo è filosofia della e per la legalità; ma il primo termine offre panorami difformi; il secondo, una pluralità strumentale per la sua realizzazione non sempre efficace sul piano della effettività. E, guarda caso, il "mistero" della giurisdizione vive intorno a quei sostantivi ed a questi aggettivi. (...) Un primo versante da cui osservare le vicende della comparazione mostra il distacco totale tra i due Paesi in materia di giurisdizione, a partire dalla filosofia che rispettivamente le sostiene. Infatti, mentre il nostro Paese è proiettato alla giustizia, i Paesi anglosassoni (gli *States* in particolare) sono interessati all'efficienza come effetto del sistema-stato e della sua conseguente organizzazione. Sembra potersi affermare, insomma, che qui prevale la giurisdizione (= "law"), essendo privilegiata, lì, l'attività giudiziaria (= "order"). Ma va riconosciuta soprattutto la differenza ontologica dei due sistemi di giustizia, dal momento che lì (= nel diritto per cases) la giurisdizione raccoglie e svela nella singola vicenda il sentimento comune e condiviso della società, mentre qui (= nel diritto legale) la giurisdizione raccoglie e svela la volontà del legislatore, rendendo problematica, qui, la presenza del diritto giurisprudenziale e del sistema del precedente. Sicché, la radicale difformità delle fonti è considerato problema d'ordine formale, solo per una superficiale scappatoia di comodo»: RICCIO, *Garantismo e dintorni*, cit., 42 s.

105. Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 248 e 249 cit.; Id., 26 marzo 2015, n. 49, cit.

consolidati e alle sentenze-pilota determini inevitabilmente una rivisitazione, in termini di arricchimento, delle tecniche argomentative, in specie di quelle che riguardano la logica decisionale.

Su una dimensione opposta si colloca l'influenza comunitarista rispetto all'approccio nazionale all'analisi del caso, al ruolo della interpretazione nella elaborazione delle decisioni giudiziali.

Con orientamento costante e sulla base della teoria dell'*acte éclairé*, la giu-risprudenza¹⁰⁶ e la dottrina¹⁰⁷, in uno con gli approdi prevalenti della Corte di giustizia¹⁰⁸, evidenziano specificamente la solida capacità del punto di diritto individuato dalla Corte di giustizia di agire come “precedente autorevole” nei confronti della totalità degli interlocutori nazionali, acquisendo così la capacità di entrare nelle argomentazioni dei giudici comuni dei vari ordinamenti degli Stati membri, nella soluzione di questioni nuove, anche diversamente contestualizzate.

Siamo di fronte al diritto comune europeo, ad un contesto pluriculturale che per comporre le diversità tra ordinamenti e sistemi abbisogna della “interpretazione uniforme” (combinato disposto degli artt. 101, 2° comma; 11; 117, 1° comma Cost.) delle legislazioni, pur lasciando impregiudicata l'autonomia dei criteri ermeneutici rispettivamente previsti (art. 12 prel. c.c.; artt. 31 [32 e 33] Convenzione di Vienna del 1969); esige di favorire la omogeneità attraverso l'idea di una ermeneutica aperta, che manifesti tensione verso il “valore” delle disposizioni piuttosto che delle regole; di

106. Tra le altre, Cass. civ., IV, 26 marzo 2012, n. 4776, in *Foro. it.*, 2012, I, p. 2948; Id., sez. lav., 20 giugno 2012, n. 10127, *ivi*, I, p. 2004; Id, sez. un., 24 maggio 2007, n. 12067, in *Guida dir.*, 2007, 11, p. 71. Nello stesso senso, la Corte europea dei diritti dell'uomo: Corte EDU, 20 settembre 2011, *Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio*.

107. Zuccalà, *Di una forma di interpretazione giurisprudenziale autentica delle leggi*, in *Giur. it.*, 1959, 139 ss. Di recente, D'ALESSANDRO, *Riflessioni sull'ambito soggettivo di efficacia delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1435 ss.; GUARNIER., *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale*, cit., 316. Diversamente, MORELLI, *La Corte di giustizia delle Comunità europee come giudice interno*, in *Riv. dir. intern.*, 1958, 5 e da ultimo, FOA, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale, comunitaria e internazionale. I confini dell'interpretazione conforme*, Napoli, 2011, 166; nonché, tra i molti, BRIGUGLIO, *Pregiudizialità comunitaria*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1997, 1 ss.; CALZOLAIO, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, vol. I, 41 e 56; PESCATORE, *Il rinvio pregiudiziale di cui al 117 del Trattato CEE e la cooperazione tra la corte ed i giudici nazionali*, in *Foro it.*, 1986, 42.

108. Corte giust. UE, 18 luglio 2013, C- 136/12; Id., 15 settembre 2005, C-495/03; Id., 17 maggio 2001, C-340/99.

In senso contrario, Corte giust. UE, 11 giugno 1987, C- 14/86. Di recente Corte giust., GC, 17 luglio 2014, C-58/13 e C-59/08; Id., GC, 18 ottobre 2011, da C-128/09 a C-131/09, C- 134/09 e C-135/09; Id., 21 luglio 2011, C- 104/11; Id., 26 maggio 2011, da C- 165/09 a C-167/09.

una interpretazione che sia evolutiva¹⁰⁹ e che si esprima per «orizzonti» anziché per «concetti»¹¹⁰.

In questo senso la giurisprudenza supera i limiti dettati dal nazionalismo e si orienta non solo ad un confronto, ma ad un esplicito richiamo (ritorna il combinato disposto degli artt. 101, 2° comma; 11; 117, 1° comma Cost.), anche in funzione di precedente¹¹¹, a massime di decisione elaborate da Corti *altre*.

Questo progressivo arricchimento, attenuando la rigidità dell'assolutismo della legge, esalta il ruolo politico (= di interprete) del giudice come *conditor iuris*, affrancato dalla visione riduttiva e statica dell'analisi logica del linguaggio giuridico¹¹² e determina il superamento dell'idea della decisione giudiziale modellata «sul logoro stampo del sillogismo» per dare spazio «al pensare per problemi, all'argomentazione persuasiva, (...) fondata sul plausibile e sul ragionevole», rispetto a cui, «il criterio del plausibile è strumento di scelta non fra proposizioni veritative, ma tra possibili interpretazioni o decisioni di un caso della vita»¹¹³.

Ebbene, dal momento che l'indagine casistica diviene metodo per il progressivo riconoscimento dei giudizi di valore nel processo di individuazione della regola (= interpretazione) e richiede l'abilità del giudice di intercettare le esigenze del multiculturalismo e di rispondervi efficacemente, l'indirizzo ermeneutico apre ad un dialogo fertile tra le diverse vedute – il pluralismo giudiziario –, che

109. BRUNELLO, ZAGREBELSKY, *Interpretare. Dialogo tra un musicista e un giurista*, Bologna, 2016, spec. 56 s.: quanto spazio concedono alla libertà dell'interprete un testo sacro come una sonata di Beethoven o un articolo della Costituzione? Nella musica così come nel diritto, di fronte a una legge o a una suite di Bach, l'interprete si muove sempre in una delicata zona di confine che si situa tra l'eseguire e il creare. Dall'anelito alla perfezione alla deriva dei virtuosismi, dal gusto dell'improvvisazione alla necessità dell'innovazione, il compito più alto, e arduo, dell'interprete è quello di farsi tramite tra passato e futuro. L'interpretazione, infatti, non è altro che «la funzione di chi prende dal passato, pone nel presente e propone al futuro»; ed un principio di diritto è «fecondo» soltanto «se si mette in rapporto con le condizioni della società che deve modellare e dai cui caratteri è a sua volta modellato».

110. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014, 232 s..

111. Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49.

112. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, 103 ss. Dello stesso Autore, *Storicità del diritto, Lezione Magistrale*, Napoli, 2006.

Interessanti anche i contributi di VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. nota sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano 2001: la storia vivente, privata di valori, appiattisce l'orizzonte etico sull'accaduto; il diritto orfano della sua carica assiologia, scade a puro fatto sia pure come vissuto che regola se stesso. Il diritto, privato di valori e ridotto a pura legalità procedurale, diviene cinico servitore del potere. Senza avere, tuttavia, la possibilità di sfuggire al tribunale della storia e quello di FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Parte prima. Il concetto del diritto*, Milano, 1992 che offre una visione del diritto in chiave assiologica, cioè fondata su un mondo di valori.

113. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, cit., 42 ss.

non può ignorare l'opinione dissenziente né limitarla – come accade oggi a causa dell'assenza di una norma di riferimento nell'ordinamento costituzionale e della preclusione (= divieto di manifestazione) stabilita dall'ultima parte del comma 5 dell'art. 125 c.p.p. per le giurisdizioni di merito e di legalità – alla deliberazione nella camera di consiglio del giudizio in corso.

Rivisitare la segretezza della deliberazione ed ammettere, di conseguenza, la esternazione della *dissenting* nella motivazione della sentenza; dunque, rendere pubblico l'intero percorso dialettico che porta alla decisione, contribuirebbero a risolvere la fisiologica antinomia che contrappone la vivente soggettività storicamente condizionata dell'interpretazione alla statica oggettività della legge¹¹⁴, alla quale il giudice delle giurisdizioni superiori, sia pure ottemperando ad una diversa funzione¹¹⁵, è chiamato, atteso il «doppio circuito di legalità e legittimità, (se si vuole: di vigore e validità della legge)», categorie che caratterizzano «le rispettive funzioni delle Corti secondo linee di fisiologica interferenza dei compiti valutativi della legittimazione del prodotto normativo»¹¹⁶.

In altri termini, se da un lato è innegabile che la comprensione e la determinatezza del diritto sono parti di un processo guidato da norme, di un procedi-mento istituzionalizzato; dall'altro è altrettanto certo che l'attività del giudice interprete, “applicatore” della legge, indissolubilmente legata al fatto, richiede una razionalità che non è puramente tecnica, ma pratica, prudentiale. Il compito del giudice è arrivare ad una compenetrazione tra l'universalità della disposizione e la varietà e la mutabilità dei casi e delle situazioni¹¹⁷, il cui risultato si rivela nella motivazione.

In questo contesto, la comunicazione dell'opinione dissenziente, dei contri-buti dei singoli giudici al ragionamento giuridico e fattuale, favorendo la dialettica processuale, quindi, il pluralismo dialogico, risponde ai bisogni di razionalità dell'argomentazione giuridica che si manifesta nella motivazione della sentenza e realizza (contribuisce a realizzare) il carattere scientifico della giurisprudenza e la legittimità delle decisioni giudiziali.

In questi termini, l'opinione separata del giudice contribuirebbe a rendere ulteriormente efficace la capacità della motivazione di esprimere coerenza, da un lato, tra i passaggi che la compongono ed il dispositivo che ne consegue; dall'altro, tra la sentenza ed i precedenti con cui si salda per dare vita ad indirizzi

114. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955, 59 ss.

115. Le differenze tra giurisdizioni si rinvergono soprattutto nel ruolo: la cassazione *sorveglia* sull'applicazione della legge; la Corte costituzionale censura, se del caso «la legge mettendo la stessa in tutto o in parte nel nulla o ampliandone le dimensioni e l'incidenza».

116. Letteralmente, RICCIO, *Introduzione allo studio della Cassazione*, in *Giust. pen.*, fasc. VII, 2013, 445.

117. CRUZ, *La dinamicità del sistema giuridico: l'attività dell'interprete tra la norma e il caso*, in *Riv. int. fi l. dir.*, 2015, 300 s.

giurisprudenziali tendenzialmente coerenti, sia pure nell'ovvia possibilità di mutamenti, che sarebbero pur sempre argomentati ed opportunamente motivati.

Sotto altra prospettiva, se si concorda che la interpretazione giuridica non fissa una entità definita che vincola il giudice ad una conclusa valutazione, ma che le diverse norme sono altrettante cristallizzazioni di differenti punti di vista valutativi spesso divergenti tra loro, allora può affermarsi che l'opinione dissenziente arricchisce le riflessioni sul metodo giuridico, dal momento che impone il confronto sulle regole discorsive e sugli schemi argomentativi.

Il corollario di siffatto approccio influisce, inoltre, sul programma della dogmatica giuridica¹¹⁸, e, di conseguenza, sulla giustezza della decisione, dal momento che solo dalla piena consapevolezza della norma giuridica (*rectius*: dei concetti giuridici contenuti nella) dipendono la piena comprensione del diritto e la certezza della sua applicazione.

L'apporto determinato dall'auspicabile rivisitazione della categoria del segreto rileva pure su altri fronti.

5.2 Le ricadute della *dissenting* sull'opera evolutiva del diritto.

Invero, se il contesto ermeneutico pluriculturale (= comunitarista, convenzionalista, comparatista; dialogo tra Corti) ha determinato un cambio di rotta rispetto alla tradizionale interpretazione caratterizzata dalla primazia dell'oggettività del testo scritto¹¹⁹ e disinteressata agli approdi delle Corti sovranazionali, valorizzando in tal modo la "capacità di dialogare" del giudice per risolvere il rapporto diritto-società¹²⁰, l'opinione dissenziente si accresce del valore persuasivo al pari del giudizio della maggioranza, nella misura in cui offre la propria soggettività ed esperienza a quel "dialogo", ovvero, all'opera evolutiva del diritto. Nella qualità, essa potrebbe essere richiamata efficacemente sia come precedente che come ragionamento; potrebbe mostrarsi potenzialmente idonea a mettere in discussione la portata persuasiva (non precettiva, come accade, invece, nella tradizione di *common law*) del dettato giurisprudenziale, fino a favorirne l'eventuale futuro superamento, mentre l'assoluta ininfluenza nel contesto della singola decisione manterrebbe integro il bisogno di democraticità formale della decisione che la maggioranza, sola, manifesta.

118. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, trad. a cura di La Torre, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, 1998, p. 200.

119. CARCATERRA, *Del metodo dell'interpretazione giuridica*, in *Esperienze giuridiche del '900*, a cura di F. Modugno, Milano, 2000, 64.

120. Nel verso del *pluriculturalismo*, GROSSI, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006.

Interessanti i contributi di FERRARESE, *Il diritto al presente*, Bologna, 2002 e di GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.

Rendere pubblico il *dialogo* avvenuto nella camera di consiglio, formalizzare cioè le dichiarazioni degli stessi interlocutori, evidenziando le diverse prospettive, concorrerebbe a realizzare quella integrazione interculturale, prima che multiculturale, alla quale tende il diritto comune europeo.

