



Federalismi.it - Rivista Telematica

Registrazione al Tribunale di Roma numero

202/2003 del 18.04.2003

ISSN 1826-3534

La rivista non si impegna a pubblicare interventi non richiesti. I contributi inviati saranno valutati in forma anonima secondo le regole di referaggio della Rivista, dandone riscontro agli autori. Non si pubblicano contributi già apparsi in altre riviste telematiche o ad esse destinati. I contributi devono essere comunque inviati all'indirizzo redazione@federalismi.it

Valutazione scientifica dei contributi pubblicati in federalismi.it

Direttore responsabile

Prof. Beniamino Caravita di Toritto

Comitato di direzione

Prof. Luisa Casseti; Prof. Marcello Cecchetti; Dott. Renzo Dickmann; Dott. Antonio Ferrara; Prof. Tommaso Edoardo Frosini; Prof. Giulio M. Salerno; Prof. Annamaria Poggi; Prof. Maria Alessandra Sandulli; Prof. Sandro Staiano.

Redazione

dott. Federica Fabrizzi (Redattore Capo); dott. Fabio Giglioni; dott. Daniele Porena; dott. Maria Grazia Rodomonte; dott. Alessandro Sterpa; dott. Alfonso Vuolo.

Tutto il materiale pubblicato è copyright © federalismi.it.

E' vietata la riproduzione anche parziale. Tutti gli articoli firmati sono protetti dalla legge 633/1941 sul diritto d'autore.

federalismi.it non è collegato ai siti recensiti e non è responsabile del loro contenuto. Le foto presenti su federalismi.it sono state in larga parte tratte da Internet e, quindi, valutate di pubblico dominio.

Associazione sui processi di governo e sul federalismo

Via di Porta Pinciana 6, 00187 Roma

Partita IVA 06196041005

Società editoriale federalismi s.r.l.

Via di Porta Pinciana, 6 00187 Roma

Partita IVA 09565351005

amministrazione@federalismi.it

Segreteria di redazione

dott. Simon Pietro Isaza Querini; dott. Andrea Luciani; dott. Eleonora Mainardi; dott. Umberto Ronga; dott. Federico Savastano; dott. Michela Troisi.

E-mail: redazione@federalismi.it

Comitato scientifico || Comitato di referee



Powered by



Execution time: 53 ms - Your address is 87.11.150.193

15 GIUGNO 2016

La Corte costituzionale ed il principio di collegialità

di Sara Lieto

Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico
Università di Napoli "Federico II"

e Pasquale Pasquino

Distinguished Professor in Law and Politics
New York University



La Corte costituzionale ed il principio di collegialità*

di Sara Lieto

Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico
Università di Napoli “Federico II”

e Pasquale Pasquino

Distinguished Professor in Law and Politics
New York University

Sommario: 1. Introduzione. 2. Sulla collegialità. 3. Il giudice relatore. 4. Collegialità depotenziata e responsabilità degli organi legittimati ad eleggere i giudici 5. La nomina dei giudici. 6. Sul ruolo del Presidente della Corte. 7. Coda.

1. Introduzione

In una fase come quella attuale, caratterizzata da sentenze particolarmente rilevanti, sia per i temi trattati sia per gli effetti prodotti, il dibattito dottrinale sulla giustizia costituzionale appare destinato ad assumere una nuova configurazione, a partire da rinnovati interrogativi in merito all'opportunità di riformare (o meno) le sue procedure.

Non che al dibattito sia stata estranea la prospettiva riformista, che in diverse stagioni ha riguardato la giustizia costituzionale; attualmente però essa viene avvertita con maggiore urgenza, per ragioni che potremmo sinteticamente ricondurre, da un lato, a quello che in alcuni casi è sembrato da parte della Corte un *overruling* ingiustificato ed eccessivamente repentino (soprattutto in occasione del controllo di costituzionalità di norme a forte impatto macroeconomico), dall'altro, a quella che talvolta è stata interpretata, per lo più a torto, come una tendenza della Corte, soprattutto in alcune recenti pronunce, ad un eccessivo ampliamento delle sue competenze.

Che la creatività della Corte si spinga al punto da incidere sull'efficacia nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità o tanto da ridimensionare l'elemento della incidentalità

* Articolo sottoposto a referaggio. Il testo è frutto di una riflessione comune degli Autori; nello specifico i paragrafi 1, 3, 4 e 6 sono di Sara Lieto e i paragrafi 2, 5 e 7 sono di Pasquale Pasquino.

(rendendo sempre meno incisivi gli effetti delle sentenze sul giudizio *a quo*)¹ può trovare, in parte, giustificazione nelle fonti sul suo funzionamento, caratterizzate da ampi segmenti di flessibilità, nonché nell'autonomia ad essa riconosciuta nel disciplinare l'esercizio delle sue funzioni (art. 14, l. 11 marzo 1953 n. 87)².

Tuttavia, non sembra di particolare rilievo, nella prospettiva del dibattito, assumere una posizione in termini di maggiore o minor rigore, ovvero su se sia giusto (e dunque porre la questione in termini assiologici) un impianto di regole più o meno stringente, quanto chiedersi cosa possa costituire in questo specifico modello di giustizia costituzionale (anche per come esso si è evoluto attraverso la giurisprudenza della stessa Corte) un'effettiva garanzia di coerenza e di gradualità del cambiamento. Tenuto conto, infatti, più realisticamente, che il margine di flessibilità della disciplina è spesso necessario per risolvere i problemi di incostituzionalità, la garanzia – a nostro avviso – non va tanto ricercata nelle regole procedurali, ma nell'elemento strutturale dell'organo, ovvero nella collegialità³.

Quanto più la struttura collegiale si manifesta nella pienezza della composizione dell'organo, quanto più essa trova riscontro nel procedimento di decisione, tanto più i rischi di un eccessivo

¹ Sul tema, con particolare riferimento alla sentenza n. 10 del 2015, si v. A. Ruggeri, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale*, in Quaderni costituzionali, n. 3, 2015, p. 635 ss., il quale, nell'esprimere una valutazione critica a proposito della pronuncia in esame rispetto a decisioni pregresse che pure hanno inciso sull'efficacia nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità, osserva: «Né vale opporre che si hanno altri casi di modulazione nel tempo degli effetti ablativi delle decisioni d'incostituzionalità, nessuno dei quali tuttavia – come hanno fatto osservare alcuni sensibili studiosi – «scardina», come invece fa la pronuncia qui annotata, in radice la pregiudizialità costituzionale, obbligando l'autorità remittente ad applicare una legge di cui sia stata acclarata l'incompatibilità con principi fondamentali della Carta, sulla pelle del soggetto il cui diritto costituzionale leso è a parole riconosciuto ma non effettivamente tutelato (se non per l'avvenire)», p. 637. Inoltre, sulle trasformazioni del modello incidentale e sugli effetti delle sentenze della Corte sul giudizio *a quo* si rinvia a S. Lieto, P. Pasquino, *Metamorfosi della giustizia costituzionale in Italia*, in Quaderni costituzionali, n. 2, 2015, in particolare p. 361 ss.

² In una prospettiva critica – sempre in relazione alla sentenza n. 10 del 2015 – che non giustifica oltre certi limiti il potere della Corte di intervenire sul suo processo, si v. R. Romboli, *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in Quaderni costituzionali, n. 3, 2015, p. 607 ss., il quale sottolinea: «Difficile pertanto non rilevare come la soluzione di ritenere la norma dichiarata incostituzionale non efficace nel giudizio *a quo* determina un totale svuotamento del significato e della *ratio* sottesa alla via incidentale, con conseguente stravolgimento della finalità ad essa sottese. Il giudice *a quo* infatti e la parte che ha proposto l'istanza, sollevando dubbi circa la conformità di una norma alla Costituzione, si trovano a veder riconosciuto il fondamento degli stessi e quindi la lesione dei diritti costituzionali ad opera del legislatore, ma al tempo stesso a dover sopportare l'applicazione di una legge dichiarata incostituzionale», p. 614.

³ All'importanza del ruolo della collegialità nel nostro sistema di giustizia costituzionale ha recentemente fatto riferimento A. Criscuolo, *Relazione del Presidente Alessandro Criscuolo sulla giurisprudenza costituzionale del 2014*, in Giur. cost. n. 1, 2015, p. 295 ss. Sul tema della collegialità si v. in ogni caso G. Branca, *Collegialità nei giudizi della Corte costituzionale*, Cedam, Padova, 1970 e G. Zagrebelsky, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Einaudi, Torino, 2005.

dis-allineamento della Corte dai suoi precedenti diminuiscono e più in generale è soddisfatta l'esigenza di coerenza delle decisioni. Se non è uno solo a decidere ma in tanti, le probabilità di approdare a soluzioni, volta per volta, diverse o poco coerenti tra loro diminuiscono.

