

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO,
PROCESSUALE CIVILE, INTERNAZIONALE ED EUROPEO

Studi di diritto pubblico

65

COME DECIDONO LE CORTI COSTITUZIONALI (e altre Corti)

HOW CONSTITUTIONAL COURTS MAKE DECISIONS

ATTI DEL CONVEGNO INTERNAZIONALE

svoltosi a Milano, il 25-26 maggio 2007

A cura di

PASQUALE PASQUINO e BARBARA RANDAZZO



GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 88-14-14402-8

*Stampato con il contributo del MIUR nell'ambito
del Programma di ricerca di interesse nazionale (2005-2007)
coordinato dal Prof. Valerio Onida "Dalla Corte dei diritti alla Corte
dei conflitti: recenti sviluppi nella giurisprudenza e nel ruolo
della Corte costituzionale"*

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2009

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 VARESE - Via F. Guicciardini 66

SABINO CASSESE (*)

In che modo le Corti costituzionali si differenziano dagli altri collegi dove si vota per deliberare (ad esempio, il Parlamento e i collegi amministrativi)?

La prima differenza è questa: negli altri collegi vi sono processi di decisioni, mentre nelle Corti costituzionali vi sono serie di decisioni.

Il Parlamento e gli organi amministrativi collegiali, quando prendono decisioni, attuano *policies*; quindi, le decisioni sono tra loro connesse con nessi più o meno stretti. Invece, le Corti costituzionali sono chiamate a prendere decisioni puntiformi. Spesso le Corti costituzionali stabiliscono legami tra queste decisioni puntiformi, donde la regola del precedente e i tentativi di condizionare, attraverso la motivazione di un caso, la decisione di un altro caso. Ma questa visione prospettica, che anche un giudice può avere verso il passato e verso il futuro, si realizza sempre in una serie di decisioni.

Seconda differenza: il Parlamento e i collegi amministrativi scelgono essi stessi il *thema decidendum*; ciò non accade per le Corti costituzionali. Per esse provvede l'introduttore con la domanda, che prospetta anche il tema (*petitum*).

Si consideri, però, che la Corte Suprema americana ha una maggioranza per decidere e una minoranza per rigettare: bastano quattro voti per il *denial of petition*. Quindi, la scelta del *thema decidendum* è lasciata ad una minoranza.

(*) Giudice della Corte costituzionale italiana.

Si tenga presente, inoltre, che la Corte Suprema degli Stati Uniti può decidere di non decidere senza motivare. I *denials of petition* sono solo un elenco. La stessa funzione è svolta dall'uso dell'inammissibilità. Il giudizio di ammissibilità presenta anch'esso un margine più o meno ampio di discrezionalità e viene adoperato dalle Corti costituzionali per scegliere l'ambito delle proprie decisioni (ciò che i Parlamenti possono fare liberamente), rifiutando o posponendo la decisione. Ad esempio, la Corte costituzionale italiana da alcuni anni pospone le decisioni su un tema sociale enorme, come l'immigrazione, ed ha a lungo posposto ogni decisione sulla portata del primo comma dell'art. 117 della Costituzione.

La terza differenza riguarda la formazione delle singole decisioni. Questa avviene in Parlamento attraverso il negoziato, i compromessi e la strumentazione del dibattito politico. Gli organi di giustizia costituzionale, invece, giungono alla formazione della decisione attraverso l'audizione delle parti e la ponderazione dei punti di vista espressi dalle parti, con l'obbligo finale di motivare.

Elementi di questo tipo si trovano anche nei processi di decisione parlamentare. Molti parlamenti si sono dotati dello strumento delle udienze conoscitive, che mimano il processo di decisione delle Corti, e nell'ambito europeo anche gli atti normativi vanno motivati. C'è, quindi, una commistione dovuta alla forza della *fairness* (obbligo di udire, di tener conto e di motivare).

La quarta differenza riguarda la discussione: questa serve in Parlamento, in principio, per contarsi; nelle Corti costituzionali per convincersi.

Ma il lavoro delle Corti si svolge solo nella camera di consiglio? Chi abbia letto due libri di tipo giornalistico sulla Corte Suprema americana, il vecchio « *Inside the Supreme Court* » o l'ultimo « *Supreme Conflicts* », sa bene che il dialogo tra il giudice e gli assistenti è un elemento di formazione della volontà del collegio e che la discussione non è solo quella che si svolge

in camera di consiglio (la *conference* degli americani), ma anche quella dei dialoghi a due, a tre, a quattro e dello scambio di *memorandum*. Si pensi solo al modo in cui è stato deciso il caso *Watergate*: la maggioranza si costituì fuori del dialogo tra i nove membri del collegio.

Da ultimo, viene il tema della decisione. Occorre evitare di enfatizzare il problema della *dissenting opinion*. Anche dove sono consentite *dissenting* e *concurring opinions*, c'è sempre la ricerca dell'accordo.

Bisogna poi distinguere tra registrazione e esternazione delle opinioni dei giudici. Vi sono Corti Supreme dove la prima viene fatta pur senza esternare le opinioni singole e Corti, come quella italiana, nelle quali non vi è alcuna registrazione interna delle maggioranze e delle opinioni ed, anzi, il processo di decisione si svolge con una velocità e in un modo tali che è difficile accertare come ciascuno abbia votato.