Ragionare in un'ottica di pari dignità dialogica; dunque: riconoscere potenzialità persuasive all'ermeneutica dissenziente non mette in crisi il valore della maggioranza della decisione proprio perché, s'è detto, nei sistemi di *civi law*, il giudice è pienamente libero nell'interpretare gli enunciati giuridici del caso analogo in modo diverso; ed una giurisprudenza che modifichi l'opinione fino a quel momento dominante è sempre ammissibile, purché supportata da una ragione giustificativa¹²¹.

A questo punto, appare chiaro il segnale della crisi del postulato della neutralità del giudice e della decisione, reso più evidente dalla trasformazione in senso orizzontale della composizione delle fonti nonché da quel più volte riferito dialogo tra Corti e Carte; che, se da un lato, conferiscono al giudice un ruolo idoneo a soddisfare le nuove esigenze di tutela dei diritti emergenti dagli ordinamenti-sistemi sovranazionali, le cui istanze richiedono sia pratiche conservatrici che innovatrici, d'altro canto, determinano un progressivo arricchimento del ragionamento decisionale e del valore della giurisprudenza, finendo per affievolire¹²² (non per risolvere) la tradizionale contrapposizione, senza peraltro annullare le differenze ontologiche, tra *common law* e *civil law*.

Eguale esperienza sembra potersi ricavare attualmente nei Paesi di *common law*, in cui la integrazione dei principi di diritto con le leggi scritte è sempre più evidente (si pensi alla disciplina dei contratti nel diritto inglese oramai affidata alla legge scritta, mentre il diritto dei contratti resta materia regolata dal precedente). Ciò a riprova che nessun sistema è immutabile; ognuno, pur conservando la propria autonomia e fisionomia, risente dei bisogni della storia, che inducono, pur nella resistenza delle strutture fondamentali, l'eterogenesi degli istituti¹²³.

Ora, non v'è dubbio che anche nell'ambito della giurisdizione di legalità¹²⁴ la previsione esplicita – *de iure condendo* nel contesto di quella della legittimità – della manifestazione dell'opinione dissenziente nella camera di consiglio rappresenti un baluardo, all'interno del potere giudiziario, del pluralismo culturale e della democrazia formale tipica dello stato di diritto, nonché della indipendenza

121. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, 7.

122. Già, MARKESINIS, *The Gradual Convergence*, Oxford, 1994.

123. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, II ed, Paris, 1978, trad.. *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, a cura di Sacco, II ed. Padova, 1973, 441 s., parlando della dottrina dello *stare decisis* concludeva affermando che il rigore con il quale tale dottrina era applicata rispondeva nient'altro che alle «condizioni di quei tempi».

124. La ripartizione funzionale tra *giudice della legalità* e *giudice della legittimità* è opera di RICCIO, *La Procedura Penale*, cit., p. 85.

e dell'autonomia interpretativa propria di ogni giudice; tuttavia, in questi ambiti – a differenza di quelli che coinvolgono il *fatto* – meditare sulla (in)opportunità di mantenere il segreto sui percorsi della deliberazione interessati dalla *dissenting* è operazione consigliata pure dal riferito ruolo assunto dalla interpretazione nel sistema delle fonti, qui speculato rispetto ai concetti di legalità costituzionale e di legalità processuale, nonché alla funzione riconosciuta alle Corti di controllore della validità della legge e di controllore del vigore della legge¹²⁵.

Sul fronte della legalità costituzionale, ci si riferisce alla costituzionalizzazione della legalità convenzionale ad opera del primo comma dell'art. 117 Cost.; al riordino sistematico dei principi cardini del sistema delle fonti ad opera della Corte costituzionale¹²⁶; alla rinnovata attenzione apprestata dalla stessa Corte alla rilevanza del confronto tra tutela sovranazionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali tesa alla massima espansione delle garanzie individuali¹²⁷ – parametro culturale oltre che positivo – prima ancora che al bilanciamento con diversi interessi protetti da altre norme costituzionali¹²⁸. Si considerino, in più, la valutazione sistemica – non più isolata – con cui la giurisprudenza costituzionale esamina i valori coinvolti nelle norme di volta in volta scrutinate ai fini del bilanciamento tra quelli assunti come fondamentali dalla Costituzione ai fini della loro complessiva tutela¹²⁹, nonché il riconoscimento riservato alle disposizioni

125. Ancora, Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264.

Conformi, Corte cost., nn. 85 e 170, rispettivamente del 9 maggio 2013 e del 1 luglio 2013; Id., 22 luglio 2011, n. 236; Id., 7 aprile 2011, n. 113; Id., 5 gennaio 2011, n. 1; Id., 12 marzo 2010, n. 93; Id., 26 novembre 2009, n. 311; Id., 24 luglio 2009, n. 239; Id., 27 febbraio 2008, n. 39; Id., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349 cit.

Di recente, Cass., III, 30 aprile 2014, n. 20636, in *CED Cass.*, n. 236619.

Cfr., Corte giust. UE, 26 febbraio 2013, C- 399/11; Id., 17 ottobre 2013, C- 291/12; Id., 12 giugno 2003, C- 112/00.

126. A partire da Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, cit., fino a Id., 22 settembre 2014, n. 227.

127. *Ex multis*, Corte cost., 18 luglio 2014, n. 223; Id., 4 luglio 2014, n. 191; Id., 20 giugno 2013, n. 143; Id., 28 novembre 2012, n. 264, cit.; Id., 7 giugno 2012, n. 150; Id., 11 novembre 2011, n. 303; Id., 30 novembre 2009, n. 317.

In dottrina, AA. VV., *La Carta e le Corti: i diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, a cura di G. Bronzini, V. Piccone, Taranto, 2007; AA. VV., *Dieci casi sui diritti in Europa*, a cura di Cartabia, Bologna, 2011; AA. VV., *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana: avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, Napoli, 2006; SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionali.it), n. 1, 2006, 14.

128. Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264, cit.

129. La Corte costituzionale, infatti, fin dall'inizio ha optato per una valutazione sistemica del-le norme costituzionali funzionale a stabilire la legittimità costituzionale della disposizione scrutinata («Una norma legislativa può essere viziata da illegittimità costituzionale, anche per contrasto con norme e principi desumibili dal combinato disposto di due o più disposizioni costituzionali, pur senza contraddire direttamente ad alcuna di queste considerata nella sua dizione testuale. (...)

della Convenzione europea che diviene oggetto di bilanciamento in tutti i giudizi della Corte interna volti «non all'affermazione della primazia dell'ordinamento nazionale, ma all'integrazione delle tutele»¹³⁰; la lettura innovata del combinato disposto degli artt. 11 e 117, 1° comma Cost. a seguito della progressiva espansione dell'ordinamento dell'Unione europea nell'ambito dei diritti procedurali; la tendenza alla internazionalizzazione e alla sovranazionalizzazione degli ordinamenti costituzionali e, specularmente, alla costituzionalizzazione dei sistemi sovranazionali e dello stesso ordinamento della Comunità internazionale¹³¹.

Sul fronte della *legalità processuale* «la linea normativa degli artt. 3; 101, 2° comma (1 c.p.p.); 11-117, 1° comma; 117, 1° comma Cost. rinnova la dimensione del principio di legalità processuale che non assume più soltanto connotati nazionali, ma si integra della legalità processuale comunitaria e della legalità pro-cessuale convenzionale, comportando che la interpretazione della norma (*rectius*: della regola e/o del principio) nazionale non sia più soltanto “secondo Costituzione” (= controllo diffuso della legittimità delle leggi), ma comunitariamente adeguata (nel rispetto dei cd. controlimiti, da leggersi in armonia con il rinnovato paragrafo 2 dell'art. 4 TUE) e convenzionalmente orientata (entro il margine di apprezzamento pure riconosciuto al giudice nazionale¹³², a cui si aggiunge il principio di sussidiarietà)».

La riprova: l'omissione della doverosa attività ermeneutica “integrata” costituisce motivo assorbente di inammissibilità della eventuale questione di legittimità costituzionale sollevata.

Le ricadute: il consolidarsi, nella giurisprudenza costituzionale, del principio in virtù del quale le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché

Non è necessario, quindi, individuare una singola norma in contrasto, ma si può guardare ad un sistema di norme, che ha come risultato la comprensione di un diritto fondamentale»: Corte cost., 17 febbraio 1969, n. 15; anche se, è solo di recente che la stessa ha esteso l'oggetto della valutazione ad un *sistema di sistemi*.

130. Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317.

131. Per l'approfondimento, il nostro *La relatività del giudicato processuale*, cit., 159 s..

132. Il margine di apprezzamento è la misura di discrezionalità che la Corte di Strasburgo riconosce caso per caso al legislatore nazionale operante in un preciso contesto socio-culturale, che deriva da una specifica tradizione storica ed antropologica. Attraverso esso diviene possibile il bilanciamento fra gli obblighi derivanti ai contraenti dalla CEDU e la sovranità di ciascun Paese membro.

In tema, tra gli altri, DONATI, MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, in *Atti del Seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio-1 giugno 2002*, a cura di Falzea, Spadaro, Ventura, Torino, 2003, 65 ss.

Cfr., ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH: integración y pluralism europeos*, in *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, a cura di Mezzetti, Morrone, Torino, 2011, 87 ss.

è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali¹³³ – tenendo conto del combinato normativo degli artt. 101, 2° comma; 10-11; 117, 1° comma Cost. – ha condotto alla configurazione della interpretazione adeguatrice quale onere aggiuntivo in particolare del giudice della cassazione (in generale, del giudice comune), consentendogli una partecipazione diretta alla realizzazione dei valori costituzionali ed un dialogo fecondo con il giudice della legittimità.

È evidente, dunque, il bisogno di «*uniformità ermeneutica integrata* della norma nazionale» che si realizza «attuando non più soltanto la legalità costituzionale – che pure conserva primazia – ma utilizzando tutte le potenzialità insite nell’ordinamento e nel sistema sovranazionale, nell’ottica di in un rinnovato positivismo. Allo stato attuale dell’integrazione europea, infatti, qualsiasi tentativo di analisi connesse alla interpretazione della norma interna, finanche di quella costituzionale, sarebbe incompleto se non venisse svolto anche avuto riguardo al ruolo assunto dalle disposizioni e dalla giurisprudenza sovranazionale»¹³⁴.

Sicché, la nuova dimensione assunta dalla pluralità delle interpretazioni; la convivenza di diverse tradizioni giuridiche e di esperienze nelle quali i giudici concorrono a creare diritto e la cui funzione non può prescindere dallo *stare decisis* e sistemi nei quali quelli sono chiamati ad applicare la legge posta da altri ed in posizione subordinata; l’esegesi evolutiva dei principi contenuti nella Carta costituzionale quale approdo del dialogo tra Carte e Corti; nonché e soprattutto, le ricadute del pluralismo culturale sulla inscindibile unità tra *norma* e *diritto* che si manifesta nella motivazione delle sentenze di legittimità e di legalità inducono a riconsiderare, anche per questa via, l’utilità dell’opinione dissenziente e ad attribuirle rinnovato valore, considerato che lì si esprime la capacità del giudice di interpretare la legge, quindi, di creare in diritto¹³⁵.

5.3 ... e sulla tenuta della certezza del diritto

La *dissenting*, quale stimolo alla evoluzione della giurisprudenza ed il mutare della realtà sociale non mettono in crisi la certezza del diritto – qui intesa in senso

133. Corte cost., 5 gennaio 2011, n. 1; Id., 12 gennaio 2011, n. 13; Id., 12 gennaio 2011, n. 15; Id., 25 gennaio 2011, n. 23.

134. Il virgolettato è il nostro *La relatività del giudicato*, cit., 65 s.
In senso critico, BIGNAMI, *L’interpretazione del giudice comune nella «morsa» delle Corti sovranazionali*, in *Giur. cost.*, 2008, 595.

Sullo specifico rapporto tra diritto dell’Unione e diritto interno, per tutti, GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale*, Torino, 2013.

135. «(...) noi di creazione accettiamo più che altro un concetto di contributo, di originalità, di innovazione, non certo di creazione come produzione *ex nihilo*»: ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, in *La sentenza in Europa*, cit., 218.

generale (non anche procedurale), come presupposto della capacità ordinativa del diritto stesso –, che si iscrive in un contesto in cui la relazione tra l'esigenza di "socialità" del primo e quella di garantire la legalità costituzionale è presidiato dal controllo di costituzionalità, che nemmeno nel contesto ordinamentale integrato perde il suo ruolo di garanzia fondamentale¹³⁶.

Sul fronte della Corte costituzionale, la capacità creativa dei giudici si esprime non solo nella rivisitazione di posizioni precedentemente assunte¹³⁷, ma anche nella produzione di schemi di giudizio, oltre che in un diretto contributo alla formazione (*rectius*: creazione) del diritto giurisprudenziale¹³⁸. È il caso soprattutto delle sentenze di rigetto o interpretative di rigetto e delle pronunce di accoglimento o di annullamento di tipo additivo o formalmente creativo, là dove al fisiologico intervento di controllo sulle leggi si accompagnano elementi creativi, modelli, condizioni e/o limiti per il legislatore. Si associ la rilevanza monofilattica che nell'ultimo periodo ha caratterizzato le pronunce di irrilevanza per erroneità del presupposto interpretativo¹³⁹ e quelle interpretative di rigetto per manifesta infondatezza¹⁴⁰, attraverso le quali la Corte, sotto l'apparenza di giudicare della rilevanza o della fondatezza, in realtà ha vestito la motivazione del proprio provvedimento con l'individuazione della volontà concreta della legge che il giudice *a quo* deve applicare nel caso sottoposto al suo giudizio, indirizzandone, in questo modo, il giudizio con un intervento che ha sostanza monofilattica e superando il sistema ricavabile dalla interpretazione delle leggi costituzionali 9 febbraio 1948, n. 1¹⁴¹, 11 marzo 1953, n. 87¹⁴² e delle Norme integrative¹⁴³.

Insomma, è innegabile che la Corte costituzionale sia titolare della funzione di indirizzo dogmatico della politica sul processo (non soltanto di quello penale). Si pensi al principio di ragionevolezza. Ebbene, la Corte già dagli anni '90¹⁴⁴ ha

136. In senso contrario, FOIS, *Le opinioni dissenzienti*, cit., 572 s.

137. Sulla casistica, VASSALLI, *Testimonianza*, in *Giornale di Storia costituzionale*, in www.storiacostituzionale.it

138. In tema, ROMBOLI, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, in *Istituzioni e dinamiche del diritto: i confini mobili della separazione dei poteri*, a cura di Vignudelli, Milano, 2009, 401 ss.

139. Tra le molte, Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 48 e n. 50; Id., 25 febbraio 2011, n. 63; Id., 30 settembre 2011, n. 258.