La collegialità, in ogni caso, rileva sia sul piano soggettivo (chi decide) che su quello oggettivo (come decide); la composizione collegiale, infatti, non è solo un dato strutturale dell'organo ma è anche un elemento che nel processo decisorio dovrebbe trovare il massimo riscontro. Qualsiasi tendenza verso forme di eccessiva personalizzazione delle decisioni crea molto spesso squilibri e alternanze incoerenti che la ponderazione di un collegio, che funzioni a pieno regime, può senz'altro scongiurare, o quanto meno contenere⁴. Naturalmente anche il livello di ponderazione e di equilibrio nella decisione del collegio può, a sua volta, essere condizionato dal modo in cui il collegio decide. La regola della maggioranza, per esempio, produce inevitabilmente un livello di ponderazione inferiore a quello risultante da un consenso più ampio. Come del resto decidere sulla sola base del voto esprime un livello di ponderazione meno intenso rispetto ad una modalità basata sull'argomentazione, per cui prevale la decisione che si fonda su quella più convincente. Le gradazioni, pertanto, possono essere diverse.

Ma se alcun dubbio può nutrirsi sulla collegialità da un punto di vista soggettivo (che pure, come vedremo, può essere talvolta penalizzata sotto il profilo della sua completezza per responsabilità

⁴ Una fase di crisi della collegialità particolarmente significativa è stata attraversata dalla Corte costituzionale durante la presidenza Saja, nel triennio 1987 -1989. Già all'indomani della sua elezione, il Presidente Saja aveva infatti annunciato che tra i principali obiettivi della Corte ci sarebbe stato quello dello smaltimento dell'arretrato dei ricorsi che, a partire dal processo Lockheed, ne aveva fortemente compromesso l'efficienza e dilatato a dismisura i tempi di decisione. L'obiettivo fu raggiunto attraverso la sperimentazione di nuovi metodi di lavoro, molto efficienti per un verso, ma svantaggiosi per la collegialità, dall'altro, tenuto conto di quanto lo smaltimento in tempi rapidi della mole di ricorsi poco si conciliava con l'esigenza di uno scambio di opinioni tra tutti i giudici prima della decisione. Fu incrementato, ad esempio, in maniera considerevole il numero di cause messe a ruolo per la discussione in udienza pubblica o in camera di consiglio; furono rapidamente risolti i casi di manifesta inammissibilità mediante decisioni in camera di consiglio; per numerosi ricorsi furono prese decisioni celeri, rinviando a principi affermati in casi analoghi con sentenze di accoglimento; infine, fu scoraggiata nei giudici ordinari la tendenza a riproporre questioni già dichiarate infondate.

Tale sistema, nel suo complesso, in effetti realizzò una considerevole riduzione dei ricorsi accumulati fino a riportare il carico di lavoro della Corte costituzionale entro limiti fisiologici. Esso tuttavia non costituì un caso isolato, conclusosi con l'azzeramento dell'arretrato, ma segnò l'inizio di una nuova fase, caratterizzata dall'acquisizione di un ruolo più marcatamente politico da parte della Corte rispetto al passato e da un suo maggiore peso nella forma di governo. Sull'attività di smaltimento dell'arretrato si v. B. Caravita di Toritto, *Alcune riflessioni sulla collocazione della Corte costituzionale nel sistema politico dopo la fase dello «smaltimento dell'arretrato»*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990*, Giappichelli, Torino, 1991, p. 44 ss.; P. Caretti, *L'eliminazione dell'arretrato e i nuovi sviluppi della giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 1989, p. 391 ss.; R. Romboli, *Il processo costituzionale dopo l'eliminazione dell'arretrato. Il giudizio costituzionale incidentale come giudizio «senza processo?»*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 1991, p. 592 ss.



degli organi legittimati alla designazione dei giudici), il percorso decisionario si fonda su regole che possono (potenzialmente) prestarsi ad accentuare l'elemento personale della decisione. E' importante per questo riflettere, in particolare, su alcuni ruoli chiave quali quelli del presidente e del giudice relatore, a partire naturalmente dalle norme sulle loro funzioni, per formulare qualche ipotesi ricostruttiva in un'ottica di consolidamento dell'elemento collegiale. Non è qui intenzione, infatti, prospettare soluzioni radicali, che possano alterare il modello, quanto piuttosto rimanere nell'ambito delle norme di riferimento che, se valorizzate, in controtendenza agli sviluppi degli ultimi tempi, potrebbero in una certa misura rinsaldare l'elemento della collegialità. Si registra, infatti, da un po' di tempo (anche da parte della stampa e dell'opinione pubblica in generale) la consuetudine a identificare le sentenze della Corte con il nome del giudice relatore. Anche in passato questo accadeva e ancora oggi ci sono sentenze che per l'elevato contributo reso allo sviluppo della dottrina costituzionalistica e per essere ormai delle pietre miliari della giurisprudenza della Corte vengono ricordate con il nome del giudice relatore⁵. Ma il fenomeno cui si assiste di recente ha un segno diverso rispetto a quello appena riferito. Che i processi decisionali pubblici siano più in luce che non in passato, anche grazie allo sviluppo ed al modo di funzionare dei mezzi di comunicazione, questo è fuor di dubbio. Delle meccaniche e delle dinamiche che li determinano, pertanto, si ha in generale maggiore contezza. Questo naturalmente vale anche per la Corte e i suoi giudici, che forse non sono così noti (salvo per gli addetti ai lavori, naturalmente) come negli Stati Uniti, ma la cui personalità è sempre più ricorrente nell'identificazione delle sentenze. Si tratta di un fenomeno da tenere in conto nell'ambito di questa riflessione, in quanto strettamente connesso al tema della collegialità e delle sue garanzie.

2. Sulla collegialità

Le corti costituzionali non sono mai negli ordinamenti liberal democratici organi giurisdizionali di tipo monocratico. Esse sono regolarmente composte da un certo numero – per lo più intorno alla decina – di giudici. Queste *panel courts* seguono, a seconda degli ordinamenti, procedure diverse per le loro decisioni.

⁵ Per esempio la «sentenza Cheli» n. 360 del 24 ottobre 1996 relativa al divieto di reiterazione dei decreti legge, in *Giur. cost.*, 1996, p. 3147.



E' possibile distinguere non solo da un punto di vista idealtipico, ma anche da quello empirico-istituzionale, le corti che hanno adottato il “modello inglese” da quelle che hanno scelto il “modello francese”.⁶

Le prime seguivano in origine un meccanismo decisionale detto *seriatim*. Questo era caratterizzato dall'assenza di una opinione della corte in quanto tale. Dopo il dibattimento con le parti del processo, i giudici redigevano, ciascuno per conto proprio, una opinione, la quale veniva poi letta, con tutte le altre, dinanzi alle parti. Stava a queste dedurre, talvolta con non poca difficoltà, l'opinione di maggioranza a partire da quelle dei singoli giudici. Il giudizio *seriatim* fu adottato dalla Corte Suprema americana nei primi anni della sua attività.⁷

Quello che chiamiamo modello francese ha origini altrettanto antiche e risale alle ordinanze regie di Francesco I e di Luigi XIV – che la Rivoluzione francese non mise in questione – in base alle quali le corti di giustizia del regno ed in particolare i *Parlements* (le corti supreme) di antico regime dovevano esprimere una decisione anonima *per curiam*, una decisione della corte in quanto organo collegiale.

Si tratta di due impostazioni significativamente diverse della natura e del funzionamento di una corte composta da un *panel*/un gruppo di giudici. Qui non importano le ragioni dell'origine storica dei due modelli, ma piuttosto le conseguenze di tali scelte sul meccanismo che produce la decisione collettiva. In particolare quelle relative alla decisione di una corte che si vuole collegiale in senso stretto.

Va anzitutto osservato che le corti a decisione *seriatim* sono quasi scomparse e sono state sostituite dal tipo di corte che si è imposta, lentamente e definitivamente solo a partire dagli anni 40 del secolo scorso, negli Stati Uniti: un organo caratterizzato dalla presenza di numerose opinioni separate (dissenzienti o concorrenti) e dal fenomeno della identità pubblica di ogni singolo membro di quella istituzione.⁸

⁶ P. Pasquino, *Légitimité et processus décisionnel des cours de justice*, in P. Pasquino e B. Randazzo (a cura di), *Come decidono le Corti costituzionali (e altre Corti)*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 163 ss.

⁷ Si v. M. T. Henderson, *From Seriatim to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent*, John M. Olin, Law & Economics working paper n. 363, (2D series), Public law and legal theory working paper n. 186, 2007.

⁸ Il *Chief Justice* John Marshall era riuscito all'inizio del suo mandato ad ottenere dai membri della Corte Suprema decisioni unanimi, ma la pratica della *dissenting opinion* si affermò ben presto anche se essa rimase per lungo tempo una eccezione, fino appunto al tornante riferito nel testo, per il quale la dottrina americana ha proposto diverse possibili interpretazioni, senza che vi sia una spiegazione consensuale del tutto persuasiva.



In molte corti costituzionali di origine francese, a partire dall'introduzione in Germania del *Sondervotum* (nel 1970)⁹, si è imposta una moderata presenza di opinioni dissenzienti.