Ancora tre osservazioni: la prima, di carattere generale, su questi due giorni di lavoro; la seconda sul tema dell'opinione separata; la terza sull'interpretazione costituzionalmente conforme.

Primo: abbiamo fatto un'analisi di diritto comparato di cinque Paesi diversi; quali insegnamenti se ne possono trarre, alla luce delle grandi tendenze della scienza del diritto comparato, e, in particolare, dell'opinione di Pierre Legrand secondo cui gli ordini giuridici nazionali non sarebbero convergenti?

Le analisi qui svolte ci hanno insegnato che bisognerebbe rovesciare il modo tradizionale, che parte dall'esistenza di grandi famiglie (ad esempio, diritto civile e diritto comune), per studiare convergenze e divergenze. All'opposto, vi è un'esigenza unitaria, di tenere sotto controllo il sovrano attraverso il « diritto mite » (che è il diritto costituzionale). Poi, le differenze nascono dai diversi contesti. Sono questi che producono le diversità. Quindi, universalità del diritto e varietà dei contesti giuridici nei quali gli istituti si calano. Donde le differenze.

La mia seconda osservazione muove da una breve storia con cui si apre l'ultimo libro di Dworkin. Il grande giudice Holmes accompagna nella sua carrozza un giovane che diventerà anche lui giudice. Quest'ultimo scende, perché è arrivato a casa, e saluta Holmes, mentre questi si sta allontanando, dandogli (è un gioco di parole, in americano): « *Do justice, Justice!* » (fa giustizia, giudice). Poiché la carrozza si è allontanata, Holmes prega il cocchiere di ritornare indietro e dice al giovane Learned Hand: « Questo non è il mio compito, io applico la legge ».

Ora, a mano a mano che la Carta costituzionale si allontana nel tempo e che, quindi, aumentano le interpretazioni rese necessarie dal mutare delle condizioni, diventa sempre più difficile pensarla come Holmes. In altre parole, l'unicità di interpretazione è tanto più forte quanto più vicino è un testo al contesto dal quale è nato. Originalismo e intenzionalismo sono legati. Ma, a mano a mano che ci si allontana nel tempo, la varietà dei contesti, rimanendo fermo il testo, richiede maggiore sforzo interpretativo, perché si amplia la gamma delle interpretazioni possibili. Se maggiore è lo sforzo interpretativo, necessariamente maggiore sarà la diversità delle opinioni. A questo punto si affaccia il problema della *dissenting opinion*. Quindi, l'opinione separata non è un fatto astratto, ma una necessità dettata da un certo momento storico. La storia della introduzione negli Stati Uniti delle opinioni separate dimostra questa diagnosi.

Conosco l'osservazione: « possono, in un Paese dilaniato dalle divisioni, mettersi in evidenza opinioni opposte dei giudici della Corte? Non è meglio che quell'organo continui a parlare con una voce sola? ». La mia risposta a questa domanda è la seguente: le opinioni opposte nella Corte evidenzerebbero — nella maggior parte dei casi — divisioni diverse da quelle proprie del Paese. Ciò che è caratteristico delle Corti costituzionali non è la formazione di una maggioranza e di una minoranza (che

è modo tipico della politica), ma la formazione di maggioranze e di minoranze diverse, perché su un tema ci si divide in un modo, su un altro in altro modo. Ed allora mettere in luce queste diversità può servire alle altre diversità, quelle della politica, facendo vedere punti di vista che nel mondo della politica, dominato da *clivages* pre-costituiti, non vengono colti, e arricchendo il dibattito pubblico.

Alla difficoltà che l'esternazione delle differenze può creare, consentendo a singoli giudici di « costruirsi » una figura pubblica e una reputazione, potrebbe rimediarsi impedendo la nomina di giudici giovani (ad esempio, come in Italia la Costituzione prevede per il Presidente della Repubblica), in modo che essi, al termine del loro mandato, non coltivino altre ambizioni di « carriera ».

La terza osservazione è relativa a quello che diceva poc'anzi Leopoldo Elia. Mi chiedo se il fenomeno verificatosi in questi anni non dipenda dalla circostanza che il controllo di convenzionalità, a questo punto, è diffuso e non c'era nel momento in cui è stato introdotto il controllo di costituzionalità accentrato.

Semplificando, si può affermare che, in Europa, abbiamo tre testi costituzionali e tre giudici costituzionali (le corti di Strasburgo e del Lussemburgo e quella nazionale). In presenza di tante corti, i giudici sono tentati di svolgere essi stessi un controllo di costituzionalità diffuso.

Si potrebbe obiettare che la stessa Corte costituzionale lascia tale potere ai giudici. Ma ciò potrebbe corrispondere all'idea di un duplice controllo di costituzionalità. Un controllo di costituzionalità « minore »: quando la Corte costituzionale chiede al giudice di tentare l'interpretazione costituzionalmente conforme, in sostanza, ritiene che non vi sia bisogno di ricorrere allo strumento dell'annullamento per rendere conforme la norma alla Costituzione, potendosi fare ciò in via interpretativa. Poi, un secondo livello di controllo: poiché non si poteva conformare l'ordinamento alla Costituzione in via interpretativa da

parte del giudice rimettente, interviene il giudice delle leggi con l'annullamento. Così inteso il sistema, la Corte non avrebbe abdicato al suo compito, ma l'avrebbe interpretato come quello di un giudice costituzionale di ultima istanza.