140. Corte cost., 18 febbraio 2011, n. 54 e n. 56.

141. In *Gazzetta Ufficiale*, 20 febbraio 1948, n. 43.

142. In *Gazzetta Ufficiale*, 14 marzo 1953, n. 62.

143. *Norma integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, Delibera del 16 marzo 1956, in *Gazzetta Ufficiale*, 24 marzo 1956, n. 71 – *Edizione speciale*; successivamente modificate ed integrate, da ultima, con Delibera del 7 ottobre 2008, cit.

In tema, in generale, CONTI, *Mantenere nel tempo il valore del giudizio incidentale*, cit., 42-45.

144. A partire dalla sentenza n. 77 del 1994, volendo limitare l'indagine al campo del processo penale.

trasformato la *razionalità* da limite interno all'uguaglianza, da criterio autorizzativo di difformità di trattamento coerenti al sistema, ad elemento di valutazione esterno al sistema, mostrandosi nella veste di «soggetto taumaturgo delle possibili soluzioni delle discrasie codicistiche»¹⁴⁵, pur nel rispetto del principio fissato dall'art. 28, legge n. 87 del 1953, in base al quale è precluso alla Corte qualsiasi sindacato «sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

Allo stesso modo, non si può negare la valenza costitutiva delle linee normative da cui la Corte stessa ricava il principio, né la loro potenziale incidenza nelle scelte discrezionali del legislatore¹⁴⁶. S'è detto. Ciò fa prendere coscienza dell'assottigliarsi del rapporto tra giudizio di legittimità ed opera creatrice della giurisprudenza, tra giurisdizione e legislazione.

Infine. È innegabile che i giudizi costituzionali non siano scevri, nei frangenti decisivi delle loro argomentazioni, di elementi valutativi a carattere morale¹⁴⁷.

Anche attraverso questi temi e queste interrelazioni si coglie la cultura della Corte e si avverte il bisogno di rivisitare l'opinione dissenziente in relazione (pure) a quella giurisdizione.

Invero, poiché qui la motivazione include implicitamente o esplicitamente direttive di comportamento conforme a Costituzione per il legislatore; sicché,

145. RICCIO, *Introduzione*, in *I nuovi binari del processo penale*, cit., p. 51.

In argomento, MALFATTI, PANIZZA, ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 329 s.: «il riferimento al concetto di ragionevolezza, da parte della Corte costituzionale, viene operato almeno in due differenti significati, il primo dei quali, in più stretto legami con il suddetto art. 3, appare come sinonimo particolarmente di *razionalità, logica, coerenza, congruità*. In tali ipotesi spesso la Corte ancora il sindacato di ragionevolezza alla *ratio legis*, il che le consente di esplicitare il suo giudizio mantenendosi nei limiti fissati dall'ordinamento, senza sovrapporre le proprie scelte a quelle del legislatore. in un secondo significato la Corte si è riferita alla ragionevolezza in una accezione del termine più vicino al concetto di *bilanciamento, equilibrio, contemperamento*, nel senso della necessità di operare un bilanciamento tra due o più principi, tutti riconosciuti a livello costituzionale, ma che, nella specie, non appaiono suscettibili di essere congiuntamente realizzati».

146. «Il controllo della “ragionevolezza” della scelta operata dal legislatore rappresenta oggi la vera pietra miliare ed un punto assolutamente fondamentale dell'attività della Corte costituzionale. Essa, nel momento in cui giudica sotto il profilo della ragionevolezza della legittimità di una determinata scelta del legislatore sospettata di incostituzionalità, non limita il suo esame a questo o a quel particolare principio costituzionale che il giudice *a quo* ha ritenuto essere stato violato, ma estende necessariamente il suo giudizio a tutti i principi costituzionali che vengono ad essere coinvolti nella questione, al fine di operare un bilanciamento degli stessi e di giudicare appunto sulla “ragionevolezza” della scelta del legislatore»: MALFATTI, PANIZZA, ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 329.

147. Ampiamente, PAJNO, *Giudizi morali e pluralismo nell'interpretazione costituzionale. Un percorso tra Hart e Dworkin*, Torino, 2013, 180 ss. e 205 ss. che individua nella teoria del diritto come pratica sociale, la strada migliore per spiegare, contestualmente, la normativa della Costituzione ed il peso che i giudizi morali hanno nella soluzione dei casi di diritto costituzionale, nonché il ruolo che assume, in questo contesto, il pluralismo che caratterizza gli ordinamenti costituzionali odierni.

la funzione creativa dei giudici costituzionali finisce per essere strumentale all'adeguamento del legislatore alla Costituzione. Dunque, quando quella tensione dialettica si sviluppa in termini conflittuali, risulta indispensabile ed opportuno che la *dissenting* possa manifestarsi. Invece, allo stato dell'arte, il sistema di motivazione, non lascia formalmente spazio alle opinioni contrarie, dando vita ad una prassi in cui sono ammesse, in sede di stesura dei motivi confluenti nel dispositivo, espressioni concordate con chi è rimasto in minoranza, in un contesto caratterizzato da accettazioni reciproche e da concessioni ai punti di vista minoritari, sicuramente «in omaggio alla prudenza, ma non certo alla chiarezza»¹⁴⁸.

In via generale, infine, dalla previsione del “giudizio discordante” «ne trarrebbe vantaggio la qualità delle sentenze e, attraverso il chiaro contrapporsi di argomenti ed opinioni, aumenterebbero la forza di persuasione di quelli prevalenti, la trasparenza delle decisioni, il ruolo (democraticamente controllato) di organo *super partes*»¹⁴⁹.

Sul fronte della Corte di cassazione: l'art. 111, 7° comma Cost. evidenzia la legittimazione del ruolo assunto dalla Corte rispetto al compito, tra gli altri, di esprimere orientamenti giuridici; i quali, se pure rivestono di autorità soltanto nella specifica vicenda giudiziaria a cui si riferiscono, producono comunque una

148. «Se non si supererà questa *impasse*, continueremo ad avere motivazioni che creano più problemi di quanti non risolvano, in un interminabile ginepraio di passi e contrappassi. (...) Urge l'introduzione del *dissenting*, di modo che la motivazione del provvedimento sia quella della sola maggioranza. Gli altri, se lo riterranno, aggiungeranno le proprie considerazioni in senso contrario. Solo così le affermazioni di principio, facendosi più lineari e coerenti (...) acquisteranno maggiore solidità e diventeranno più accettabili»: Conso, *Conclusioni*, in *I nuovi binari del processo penale. Tra giurisprudenza costituzionale e riforme*, Atti del Convegno (Caserta-Napoli, 8-10 dicembre 1995), Milano, 1996, 241.

149. VENTURA, *Frammenti costituzionali*, cit., 193.

Per ORLANDI, *Relazione*, cit., invece, «il segreto serve anche ad assicurare la libertà di coscienza e la serenità di giudizio, in quanto contribuisce ad affrancare dalle pressioni dell'ambiente chi contribuisce alla deliberazione. Se queste sono le finalità, si capisce che il segreto dev'essere derogabile quando sono in gioco valori di pari rango o di rango addirittura superiore».

In tal senso AMBROSOLI, voce *Provvedimenti del giudice* (dir. proc. pen.), in *Dig. pen.*, X, 1995, 436; CASTELLUCCI, *L'atto processuale penale*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di Spangher, vol. I, tomo II, Torino, 2008, 16.

Per CANZIO, *nota* a Cass., I, 10 gennaio 2001, Lignola, in *Foro it.*, 2001, II, p. 138, la *ratio* del principio della segretezza deriva dalla esigenza di assicurare la «impersonalità» e la «autorevolezza» delle decisioni.

In senso opposto, VILLONE, *Corte costituzionale, dissenting opinion*, cit.: «(...) Quindi il *dissent* si può introdurre. Dunque, si deve quando “io vedo accordare il diritto e la facoltà di fare tutto a un qualunque potere, che si chiami popolo o re, democrazia o aristocrazia, che sia esercitato in una monarchia o una repubblica, io dico che là è il germe della tirannide, e cerco di andare a vivere sotto altre leggi” (DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie in Amérique*, trad. dell'Autore). Nel nostro tempo, dobbiamo fare tutto il possibile per difendere gli organi neutrali e di garanzia, nei modi appropriati e consoni alla loro natura e funzione. In questo è il senso del *dissent*, oggi».

generale efficacia persuasiva *erga alios* e concorrono, nella qualità, ad assolvere la funzione di garanzia oggettiva (= esatta osservanza ed uniforme interpretazione della legge) pure demandata a quel giudice. A questi si aggiunge uno ulteriore, relativo alla conformazione ed alla integrazione del diritto nazionale con il diritto sovranazionale¹⁵⁰.

Ora, il conflitto giurisprudenziale che potrebbe derivare dalla pubblicazione dell'opinione dissenziente e della sua motivazione, essendo potenzialmente idoneo a modificare, anche a sovvertire, le coordinate interpretative del diritto vivente, contribuirebbe a rendere effettiva la funzione monofilattica della cassazione, sempre che la si intenda «non solo in difesa della legge» ma anche come «aggiornamento vitale della stessa attraverso la interpretazione»; se si è convinti, che «non è possibile raggiungere l'esatta osservanza e uniformità una volta per tutte (...) è un continuo tendere verso un orizzonte mobile (...) una ricerca sempre incompiuta»¹⁵¹ e che «la nomofilachia non è statica conservazione di orientamenti giurisprudenziali cristallizzati nel tempo» ma «è capacità di adeguare l'interpretazione delle norme al continuo mutare delle esigenze e dei costumi, entro i confini consentiti ed alla luce dei principi posti dalla Costituzione, in modo il più possibile ordinato e coerente, così da rendere chiari i criteri di fondo cui il diritto vivente s'ispira, in un fecondo dialogo con lo stesso legislatore (...)», «non è un valore assoluto, ma metodologico e, nell'inarrestabile evoluzione della giurisprudenza, confluisce dinamicamente nel dovere funzionale di ragionevole mantenimento della soluzione ragionevolmente conseguita»¹⁵².

Rendere pubblico e motivato l'opinione dissenziente scongiurerebbe il rischio che la stessa «divent[] frutto del potere, non del sapere»¹⁵³, in quanto offrirebbe un confronto sulla legalità del rapporto giudice-interpretazione-metodo interpretativo

150. LATTANZI, *La cassazione penale tra lacune legislative ed esigenze sovranazionali*, in *Il ruolo del giudice*, cit., 88 ss.

Il 14 dicembre a Strasburgo, la Corte di cassazione e la Corte europea dei diritti dell'uomo, in persona dei rispettivi presidenti, hanno firmato un protocollo che impegna le due istituzioni a creare reciproci organismi di dialogo per l'attuazione dei principi della CEDU e per consentire ai giudici nazionali di avere piena consapevolezza e conoscenza dei loro contenuti. In questa prospettiva «la stabilizzazione del confronto fra le corti costituisce preludio attuativo del meccanismo di richiesta di parere preventivo che le Alte Corti saranno abilitate a formulare alla Grande Camera della Corte europea quando entrerà in vigore il Protocollo n. 16 annesso alla CEDU. Si intende così fugare non solo la preoccupazione che la Corte EDU costituisca un quarto grado di giudizio, ma anche smentire l'opinione che esista una subordinazione gerarchica fra il giudice nazionale e quello di Strasburgo»: CANZIO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2015 della Corte di Cassazione*, in *Giust. pen.*, 2016, 27.

151. Letteralmente, IACOVIELLO, *La Cassazione penale. fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 108 s.

152. CANZIO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia*, cit., 14.

153. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 75.

che si rivela irrinunciabile soprattutto se si tiene conto che la cassazione, quale giudice della legalità, definisce i corretti criteri ermeneutici ed opera il controllo di razionalità dell'opera di selezione della regola applicata dal giudice di merito, al fine di evitare la deriva della giurisdizione verso la instabilità del diritto "liquido", in un giusto equilibrio tra dimensione creativa e plurale del diritto giurisprudenziale e principi di uniformità e di prevedibilità della decisione¹⁵⁴.

Voglio dire che se le sentenze della cassazione hanno efficacia ermeneutica persuasiva generale; se la motivazione rappresenta la garanzia contro l'abuso del diritto da parte del giudice; se l'art. 12 preleggi nella lettura integrata con i criteri della interpretazione costituzionalmente, comunitariamente e convenzionalmente conforme¹⁵⁵ abbandona la sua immagine di «interprete imbavagliato»¹⁵⁶ per detta-re un rinnovato «metodo legale del diritto»¹⁵⁷, consentire la formalizzazione della *dissenting* significherebbe garantire la uniformità della interpretazione attraverso la oggettività dei criteri ermeneutici. Se v'è una opinione *a contrario*, evidente-mente il procedimento applicato non è condiviso; dunque, c'è il rischio che non sia oggettivo perché non è legale. Motivarlo e renderlo pubblico, significherebbe rendere possibile che una decisione posteriore "corregga" l'errore nel quale il giudice dissenziente ritiene che il collegio sia incorso (= pluralismo dialogico; pluralismo giudiziario).

In ultima analisi, l'adozione della *dissenting* da parte delle Corti supreme varrebbe a porre nella adeguata prospettiva le soluzioni concretamente adottate dalla maggioranza anche in relazione alla denunciata progressiva espansione, non sempre fisiologica, del potere delle magistrature superiori e delle loro giurisprudenze.

6. L'approccio comparatista

Non v'è dubbio che il multiculturalismo comporti comunicazione crescente fra gli ordinamenti nazionali, fra le differenti espressioni della tradizione giuridica europea confluite nel sistema dei Trattati europei e, in un'area più ampia, nel sistema della C.E.D.U.; né può trascurarsi la combinazione degli stili argomentativi delle Corti dei singoli Stati membri che, a loro volta, segnano la dogmatica del pluralismo ermeneutico sempre più in evoluzione.

154. CANZIO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia*, cit., 13 s.

In argomento, ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte del diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Napoli, 2007.

155. ROMBOLI, *Trasformazione del ruolo del giudice e nuove tecniche interpretative*, in *Il ruolo del giudice*, cit., 43 ss.

156. L'espressione è di GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, 227.

157. Ancora, IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 77.

A dire il vero, lo sviluppo in tale direzione appare scontato: la crescente integrazione tra ordinamenti e le continue interazioni tra Corti nazionali, sovranazionali ed internazionali manifestano la “pluralizzazione” del diritto, delle sue fonti e delle tecniche di risoluzione dei conflitti. Il fenomeno rientra nel più ampio contesto del pluralismo giuridico¹⁵⁸, di cui rappresenta una manifestazione significativa ed apre il dibattito sull’uso del diritto e del precedente straniero nella interpretazione del diritto interno¹⁵⁹.