Il *Conseil constitutionnel*, la nostra Corte costituzionale, quella belga, come peraltro la prima corte costituzionale europea, quella austriaca, o la Corte di giustizia dell'Unione Europea, sono rimaste, invece, fedeli al modello francese rigorosamente collegiale. Anche se, come vedremo, nel caso italiano rischia di svilupparsi un inizio di deviazione da quel modello.

Sono queste quattro corti costituzionali l'esempio concreto di quello che chiamiamo qui una corte collegiale *stricto sensu*.

Con *collegio* si intende, nel contesto qui preso in considerazione: «un organo che ha come titolari una pluralità di persone che egualmente compongono un unico complesso»¹⁰ e più specificamente un collettivo costituito da una pluralità di persone fisiche che esprime all'esterno, attraverso la decisione argomentata, una volontà unitaria, non riferibile specificamente a suoi singoli componenti. Una corte collegiale è dunque un organo di decisione giudiziaria, al tempo stesso collettivo ed anonimo, che parla *one voice*. Un organo nel quale le opinioni dei singoli componenti restano coperte da un velo che le nasconde al mondo esterno. I membri del collegio non hanno dunque, in linea di principio, identità pubblica. È questo tipo di cultura che veniva espressa esemplarmente anni addietro dal giudice costituzionale tedesco Ernst-Wolfgang Böckenförde, il quale rispondendo alla domanda (postagli dal professor Michael Stolleis nel corso di un convegno a Spira) «Come decide lei in seno alla Corte costituzionale?», rispose «Non decido io, ma il collegio». (*der Senat* – uno dei due panel di otto giudici che compongono la Corte costituzionale federale tedesca).¹¹

La dimensione collegiale dell'organo sembra dover escludere – come nel modello francese che caratterizza la nostra Corte - opinioni separate. Queste ultime sono state difese con argomenti che non sembrano a chi scrive sufficientemente persuasivi, a fronte delle conseguenze connesse alla loro esistenza. Se si vuole collegare l'opinione separata alla democrazia, come fa talvolta la dottrina americana, si dovrà sostenere che gli organi che chiamiamo in genere democratici sono

⁹ Va osservato che l'uso delle opinioni separate è raro nel *Bundesverfassungsgericht*, fra il 1971 ed il 2012 se ne contano 149 su 2083 (dati ricavati dal web site della Corte tedesca: www.bundesverfassungsgericht.de).

¹⁰ G. Casciaro, *Collegio* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Giuffrè, Milano, 1960, p. 384.

¹¹ Il contrasto fra la posizione del giudice tedesco e quello dei membri della Corte Suprema americana colpì uno degli autori di questo testo in occasione di una intervista a Norman Dorsen, specialista della Corte Suprema americana e professore alla New York University, il quale era stato *law clerk* del giudice John Marshall Harlan II negli anni 50. Alla ricorrente domanda sul funzionamento della Corte, Dorsen ad un certo punto reagì infastidito dicendo: «La smetta di pormi questa domanda. Non c'è *una* Corte, ma dei giudici e su ciascuno di loro è possibile discutere, ma non su un collettivo che esiste solo in modo formale».



sciolti da responsabilità politica dinanzi al corpo elettorale. La responsabilità politica è tradizionalmente la caratteristica tipica ed essenziale degli organi democratici. I giudici costituzionali, invece, a differenza dei rappresentanti eletti, non possono essere rinnovati nella carica e dunque la conoscenza da parte del pubblico delle scelte e delle posizioni individuali dentro il collegio non ha alcun nesso necessario con le loro decisioni, che non sono (e non devono essere) sotto il controllo degli elettori in vista di un impossibile rinnovo del mandato. Al contrario dei parlamentari che, responsabili dinanzi all'elettorato, devono poter essere da questi giudicati, ciascuno specificamente per le loro opinioni ed i loro voti, in vista di una possibile rielezione.

La tesi della *trasparenza*, come valore connesso al dissenso, si apparenta alla precedente, anche se in questo caso è la trasparenza medesima piuttosto che la responsabilità politica che si vede attribuito il carattere di “democraticità”. Bisogna però rendersi conto che in tal caso la trasparenza ha una conseguenza che non è possibile sottovalutare. Se il giudice costituzionale invece di rivolgersi ai membri del collegio decidente ha la possibilità di una presa di posizione pubblica c'è una “tentazione forte” – per utilizzare un'espressione del giudice Lech Garlicki – a farne uso non solo e non tanto per manifestare il dissenso, rispetto alla decisione della maggioranza, ma a utilizzare l'opinione separata per costruire una propria immagine pubblica e adoperare la Corte come pulpito per diffondere una personale dottrina. Come accade abbastanza sistematicamente nel caso della Corte Suprema americana, a partire dalla quale i singoli membri si rivolgono spesso ad un pubblico esterno, per segnalare la loro visione della costituzione e della sua interpretazione. Inoltre, l'esistenza della opinione dissenziente potrebbe spingere il collegio a uno sforzo minore nella ricerca di decisioni consensuali. Raggiunta la maggioranza semplice, questa può rifiutarsi di prendere in considerazione opinioni diverse in seno al collegio, poiché i dissenzienti hanno la possibilità di esprimersi in pubblico.

Si obietta talvolta che il rischio di un'espressione pubblica di dissenso potrebbe spingere la maggioranza a più miti e consensuali posizioni. Ma ciò non è affatto scontato, dal momento che l'opinione della maggioranza è la sola che ha autorità. Basti pensare, ancora una volta, a ciò che avviene nel caso della Corte Suprema degli Stati Uniti, dove talvolta violenti dissensi non impediscono che molte delle decisioni importanti siano prese a maggioranza di 5 contro 4.

Nessuno, infine, ha potuto dimostrare che l'esistenza di opinioni dissenzienti produca – come si afferma talvolta – un mutamento delle opinioni di una Corte costituzionale con maggior frequenza di quanto accada in Corti senza dissenso pubblico e quindi un maggiore adeguamento della giurisprudenza costituzionale alle trasformazioni della società. In Italia non c'è stato bisogno



di opinioni dissenzienti per rovesciare la decisione sull'adulterio della nostra Corte costituzionale. Ciò è accaduto in virtù dei cambiamenti della società e della cultura negli anni sessanta.¹² Si è dovuto d'altro canto attendere quasi un secolo perché la Corte Suprema americana rovesciasse *Dred Scott* (1857) con *Brown versus Board of Education* (1954), nonostante i *dissents* che accompagnarono la prima decisione. E più di 50 anni per l'abbandono della dottrina di "uguali ma separati" (*Plessy versus Ferguson*; 1896), malgrado la famosa *opinione dissenziente* del giudice Harlan. Sono stati necessari prima la guerra civile e poi il New Deal, e probabilmente il gran numero di morti afro-americani fra i soldati statunitensi durante la Seconda guerra mondiale.¹³ Se i presunti effetti positivi dell'opinione separata non sono del tutto evidenti, emergono con più chiarezza le conseguenze negative, tra cui la personalizzazione dei membri della Corte, che rischia in tal modo di perdere il suo carattere collegiale. In chi scrive non sussiste alcun particolare pregiudizio ostile in merito alla pubblicazione degli argomenti dissenzienti, quanto piuttosto delle forti perplessità – per le ragioni finora esposte – sull'opinione separata *nominale*. Valerio Onida aveva proposto qualche anno fa di consentire la pubblicazione delle opinioni dissenzienti *anonime*. L'idea è tutt'altro che peregrina, poiché cancella il rischio della personalizzazione che è intrinseco alle opinioni separate nominali. Si osservi che il dissenso anonimo viene praticato dall'*Appellate Body* dell'Organizzazione mondiale del commercio (WTO).

¹² Si vedano le sentenze [n. 64 del 1961](#), [n. 126 del 1968](#) e [n. 147 del 1969](#).

¹³ Sul tema della opinione dissenziente esiste una vasta letteratura. Per la dottrina italiana si può fare riferimento, *ex multis*, ai testi seguenti: C. Mortati (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Giuffrè, Milano, 1964, ivi, in particolare, G. Amato, *Osservazioni sulla «dissenting opinion»*; C. Mortati, *Considerazioni sul problema dell'introduzione del «dissent» nelle pronunce della Corte costituzionale italiana*, in G. Maranini (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Vallecchi, Firenze, 1966; S. Panizza, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1998; S. Cassese, *Una lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, Quaderni costituzionali, 4, 2009, pp. 973-983. Per la dottrina straniera: Wanda Mastor, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Economica, 2005; Steven A. Peterson, *Dissent in American Courts*, *The Journal of Politics*, vol. 43, No. 2 (May 1981), pp. 412-434; Kevin Stack, *The Practice of Dissent in the Supreme Court*, *The Yale Law Journal*, vol. 105, No.8 (June 1996), pp. 2235-2259; Katalin Kelemen, *Dissenting Opinion in Constitutional Courts*, *German Law Journal*, 2013, Vol. 14, No. 8, pp. 1345-1371; di particolare interesse un contributo austriaco: Gemeinsamer Entwurf des Ausschussvorsitzenden und der Ausschussbetreuung für die Einführung einer «Dissenting opinion» beim Verfassungsgerichtshof, Oesterreich Konvent, (http://www.konvent.gv.at/K/DE/AVORL-K/AVORL-K_00589/fname_025571.pdf); Rolf Lamprecht, *Richter contra Richter. Abweichende Meinungen und ihre Bedeutung für die Rechtskultur*, Nomos Verlag, Baden-Baden 1992; Rosa Raffaelli, *Dissenting Opinions in the Supreme Courts of the Member States*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs – European Parliament Brussels, 2012, (www.europarl.europa.eu/studies, PE462-470).



