



**E ORA INTRODUCIAMO LA DISSENTING OPINION**

di

**Beniamino Caravita di Toritto**

*(Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico,  
Università "La Sapienza" di Roma)*

21 ottobre 2009

Il 7 ottobre 2009, con un comunicato dell'Ufficio Stampa, è stato reso noto che la Corte costituzionale, giudicando sulle questioni di legittimità costituzionale poste con le ordinanze n. 397/08 e n. 398/08 del Tribunale di Milano e n. 9/09 del GIP del Tribunale di Roma ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 23 luglio 2008, n. 124 per violazione degli articoli 3 e 138 della Costituzione; ha altresì dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale della stessa disposizione proposte dal GIP del Tribunale di Roma.

Si è riaperta così una discussione che già aveva lacerato la politica e la dottrina costituzionale nella primavera del 2008: la precedente sentenza n. 24 del 2004, relativa all'art. 1, della legge 140 del 2003, aveva implicitamente ritenuto ammissibile un intervento legislativo ordinario per sospendere i processi contro le alte cariche dello Stato, limitandosi a dichiarare alcuni profili di legittimità costituzionale all'interno di un intervento legislativo che, nel suo complesso, rimaneva ammissibile, ovvero aveva lasciato irrisolta la questione di fondo del rango dell'intervento legislativo necessario, cioè se ordinario o costituzionale?

Chi scrive era già intervenuto nel dibattito dell'anno scorso ritenendo che, a prescindere da ogni valutazione personale, alla luce della sentenza n. 24 del 2004 l'intervento legislativo ordinario fosse ammissibile. Ricavo tale conclusione dall'andamento complessivo della decisione. La sentenza, invero, ricostruiva l'istituto previsto dalla legge nell'ambito delle sospensioni processuali e, ritenendo che il sistema processuale delle sospensioni non fosse chiuso e immodificabile, ammetteva esplicitamente che esso potesse essere modificato con un intervento legislativo ordinario, del quale ne andava apprezzato l'interesse avuto di mira: e riteneva che l'interesse al sereno svolgimento delle funzioni governo fosse un interesse costituzionalmente apprezzabile; dopo di ché, a fronte del carattere generale, automatico e di durata indeterminata della sospensione processuale introdotta, la Corte ne dichiarava l'illegittimità, non esaminando l'argomento della necessità della legge

costituzionale. Atteggiamento che poteva apparire ben comprensibile, alla luce sia della ricostruzione sistematica e dell'inquadramento svolto dalla Corte, sia del fatto che alcune immunità sono state concretamente introdotte nell'ordinamento italiano con legge ordinaria (v. l'immunità per i voti e le opinioni espresse riconosciuta ai parlamentari europei e ai membri del Consiglio Superiore della Magistratura con leggi ordinarie, ritenute conformi a Costituzione).

Come è noto, invece, un altro filone interpretativo riteneva che la questione della necessità della legge costituzionale fosse stata semplicemente non affrontata dalla Corte, e di ciò vi sarebbe traccia nella affermazione, posta a conclusione della sentenza, secondo cui ogni altro profilo rimaneva assorbito. L'istituto della sospensione processuale a favore delle alte cariche dello Stato ben avrebbe potuto ancora essere saggiato sulla base dell'art. 138 Cost.

Non voglio qui ulteriormente approfondire la discussione sull'interpretazione della sentenza n. 24 del 2004: mi limito ad osservare che è sulla base di quella sentenza che il Parlamento ha approvato la nuova legge e che è sulla base di quella sentenza – e ad essa facendo riferimento – che il Presidente della Repubblica ha ritenuto di poter promulgare la legge.

In data 19 ottobre, infine, la Corte costituzionale ha depositato la sentenza n. 262 del 2009, in cui ha specificamente spiegato come e perché – a suo giudizio – la questione della violazione dell'art. 138 Cost., circa la necessità della fonte costituzionale per disciplinare l'ipotesi della sospensione per le cariche più alte dello Stato, non fosse stata affrontata nella precedente decisione e rimanesse pertanto impregiudicata.