Nel contesto giurisprudenziale è indubbia la utilità di adottare il metodo comparativo¹⁶⁰, quindi, l’uso del precedente straniero, tanto più che la dottrina della Costituzione si configura, attualmente, sempre più quale scienza giuridica comparata di testi e di culture altre rispetto a quelli nazionali. Non è un caso che il diritto comparato, in generale, sia utilizzato spesso anche nell’ambito della ricerca che il giudice espleta in relazione alla fattispecie concreta sottoposta

158. La letteratura che costruisce il concetto di pluralismo giuridico come categoria ermeneutica del fenomeno giuridico è ampia. tra gli altri, BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva “quantistica”*, Milano, 2013; DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013; RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, 2012.

Il fenomeno è condiviso nella dottrina straniera: KRISH, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, 2010; MICHAELS, *Global Legal Pluralism*, in *Annal Review of Law & Social Science*, vol. 5, 2009, 1 ss.; TAMANAHA, *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, in *Sydney Law Review*, vol. 30, 2008, 375 ss.; GRIFFITH, *What is Legal Pluralism?*, in *Journal of Legal Pluralism*, vol. 24, 1986, 1 ss.

159. Ora, mentre la situazione è chiara per quel che riguarda i precedenti sovranazionali, il dibattito è acceso rispetto al diritto giurisprudenziale straniero.

Nonostante l’ultimo tema sfugga all’economia del nostro lavoro – mentre il primo lo abbiamo sviluppato ampiamente speculando sul rapporto *dissenting/interpretazione* – va comunque detto che riteniamo difficile ipotizzare la vincolatività del precedente straniero atteso che il diritto che i giudici *altri* interpretano è diritto interno che non ha (può avere) alcuna efficacia nella risoluzione delle questioni domestiche. Tutt’al più, se vi sono omologazioni tra sistemi, esso può essere utilizzato a fini persuasivi e/o argomentativi. Si pensi, ad esempio, alla influenza della giurisprudenza straniera nell’attività ermeneutica dei giudici costituzionali italiani, resa possibile, sia pure in termini di *persuasività*, giammai di *vincolatività*, dalla frequente comunanza dei diritti garantiti nelle costituzioni democratiche. In altri termini, quando i valori costituzionali garantiti sono condivisi, la interpretazione straniera degli stessi può orientarne quella nazionale.

Per l’approfondimento, si rimanda ad AA. VV., *I giudici di common law e la (cross) fertilization*, cit. Sulle definizioni del contenuto del *common law* si rinvia ai contributi, datati, ma pur sempre attuali, di DAVIES J., voce *Common Law*, in *Nov. Dig. It.*, III, Torino, 1959, 667; MOCCIA, voce *Common law*, in *Dig. it.*, III, Torino, 1988, 17; RHEINSTEIN, voce *Common law-Equity*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 914.

160. In ordine al quale, *ex multis*, PIZZORUSSO, *La comparazione giuridica e il diritto pubblico*, in *L’apporto della comparazione alla scienza giuridica*, a cura di Sacco, Milano, 1980, 61 ss.; RUGGIU, voce *Comparazione (dir. cost.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, Milano, 2006, 1055 ss.; ZAGREBELSKY, *Considerazioni sull’uso della comparazione negli studi di diritto costituzionale italiano*, in *L’apporto della comparazione*, cit., 85 ss.

al suo esame, trovando in ordinamenti stranieri la base di argomentazioni per ricostruire il diritto nazionale¹⁶¹. Epperò, allo stesso tempo, non può negarsi l'atteggiamento di chiusura delle giurisdizioni di tradizione di *civil law* rispetto al "diritto straniero".

Infatti, mentre in quella di *common law* è frequente il caso di sentenze che richiamino esperienze di altri Paesi appartenenti alla medesima e ad altre tradizioni, trattandosi di sistemi "aperti" in cui non è conosciuto, se non in via eccezionale, il fenomeno della codificazione, che chiama il giudice a svolgere una funzione esplicitamente creativa; nei sistemi di *civil law* la comparazione dei modelli è operazione sporadica. Così, per esempio, in Italia, i riferimenti stranieri sono rari¹⁶² «sia per la disattenzione di avvocati e magistrati italiani a quanto avviene all'estero, sia per la consapevolezza di tutti che le argomentazioni fondate su modelli stranieri non sono altrettanto forti quanto le argomentazioni fondate sul diritto italiano e, ovviamente, sul precedente di legittimità invocato correttamente»¹⁶³.

Ebbene, in generale, non dubitiamo dell'utilità della comparazione giurisprudenziale¹⁶⁴ – anche se la escludiamo per il caso di specie –; viceversa, ci poniamo il problema della possibilità di relazionare il metodo comparativo al dialogo tra legislatori, tra disposizioni ordinamentali, non solo quando le tradizioni giuridiche sono diverse, ma anche quando i sistemi abbiano matrice comune.

161. Si pensi, tra gli altri, ai casi della recezione dello sviluppo del modello del regionalismo italiano in Spagna, e – per rimanere in tema – della recezione dell'istituto tedesco del voto dissenziente dei giudici costituzionali nella Costituzione spagnola.

In argomento, tra gli altri, HÄBERLE, *Introduzione*, in *La legge fondamentale tedesca*, Milano, 1997, 4; PIZZORUSSO, *La problematica delle fonti del diritto all'inizio del XX secolo*, in *Foro it.*, 2007, V, 40.

162. Di recente la Corte costituzionale (sentenza n. 10 del 2015), nel dichiarare la incostituzionalità della disposizione *sub iudice* con effetti irretroattivi, o meglio, a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, ha fatto riferimento alle esperienze tedesca, austriaca, portoghese e spagnola.

163. ALPA, *L'arte di giudicare*, cit., 37.

Nello stesso senso, ZENO-ZENCOVICH, *Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: una ricerca sul nulla?*, in *Dir. pub. comp. ed eur.*, 2005, 1995.

In senso contrario, ritengono che le Corti italiane solo formalmente siano restie ad accogliere l'esperienza straniera nelle proprie decisioni, BALDASSARRE, *La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo*, in *Dir. pub. comp. ed eur.*, 2006, 989; DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 391.

Per uno sguardo d'insieme, da ultimo, PASSAGLIA, *Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale: un'indagine relativa al periodo gennaio 2005-giugno 2015*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.it), fasc. II, 2015, e la bibliografia ivi contenuta.

164. Da intendersi come confronto tra orientamenti giurisprudenziali che, pur investendo lo stesso giudizio, riguardano tradizioni giuridiche diverse; e quale metodo per stabilire fino a che punto le decisioni dei giudici *altri* riescano ad incidere su quelle dei giudici nazionali e fino a che punto la loro giurisprudenza influenzi i comportamenti della giurisdizione.

Invero, mentre il *dialogo* tra giudici presuppone che ci si interroghi se nel nostro ordinamento la comparazione sia considerata come metodo interpretativo ed immediatamente dopo quale ne sia (ne debba essere) l'uso come tecnica nelle parti motivate della decisione giudiziale; il metodo comparativo, viceversa, rimanda all'uso del precedente legislativo e la relativa analisi investe la disposizione straniera.

Ora, nella rivalutazione della questione della deroga al segreto della camera di consiglio non è efficace fare riferimento alle prassi giurisprudenziali straniere, in quanto la categoria dell'opinione dissenziente è scelta del legislatore, non può essere affidata al metodo dell'interprete e la rinnovata dimensione assunta dalla interpretazione giudiziale nell'attuale panorama giuridico multilivello rappresenta solo un motivo, sia pure rilevante, per suggerirne normativamente la pubblicizzazione nella motivazione delle sentenze delle Corti supreme (s'è detto).

Su queste consapevolezze metodologiche, lo studio della *dissenting* nelle diverse tradizioni giuridiche europee (sia di *civil* che di *common law*) dovrebbe seguire percorsi legislativi, i quali, a loro volta, non potrebbero prescindere da una verifica di e del sistema, che impone la ricerca di un bagaglio di esperienze culturali e costituzionali comuni, in una continua tensione dialettica «tra l'uno e il diverso»¹⁶⁵.

La verifica fa dubitare dell'attitudine del metodo comparativo a guidare possibili aperture, *de iure condendo*, verso la *dissenting opinion*, in quanto essa presuppone la inevitabile immedesimazione delle ragioni della rivisitazione della categoria nel contesto storico-culturale-sistemico-ordinamentale nazionale, non omologabile, anche quando è assimilabile, ad esperienze legislative *altre*.

Insomma, il rapporto possibile, in generale (ma non nel nostro caso per la indissolubilità della relazione *dissenting*-legislatore) è tra giudice e comparazione; non anche tra legislatore e comparazione. La comunicazione transnazionale riguarda le Corti; il confronto multilivello è tra giudici; il progetto ambisce allo sviluppo del ricorso ai precedenti stranieri. Situazioni estranee al legislatore.

Sicché, nell'analisi del tema, ricorriamo alla comparazione non per speculare sulla struttura della *dissenting opinion* nei Paesi scelti come riferimento – Germania e Spagna –, per metterne in luce la struttura e/o per scoprirne i nessi funzionali soggiacenti. Non potremmo, nella misura in cui quegli elementi sono indissolubilmente legati alla dimensione intranea della categoria; e quindi rimandano a ragionamenti che hanno ad oggetto la *ratio*, l'obiettivo della regola giuridica

165. LEGRAND, *The same and the different*, in *Comparative legal studies: traditions and transitions*, a cura di Legrand, Munday, Cambridge, 2003, 240 ss.

sottostante alla eventuale, potenziale previsione normativa della stessa e della sua pubblicazione.

Il fine, viceversa, è culturale, è politico: osservare le soluzioni adottate nei Paesi che fanno uso della *dissenting opinion*, rilevarne le contraddizioni, valutarne l'efficacia soprattutto rispetto ai mutamenti giurisprudenziali, ovvero, all'ampiamente dimostrato rapporto tra giudizio dissenziente ed interpretazione; dunque, decontestualizzarne la validità, pur nella consapevolezza che la specificità e le differenti identità dei rispettivi ordinamenti costituzionali ed ordinari che influenzano i compiti funzionali della giurisdizione non consentono armonizzazioni legislative e condivisioni di regole, favorirà la esplorazione di soluzioni innovative idonee a scongiurare, *de iure condendo*, nel sistema di giustizia interna, la crisi che, invece, in quegli ordinamenti, investe il rapporto tra *dissenting*, *regola ed eccezione*.

Si sceglie la comparazione, dunque, solo come mero strumento di indagine oltre i confini nazionali, idoneo a favorire una complessiva riflessione sulle prospettive e sulle modalità di introduzione della categoria dell'opinione dissenziente nelle giurisdizioni superiori, ma inidoneo ad avere eco nell'analisi normativa e nella riforma, sul punto, dell'ordinamento interno.

Insomma, in questo caso¹⁶⁶, la comparazione è opportuna per capire la praticabilità di nuove opportunità nei processi di legittimità e di legalità; non di più.

Nonostante 20 ordinamenti degli Stati membri dell'Unione europea su 27 conoscano la categoria¹⁶⁷, i Paesi comparati sono la Germania¹⁶⁸, che riserva il "voto dissenziente" ai giudici costituzionali, siano essi componenti del *Bundesverfassungsgericht* che delle Corti costituzionali dei vari *Länder*; e la Spagna che lo prevede non soltanto per le decisioni giudiziarie costituzionali ma pure per la giustizia ordinaria.

Non riteniamo, viceversa, che possa esservi comparazione con la C.E.D.U., che pure adotta la *dissenting* come forma deliberativa dei propri giudizi¹⁶⁹: sia le sentenze che le decisioni devono essere motivate. Quando le prime non

166. Non si dubita, invece, che in una visione generale, la comparazione serva a familiarizzare con diversi modi di pensare e ad impostare i problemi giuridici; imponga al giurista una costante revisione del proprio metodo, non indicando ad un mero confronto di soluzioni legislative, ma imponendo di tener conto delle caratteristiche sociali, culturali, politiche, storiche dell'ordinamento comparato, al fine di trarre insegnamenti sulla consistenza (e sulla utilità) delle categorie di diritto interno.

167. Il dato è reso noto da ORLANDI, *Relazione*, cit.

168. La comparazione tra sistemi risale a NADELMANN, *Non-Disclosure of Dissents in Constitutional Courts: Italy and West Germany*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 13, 1964.

169. Anche Statuto della Corte internazionale di giustizia dell'Aia prevede la possibilità per i giudici di esprimere tanto l'opinione individuale, che non diverga nel risultato da quella espressa

sono assunte, in tutto o in parte, all'unanimità (art. 22, § 2, Reg. Corte), i giudici hanno diritto di esporre un'opinione separata, dissenziente o concorrente (art. 74, § 2, Reg. Corte) che è parte integrante della pronuncia (art. 45 CEDU)¹⁷⁰.

Le ragioni della preclusione vanno ricercate nella natura della Convenzione, nel dato che essa non crea un ordinamento giuridico sovranazionale, né, quindi, produce norme direttamente applicabili negli Stati contraenti, essendo un mero trattato internazionale multilaterale, sia pure munito di un proprio organo giurisdizionale. Per di più, il sistema convenzionale affida l'attuazione delle relative disposizioni alla sola Corte di Strasburgo, in assenza di attuazione legislativa o paralegislativa. Si è in presenza, dunque, di un giudice ben più *politico* rispetto a quello delle nostre Corti; e tale politicità risulta senz'altro enfatizzata dalla possibilità delle *dissenting* e/o *concurring opinions*.

La scelta è caduta su Spagna e Germania in quanto hanno sistemi di giustizia costituzionale ontologicamente vicini a quello italiano. Italia e Germania¹⁷¹, infatti, sono sistemi di cd. seconda generazione, nati circa negli stessi anni (1948, il primo; 1951, il secondo), mentre la Spagna¹⁷² è un esempio di cd. terza generazione che ha notevolmente subito l'influenza delle Costituzioni di seconda generazione e dell'operato delle Corti costituzionali. Ma tutti presentano, con i necessari distinguo, il controllo di costituzionalità delle leggi nazionali¹⁷³ e si caratterizzano come sistemi a piani normativi verticali, sostanziali, valoriali¹⁷⁴.

Allo stesso tempo, le differenze strutturali, sistemiche, politiche, culturali ribadiscono la improponibilità di una comparazione legislativa tra sistemi di giustizia costituzionale tedesca e spagnola e sistema italiano. Tanto, a partire già dalle modalità di instaurazione del giudizio stesso: nel sistema della *Verfassungsbeschwerde* e in quello dell'*Amparo*, il giudice costituzionale è investito direttamente

dalla maggioranza, ma solo per le motivazioni, quanto quella dissenziente. SAULLE, *L'opinione dissenziente*, Seminario, Corte costituzionale, Roma, 22 giugno 2009, in www.cortecostituzionale.it

170. In generale, per tutti, NOVARESE, «*Dissenting opinion*» e *Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA. VV., *L'opinione dissenziente*, cit., 361 ss.