3. Il giudice relatore

Sulla questione di legittimità costituzionale la Corte decide al termine di un procedimento nel quale un ruolo importante è svolto dal giudice relatore. Il Presidente della Corte designa, infatti, un giudice per l'istruzione e la relazione (che solitamente è anche il redattore della sentenza) sulla base di criteri non formalizzati. Sull'attribuzione al Presidente della scelta del relatore e sulle ripercussioni che questo ruolo può avere sulla struttura collegiale (tanto da aver fatto a taluni pensare alla Corte come ad un organo a componente presidenziale predominante), avremo modo di soffermarci in seguito. Conta invece a questo punto dell'analisi osservare che l'attività istruttoria assegnata ad un determinato giudice, anche se costantemente riferita agli altri componenti del collegio, attribuisce ad esso una posizione di particolare rilievo, in quanto l'impostazione che della questione viene data dal relatore e le argomentazioni a sostegno di una determinata soluzione teoricamente pongono le basi e orientano gli altri giudici nella decisione finale¹⁴. E' vero che in camera di consiglio la soluzione prospettata dal relatore viene votata e quindi può essere messa in minoranza¹⁵, ma ciò non toglie che essa, soprattutto se maturata da un giudice con particolari competenze pregresse su quella specifica materia, possa esercitare una qualche forma di condizionamento sul collegio. Il curriculum del singolo giudice, infatti, è certamente tra quegli elementi che incidono sulla scelta del relatore da parte del Presidente; si tratta di un criterio comprensibile anche se sarebbe auspicabile evitare la tendenza alla specializzazione nella assegnazione delle questioni¹⁶.

¹⁴ Sulla figura del giudice relatore si v. E. Rossi, *Relatore, redattore e collegio nel processo costituzionale*, in P. Costanzo (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale, Atti del Convegno Imperia 12-13 maggio 1995*, Giappichelli, Torino, p. 338 ss.

¹⁵ A questo proposito si v. U. De Siervo, *Riflessioni su un'esperienza di lavoro alla Corte costituzionale*, in *Giornale di Storia costituzionale*, n. 11/2006 il quale sottolinea: «Questa particolare situazione, nella quale addirittura il relatore della questione da decidere resta in minoranza nel collegio, rappresenta bene la normale esistenza di una dialettica fra i componenti del collegio: e ciò tanto più se le questioni da decidere sono nuove e di significativa rilevanza. Una dialettica che, a riprova definitiva della autonomia dei giudici, si manifesta in schieramenti maggioritari normalmente formati da componenti di volta in volta non identici», p. 83.

¹⁶ Sul rischio di personalizzazione si v. P. Passaglia, *«Presidenzialismo» e «collegialità» nel procedimento decisorio della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2009, il quale a proposito osserva: «Nella prassi, è evidente che qualche criterio ulteriore è stato elaborato. In forma più o meno accentuata a seconda dei periodi, è quello della “specializzazione” il criterio che i presidenti hanno seguito con maggior frequenza nella scelta dei relatori. Ora, è da notare che una marcata “specializzazione” dei componenti del collegio, nel momento in cui, in alcuni settori, giunge a “concentrare tutte le questioni in pochi giudici”, comporta il rischio del formarsi di “una giurisprudenza in certo senso del singolo giudice, anziché della Corte, a scapito di una reale collegialità delle decisioni”. Ciò potrebbe, al limite, suggerire la deduzione secondo cui la scelta presidenziale, libera da vincoli normativamente espressi, oltre ad essere in sé e per sé un elemento di presidenzialismo, rischia nei fatti di giocare in senso anti-collegiale anche da un secondo punto di vista, quello cioè tracciato dal pericolo di una certa quale personalizzazione della giurisprudenza»; ed inoltre



Tuttavia, a contrastare forme di personalizzazione delle decisioni, nelle medesime fonti sull'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale si riscontra una possibilità di bilanciamento. Nell'ambito delle norme integrative, e specificamente nella deliberazione della CC 7 ottobre 2008, all'art. 7 (Nomina del giudice per l'istruzione e per la relazione), è previsto, infatti, che «[...] il Presidente nomina *uno o più* [nostro il corsivo] giudici per l'istruzione e per la relazione»¹⁷. La norma, dunque, prevede la possibilità di una pluralità di relatori e di giudici per l'istruzione che potrebbe favorire soluzioni compensative rispetto all'ipotesi del relatore unico, in una prospettiva di rafforzamento della collegialità¹⁸. Resta tuttavia da discutere quale potrebbe essere il ruolo di un secondo relatore, soprattutto nel caso in cui addivenisse a soluzioni anche parzialmente diverse rispetto al primo. In altri termini, stabilire quale sia il suo ambito di operatività; se cioè egli debba svolgere un'attività semplicemente *ad adiuvandum* dell'altro relatore o se possa, nella autonomia che dovrebbe contraddistinguere il suo operato, anche prospettare soluzioni diverse. Del resto, a questo proposito, è interessante ricordare le origini del concetto di collegialità, risalenti alla tradizione romanistica di epoca repubblicana, secondo cui ciascuno dei magistrati costituenti il *collegium* gode della pienezza dei poteri spettanti alla magistratura, con l'unico limite costituito dal caso in cui un altro magistrato dello stesso collegio intervenga in

dello stesso Autore si v. *La problematica definizione della «forma di governo» della Corte costituzionale*, in Quaderni costituzionali n. 3, 2004, p. 569 ss. Inoltre, sul ruolo del Presidente si v. M. Siclari, *Il Presidente della Corte costituzionale*, in A. Anzon, G. Azzariti, M. Luciani (a cura di), *La composizione della Corte costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere, Atti Seminario Roma, 14 marzo 2003*, Giappichelli, Torino, 2004, il quale a proposito della tendenza alla specializzazione sottolinea: «Quello che doveva essere un transitorio principio organizzativo dei lavori della Corte al tempo dello “smaltimento dell’arretrato” è divenuto una regola costantemente applicata. Mi riferisco alla tendenza alla specializzazione di singoli relatori in determinate materie, che, pur se conforme a logiche di economia processuale, com'è stato sostenuto, può far correre il serio rischio di perdita della collegialità delle decisioni, da un lato, e, dall'altro, di una valutazione della coerenza della disposizione oggetto del giudizio della Corte con il sottosistema (civile, penale, processuale, tributario, ecc.) legislativo cui accede che non con il parametro di costituzionalità invocato», p. 168.

¹⁷ In questo senso, è opportuno ricordare che un'ipotesi di pluralità di giudici si riscontra anche nella redazione della sentenza, infatti l'art. 17 (Deliberazione delle ordinanze e delle sentenze) della Deliberazione della CC 7 ottobre 2008 (Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale), prevede, al comma 4, che «Dopo la votazione, la redazione delle sentenze e delle ordinanze è affidata al relatore, salvo che, per indisponibilità o per altro motivo, sia affidata dal Presidente *ad altro o a più giudici*», [nostro il corsivo].

¹⁸ Sulla possibilità di una pluralità di relatori su questioni complesse si v. R. Chieppa, *Intervento*, in A. Anzon, G. Azzariti, M. Luciani (a cura di), *La composizione della Corte costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere, Atti Seminario Roma, 14 marzo 2003*, cit., il quale evidenzia: «Inoltre si sta formando una tendenza per le questioni più gravose o complesse con pluralità di norme denunciate, specie quando vi sono molteplici ricorsi contro lo stesso atto legislativo o di questioni incidentali parzialmente connesse, di procedere ad assegnazioni a più relatori, sia pure per settori omogenei, in modo da avere una maggiore partecipazione nella preparazione delle udienze e una migliore distribuzione del carico di lavoro sempre più gravoso, specie per i problemi Stato-Regioni», p. 250.



sensu opposto, perché a prevalere sia la volontà di colui che si oppone (*intecessio*). Si tratta di un rilievo importante che è indicativo di una originaria concezione dell'organo collegiale che decide non sulla base della regola della maggioranza: ogni componente del collegio è dotato di *imperium* e dunque agisce nel pieno delle funzioni proprie del suo magistrato, a meno che non vi sia opposizione; a quel punto è l'opposizione a prevalere.