Vi sarà tempo per commentare nel merito la nuova sentenza, in larga misura condivisibile relativamente al principio della necessità della fonte costituzionale per derogare al principio di eguaglianza dei cittadini di fronte alla giurisdizione, meno nei percorsi argomentativi: la rivista pubblica già oggi un primissimo commento sull'art. 138 come parametro del giudizio di costituzionalità e tornerà sul tema nei prossimi numeri. Ma, al di là dei toni e delle modalità – non condivisibili – delle reazioni alla nuova decisione della Corte, rimane il fatto che il tema della necessità della legge costituzionale è apparso in modo inaspettato nella discussione politico-istituzionale. Si è trattato di un cambio di giurisprudenza o dell'approfondimento di un profilo lasciato irrisolto dalla precedente sentenza? Era criticabile e inammissibile l'uno, specie se a così poca distanza di tempo; ovvero era ben comprensibile la necessità di un approfondimento, peraltro ampiamente segnalato dall'opposizione e da buona parte della dottrina?

Fatto sta che l'aspra contrapposizione di questi giorni ben avrebbe potuto essere evitata se la Corte costituzionale avesse potuto (o voluto) utilizzare, all'epoca della sentenza n. 24 del 2004, lo strumento della *dissenting* (e *concurring*) *opinion*.

Come è noto, si tratta di uno strumento assai diffuso in molte giurisdizioni costituzionali (ovvero superiori) e che ha dato ampiamente buona prova negli Stati Uniti, in Germania, in Spagna, nella Corte europea dei diritti dell'uomo, sulla base del quale il giudice dissenziente può esprimere e motivare la propria contrarietà alla decisione assunta dal collegio (in tal caso, si tratta di opinione dissenziente), ovvero, pur condividendo la conclusione raggiunta, può ritenere che essa avrebbe dovuto poggiarsi su argomenti diversi (in tal caso, si tratta di opinione concorrente) (da ultimo, una accurata ricostruzione dell'istituto, anche sotto il profilo comparato, in F. Fernandez Segado, *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, I, Madrid, 2009, 225 ss.).

Se vi fosse stata la *dissenting* (e *concurring*) *opinion*, alcuni giudici (forse molti!) della sentenza n. 24 avrebbero potuto esprimere la loro *concurring opinion*, condividendo cioè la conclusione della incostituzionalità, ma

proponendo un diverso percorso argomentativo, basato sulla necessità della legge costituzionale per configurare un istituto che solo apparentemente era una sospensione, configurando invece una vera e propria immunità. A fronte di una così argomentata *concurring opinion*, probabilmente il Parlamento avrebbe lavorato diversamente da come ha fatto per approvare il lodo Alfano e comunque il Presidente della Repubblica avrebbe avuto importanti argomenti per non promulgare il testo. E non si sarebbe giunti alla attuale difficile e delicata situazione.

La riflessione vale anche per oggi: senza ancora voler commentare la decisione, se vi fosse la *dissenting opinion*, la (maggioranza della) Corte avrebbe potuto scrivere una sua netta e chiara sentenza, senza dover necessariamente cercare una mediazione con i giudici che non hanno condiviso la decisione: ad una sentenza chiaramente argomentata si sarebbe opposta una *dissenting opinion* altrettanto chiaramente costruita (basti vedere l'argomento – centrale nel ragionamento della Corte, ma a giudizio di chi scrive non condivisibile - della irragionevole distinzione tra Presidente del Consiglio e ministri, ovvero tra Presidenti delle Camere e singoli senatori e deputati: siamo proprio sicuri che tutta la Corte abbia condiviso tale posizione? E se vi fosse stata la *dissenting opinion*, non sarebbe stato proprio questo un terreno di puro diritto costituzionale su cui misurare la divergenza di letture interpretative del testo, anche in modo da lasciare traccia nel patrimonio delle interpretazioni costituzionali?).