171. Tra gli altri, MEZZETTI, *Le funzioni della giustizia costituzionale nell'esperienza costituzionale tedesca*, in AA. VV., *Diritti fondamentali e giustizia costituzionale. Esperienze europee e nord-America*, a cura di Gambino, Milano, 2012, 231.

172. Sul modello spagnolo di giustizia costituzionale, per tutti, R. B. Valdés, *Il Tribunale costituzionale spagnolo: disegno giuridico e pratica politica*, in AA. VV., *Diritti fondamentali e giustizia costituzionale. Esperienze europee e nord-America*, a cura di S. Gambino, Milano, 2012, 291 ss.

173. Malfatti, Panizza, Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., 5 ss.

174. Sullo sviluppo della cultura dei diritti nel sistema di giustizia costituzionale tedesco, nella letteratura italiana, HABERLE, *Introduzione*, trad. it. a cura di Luther, in *La legge fondamentale tedesca*, tradotta da Anzon e Luther, Milano, 1997, 1 ss.

dal ricorso del soggetto interessato, «trovando quindi la propria coscienza coinvolta immediatamente negli aspetti di arbitrarietà, ragionevolezza ed equità del caso concreto»; egli «deve ricomporre legge, diritti e giustizia in una situazione processuale non dissimile da quella del suo collega statunitense»¹⁷⁵.

La giustizia costituzionale italiana non può essere accostata a questo modello¹⁷⁶, in quanto nel nostro sistema soltanto l'autorità giudiziaria può introdurre la questione di legittimità costituzionale sospendendo il processo pendente dinanzi a sé, mentre le parti del processo sollevano la questione davanti al giudice della causa e questi, ove ricorrano le condizioni previste, la trasmette alla Corte costituzionale. Di conseguenza, l'iniziativa privata, volta alla tutela dei diritti della parte contro la legge ritenuta incostituzionale, quale manifestazione del diritto di azione riconosciuto dal primo comma dell'art. 24 Cost., si estrinseca soltanto presso il giudice *a quo* – non potrebbe essere diversamente, atteso il carattere ad esercizio personale e diretto del diritto –, non anche presso il giudice costituzionale. Qui, viceversa, agisce il giudice «interessato a difendere la sua posizione istituzionale, la posizione di intermediarietà tra legge e Costituzione»¹⁷⁷.

Si aggiunga la partecipazione al processo costituzionale riconosciuta in Germania ed in Spagna (sia pure in maniera ridotta) non solo ai ricorrenti, ma anche ad altri soggetti pubblici o a «formazioni sociali interessate»¹⁷⁸, inammissibile in Italia.

In relazione alla categoria dell'opinione dissenziente, poi, negli ordinamenti tedesco e spagnolo la struttura della decisione (costituzionale) collegiale è diversa da quella tipica degli ordinamenti di *civil law*, pur appartenendo entrambi a quella esperienza giuridica, dal momento che riconosce la distinta volontà ed il singolo convincimento di ciascun membro del collegio attraverso la documentazione,

175. LUTHER, *L'esperienza del voto dissenziente nel Bundesverfassungsgericht*, in *Il voto dissenziente*, Atti del Seminario, cit., 273.

Sul *derecho de Amparo*, di recente, DELGADO SANCHO, *El recurso de amparo*, Bilbao, 2012. Cfr. CAPPELLETTI, *Amparo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, II, 329 ss.

176. In senso contrario, LUTHER, *L'esperienza del voto dissenziente nel Bundesverfassungsgericht*, cit., 274.

Il ricorso personale diretto al giudice costituzionale è previsto anche nell'ordinamento austriaco (*Individualantrag*) e dall'art. 117, 7° comma della Costituzione kosovara.

177. «Sollevando la questione di costituzionalità il giudice non solo si preoccupa di un'astratta coerenza dell'ordinamento, ma difende una posizione che gli è garantita, quella non di burocratico esecutore della legge, ma di interprete e garante di un più profondo significato del diritto, in uno Stato retto da una costituzione rigida»: ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 280.

178. «che intervengono in modo da dare voce alla società aperta degli interpreti della costituzione (Häberle), concorrendo a configurare un "contraddittorio costituzionale" *sui generis*»: J. Luther, *L'esperienza del voto dissenziente*, cit., 274.

Tra i molti, RINELLA, TOBIA, *I giudici costituzionali nei sistemi federali*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 8, 2004, 441.

nella sentenza stessa, delle loro motivazioni, anche se eventualmente diverse, nonché della loro *dissenting*, con le relative ragioni, sullo stesso *decisum*. Addirittura, in quei sistemi il voto dissenziente può anche aderire alle posizioni delle parti *altre* che partecipano al processo e non rimanere, viceversa, personale ed estraneo rispetto alle deduzioni di queste ultime.

Specificamente, nell'ordinamento costituzionale tedesco, il *Sondervotum*¹⁷⁹ è previsto dall'art. 30, comma 2 della legge istitutiva del *Bundesverfassungsgericht*¹⁸⁰, nel quale il principio di collegialità della decisione è stato slegato da quello della segretezza della discussione a seguito, appunto, dell'introduzione della *dissenting* e/o *concurring opinion*. Infatti, è previsto che la sentenza sia sottoscritta da tutti i giudici che hanno partecipato alla deliberazione, mentre l'opinione discorde lo è solo dai giudici dissenzienti¹⁸¹: «Un giudice può depositare la propria opinione dissenziente nei confronti della decisione o della motivazione, sostenuta durante la discussione, con un voto separato (*Sondervotum*); il voto separato deve essere unito alla decisione. Le Sezioni possono nelle loro decisioni dare atto del risultato della votazione» (art. 30 comma 2). L'art. 26, comma 1, secondo periodo del Regolamento "*GOBVerfG*" relativo alla legge istitutiva del *Bundesverfassungsgericht* prevede la possibilità di riaprire la discussione tra i giudici in seguito ad un voto dissenziente.

In sintesi: il *Sondervotum* deve essere consegnato al Presidente della Sezione nel termine di tre settimane dalla stesura della sentenza e deve concernere un'opinione formulata in sede di discussione con riguardo al dispositivo o alla motivazione della sentenza. Il dissenso (qui inteso come comportamento) non può essere presentato se il dissenziente non ha manifestato la propria opinione durante la discussione in camera di consiglio; mentre può riguardare qualsiasi tipologia di decisione, anche quelle meramente interlocutorie, e non ha nessun effetto giuridicamente vincolante. A garanzia del diritto di replica e di difesa della decisione collegiale, il giudice dissenziente è obbligato a sottoscrivere

179. che parte della dottrina definisce «giurisprudenza alternativa»: HABERLE, *Linee di sviluppo della giurisprudenza della giurisprudenza della corte costituzionale federale tedesca in materia di diritti fondamentali*, trad. it. a cura di M. C. Vitucci, in *Giur. cost.*, 1996, 2286.

180. ... nella versione in vigore dal 25 dicembre 1970.

Sui profili storici, nonché sul dibattito circa la sua recezione e sulla prassi del voto dissenziente, si rinvia a partire da AMRAM, *The Dissenting Opinion Comes to the German Courts*, in *The American Journal of Comparative Law*, VI, 1957, 110 fino a KELEMEN, *Dissenting opinions in constitutional courts*, in *German Law Journal*, vol. 14, n. 8, 2013, 1345 ss.

Interessanti gli approdi di ASPRELLA, *L'opinione dissenziente*, cit., 253 ss. e di LUTHER, *L'esperienza del voto dissenziente nei paesi di lingua tedesca*, in *Pol. dir.*, 1994, n. 2, 241 ss., nonché con il titolo parzialmente diverso *L'esperienza del voto dissenziente nel Bundesverfassungsgericht*, in *Il voto dissenziente*, Atti del Seminario, cit., p. 295 ss.

181. ONETO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici della Corte costituzionale tedesca*, in *Annali facoltà Scienze politiche di Genova*, 1976-1977, 1100.

anche la decisione collegiale. Il collegio, tuttavia, può far constatare che il suo giudizio è rimasto isolato, pubblicando il risultato della votazione. In base al regolamento il relatore distribuisce una relazione scritta consistente in un parere con una proposta di decisione a tutti i membri del collegio, rispetto alla quale i giudici in disaccordo possono scrivere delle vere e proprie controrelazioni. I giudici di maggioranza, infine, possono riaprire la discussione anche dopo la stesura dell'opinione contraria¹⁸². Il giudice dissenziente è obbligato a firmare anche la decisione collegiale; il collegio può rendere noto il risultato della votazione, così come può decidere di non inserire la decisione ed il voto dissenziente nella raccolta ufficiale, anche se, in questi casi, non è escluso che lo facciano le parti¹⁸³.

Nonostante già precedentemente alla costituzionalizzazione della *dissenting* la dottrina chiedesse «proprio per le Corti costituzionali, nell'interesse dell'evoluzione della giurisprudenza che le opinioni divergenti si-ano pubblicate, con o senza il nome del giudice dissenziente, con o senza l'indicazione del numero di voti con i quali è stata presa la decisione»¹⁸⁴, e sebbene alcuni tribunali (come quello di Karlsruhe), già prima del 1975, avessero iniziato ad adottare alcuni espedienti derogatori della segretezza della camera di consiglio¹⁸⁵, gli effetti del *Sondervotum* sui mutamenti della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* sono stati irrilevanti anche in casi giudiziari di particolare impatto sociale o di rilevanza politico-sociale¹⁸⁶; ciò a riprova della crisi, in quel sistema, della giurisdizione e del fallimento del rapporto tra la legge e la sua interpretazione, tra il legislatore ed il giudice, tanto più gravi se si considera la evoluzione

182. La sintesi è di ASPRELLA, *L'opinione dissenziente*, cit., 256, alla quale si rinvia per l'approfondimento circa la natura e le caratteristiche del *Sondervotum*.

183. LUTHER, *L'esperienza del voto dissenziente nel Bundesverfassungsgericht*, in *Il voto dissenziente*, cit., 263.

184. Letteralmente, FRISENHANN, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik*, in *Constitutional Review in the World Today*, 1962, 89, trad. it. a cura di Cervati, Milano, 1973.

185. HEIDE, *Dissenting opinion in der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit*, in *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts (der Gegenwart)*, 1970, 214 ss.

186. Sono pochi gli esempi di voti dissenzienti che sono stati recepiti successivamente dalla maggioranza dei giudici costituzionali. L'esempio più conosciuto, ma isolato, è senza dubbio il voto dissenziente del giudice Rupp von Brünneck nella decisione sul riconoscimento dei diritti sociali come «proprietà» ai sensi dell'art. 14 L. F. Cfr. BVerfGE, 32, p. 129.

I dati si rinvergono in RÖRIG, *L'opinione dissenziente nelle prassi del Bundesverfassungsgericht (1994-2009)*, in *L'opinione dissenziente nella prassi del Bundesverfassungsgericht e del Tribunal Constitucional spagnolo (1994-2009)*, www.cortecostituzionale.it e, da ultima, in K. KELEMEN, *Dissenting opinions*, cit., 1363 ss.

Sull'esperienza del voto dissenziente nel periodo 1971-1991, LUTHER, *L'esperienza del voto dissenziente nel Bundesverfassungsgericht*, cit., 264-269.

creatrice della giurisprudenza – da definirsi addirittura “pioneristica”¹⁸⁷ – della Corte costituzionale federale in materia di diritti fondamentali¹⁸⁸.

Il voto *particular* spagnolo – pur non sconosciuto alla tradizione giuridica spagnola¹⁸⁹ – è stato positivizzato nell’art. 164, comma 1 della *Inner Law* iberica del 1978 e specificato nei commi 1 e 2¹⁹⁰ dell’art. 90 della Ley Orgánica del Tribunal Constitucional del 1979 (LOTIC): il Presidente del Tribunale ed i giudici costituzionali possono esprimere attraverso un voto particolare la propria opinione dissenziente manifestata durante la decisione della reg giudicanda; il parere divergente – da pubblicarsi unitamente alla sentenza/ordinanza nel *Boletín Oficial del Estado* – può riguardare il dispositivo (= voto particolare dissenziente) o le motivazioni del provvedimento giudiziale (= voto particolare concorrente)¹⁹¹.

L’art. 260 della legge *orgánica* del 1° luglio 1985 sul Potere giudiziario (LOPJ) ha introdotto la *dissenting opinion* nel sistema della giustizia ordinaria.

Anche in questo sistema, nonostante il *favor* espresso inizialmente dalla dottrina¹⁹²,

187. ANZON, *La Bundestreue e il sistema federale tedesco: un modello per la riforma del regionalismo in Italia?*, Milano, 1995.

188. HABERLE, *Linee di sviluppo della giurisprudenza della giurisprudenza della corte costituzionale federale tedesca*, cit., 2881 ss.

189. ENZUAGUA GANUZAS, *El voto particular*, Madrid, 1990, 67 e 91.

190. La legge *orgánica* n. 6 del 24 maggio 2007 ha riformato l’art. 90 comma 2 LOTIC includendo le ordinanze tra le pronunce la cui pubblicazione ufficiale deve essere accompagnata dai voti particolari.

191. In generale, BLÁNCO VALDÉS, *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*, a cura di Iacometti, Torino, 2009; CORONAS, *La Costituzione dei mille anni. Studi sulla Costituzione storica spagnola*, Messina, 2014; MORISI, *Stato ed economia*, in AA. Vv., *La Costituzione spagnola del 1978*, a cura di Eduardo García de Enterría e Alberto Predieri, Milano, 1982, 848.

Cfr., TERRAGNO, *Inquadramento della cultura nel diritto costituzionale spagnolo*, Torino 2014. Specificamente, BON, MODERNE, RODRIGUEZ, *La justice constitutionnelle en Espagne*, Paris-Marseille, 1984, 65 ss.; CANO MATA, *Comentarios a la ley organica del Tribunal constitucional*, Madrid, 1986, 593 ss.; GARRIDO FALLA, *Artículo 164*, in *Comentarios a la Constitución*, a cura di Garrido Falla, Madrid, 1985, 945 ss.