Tale sistema è con il tempo andato incontro a progressivi temperamenti, fino a sfociare in una modalità di decisione fondata sulla regola della maggioranza, che però si discosta dalla concezione originaria di collegialità. Si potrebbe obiettare che la decisione, sia pure a maggioranza, rispecchia comunque l'impostazione collegiale; ma tale obiezione non tiene conto del fatto che la decisione si articola in varie fasi tra cui quella del voto si pone solo al termine del procedimento. Nella fase di attribuzione della questione e nella fase intermedia (dell'istruzione) l'attività non è collegiale ma individuale. Se invece dovesse trovare pratica applicazione la regola della pluralità dei giudici per l'istruzione (due, per esempio, e naturalmente non per i casi di manifesta inammissibilità), bisognerebbe poi prospettare ruoli equiparati, che richiamino eventualmente il principio del contraddittorio (nel caso tra loro ci fosse contrasto nelle soluzioni).¹⁹

Come abbiamo accennato, molto si discute sull'opportunità o meno di introdurre nel controllo di costituzionalità l'istituto, tipico di altri sistemi di giustizia costituzionale, della *dissenting opinion*, e molte sono le argomentate resistenze (ma molti anche i punti di vista a favore) ad operare tale innesto, per ragioni che sostanzialmente attengono ad esigenze di unitarietà della volontà dell'organo²⁰. Tuttavia, sia pure *in nuce*, nelle norme integrative, la previsione che il Presidente possa nominare uno o più giudici per l'istruzione e la relazione, conferisce al dettato normativo (frutto tra l'altro dell'auto-normazione della Corte) una potenziale sponda che, per certi versi, potrebbe rendere addirittura superata l'ipotesi di inserire la *dissenting opinion*. Resta in ogni caso un

¹⁹ Nella Corte costituzionale belga per ogni questione da discutere vengono nominati due relatori, uno di lingua fiamminga e l'altro di lingua francese. Nelle sottosezioni del contenzioso del *Conseil d'état* francese – probabilmente la corte suprema con più sofisticata e collegiale struttura deliberativa – esiste sempre per ogni questione da decidere un relatore ed un correlatore con i quali interagiscono il collegio giudicante ed il *rapporteur public*. Sul *Conseil d'état* si v. O. Dutheillet de Lamothe, *Comment le Conseil d'Etat statuant au contentieux prend-il ses décisions?*, in P. Pasquino, B. Randazzo (a cura di), *Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti)*, cit., p. 201 ss..

Si ricorda inoltre che il nome del giudice relatore non viene pubblicato dal *Conseil Constitutionnel* francese e nemmeno dalla Corte costituzionale federale tedesca, dove peraltro l'assegnazione dei casi è determinata *ex ante* da una divisione del lavoro fra i membri della Corte fissata all'inizio di ogni anno giudiziario.

²⁰ Per un approfondimento sul modo di decidere delle corti e sulla pratica dell'opinione dissenziente, si v. l'articolo citato di S. Cassese, *Una lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, in Quaderni costituzionali, n. 4, 2009, p. 973 ss; ed inoltre P. Pasquino, B. Randazzo (a cura di), *Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti)*, cit.



marginale piuttosto ampio di indeterminatezza in merito al ruolo di cui concretamente sarebbe investito l'altro giudice relatore, anche se i principi che attengono alla giurisdizione non possono che prospettare uno del tutto equiparato all'altro, per la pienezza dei poteri che per ogni giudice discende dal magistero cui appartiene.

Va, infine, ricordato, a proposito dell'eventualità che il giudice relatore non sia anche (come solitamente avviene e come del resto l'art. 17, c. 4, delle nuove norme integrative del 2008 prevede, stabilendo che «[...] la redazione delle sentenze e delle ordinanze è affidata al relatore, salvo che, per indisponibilità o per altro motivo, sia affidata dal Presidente ad altro o più giudici») redattore della sentenza, che tale ipotesi – come sottolineato dalla dottrina²¹ – rende di fatto esplicita e nominale l'esistenza di un dissenso da parte del relatore, che non è redattore – oltre che per motivi di indisponibilità personale – anche per altri motivi, per esempio perché in disaccordo con la posizione adottata dal collegio. Nel caso in cui tale circostanza si verifichi con una certa frequenza e non potendo la stessa essere taciuta nella sentenza, essa potrebbe anche essere letta come un orientamento da parte della Corte ad accogliere per via giurisprudenziale l'istituto del *dissent*, sia pure in forma mitigata, perché nel caso di specie non si tratterebbe di un'opinione compiutamente manifesta in quanto le argomentazioni del dissenso non verrebbero rese note.

4. Collegialità depotenziata e responsabilità degli organi legittimati ad eleggere i giudici

Anche per quanto riguarda la pienezza della composizione dell'organo, la collegialità può subire un depotenziamento, nel senso che possono verificarsi circostanze che rendono l'organo carente di alcuni suoi componenti e non prontamente reintegrato. La Corte è composta da quindici giudici, la cui nomina – come è noto - spetta al Presidente della Repubblica, alle supreme magistrature e al Parlamento in seduta comune²², per quote equamente distribuite. La

²¹ A. Ruggeri, *La Consulta e il dissent ostentato (nota minima a Corte cost. n. 393 del 2006)*, in www.forumcostituzionale.it. A questo proposito è importante ricordare che casi di dissociazione tra relatore e redattore ce ne sono diversi e tra questi va ricordata in particolare la sentenza n. 116 del 2003 (Presidente Chiappa, Redattore Capotosti, Relatore Neppi Modona), anche perché è il primo caso al quale viene fatto esplicito riferimento nella relazione annuale del Presidente della Corte sulla giustizia costituzionale del 2003. Va inoltre ricordata la sentenza n. 88 del 2011, in cui il Presidente affida a se stesso la redazione della sentenza (Presidente De Siervo, Redattore De Siervo, Relatore Napolitano). Si v. inoltre sulle figure del giudice relatore e del giudice redattore e sulla ipotesi di mancata coincidenza, E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2011, p. 76 ss.

²² A questo proposito va evidenziato che la revisione costituzionale in corso per la differenziazione del bicameralismo introduce un cambiamento in ordine alla nomina dei giudici di “quota” parlamentare; non sarà più il Parlamento in seduta comune ad eleggerli, ma tre saranno di competenza della Camera dei deputati e due del Senato della Repubblica.



composizione è per sua natura variabile in quanto non tutti i giudici assumono la carica o scadono nello stesso momento; vi è dunque un avvicendamento che vede periodicamente coinvolti gli organi legittimati alla loro investitura. Sul piano normativo, poche e piuttosto deboli le disposizioni relative all'atto di nomina. Innanzitutto, l'art. 1 della legge n. 87 del 1953 che stabilisce un ordine di successione, per cui dei quindici giudici, cinque sono eletti dalle supreme magistrature ordinaria e amministrativa, cinque dal Parlamento in seduta comune, cinque dal Presidente della Repubblica. La successione ha un senso piuttosto preciso, soprattutto per quanto attiene alla nomina presidenziale, che si pone in posizione di chiusura e come elemento di riequilibrio rispetto alla nomina parlamentare, che presenta una connotazione politica più accentuata rispetto alle altre. Ha dunque una sua evidente giustificazione la nomina presidenziale in coda alle altre due. Tuttavia, tale previsione non è corredata di alcuna sanzione, per cui con una certa frequenza accade che la nomina dei giudici da parte del presidente anticipi quella del Parlamento, per una ormai patologica e permanente inadempienza dell'organo rappresentativo ad eleggere la propria quota di giudici in tempi rapidi. Infatti, tra i tre poteri legittimati quello che desta maggiori preoccupazioni è proprio il Parlamento²³. Purtroppo, come si è detto, le poche norme sul punto sono piuttosto laconiche; oltre quella prima richiamata sull'ordine di successione delle nomine, va ricordata quella relativa ai tempi, carente tuttavia anche questa di qualsiasi forma di sanzione. Infatti, l'art. 5, comma 2, della legge cost. n. 2 del 1967, nel prescrivere che «in caso di vacanza a qualsiasi causa dovuta, la sostituzione avviene entro un mese dalla vacanza stessa», non prevedendo alcuna particolare conseguenza si presta ad essere sistematicamente disattesa. La questione non è di poco rilievo se solo si considera che il numero minimo per il funzionamento della Corte è di undici giudici (nove per alcuni tipi di attività di natura non giurisdizionale) e che sistematicamente il *plenum* è pregiudicato dalla mancata sostituzione alla scadenza di quelli di nomina parlamentare. Né la norma di salvaguardia che permette alla Corte di operare anche a scartamento ridotto con undici giudici può trasformarsi da eccezione in regola. La carenza della quota parlamentare rappresenta un grave pregiudizio per la collegialità che, come si è in precedenza evidenziato, ha rilievo innanzitutto sul piano soggettivo, perché se è stata concepita una collegialità nel numero di quindici tale scelta risponde evidentemente ad una