Si dice tuttavia che l'introduzione della *dissenting opinion* non sarebbe possibile in Italia, giacché condurrebbe ad una eccessiva esposizione dei giudici costituzionali: in realtà, anche in questi giorni – così come è avvenuto in tutte le situazioni delicate – abbiamo assistito a ricostruzioni più o meno accurate e più o meno corrette, che – provenendo presumibilmente dall'interno della Corte – prospettavano il posizionamento dei giudici a fronte della questione in discussione (v. ad esempio [M.A. Calabrò, \*Discussione dura e anche qualche battuta. Le ore della sfida tra giudici costituzionali\*](#), in “Il Corriere della Sera” del 9 ottobre 2009, p. 9; ma basti ricordare cosa tradizionalmente avveniva in relazione alla Camere di consiglio per l'ammissibilità dei referendum). Non è allora meglio che i giudici abbiano la possibilità di esprimere apertamente la loro posizione dissenziente o concorrente, contribuendo così ad arricchire ufficialmente il dibattito costituzionale e istituzionale con argomenti che hanno avuto la dignità di essere esposti affianco alla decisione maggioritaria?

Si dice poi che i nostri giudici costituzionali potrebbero essere spinti a diffondere la loro posizione per rispondere a chi li ha eletti o nominati, e ciò anche al fine di precostituirsi un ruolo una volta usciti dalla Corte. Insomma, la situazione sarebbe ben diversa dagli Stati Uniti, dove i giudici della Corte suprema sono nominati a vita (ma non così è in Germania e in Spagna). L'argomento è grave e importante, ma esso vale anche a prescindere dalla introduzione della *dissenting opinion*: come si è visto anche in questa occasione, la ricostruzione (ufficiosa, certo...) delle posizioni dei giudici è sempre possibile. A ciò peraltro si potrebbe ovviare riportando la durata del mandato in Corte a dodici anni (come saggiamente aveva previsto il Costituente) e introducendo un divieto di incarichi pubblici e privati per i cinque anni successivi alla uscita dalla Corte costituzionale: la lunghezza del mandato e il periodo di congelamento dovrebbero costituire una sufficiente remora ad utilizzare lo strumento della *dissenting opinion* per finalità personali.

Si aggiunga poi che una parvenza di *dissenting opinion* già esiste tutte quelle volte in cui è il relatore ad essere così tanto in contrasto con la decisione della maggioranza da volersi sottrarre alla redazione della sentenza, lasciando così traccia dell'esistenza di un relatore e di un redattore: si tratta di un evento non frequentissimo, ma ormai non risibile quantitativamente (ricordo la sentenza sullo Statuto della Regione Calabria, in cui il relatore

Capotosti fu sostituito dal redattore De Siervo, a testimonianza di una evidente diversità di sensibilità sul tema oggetto del giudizio), che ha addirittura fatto pensare ad un acuto commentatore ad un primo passo verso l'introduzione della opinione dissenziente (v. [A. Ruggeri, La Consulta e il dissent ostentato](#), in *Forum di Quaderni costituzionali*).

Si dice – giustamente! – che il nostro sistema politico difetta di trasparenza: l'introduzione della *dissenting opinion* (si era ritenuto fosse possibile anche con una autonoma decisione della Corte: v. la Camera di consiglio non giurisdizionale del 10 maggio 2002, con cui la proposta fu respinta con tredici voti contrari e solo due favorevoli; ma l'argomento della decisione interna a favore della legge costituzionale è stato respinto da molti, fra i quali autorevolmente G. Zagrebelsky, ad esempio nella [Conferenza Stampa del 28 gennaio 2004](#)) permetterebbe che un passo in tal senso venisse compiuto proprio dal custode dell'ordinamento.