192. Tra le caratteristiche con cui la dottrina prevalente spagnola valuta favorevolmente l’introduzione del voto particolare si riferiscono: «la capacità di contribuire, almeno potenzialmente, alla formazione di un *iter* argomentativo più chiaro – in quanto meno dipendente dalla necessità di articolarsi intorno ad un to di consenso –; l’indipendenza dei giudici dalle forze politiche; la possibilità di conferire trasparenza alla decisione del Tribunale e di dar voce così alle molteplici linee di frattura della società spagnola, permettendo al tempo stesso di allargare l’“uditio” delle pronunce oltre gli specialisti del diritto», rafforzando «l’autorità del *Tribunal Constitucional* nella misura in cui tanto le forze politiche quanto i destinatari delle norme interpretate possono comprendere meglio i processi di adozione delle decisioni e “rispettare” così le relative decisioni»: ROMANO, *I voti particolari nella sentenza n. 198 del 2012 del Tribunal Constitucional spagnolo tra approcci alla relazione affettiva e dinamiche dell’interpretazione costituzionale*, in *Nomos*, 3, 2013, 4.

Tra gli altri, CÁMARA VILLAR, *Votos particulares y derechos fundamentales en la pratica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993; ENZUAGUA GANUZAS, *El voto particular*, cit.;

la categoria non ha avuto un particolare impatto sulla evoluzione del diritto né su quella della giurisprudenza costituzionale¹⁹³.

7. Opinione del giudice e preclusioni probatorie

La segretezza attiene al giudizio; riguarda le modalità della deliberazione collegiale; caratterizza l'attività decisionale della camera di consiglio e la motivazione del suo epilogo, precludendo la esternazione delle opinioni e del risultato della votazione con cui è stata assunta la decisione. Dunque, il segreto coinvolge la decisione collegiale intesa come sintesi delle posizioni manifestate da ciascun giudice all'interno della camera di consiglio.

L'asserzione fonda sul combinato disposto degli artt. 125 comma 4, ultima parte e 545 (544; 546) c.p.p.: la pubblicità del dispositivo e la lettura della motivazione, piuttosto che limitare il confine del segreto al primo ambito (modalità), rispondono al meccanismo di riferimento al collegio della decisione, anche quando non è unanime. In tale direzione, quello (il segreto) coinvolge l'opinione dei singoli giudici; che diviene, a sua volta, l'oggetto della notizia sulla quale cade il segreto.

Su queste premesse, appare chiaro che il segreto della camera di consiglio non rientra nella categoria tipica del segreto di ufficio¹⁹⁴, ancorata alla tipizzazione delle

RIDAURA MARTINEZ, *La regulación de los votos particulares en la Constitución Española de 1978*, in *Diez Años de Regimen constitucional*, a cura di Alvarez Conde, Madrid, 1989, 377 ss.; IGARTUA SALAVERRÍA, *Voto particular vs. tesis de la unica solucion correcta*, Estudio introdutorio a F. J. Ezquiaga Ganuzas, *El voto particular*, cit., 11 ss.; MIERES, *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional Espanol (1981-1991)*, in *Revista espanola de Derechoo Constitucional*, 1995, 350.

È critico, TRUJILLO, *Juicio de legitimidad e interpretacion constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español*, in *Revista de estudios políticos*, 1979, n. 7, 154.

193. FERNANDEZ SAGADO, *Las dissenting opinion*, in Id, *La Justitia Cosntitucional. Una visión de derecho comparado*, Dykinson, 2008, vol. I, 419-439 e CÁMARA VILLAR, *Votos particulares y derechos fundamentales*, cit.

In tema, ANZON, *Per l'introduzione dell'opinione dissenziente dei giudici costituzionali*, in AA. Vv., *L'opinione dissenziente*, cit., 448; ASPRELLA, *L'opinione dissenziente*, cit., 261 ss.; LUATTI, *Profili costituzionali del voto particolare. L'esperienza del Tribunale costituzionale spagnolo*, Milano, 1995; ROLLA, *Indirizzo politico e Tribunal costituzionale in Spagna*, Napoli, 1986; ROMANO, *I voti particolari nella sentenza n. 198 del 2012 del Tribunal Constitucional spagnolo*, cit.; SICLARI, *L'istituto dell'opinione dissenziente in Spagna*, in AA. Vv., *L'opinione dissenziente*, cit., 323 ss.

Per i dati statistici, si rinvia a PICÓ, *L'opinione dissenziente nella prassi del Tribunal Constitucional*, cit., 14 ss.

Sul recente crescente ricorso al voto particular, M. IACOMETTI, *Il difficile rinnovo del Tribunale costituzionale e le "peripezie" della sua legge organica*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2011, 172 ss.

194. Né rientra in quelle altre, sulle quali, in letteratura, tra gli altri, AA. Vv., *Nuovi profili del segreto di Stato e dell'attività di intelligence*, a cura di G. Illuminati, Torino, 2011; DIDI, *Testimonianza e segreti professionali*, Padova, 2012; GIOSTRA, *Segreto: X) Segreto processuale*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1998; GRIFANTINI, *Il segreto difensivo nel processo penale*, Torino, 2001;

posizioni soggettive stabilite dal combinato disposto degli artt. 201 c.p.p.; 357; 358; 326 c.p. e per questo non estensibile in via analogica al giudice che abbia concorso alla deliberazione in camera di consiglio; ma rappresenta una forma autonoma di segreto dal quale originano una serie di conseguenze indipendenti, non dunque derivate, da quelle previste dal comma 1 dell'art. 201 c.p.p.¹⁹⁵

Perciò, diversamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti¹⁹⁶, riteniamo che la maniera più corretta per affrontare la questione della (il)legittimità della testimonianza sull'opinione e sui voti espressi dai singoli componenti del collegio sia strettamente collegata alla maniera di intendere le interrelazioni tra fatto-imputazione-prova.

Specificamente: la regola di comportamento contenuta nell'art. 125, comma 4, ultima parte c.p.p, fondata sul principio generale di segretezza della

MOLINARI, *Il segreto investigativo*, Milano, 2003; PERCHINUNNO, *Prove penali e segreti*, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, II, Bari, 1994, 717 ss.; RIVELLO, *Segreto (profili processuali)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIII, Torino, 1997, 90 ss.; SCALFATI, *Testimonianza e segreti nel processo penale (un'indagine su interessi in conflitto)*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 1235; ID., *Interessi in conflitto: testimonianza e segreti*, in AA. VV. *Verso uno statuto del testimone nel processo penale, Atti del convegno dell'Associazione degli studiosi del processo penale, Pisa-Lucca, 28-30 novembre 2003*, Milano, 2005, 149 ss.; TOSCHI, *Segreto (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, 1098 ss.

Precedentemente, in generale, CONSO, *Relazione di sintesi*, in *Segreti e prova penale. Atti del convegno di Ferrara (30 giugno-1° luglio 1978)*, Milano, 1979, 195 ss.; PISANI, *Testimonianza e segreti*, in *La testimonianza nel processo penale. Atti del convegno di Foggia (13-15 ottobre 1972)*, Milano, 1973, 63 ss.

Si leggano pure i contributi di SCARPELLI, *La democrazia e il segreto*, in *Il segreto nella realtà giuridica italiana. Atti del convegno nazionale, Roma, 26-28 ottobre 1981*, Padova, 1983, 646 ss. e di CATANZARITI, *Segreto e potere. I limiti della democrazia*, Torino, 2001.

195. Per FERRUA, *La prova nel processo penale*, vol. I, *Struttura e procedimento*, Torino, 2015, 224 il richiamo contenuto nell'art. 201 c.p.p. «ad un obbligo di astenersi dal deporre può, a prima vista, evocare un divieto probatorio, ossia l'assenza di un potere del giudice di assumere la loro testimonianza; ed è possibile che questa fosse l'intenzione degli artefici del codice, data la diversa formulazione rispetto al segreto professionale (obbligo di astenersi dal deporre in un caso, diritto di non deporre, nell'altro). Ma non è così in base ad un obiettivo esame della disposizione: che i titolari del segreto d'ufficio siano obbligati ad astenersi dal deporre è cosa ben diversa dal fatto che non possa essere assunti come testimoni. L'obbligo del teste di astenersi dal deporre è penalmente sanzionato; ma non è incompatibile col potere del giudice di assumere la sua deposizione. La conseguenza è che, quando decida liberamente di deporre nonostante l'obbligo di astenersi, la sua testimonianza è validamente assunta, salva ogni responsabilità penale.

Allo stesso modo, CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, 692 e LAVARINI, *Segreto d'ufficio e inutilizzabilità della prova*, in *Dir. pen. Proc.*, 2004, 900 ss.

196. In giurisprudenza, Cass., SS. UU., 30 ottobre 2002, n. 22327, in *CED Cass.*, n. 224182; che considera il segreto della camera di consiglio un esempio del segreto d'ufficio, stabilendo, tra l'altro, che tra i soggetti compresi nell'area delimitata dall'art. 201 comma 1 c.p.p. rientri anche il giudice penale che abbia concorso alla decisione assunta in camera di consiglio (artt. 125, comma 4 c.p.p.; 685 c.p.). Di conseguenza, secondo la Corte, egli non può deporre come testimone – e se richiesto ha l'obbligo di astenersi – in merito al relativo procedimento di formazione, limitatamente

deliberazione¹⁹⁷, stabilisce, sia pure implicitamente, una preclusione dichiarativa in capo al giudice che ha partecipato alla camera di consiglio, garantita dalla inutilizzabilità della testimonianza in merito al procedimento formativo (= opinioni e votazione) della deliberazione collegiale. Infatti, la inosservanza del divieto di divulgazione, sotto il profilo processuale, comporta la non valutabilità delle dichiarazioni rese; mentre «chiunque pubblica i nomi dei giudici con l'indicazione dei voti individuali che ad essi si attribuiscono nelle deliberazioni prese in un procedimento penale» incorre nella sanzione stabilita dall'art. 685 c.p.¹⁹⁸, non anche dall'art. 326 c. p.¹⁹⁹, come accade, viceversa, per la violazione del segreto d'ufficio.

Ora, sotto il profilo procedurale, se gli effetti della segretezza della deliberazione ricadono sul rapporto segreto-opinione; dunque, se è il contenuto

ai voti espressi dai singoli componenti del collegio, facendo salvo il sindacato giurisdizionale sulla fondatezza della dichiarazione di astensione.

Cfr., Cass., II, 29 novembre 1999, n. 855, in *CED Cass.*, n. 216514; Id., I, 30 giugno 1999, n. 4582, *ivi*, n. 214017; Id., V, 19 novembre 1998, n. 6251, *ivi*, n. 213073, Conforme la dottrina. Tra i molti, DI CHIARA, *Nota a Cass.*, Sez. Un., 30 ottobre 2002, *Carnevale*, in *Foro it.*, 2003, II, 457; FADALTI, *La testimonianza penale*, Milano, 2012, 121; INZERILLO, *Violazione del segreto in camera di consiglio e conseguente inutilizzabilità della testimonianza*, in *Giur. it.*, 2004, 601 ss.; LAVARINI, *Segreto d'ufficio e inutilizzabilità*, cit., 900 ss.; MAGI, *Come si impermeabilizza la camera di consiglio*, in *Quest. giust.*, 2003, p. 1067 ss.; F. Peroni, *Prova illegittima e prova illecita: una singolare nozione di inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2005, 922; PRIMICERIO, *Profili processuali del segreto della camera di consiglio*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 1159; TONINI, CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012, 222, nota 58; TRIGGIANI, *La testimonianza*, in AA. VV., *La prova penale*, a cura di Ferrua, Marzaduri, Spangher, Torino, 2013, 212.

È critico ORLANDI, *Relazione*, cit.: «pare discutibile l'affermazione perentoria che si legge in SU *Carnevale* (...). In ogni caso, pur ammettendo che la segretezza della camera di consiglio cada sotto l'art. 201 c.p.p., occorre porsi il problema di un bilanciamento dell'interesse protetto da questo particolare tipo di segretezza con l'interesse sotteso all'accertamento penale: l'interesse alla segretezza dovrebbe essere sempre recessivo rispetto a quello di accertare reati. L'art. 201 stabilisce che nessun segreto d'ufficio può essere invocato, quando l'impiegato o il pubblico ufficiale deve denunciare il reato. Ma quella locuzione va interpretata *cum grano salis*: essa va riferita a tutti i casi in cui il segreto sia di ostacolo all'accertamento di un reato in qualche modo collegato con le attività (di discussione, di consultazione, di voto) della camera di consiglio».

197. Il comma 5, diversamente, prevede la possibilità di verbalizzare solo l'opinione dissenziente del singolo giudice, non anche l'obbligo di compilare verbale per ogni provvedimento collegiale.

198. Per Cass., I, 10 gennaio 2001, n. 7683, in *Foro it.*, 2001, c. 137 ss., il reato di cui all'art. 685 c.p. è integrato anche quando la determinazione individuale sia palesata attraverso la specificazione del carattere unanime della decisione, e senza che in tal caso sia necessaria l'indicazione nominativa dei componenti del collegio.

199. INSOLERA, *Tutela penale del segreto e tutela delle parti processuali*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, tomo III, Milano, 2006, p. 2431; PISA, *Segreto (tutela penale del)*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1992, 1 ss. In precedenza, KOSTORIS, *Il segreto come oggetto della tutela penale*, Padova, 1964.

del convincimento a godere della protezione della segretezza, il divieto di utilizzabilità delle dichiarazioni attinenti al giudizio deliberativo non deriva dall'applicabilità della regola di esclusione contenuta nell'art. 201 c.p.p. in tema di testimonianza, bensì dal combinato disposto degli artt. 125, comma 5; 191; 187; 331 c.p.p.; che rileva come il divieto probatorio sia *rationale*, fisiologico, nella misura in cui investe l'opinione (= "fatto del giudice"), non anche il "fatto del processo" (= imputazione). Non è un caso che quando la testimonianza riguardi il fatto, cioè il reato e la sua imputazione, la preclusione cade.

Vale a dire che l'esame testimoniale dei componenti di un collegio giudicante, nel caso in cui l'imputazione attenga ad un fatto-reato intimamente connesso con quanto si è detto e si è deciso nella camera di consiglio, si estende legittimamente ai giudizi formulati ed ai voti espressi in quella sede, dunque, all'opinione, alla posizione manifestata dal singolo giudice, considerato che quelle diventano presupposti del reato stesso²⁰⁰.

In altri termini, la preclusione dichiarativa crolla quando l'imputazione dipende dal consiglio formulato dal giudice nell'ambito della camera di giudizio; ancora, quando dall'opinione origina il reato.

La soluzione proposta si accorsa del combinato disposto degli artt. 194; 187; 499 comma 1 (133; 203 c.p.); 236 c.p.p. che traccia lo schema legale della testimonianza, il quale, riguardo all'oggetto, non contempla l'opinione del giudice, neppure quella dissenziente.