²³ Sul tema si v. R. Pinaridi, *Prime osservazioni sul problema dei ritardi parlamentari nell'elezione dei giudici della Corte costituzionale*, in A. Anzon, G. Azzariti, M. Luciani (a cura di), *La composizione della Corte costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere*, Atti Seminario Roma, 14 marzo 2003, p. 223 ss. Ed inoltre L. Pesole, *Composizione della Corte costituzionale e autonomie territoriali*, Ivi, p. 22 ss.



esigenza di equilibrio nella composizione dell'organo²⁴. Equilibrio per il quale non basta una norma di salvaguardia (che consente alla Corte di operare anche con undici giudici, art. 16, c. 2, l. n. 87 del 1953), perché questa dovrebbe essere applicata eccezionalmente, nel caso ad esempio di scadenze dalla carica ravvicinate. Il rispetto del numero complessivo di quindici giudici ha delle importanti ripercussioni sull'attività della Corte, che di fatto opera sulla base di collegi diversificati, proprio tenuto conto del susseguirsi dei giudici che non vengono nominati né scadono – per ovvie ragioni – nello stesso momento. In virtù, poi, della regola processuale secondo cui la decisione deve essere deliberata dai giudici presenti a tutte le udienze fino alla chiusura della discussione (art. 17, c. 1, Norme integrative dopo la delibera 7 ottobre 2008), la carenza del *plenum* ha conseguenze notevoli sull'organizzazione dei lavori della Corte, tenuto conto del fatto che non è più prevista la *prorogatio*²⁵ al termine della carica (fatta eccezione per il giudizio penale nei confronti del Presidente della Repubblica) e che nel caso intervenga la scadenza di un giudice nel corso di un giudizio la soluzione è il rinvio a nuovo ruolo.

L'ormai cronico ritardo da parte del Parlamento nell'elezione dei giudici di sua competenza tende costantemente a sfiorare l'ipotesi di conflitto di attribuzione tra poteri; spesso accade, infatti, che il protrarsi dell'inadempienza del Parlamento configuri un'omissione che pur non determinando una composizione dell'organo al di sotto della soglia di undici, configura certamente una seria interferenza per quanto attiene alle attribuzioni della Corte.

Anche da un punto di vista procedurale, alquanto evanescenti sono i riferimenti normativi sulle candidature presentate dalle parti politiche, anche se la convenzione ormai consolidata si fonda su una spartizione di quote tra maggioranza e minoranza parlamentare. Sulle modalità di elezione, l'art. 3 della legge cost. n. 2 del 1967 prevede che i giudici della Corte di prerogativa parlamentare sono eletti dal Parlamento in seduta comune, a scrutinio segreto e con la maggioranza dei due terzi dei componenti l'Assemblea, per gli scrutini successivi al terzo è sufficiente la maggioranza dei tre quinti dei componenti l'assemblea.

²⁴ Sul tema della composizione si v. L. Elia, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982; ed inoltre G. D'Orazio, *La genesi della Corte costituzionale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1980; A. Pizzorusso, *Art. 135*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, p. 147.

²⁵ Il problema dei ritardi nella nomina dei giudici e quindi la preoccupazione di operare a scartamento ridotto in realtà è piuttosto risalente, tanto che la Corte già nel 1966 (nell'ambito del potere di auto-normazione) nel suo regolamento generale aveva previsto l'istituto della *prorogatio* dei giudici, proprio come sistema per cautelare il normale andamento delle sue attività. Ma la legge costituzionale n. 2 del 1967 eliminò l'istituto della *prorogatio* (intervenendo sull'art. 135 Cost. «Alla scadenza del termine il giudice costituzionale cessa dalla carica e dall'esercizio delle sue funzioni») e in più ridusse da 12 a 9 gli anni di durata della carica dei giudici



A questo proposito non va trascurata – come già ricordato - la novità introdotta dalla riforma costituzionale che, nel processo di differenziazione del bicameralismo, prescrive che tre giudici siano eletti dalla Camera dei deputati e due dal Senato della Repubblica, non più in seduta comune. Sarà necessario pertanto un intervento legislativo per modificare sia l'art. 3 della legge cost. n. 2 del 1967 sia l'art. 3 della legge n. 87 del 1953, relativi ai giudici di nomina parlamentare e alla procedura di elezione, che in ogni caso lascerà impregiudicata la regola della maggioranza qualificata. Il patologico ritardo potrebbe continuare, in ogni caso, a persistere a meno che il legislatore non disponga una modalità di elezione che vincoli di più le parti politiche ad adempiere più velocemente²⁶.

5. La nomina dei giudici

La necessità di trovare modalità efficaci per la nomina dei giudici – in particolare da parte del Parlamento – è emersa con chiarezza negli ultimi mesi con uno stallo che ha dei precedenti (si pensi al caso del 26 marzo del 2002 di mancanza del *quorum* strutturale di almeno undici giudici che è richiesto dall'art. 16, comma 2, legge n. 87/1953, dovuto alla mancata sostituzione dei giudici di nomina parlamentare), ma che non aveva mai assunto forme così estreme di reiterazione dell'omissione. Ritorneremo sulle ragioni di questa situazione spiacevole ed eccezionale. Ma è innanzitutto necessario ragionare, prendendo spunto da profili comparati, sulle modalità generali della nomina dei giudici.

Nelle democrazie costituzionali esistono in generale tre modelli di nomina dei membri delle corti costituzionali. Li definiremo per comodità – semplificando - la regola monocratica, quella maggioritaria e quella a maggioranza qualificata. Vale appena la pena di ricordare che vi sono poi molti modelli misti, tra cui quello italiano. Con il modello di nomina monocratica facciamo riferimento a procedure di scelta che promanano da un soggetto unico che decide senza alcun bisogno di consensi. È questo il caso del *Conseil constitutionnel* francese i cui membri sono nominati

²⁶ Per ovviare a tale inconveniente sono state avanzate diverse soluzioni; tra queste si v. quelle prospettate da R. Pinardi, *Prime osservazioni sul problema dei ritardi parlamentari nell'elezione dei giudici della Corte costituzionale*, op. cit., il quale propone, ad esempio, «rimedi di natura (in senso lato) sanzionatoria: mi riferisco, in particolare, da un lato, alla possibilità di cooptare i giudici mancanti; e dall'altro, all'eventualità di trasferire il potere di nomina a vantaggio del Presidente della Repubblica. Soluzioni del genere, infatti, oltre a garantire una certa tempestività nell'avvicendamento del giudice uscente, trasformerebbero, in buona sostanza, da ordinario in perentorio il termine previsto per la sostituzione, e quindi spingerebbero i partiti, attraverso la minaccia di una possibile «sanzione», a trovare in tempi rapidi un accordo sul nuovo giudice. Favorendo, pertanto – se si ragiona in un'ottica di più ampio respiro – la ricomposizione di quel patto complessivo, sul diritto di designazione dei giudici parlamentari, il cui venir meno ha determinato, in effetti, un aggravamento notevole dei ritardi nell'elezione», p. 230 ss.



tre ciascuno (su nove) da tre attori politici monocratici: il Presidente della Repubblica, quello del Senato e quello dell'Assemblea Nazionale. Il modello maggioritario si riscontra nella nomina dei giudici della Corte Suprema americana dove, in assenza di *divided government*, il Presidente ottiene facilmente l'assenso del Senato sul nome proposto.²⁷ La nomina da parte del Parlamento a maggioranza qualificata, e dunque con l'accordo dell'opposizione, che esiste in Germania per la scelta di tutti e sedici i giudici del *Bundesverfassungsgericht* – e in Italia per i cinque nominati dalle nostre due Camere, rappresenta la migliore garanzia possibile per escludere candidati con posizioni politico-ideologiche estreme o chiaramente schierati, come è infatti accaduto più di una volta in Italia per i giudici costituzionali di nomina parlamentare.

Il terzo metodo di nomina è certamente quello preferibile per garantire imparzialità, cioè parzialità moderata e pluralista (l'imparzialità perfetta non è naturalmente di questo mondo), rispetto a nomine monocratiche o semplicemente maggioritarie. Non si può evidentemente consegnare un organo di garanzia e di controllo delle maggioranze elette in mano a candidati scelti dalle maggioranze che possono (come accade spesso in America) inviare in Corte giudici ideologicamente radicali. Resta il fatto che le nomine a maggioranza qualificata comportano il rischio aritmeticamente inevitabile di uno stallo nel meccanismo di nomina. La minoranza può infatti bloccare la nomina opponendosi a qualsivoglia candidato, anche moderato, che non le sia gradito. Che la regola di decisione a maggioranza qualificata permetta ad una minoranza relativamente consistente di bloccare la decisione fu chiarito con grande lucidità analitica da Hans Kelsen nel primo capitolo del suo libro sulla Democrazia²⁸. Questa regola di decisione collettiva ha la proprietà di difendere lo *status quo*, in particolare quello di una costituzione rigida. Se però invece di uno *status quo* si è davanti ad una vacanza, la regola della maggioranza qualificata rischia di avere un difetto più grave del vantaggio che essa produce: il vantaggio della scelta di un candidato moderato ed espressione di un consenso minimo. Nel caso di una riforma costituzionale l'esigenza di una maggioranza qualificata (o come da noi di una procedura comunque aggravata e del possibile referendum confermativo) si giustifica con la volontà di sottrarre alla semplice maggioranza la possibilità di modificare la struttura di base dell'ordinamento dello Stato. In tale circostanza, il disaccordo dell'opposizione non produce il

²⁷ Diversamente accade quando nel 1987 il Senato era di colore politico diverso da quello del Presidente. E' noto il caso del rifiuto da parte dei Senatori democratici, in maggioranza nella Camera alta, di nominare alla Suprema Corte il candidato del President Reagan, il conservatore Robert Bork. Il *governo diviso* scelse al suo posto un candidato molto più moderato: Anthony Kennedy, tuttora membro della Corte.