Ora, se il riferito modello condiziona la testimonianza al fatto-imputazione e se riconduce la funzione della prima alla proiezione probatoria rispetto al secondo, non è possibile che si producano effetti senza che si sia realizzata quella interdipendenza.

Sicché, il motivo della preclusione probatoria non risiede nella omologazione con le situazioni descritte nell'art. 201 c.p.p., bensì nella circostanza che si tratterebbe di dichiarazioni rese su "opinioni" e non su "fatti"; su un oggetto extravagante rispetto a quello che legalmente può concorrere a sorreggere, in fatto, una decisione. Deve trattarsi, cioè, di questione di metodo probatorio, di scelte sistematiche a favore del "fatto" non anche di un "giudizio".

Il ragionamento va approfondito.

Il "fatto processuale" si identifica con il "comportamento" ed è costituito da un evento rapportabile ad uno o a più soggetti; là dove – lo abbiamo dimostrato – l'opinione è un giudizio. Il primo delimita il *thema probandum* e rappresenta

200. Si pensi, a mo' di esempio, all'imputazione per il delitto di falsità in atto pubblico attraverso la redazione, ad opera del presidente estensore di un tribunale del riesame, di un'ordinanza con statuizione difforme da quella deliberata in camera di consiglio. Sul punto, Cass., III, 22 aprile 2009, n. 37095, in *Arch. n. proc. pen.*, 2011, 370.

il criterio di valutazione della rilevanza delle prove²⁰¹; la seconda – intesa come “fatto del singolo giudice” – ne giustifica il voto in camera di consiglio, mentre intesa come “fatto del collegio” ne spiega la decisione esprimendosi nella motivazione.

L’opinione, quindi, manifesta il convincimento di ciascun giudice, la valutazione, innanzitutto in solitudine degli elementi raccolti, i criteri personalmente applicati nella lettura del materiale decisorio; essa denota la osservazione del “fatto del processo” in ordine al quale il giudice stesso esprime un punto di vista, una regola di ragionamento. Quando l’“opinione del giudice” è convincimento condiviso “dai giudici”, diviene “opinione del collegio” e si esterna nella motivazione.

In sintesi: il giudizio non è altro che una teorizzazione, un concetto; esso esiste soltanto nella mente di chi lo propone e di coloro che lo condividono. Di conseguenza, il carattere ideologico che lo permea, pur conservando radici giuridiche (= la strumentalità alla corretta soluzione del caso), esclude che possa essere considerato “fatto processuale”; quindi, oggetto della prova.

Sotto altra prospettiva.

Il giudizio rivela la soggezione del giudice alla legge (nella dimensione che abbiamo dimostrato) nell’attività giudicante e concretizza l’applicazione delle prescrizioni legislative ai casi decisi. Per questo motivo, la tensione è la corretta soluzione del “fatto processuale” affidato al giudice; la manifestazione è la decisione imparziale della controversia affidata dal pubblico ministero al giudice. Come a dire che l’opinione del giudice mostra la sua capacità di rendere giustizia, di discernere tra innocenza e colpevolezza e fonda sul-la produzione normativa tempestivamente adeguata, con l’interpretazione, agli immancabili mutamenti sociali.

Ebbene, il buon governo dell’applicazione della legge è “fatto del giudice” (giudice-persona; giudice-collegio), non anche “fatto del processo”; il giudizio rientra nella sfera personale di ciascun giudice²⁰², implica il potere-dovere di compierlo (art. 102, 1° comma Cost.), ne determina la responsabilità là dove esso realizzi un “fatto del processo”.

Epperò, se l’opinione resta “fatto del giudice”; se essa si manifesta nel rapporto tra giudice-norma-produzione-prodotto; se i giudici interpretano la legge

201. Per lo sviluppo del tema, in questa prospettiva, TARUFFO, *La semplice verità*, Bari, 2009, 205.

Per la singolarità delle argomentazioni, cfr. pure MENNA, *Struttura «interna» e prototipi razionali di giudizio e di motivazione*, in ID., *Studi sul giudizio penale*, Torino, 2009, 195 ss.

202. – che riguarda pure il diritto (= la produzione in via giudiziaria del diritto in relazione al caso concreto) –

«secondo la loro testa – non eguale in essi –»¹ senza l’ausilio di criteri precostituiti elaborati in precedenti decisioni e riconosciuti dall’ordinamento², sicché appare fisiologica la possibilità che non risulti assicurata l’uniformità delle vedute rispetto alla ricostruzione dello stesso fatto, allora le divergenze delle opinioni (rispetto al fatto) e la conformità della decisione (rispetto alle regole) sono controllabili soltanto attraverso i rimedi interni, sono affidate alla volontà delle parti e alle determinazioni del giudice superiore.

Del resto, a proposito della ontologia delle sentenze, il dato da considerare è che ciascuna di esse costituisce una entità unica, frutto di una singolare operazione che, per quanto possa essere normativamente guidata dalle re-gole stabilite dal principio di legalità processuale, resta “fatto del giudice”, “fatto del collegio”.

Ebbene, anche sul terreno del rapporto opinione-sentenza, la prima si rive-la come valutazione di merito sul merito, o sulla legalità, o sulla legittimità, a seconda che la questione affidata alla deliberazione dei giudici sia la ricostruzione del fatto-imputazione, oppure il vigore della legge o la sua validità. In ogni caso, neppure in quella relazione, l’opinione si traduce in un comportamento.

In altre parole, nella categoria dell’opinione giudiziale possiamo far rientrare tanto le attività normativo-descrittive quanto quelle analitiche e normativo-propositive; ogni argomento funzionale al discorso giuridico. Si tratta di “enunciati”, non di “condotte”; di argomenti dogmatici necessari per la giustificazione della decisione – quando è opinione del collegio – della *dissenting* quando resta opinione del giudice.

Su queste premesse, la inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dal giudice in merito al procedimento formativo della decisione non si manifesta come reazione al vizio relativo al procedimento acquisitivo, ovvero alla difformità dal modello legale che lega il divieto probatorio al rispetto di forme particolari; quella dipende dalla eccentricità rispetto al riferito schema normativo che descrive (seguendo una scansione progressiva), nel contenuto e nel metodo, i rapporti tra fatto- imputazione-prova; ovvero, l’intima interconnessione tra imputazione e conoscenze legali del giudice; ancora, le relazioni tra regole del procedimento-giustizia della decisione.

Insomma, la inutilizzabilità è fisiologica³, attiene cioè alla ontologia della categoria che colpisce, la quale, in radice, nega alle opinioni dei giudici la natura di prova. Di modo che, un eventuale contributo conoscitivo relativo al giudizio

1. KANTOROWICZ, *La definizione del diritto*, trad. it. a cura di di Robilant, Torino, 1962, 64.

2. = *persuasività* del precedente, non anche vincolatività. S’è detto.

3. Non nel senso indicato dalla dottrina che distingue tra la forma patologica e quella fisiologica. Da ultima, CONTI, *L’inutilizzabilità*, in *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura di Marandola, Milanofiori Assago, 2015, 98 ss.

del giudice è inutilizzabile in chiave dimostrativa perché è inidoneo ad essere oggetto di prova.

L'*opinion*, s'è detto, ha una marcata dimensione di valore, nella misura in cui, manifestando un giudizio, si rivela come situazione soggettiva del giudice (art. 525 comma 2 c.p.p.). Per queste ragioni non se ne può pretendere la sufficiente determinatezza né l'aggancio a qualificazioni normative specifiche; condizioni che, viceversa, connotano (devono connotare) l'imputazione, non solo perché lo richiede l'art. 417, comma 1, lett. b) c.p.p., ma soprattutto in quanto, rendendo il fatto suscettibile di una legale descrizione, soddisfano i bisogni dettati dal diritto alla prova (artt. 190, comma 1, *incipit*; 493 c.p.p.), da un lato, e quelli sottesi alle regole di ammissione (artt. 190, comma 1, ultima parte; 495 c.p.p.), dall'altro.

Il ragionamento è accorsato dalla (ulteriore) linea normativa degli artt. 194 commi 1 e 3; 499 comma 1; 187 c.p.p. che rimarca la inscindibilità del nesso tra testimonianza-imputazione-oggetto della prova: l'art. 194 comma 1 c.p.p. fissa l'oggetto della testimonianza e lo individua nei fatti che costituiscono oggetto di prova; il comma 3 pone un ulteriore limite dichiarativo stabilendo che l'esame del testimone deve vertere esclusivamente su fatti determinati e specifici (come precisato anche dall'art. 499 comma 1 c.p.p.). A sua volta, l'art. 187 c.p.p. individua nella imputazione, nella procedibilità e nella de-terminazione della pena o della misura di sicurezza i termini entro cui deve essere rigorosamente mantenuto l'accertamento nelle varie fasi e/o nei differenti giudizi⁴. Di conseguenza, le prove estranee a quei fatti – e, a maggior ragione il fatto del giudice che nemmeno può essere considerato prova – trovano nel *thema decidendum* uno sbarramento processuale, in virtù del quale esse sono da considerarsi inammissibili, prima, e se introdotte nonostante il divieto, inutilizzabili dopo.

Ebbene, se sono oggetto della prova, tra gli altri, i fatti che si riferiscono alla imputazione, quindi, l'insieme dei dati storici enunciati nel capo di imputazione ed integranti la fattispecie di reato astratta contestata all'imputato; se quelli implicano tanto la commissione del fatto che la sua corrispondenza alla fattispecie legislativa⁵; se la prova è funzionale alla ricostruzione giudiziale del fatto⁶, allora solo nel caso in cui vi sia corrispondenza tra l'opinione del giudice espressa per la deliberazione ed una fattispecie penale è ammissibile la testimonianza. Qui,

4. Sui fatti contenuti nel catalogo dell'art. 187 c.p.p., da ultimo, BARGI, *La decisione sul fatto incerto*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 2, 4 ss.

Per l'attualità delle considerazioni espresse, CONSO, *I fatti giuridici processuali*, Milano, 1955.

5. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 24.

6. Da ultimo, UBERTIS, *La ricostruzione del fatto nel processo penale*, in *Rivista Brasileira de Ciências Criminais*, 2015, 41 ss.

invero, essa si rivela come dato che, legittimamente acquisito, è valutabile dal giudice in ordine alla proposizione da provare.

Sotto il profilo sostanziale, attesa la tipicità delle situazioni descritte nell'art. 685 c.p., ogni divulgazione diversa da quelle relative al nome dei singoli giudici e/o ai voti individuali espressi non è suscettibile di contravvenzione. Tutt'al più, può essere considerata occasione che descrive un comportamento che viola il principio deontologico di riservatezza⁷.

Questioni diverse sono quelle poste dalla inosservanza della prima parte del comma 4 dell'art. 125 c.p.p.

Invero, mentre la seconda parte della disposizione (= «La deliberazione è segreta») comporta il divieto – e la conseguente preclusione dichiarativa – per i partecipanti, una volta terminata la camera di consiglio, di rivelare gli *interna corporis* inerenti allo svolgimento dell'adunanza, le opinioni pronunciate ed i voti espressi dai componenti del collegio; il primo inciso («Il giudice delibera in camera di consiglio senza la presenza dell'ausiliario delegato ad assisterlo e delle parti») assicura la riservatezza della decisione nel momento in cui viene assunta, escludendo la presenza delle parti, dell'ausiliario e di ogni persona estranea al collegio deliberante, compresi i tirocinanti⁸.

7. Sulle distinzioni semantiche tra *segreto*, *segretezza*, *riservatezza* e *privacy*, CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, 2000, 11-16, 25-26, 74 e 76.

8. La tutela del segreto della camera di consiglio è assicurata anche nell'ambito del tirocinio consentito presso gli uffici giudiziari dall'art. 37 commi 4 e 5, d. l. 6 luglio 2011, n. 98 (in *Gazzetta Ufficiale*, *Serie Generale*, 6 luglio 2011, n. 155, conv. in legge 15 luglio 2011, n. 111 (in *Gazzetta Ufficiale*, 16 novembre 2011, n. 164) che, al comma 5, richiama espressamente l'art. 15 del DPR 10 gennaio 1957, n. 3 (in *Gazzetta Ufficiale*, *Serie Generale*, 25 gennaio 1957, n. 22 – *Supplemento Ordinario* n. 220), il quale, a sua volta, va integrato con le circolari emanate sul punto dal C.S.M.

Alla lett. d) la risoluzione del C.S.M. del 22 febbraio 2012 (*Risoluzione in tema di convenzioni tra uffici giudiziari, università, ordini forensi ed altri enti. Criteri per l'applicazione della disciplina di cui ai commi 4 e 5 dell'art. 37 della L. 111 del 2011*, in www.csm.it) accorcia l'obbligo di riservatezza e di riserbo dei tirocinanti: «la disciplina primaria si limita ad estendere agli “ausiliari esterni in formazione professionale” la sola normativa sul segreto di ufficio di cui all'art. 15 del testo unico degli impiegati dello Stato, inerente alle “notizie di cui sia venuto a conoscenza a causa delle sue funzioni”. Tale disciplina deve, all'evidenza, essere integrata con le circolari già emanate sul punto dal CSM, vigenti considerazione della funzione integrativa e specificativa della normazione secondaria dell'organo di autogoverno della magistratura, in funzione della salvaguardia del segreto di indagine e della privacy». Si precisa: «il tema del doveroso rispetto del segreto costituisce, dunque, una delle questioni più delicate e non può, in ogni caso, risolversi con una semplice richiesta raccolta ai partecipanti agli stage di un, ancorché solenne, impegno a mantenere un comportamento improntato alla riservatezza e a non divulgare notizie di cui possano aver avuto conoscenza nel corso dell'attività formativa. In definitiva [...] può essere consentito l'accesso al settore penale, limitato però alla fase dibattimentale [...]». Si ribadisce: «resta comunque fermo che le convenzioni debbono prevedere che le attività formative non possono concernere l'esame di atti giudiziari e l'assistenza alle attività giudiziarie coperti da

L'esigenza di segretezza è assicurata, in più, dalla regola di comportamento stabilita dal comma 1 dell'art. 528 c.p.p. che prescrive la sospensione della deliberazione nel caso in cui si rendano necessari l'intervento dell'ausiliario o di un tecnico per la lettura del verbale di udienza redatto con la stenotipia ovvero l'ascolto o la visione di riproduzioni fonografiche o audiovisive di atti del processo.

Ora, se l'obiettivo del combinato disposto degli artt. 125 comma 4 (prima e seconda parte) e 528 comma 1 c.p.p. è quello di assicurare la indipendenza e la imparzialità del singolo giudice rispetto alle opinioni della maggioranza, non-ché il segreto e la libertà della deliberazione, l'isolamento dei giudici nell'arco di tempo compreso dall'inizio al termine della camera di consiglio, non

segreto ovvero riservati in forza di norma processuali». Specificamente si indica in delibera che «la normativa vigente prevede la non pubblicità di tutte le attività che non si svolgono [...] nelle udienze dibattimentali penali (con riguardo agli atti di indagine, alle udienze camerali e alle decisioni assunte in camera di consiglio penali: v. artt. 329, 127, 125 c.p.p. [...] salvo che ricorrano le speciali ragioni indicate dagli artt. [...] e 472 e 473 c.p.p. [...] Le precedenti considerazioni tengono conto anche dei vincoli che alla pubblicizzazione degli atti giudiziari derivano dalla disciplina della legge n. 675/1996 in materia di tutela della privacy e dei limiti d'efficacia delle specifiche deroghe previste dagli artt. 4, co. 1, lett. d), 7, co. 5-ter, lett. o), 21, co. 4, lett. a), e 27 della legge stessa». In ogni caso – conclude il C.S.M. –, richiamando la circolare del 19 luglio 2007, «deve essere previsto in convenzione un apposito capitolo riservato all'impegno al rispetto degli obblighi di segretezza e di riserbo e alle cautele a tal fine adottate in ossequio al disposto dell'art. 15 della legge n. 675 del 1996».

Gli ultimi interventi del legislatore in materia di tirocini formativi presso gli uffici giudiziari con le previsioni di cui all'art. 73 del d. l. 21 giugno 2013 n. 69 (in *Gazzetta Ufficiale, Serie Generale*, 21 giugno 2013, n. 144 – *Supplemento Ordinario* n. 50), conv. in legge 9 agosto 2013, n. 98 (in *S.O.* n. 63, relativo alla *Gazzetta Ufficiale*, 20 agosto 2013, n. 194) e dell'art. 44 legge 31 dicembre 2012, n. 247 (in *Gazzetta Ufficiale, Serie Generale*, 18 gennaio 2013, n. 15) hanno reso necessaria una nuova riflessione da parte del C.S.M. che si è concretizzata nella *Delibera Plenaria* del 29 aprile 2014 (*Risoluzione sui tirocini formativi presso gli uffici giudiziari*, in www.csm.it); la quale, sullo specifico punto, ha stabilito: «[...] il tirocinio dovrà essere regolato in concreto dai dirigenti degli uffici tenendo conto dei seguenti criteri e moduli operativi: [...] f) *Indicazione degli obblighi del tirocinante*. Sia l'art. 37 della legge 111/2011 che l'art. 73 della legge 98/2013 prevedono una serie di obblighi per il tirocinante, quali riservatezza e riserbo riguardo ai dati, alle informazioni e alle notizie acquisite durante il periodo di formazione, segreto su quanto appreso in ragione della loro attività, astensione dalla deposizione testimoniale, che costituiscono indicazioni che certamente possono ritenersi estensibili a tutti i tipi di tirocinio. Di tali obblighi deve essere data compiuta informazione al tirocinante inserendoli, oltre che nelle convenzioni, anche nel “documento informativo” oltre che nei progetti formativi». Nel paragrafo 5. *Soluzioni interpretative e operative* si legge: «[...] Resta fermo che, come già enunciato sopra, *sub* 4.2 f), va previsto in convenzione un apposito capitolo riservato all'impegno al rispetto degli obblighi di segretezza e di riserbo, nonché alle cautele a tal fine adottate. Così le convenzioni dovranno prevedere che le attività formative non possano concernere l'esame di atti giudiziari o l'assistenza alle attività giudiziarie coperti da segreto o riservati in forza di norme processuali».

costituisce condizione necessaria della segretezza della deliberazione. Per questo, la deliberazione effettuata all'esterno della camera di consiglio è da ritenersi valida, salva l'applicabilità di eventuali sanzioni disciplinari a carico del decidente⁹.

Allo stesso modo nel caso di violazione del segreto della camera di consiglio sotto l'aspetto della illegittima presenza o della partecipazione di persone non abilitate. Anche in questa situazione, la Cassazione ha ribadito la insussistenza di sanzioni processuali e di invalidità della pronuncia giudiziale, sottolineando la rilevanza del fatto a fini disciplinari¹⁰.

S'è detto che la giurisprudenza presidia il valore della segretezza della camera di consiglio qualificando come reato ai sensi dell'art. 685 c.p.p. la divulgazione del carattere (unanime o meno) della deliberazione collegiale¹¹. Allo stesso modo lo garantisce qualificandolo come illecito disciplinare¹².

Sulla tipizzazione dell'illecito, la dottrina recente¹³ ha ritenuto che le condotte riguardanti la violazione del dovere di riserbo connesso alla inottemperanza del segreto della camera di consiglio rientrino nella lett. g) del comma 1 dell'art. 2 del d. lgs. 23 febbraio 2006, n. 109¹⁴.

Siamo di diverso avviso.

Invero, la lett. g) d. lgs. cit. tipizza il comportamento del giudice subordinandolo alle situazioni specifiche della ignoranza o della negligenza inescusabile; cosicché, l'inosservanza del segreto sarebbe sanzionabile soltanto al verificarsi di quelle condizioni.

Al contrario, riteniamo che la condotta vada riferita all'illecito *sub* lett. u) d. lgs. cit.; il quale, da un lato, prevede la negligenza come causa che si aggiunge, ma non limita la sanzionabilità della divulgazione del dibattito collegiale e, dall'altro, contempla pure la fattispecie della violazione del generale dovere di riservatezza sulle decisioni giudiziali

9. Sul punto la giurisprudenza è costante. *Ex multis*, Cass., III, 13 novembre 2014, n. 53152; Id., I, 21 febbraio 2012, n. 9236; Id., V, 19 gennaio 2011, n. 16071; Id., I, 13 dicembre 2002, n. 8737, in *CED Cass.*, n. 223695; Id., III, 20 ottobre 2002, n. 39928, *ivi*, n. 222719.

10. Tra le altre, Cass., V, 29 maggio 2013, n. 25574, in *CED Cass.*, n. 457821; Id., I, 13 dicembre 2002, n. 8737, *ivi*, n. 223695; Id., I, 22 ottobre 2002, n. 39928, *ivi*, n. 222719.

11. Cass., I, 10 gennaio 2001, n. 7683, cit.

12. Cass. Civ., sez. un., 5 febbraio 1999, n. 23, in *CED Cass.*, n. 786091.

Conforme, Sez. disc., 16 maggio 1997, n. 70, in *RGM*, 100/1996.

13. FIMIANI, FRESA, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari*, Torino, 2013, p. 53. In argomento, in generale, FANTACCHIOTTI, FRESA, TENORE, VITIELLO, *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, Milano, 2010, 257 ss.

14. In *Gazzetta Ufficiale*, 21 marzo 2006, n. 67.

adottate, accorsato, in termini di garanzia, dalla previsione di cui alla lett. aa) d. lgs. cit.

L'ultima disposizione si ricollega ai principi fissati dall'art. 6 del Codice etico della Magistratura¹⁵ e soddisfa l'esigenza – già avvertita dalla stessa magistratura associata – di impedire tutte quelle forme di collegamento che il magistrato può essere tentato di stabilire con i canali di informazione riservati o privilegiati, pur salvaguardando il principio di piena libertà di manifestazione del pensiero¹⁶.

Il problema del divieto di testimonianza sulle discussioni tra i giudici ed i voti espressi da ciascun componente del collegio si pone pure per il procedimento disciplinare instaurato a seguito dell'esercizio dell'azione disciplinare per uno dei riferiti illeciti. Sul punto, valgono le considerazioni svolte precedentemente a proposito della "situazione di reato" che legittima la utilizzabilità di quelle dichiarazioni nel procedimento penale, nonostante l'autonomia dei procedimenti fa sì che siano possibili interazioni soltanto se v'è compatibilità tra le rispettive norme.

15. Approvato il 13 novembre 2010 dal Comitato Direttivo Centrale dell'Associazione Nazionale Magistrati.

16. Il codice etico, inoltre, richiama ciascun magistrato ad attenersi a criteri di equilibrio, di dignità e di misura nel rilasciare dichiarazioni ed interviste ai mass-media e ad evitare «di partecipare a trasmissioni nelle quali sappia che le vicende di procedimenti giudiziari in corso saranno oggetto di rappresentazione in forma scenica».

In tema, è recente il provvedimento della sezione disciplinare del C.S.M. (Legnini, San Giorgio, Pontecorvo, relatore Clivio, Palamara) che 15 dicembre 2014 ha assolto il giudice Antonio Esposito, presidente del collegio feriale della Corte di cassazione che nell'agosto del 2013 condannò in via definitiva Silvio Berlusconi per frode fiscale nel processo sui diritti tv Mediaset, dall'accusa mossagli dal pg Ignazio Patrone di aver violato il dovere del riserbo per un'intervista rilasciata prima del deposito delle motivazioni della sentenza, ritenuta gesto «inopportuna», ma al contempo «adempimento di un dovere» in «stato di necessità».

«Braccato da una stampa ostile» in «un crescendo di gravi ingiurie ed insinuazioni», l'intervento di Esposito «volto a ristabilire la verità dei fatti corrispondeva non solo ad un interesse del singolo, ma anche della magistratura, nei termini delle Sezioni Unite della Cassazione laddove ravvisano in caso analogo non solo la causa di giustificazione dello stato di necessità, ma anche quella dell'adempimento di un dovere». Per il C.S.M. la descrizione dei giornali di Berlusconi — che avevano prima «dipinto come frutto di intrigo e frode la fissazione dell'udienza, e poi ricondotto» la condanna «all'opera di un giudice prevenuto, incline a strappare sotto l'effetto di bevande alcoliche, in un ufficio nel quale regnava il malaffare» — era «idonea a compromettere presso l'opinione pubblica non solo l'onore professionale di Esposito, ma anche l'imparzialità e indipendenza della magistratura»: tanto più che «attendere una risposta del Csm dai tempi e dagli esiti del tutto incerti» era «inesigibile a fronte della velocità e pervasività» della campagna di «dileggio». Infine, il Consiglio rimarca che Esposito non fece rivelazioni di segreti di camera di consiglio né anticipazioni rispetto a quanto c'era già nel dispositivo. L'intervista resta però «inopportuna», perché Esposito avrebbe dovuto immaginare che le frasi «effettivamente rese potessero essere — a detta del Csm — stravolte e strumentalizzate da un giornalista interessato ad enfatizzare dichiarazioni assolutamente scontate per montare un caso».

Ebbene, qui la deposizione è ammessa perché l'addebito attiene ad un il-lecito disciplinare intimamente connesso con quanto si è deciso nella camera di consiglio¹⁷.

17. Cass., sez. un., 21 luglio 2004, n. 13602, in *Foro it., Rep.*, 2004, voce *Ordinamento giudiziario*, hanno affermato che nella disciplina del codice di procedura penale del 1930, che continua ad applicarsi nei giudizi disciplinari nei confronti dei magistrati in virtù dell'art. 1, comma 8 del decreto legge 28 agosto 1995, n. 361 (in *Gazzetta Ufficiale, Serie Generale*, 29 agosto 1995, n. 201), convertito dalla legge 27 ottobre 1995, n. 437 (in *Gazzetta Ufficiale, Serie Generale*, 28 ottobre 1995, n. 253), i soggetti tenuti al segreto sono titolari di una semplice facoltà di astensione, essendo fatto divieto al giudice di obbligare il teste a deporre e non di un dovere di astensione. Di conseguenza, dice la Corte, i fatti coperti dal segreto (anche) della camera di consiglio possono costituire oggetto di testimonianza nel procedimento disciplinare, purché i soggetti legittimati ad astenersi non siano stati costretti dal giudice a deporre.

Si sono dette nel testo le ragioni per cui non si condividono le affermazioni delle Sezioni Unite *Carnevale* e di quella dottrina che fanno dipendere il divieto probatorio dall'art. 201 c.p.p.; così come si sono spiegate le argomentazioni che suffragano l'opinione che ammette sempre il disvelamento del segreto della camera di consiglio nel procedimento disciplinare e che ci portano a dissentire pure da quest'ultimo riferito approdo.

Epperò, nonostante siamo di diverso avviso, ci preme ugualmente sottolineare come le esternazioni giurisprudenziali e dottrinali contrarie non possano valere a maggior ragione oggi, alla luce del decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109, cit.

Mi spiego.

L'art. 1 comma 8 d. l. 28 agosto 1995, n. 361, cit., conv. l. 27 ottobre 1995, n. 437, cit. stabilisce che fino all'entrata in vigore della legge di riforma della procedura relativa alla responsabilità disciplinare dei magistrati continuano ad applicarsi il regio decreto legislativo 31 maggio 1946, n. 511 (in *Gazzetta Ufficiale*, 10 gennaio 1947, n. 7) (ed il decreto del P.d.R. 16 settembre 1958, n. 916) con le successive modificazioni ed integrazioni ed i rinvii al codice di procedura penale si intendono riferiti al codice abrogato.

Sicché, fino al 5 aprile 2006 (data di entrata in vigore del d. lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, cit.) all'istruttoria nel procedimento disciplinare si applicavano le norme relative alla istruzione dei procedimenti penali, giusto combinato disposto dell'art. 8 comma 1 d. legge n. 361 cit., conv. l. n. 437, cit.; art. 32 comma 2 r. d. lgs. n. 511, cit.; Libro II c.p.p. 1930 (art. 351 c.p.p.). È questo, immaginiamo, il ragionamento che (probabilmente; non si legge in sentenza) ha fondato la decisione della Cassazione.

Dal 5 aprile 2006 l'art. 32 comma 2 r. d. lgs. n. 511, cit. è stato abrogato dal d. lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, cit. che all'art. 18 comma 3 ha stabilito regole autonome per disciplinare l'istruttoria dibattimentale, ammettendo l'osservanza delle norme del codice di rito sul dibattimento solo se compatibili con quelle dettate.

Ebbene, stando così le cose – qualora si ammettesse (e non si può, giova ripeterlo) il richiamo all'art. 201 comma 1 c.p.p. – la preclusione probatoria *ordinaria* dovrebbe cedere il passo, perché incompatibile, qualora si manifestasse l'esigenza cognitiva del collegio giudicata soddisfatta dalla lett. a) del comma 3 dell'art. 18 d. lgs. n. 109, cit. che attribuisce alla sezione disciplinare la facoltà di assumere, anche d'ufficio, tutte le prove che ritenga utili; dunque, anche la testimonianza sull'opinione dissenziente.