²⁸ H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, capitolo primo, in Idem, *La democrazia*, il Mulino, Bologna, 1995, p. 43 e ss.



vuoto, ma il mantenimento dello *status quo* costituzionale. La vacanza di un ufficio, però, è semplicemente l'assenza di ogni *status quo*, anzi rappresenta, nel caso della composizione della Corte, un'alterazione della composizione dell'organo e può condurre alla sua paralisi ed in ogni caso al suo ridotto funzionamento. Tuttavia non ci sembra che si possa abbandonare la regola della maggioranza qualificata per la nomina degli organi di garanzia, in particolare i giudici della Corte costituzionale. Ed è ragionevole che la stessa norma valga, come ha scelto di fare il governo con la riforma in corso della nostra Costituzione, per l'elezione del Presidente della Repubblica.

Nel caso dei giudici si potrebbe ritornare alla soluzione della *prorogatio* (come avveniva del resto prima della legge costituzionale n. 2 del 1967, richiamata in precedenza) del titolare dell'ufficio in scadenza.²⁹

Vorremo aggiungere, inoltre, che il rischio di uno stallo nella nomina a maggioranza qualificata è un rischio patologicamente amplificato dall'attuale composizione del Parlamento, nel quale non esiste una vera opposizione, poiché questa è particolarmente frammentata e litigiosa al suo interno. Le nomine a maggioranza qualificata dei giudici della Consulta non si sono scontrate con difficoltà particolari, anzi hanno avuto la funzione eccellente di escludere candidati estremi dando all'opposizione un giusto diritto di veto nei loro confronti. Il sistema ha funzionato perché esisteva, sostanzialmente, *una* maggioranza ed *una* opposizione, che hanno coabitato decentemente per decenni (anche se all'inizio la DC ha avuto una forte ostilità nei confronti della nomina di giudici non omogenei alle sue posizioni – come ricordano certamente i più anziani fra i lettori). In un Parlamento diviso in tre e più parti, le componenti dell'opposizione, ostili fra loro, bloccano la nomina dei giudici, e creano inquietudine sulla elezione del Presidente della Repubblica, che fortunatamente non ricorre domani. Ma la legge elettorale maggioritaria a doppio turno votata dal Parlamento (legge 6 maggio 2015, n. 52) dovrebbe condurre il sistema politico verso un bipolarismo e forse un bipartitismo ordinato, come nelle più antiche democrazie, sicché la regola della maggioranza qualificata dovrebbe poter esibire le sue qualità – ad esempio favorire organi di garanzia il più possibile *super partes* – piuttosto che i suoi limiti – il rischio di stallo. Purtroppo il clima non molto sereno e coeso nel quale il governo si è trovato a condurre la riforma costituzionale ha impedito di intervenire sull'articolo 138 che non dà al paese una

²⁹ In caso di decesso del medesimo si potrebbe immaginare che, in caso di prolungata mancanza della nomina parlamentare, la carica venga ricoperta da un giudice scelto dalle magistrature supreme – il che spingerebbe facilmente maggioranza e minoranza a trovare più sollecitamente un accordo per evitare di essere espropriate del potere di nomina. Lo stesso meccanismo potrebbe essere previsto per por termine, dopo un lasso di tempo da definire, alla *prorogatio* del giudice il cui mandato sia scaduto.



Costituzione sufficientemente rigida. Per il passato, la rigidità era garantita piuttosto dalla frammentazione del sistema politico e dall'assenza di una maggioranza monopartitica – conseguenza di una legge elettorale proporzionale, che utile e probabilmente necessaria in un paese a democrazia fragile, è diventata un ostacolo al buon governo, paralizzato dai ricatti delle ali estreme o dei piccoli partiti di centro il cui potere *coalizionale* era totalmente sproporzionato rispetto alla loro rappresentanza. Sicché la legge proporzionale (come quelle successive che comunque imponevano governi di coalizione) si trasformava in un sistema di assoluta sproporzione fra le forze politiche, indipendentemente dalle scelte dei cittadini. Con la nuova legge elettorale e le riforme necessarie dell'assetto costituzionale, cresce ulteriormente il ruolo degli organi di garanzia e la scelta dei loro componenti non può essere assegnata alla maggioranza. Si tratta di riflettere sulle modalità per evitare lo stallo nel funzionamento di tali organi. In realtà la rielezione di Giorgio Napolitano alla Presidenza della Repubblica è stata una specie di *prorogatio* voluta da attori politici incapaci di trovare un accordo sul nome del capo dello Stato.

6. Sul ruolo del Presidente della Corte

Che la collegialità per esigenze di funzionamento dell'organo si disarticoli al suo interno fino a contemplare soggetti monocratici con funzioni di rilievo è una circostanza piuttosto comprensibile; tuttavia, va anche sottolineato che la struttura collegiale ha rappresentato e rappresenta un contrassegno che, di fatto, ha sempre indotto la Corte ad evitare di definire una sua organizzazione interna, ad esempio prevedendo sezioni dedicate. Che l'attività poi si distribuisca, come già evidenziato, in collegi differenziati è conseguenza piuttosto inevitabile. All'interno della Corte vi sono entità monocratiche ed uffici e commissioni espressamente previsti dalla disciplina normativa. Tra questi, come è emerso già dalle riflessioni in merito al ruolo del giudice relatore, vi è la figura del Presidente che può, in base alle prerogative riconosciute, dare all'impianto collegiale un'impronta personale più o meno intensa. Va detto, in ogni caso e preliminarmente, che, al di là delle funzioni che gli sono proprie e del grado di incidenza che esse possono avere sull'andamento delle decisioni della Corte, la capacità del Presidente di dare – per così dire – una caratterizzazione personale all'attività del collegio che presiede molto dipende anche dalle attitudini personali e dal temperamento. Fatta questa breve premessa, non è naturalmente questa la sede per analizzare in maniera dettagliata le sue molteplici funzioni, quanto soffermare l'attenzione solo su alcune di esse che – anche in base ai rilievi fin



qui condotti – appaiono di particolare interesse e che, evidentemente, si pongono in stretta relazione, magari contraddicendolo, con l’impianto collegiale dell’organo³⁰.

Per riprendere un po’ i termini del discorso sviluppato a proposito del ruolo del giudice relatore e di quello del redattore, è indubbio che l’individuazione di queste due figure da parte del Presidente conferisce ad esso un potere di impostazione dell’attività decisoria³¹. Come è stato evidenziato, infatti, i criteri di scelta non sono formalizzati, e quindi, al di là di alcune considerazioni di buon senso che inducono a pensare che questi siano ispirati ad un’equa distribuzione del lavoro, e fatti salvi alcuni criteri evidenti per la loro frequenza (quale ad esempio la tendenza a scegliere il giudice relatore sulla base della sua pregressa specializzazione), per il resto la scelta del Presidente sembra improntata ad una discrezionalità piena.

Altrettanto va detto per quanto riguarda la scelta del redattore, che può essere diverso dal relatore; la redazione delle sentenze e delle ordinanze è affidata al relatore, salvo che, per indisponibilità o per altro motivo, sia affidata dal Presidente ad altro o a più giudici. Anche sul versante della redazione il potere del Presidente è piuttosto importante; non è infatti la Corte a decidere a maggioranza a quale giudice affidare la redazione né tale scelta avviene da parte del Presidente in base a dei criteri oggettivi. Inoltre, il Presidente può anche decidere di assegnare a se stesso la redazione, come è avvenuto con la sentenza n. 88 del 2011. Il caso specifico – tra l’altro - sembra mettere ancor più in evidenza le contrapposizioni interne alla Corte e l’auto-attribuzione sembra quasi rivelare la presenza di più dissensi all’interno del collegio, non solo quello del relatore.

Si tenga presente, inoltre, che la norma che attribuisce al Presidente questo potere rientra nell’ambito dell’auto-normazione (art. 17, comma 4, Norme integrative – Delibera 7 ottobre 2008), il che, al di là della frequenza della sua applicazione, sembra far pensare ad una scelta normativa della Corte nella direzione di un modello collegiale con componente presidenziale forte³².

³⁰ Sulle attribuzioni del Presidente, si v. T. Martines, *Il Presidente della Corte costituzionale*, in Giur. cost. n. 2, 1981, p. 2057 ss.

³¹ Anche se in dottrina è stato sottolineato che «Se non è, infatti, da escludere che la scelta del relatore può condurre alla “predeterminazione di una certa impostazione della discussione a scapito di un’altra” o che [...] la relazione è “presumibilmente” destinata ad esercitare un certo peso nella decisione, non è men vero, d’altra parte, che la particolare preparazione tecnico-scientifica dei giudici della Corte e la loro effettiva partecipazione alla discussione ed alla redazione della sentenza in camera di consiglio valgono a ridurre entro limiti ben ristretti l’incidenza che la relazione può avere sulla impostazione della discussione e sulla conseguente decisione ed, indirettamente, l’influenza del Presidente», così T. Martines, *ivi*, p. 2085.

³² Anche se – va altrettanto evidenziato - si riscontra la tendenza ad una rapida rotazione e quindi ad una breve durata della carica di Presidente della Corte.



Va inoltre evidenziato che, anche se il controllo di costituzionalità non è un giudizio a parti necessarie, l'assenza di criteri oggettivi che orientino le scelte del Presidente per quanto riguarda l'individuazione del relatore e del redattore potrebbe essere interpretata come una carenza ingiustificata se posta in relazione al principio del giudice naturale preconstituito per legge³³. Infatti, anche se è nel collegio che si identifica il giudice che decide e non nel relatore, il cui compito è istruttorio, resta comunque aperta la questione sulla decisione come percorso caratterizzato da varie fasi, ciascuna delle quali – anche quella istruttoria – dovrebbe essere improntata ad una minore discrezionalità almeno per quanto attiene all'assegnazione della questione.

Inoltre, la circostanza che sussistano alcune disposizioni che proiettano all'esterno la struttura interna della Corte, che è ben più complessa ed articolata rispetto al monolite della collegialità, sembra indicativo di quel necessario dato di realismo cui pure devono informarsi le norme sul funzionamento di un organo collegiale, i cui componenti non agiscono all'unisono ma attraverso dinamiche che sono anche di contrapposizione. Ma quel per cui rileva in qualche modo la garanzia della collegialità non è tanto in relazione a ciò che avviene all'interno dell'organo, quanto piuttosto alle ripercussioni che le contrapposizioni interne possono produrre se esterne in maniera più o meno esplicita. La questione, in altre parole, attiene più in generale alle conseguenze che una volontà divisa del collegio può produrre in termini non solo di credibilità dell'organo, ma anche di strumentalizzazione delle sue decisioni da parte della politica.

Le problematiche evidenziate finora riportano essenzialmente ad un dilemma di fondo, che può sinteticamente essere ricondotto ai concetti di trasparenza e di anonimato, ai quali si è già fatto cenno. Tendenzialmente si sarebbe protesi a valorizzare la trasparenza, al fine di creare le condizioni che consentano di conoscere i percorsi decisionali dell'organo collegiale e gli eventuali dissensi al suo interno, ma a questo proposito è necessario ripetere che la Corte non è un organo rappresentativo. Dunque, le esigenze di trasparenza che sono alla base delle attività degli organi di rappresentanza e che devono necessariamente essere soddisfatte per consentire agli elettori di poter decidere al termine del mandato se riconfermare o meno i propri rappresentanti, non hanno nel caso della Corte alcuna giustificazione.

³³ Sull'argomento si v. R. Romboli, *Composizione del collegio giudicante e assegnazione delle cause nei giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in P. Costanzo (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Atti del Convegno di Imperia, 12-13 maggio 1995, Torino, 1996, p. 324 ss. Anche se rispetto al principio della preconstituzione del giudice, l'assegnazione discrezionale delle cause da parte del presidente non porrebbe secondo l'A. particolari problemi, anche perché «chi svolge le funzioni di giudice è, nel nostro caso, sempre e comunque la Corte come organo collegiale, esercitando il giudice relatore solamente una funzione di tipo istruttorio e preparatorio della decisione», p. 333. Sul tema si v. anche J. Luther, *I giudici costituzionali sono giudici naturali?*, in *Giur. cost.*, 1991, p. 2484.



Non va dimenticato inoltre che la carica di giudice, per quanto di durata considerevole, è a termine – diversamente da quanto accade per i giudici della Corte Suprema americana – e, considerata tale circostanza, forse un eccesso di personalizzazione della decisione potrebbe prestarsi ad illazioni sui singoli giudici e non giovare affatto alle esigenze di imparzialità. Bisognerebbe, inoltre, tenere conto del fatto che i dissensi nominali potrebbero essere usati dai giudici per manifestare all'esterno orientamenti strumentali alle loro attività una volta lasciata la Corte. Il dissenso anonimo, nei limiti della sua praticabilità, potrebbe costituire elemento di rafforzamento della collegialità e dunque garanzia di imparzialità dei processi decisionali.

7. Coda

La Corte costituzionale italiana, la prima, se si esclude il caso dell'Austria, istituita da una costituzione scritta dopo la seconda guerra mondiale, nei suoi ormai sessanta anni di vita è stata una delle istituzioni più importanti e rispettate dell'ordinamento repubblicano e dovrà svolgere il suo compito di garante di questo ordinamento in un secolo che ancor più di quello precedente è un secolo dei diritti. Il suo assetto fondamentale va mantenuto contro possibili derive.

In sintesi, ci sembra che sia opportuno conservare lo *status quo* di questa istituzione, con qualche riserva espressa dal testo, che investe più che la Corte il ruolo del Parlamento nella nomina dei giudici. Certo si dovrebbe porre rimedio alle presidenze troppo brevi, che, come quelle troppo lunghe, in una Corte come la nostra non trovano giustificazione.

L'accesso alla Corte, tradizionalmente caratterizzato dal ricorso incidentale, negli ultimi anni è stato prevalentemente contraddistinto dal ricorso diretto di Stato e regioni, per cui si è potuto parlare a ragione di Corte dei conflitti che è prevalsa rispetto a quella che era stata a lungo una Corte dei diritti.³⁴

La riforma costituzionale di possibile attuazione dovrebbe porre un freno a questo tipo di giurisdizione.

³⁴ Tuttavia si registra recentemente un'inversione di rotta. Nella relazione del Presidente Alessandro Criscuolo sulla giurisprudenza costituzionale del 2014 viene, infatti, rilevato che: «In questo arco temporale si è registrata una significativa diminuzione del numero dei ricorsi in via principale, in controtendenza rispetto a quanto accaduto nei due anni precedenti; con riferimento all'anno 2013 la diminuzione è stata pari al 38,92 per cento. Si tratta di un indice rivelatore della attenuata conflittualità fra Stato e Regioni che, forse non per caso, si manifesta dopo oltre un decennio di decisioni con cui la Corte ha individuato, di volta in volta, i limiti delle rispettive competenze legislative e amministrative come definite nel Titolo V della Costituzione. Tale dato, tuttavia, non fa venir meno l'auspicio di una riforma del detto Titolo ispirata a canoni di semplificazione e chiarezza», così in Giur. cost, n. 1, 2015, p. 293.



Il controllo *ex ante* è in linea di massima estraneo³⁵ al modello italiano di controllo di costituzionalità, ma la possibilità di un ricorso di questo tipo per la legge elettorale (che anche in un paese come l'Italia non viene facilmente modificata – se ne conta una nuova all'incirca ogni dieci anni) sembra, eccezionalmente, del tutto ragionevole. Se non altro al fine di evitare polemiche su Parlamenti eletti e non conformi ai criteri presentati da una sentenza della Corte, che non possono colpire il Parlamento in corso di opera.

L'introduzione del ricorso diretto, tipico del modello tedesco, sembra anch'esso da escludere, nonostante le virtù di quel meccanismo d'accesso alla Corte, poiché richiederebbe una ristrutturazione amplissima della Corte medesima, riducendo drasticamente i tempi per la deliberazione collegiale. Si può osservare a questo proposito che la deliberazione collegiale della Corte tutta intera è facilitata dall'assenza di ricorsi diretti. Corti costituzionali come quella tedesca o spagnola, che devono decidere (in mancanza di un meccanismo simile al *certiorari* americano, possibile in assenza di monopolio del sindacato di costituzionalità) molte migliaia di casi all'anno, sono obbligate a delegare lo smaltimento del lavoro a sottogruppi di giudici – aiutati da assistenti –riservando a pochi casi più rilevanti la deliberazione collettiva.

Il modello collegiale, che è in grado di spingere a decisioni di tipo consensuale, rappresenta la natura ed il valore essenziale di un organo come la nostra Corte ed esso, a parere di chi scrive, va certamente difeso.

³⁵ In realtà è prevista un'ipotesi di sindacato preventivo nel meccanismo di accesso alla Corte: l'impugnazione da parte del governo degli statuti regionali e della legge statutaria delle regioni speciali. L'impugnazione deve avvenire prima della promulgazione, entro trenta giorni dalla pubblicazione notiziale sul bollettino regionale.