



22/02/2011

Corte costituzionale, dissenting opinion, giudizio dei pari

Massimo Villone

Nelle sue ricorrenti pulsioni di attacco alla Costituzione, il presidente del consiglio ha di nuovo messo nel mirino la Corte costituzionale. A quanto si legge sulla stampa, pensa a una riforma volta a richiedere una maggioranza qualificata di due terzi per la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge. La "colpa" del giudice di costituzionalità è quella di avere "abrogato" (sic) leggi giuste, anzi giustissime.

Non serve la sfera di cristallo per capire che Berlusconi ancora una volta vuole una legge *ad personam*. Perché le leggi "giustissime" sono con ogni evidenza i lodi, il legittimo impedimento, e magari domani il processo breve e la legge sulle intercettazioni. E dunque i giudici di sinistra - che secondo tale autorevole opinione si annidano nella Corte - hanno già gravemente peccato, e potrebbero persino perseverare. Meglio stroncare il complotto assicurando un potere di veto alla pattuglia dei giudici più sensibili e attenti alle sorti berlusconiane. La cruciale sentenza 262 del 2009 fu assunta - a quanto si sa - nove a sei. Con la riforma ipotizzata il lodo Alfano sarebbe ancora legge dello Stato, perchè si richiederebbero almeno dieci giudici a favore della illegittimità.

La incultura giuridica del presidente del consiglio - o forse un errore consapevole e voluto - lo conduce a dire che la Corte abroga le leggi, come un legislatore successivo che sovrapponga la propria volontà a quella del parlamento democratico eletto dal popolo sovrano. Ovviamente, è una rappresentazione del tutto falsa. La Corte cancella dall'ordinamento la norma costituzionalmente illegittima, che non ha diritto di cittadinanza nell'ordinamento giuridico, che il legislatore non avrebbe dovuto adottare, e che il popolo sovrano non potrebbe mai volere fosse adottata. Una differenza decisiva. Che ci consente di valutare appieno la gravità della proposta avanzata da Berlusconi.

È convinzione comune tra i costituzionalisti che una delle innovazioni più significative del costituzionalismo contemporaneo sia non solo la rigidità delle costituzioni, ma la previsione che la rigidità sia "garantita". La garanzia è appunto data dalla previsione del giudizio di costituzionalità delle leggi, finalizzato alla rimozione del vulnus portato dalla legge lesiva della carta fondamentale. In mancanza di un giudizio di costituzionalità della legge, accentrato o diffuso che sia, volto alla dichiarazione di incostituzionalità con efficacia *erga omnes* o alla disapplicazione caso per caso, la superiorità della norma costituzionale nella gerarchia delle fonti si dissolve. Poiché - tra i modelli possibili e utilizzati nel costituzionalismo moderno - la pronuncia di illegittimità è il solo modo consentito nel nostro ordinamento, la Corte costituzionale è in prima linea nella garanzia della rigidità.

Introdurre una maggioranza qualificata di due terzi per la sentenza di accoglimento comporta che l'opinione nel senso della conformità a Costituzione prevalga, anche se fortemente minoritaria tra i giudici. Che non sarebbero più eguali nello svolgimento della propria funzione, avendo maggior peso il voto dei pochi contrari alla questione sollevata, rispetto al voto dei più.

Tutto questo si tradurrebbe in una presunzione di legittimità della legge difficilmente superabile. In una procedura di tipo parlamentare, infatti, se manca la maggioranza prescritta il risultato previsto non si consegue: la legge non si approva, il titolare di una carica non si elegge. Ma il giudice di costituzionalità è chiamato a decidere su una domanda di giustizia. Il mancato raggiungimento di una maggioranza qualificata comporterebbe il rigetto della domanda, e della questione sollevata. Il dubbio di costituzionalità verrebbe risolto nel senso della conformità alla Costituzione della legge impugnata. E dunque ne verrebbe fatalmente un affievolimento del connotato della rigidità.

La gravità della cosa si avverte ancor meglio se si considera che la rigidità è già costruita debolmente in Costituzione. In passato, c'è chi ha sostenuto che fosse troppo difficile modificarla. Ma la storia ha ampiamente dimostrato il contrario. La maggioranza assoluta dei componenti – peraltro richiesta solo nella seconda deliberazione – in realtà coincide con una maggioranza di governo. La stessa seconda deliberazione, nella quale non si ammettono emendamenti, è poco più che una formalità. In concreto, una maggioranza di governo minimamente coesa e decisa può fare la riforma che vuole, anche in tempi ragionevolmente brevi. I regolamenti parlamentari vigenti assicurano che non si incontrino ostacoli insuperabili.

La cosa è stata evidente con la riforma del Titolo V, approvata dalla sola maggioranza in seconda deliberazione con soli tre voti di margine sulla soglia richiesta della metà più uno dei componenti. Ed ha trovato conferma con la riforma del centrodestra nel 2005, imposta senza mediazione alcuna dalla maggioranza di governo, e fermata solo dal voto popolare. In realtà, è proprio il referendum ex art. 138 l'unico vero deterrente. La mancanza del quorum di validità impedisce di puntare al non voto, come invece accade con il referendum abrogativo ex art. 75. E dunque il confronto nel voto popolare è sostanzialmente inevitabile. Potrebbe venirne una verifica plebiscitaria difficile per i sostenitori della riforma. Ma nemmeno questo è, tuttavia, un argine insuperabile. E dunque abbiamo una debole rigidità, che si accompagnerebbe – secondo la riforma ipotizzata – ad un evanescente giudizio di costituzionalità. Una condizione nella quale si apre la via alla dittatura di maggioranza.

Comunque, proprio la connessione tra maggioranza richiesta per la decisione e giudizio di costituzionalità, e tra giudizio e rigidità, ci dice che non basterebbe la legge ordinaria a introdurre la maggioranza qualificata, rendendosi invece necessaria la legge costituzionale. Anche rifiutando questa posizione, del resto, non si consentirebbe l'ingresso al legislatore ordinario. Sul punto, infatti, potrebbe vedersi una riserva di regolamento a favore della stessa Corte. In tal senso va richiamata la natura di organo costituzionale, cui si collega necessariamente una autonomia anche normativa. E va considerato che l'esigenza di autonomia si coglie in specie per il giudizio di costituzionalità delle leggi, in cui la Corte è chiamata fisiologicamente a contrapporsi al legislatore. Un elemento importante nel senso indicato si trae dalle *Norme integrative*, per cui in caso di parità prevale il voto del presidente. Se così dispongono, e possono disporre, dobbiamo ritenere che ad altre fonti – ed in specie al legislatore - sia precluso farlo.

Non a caso, del resto, la legge costituzionale n. 1 del 1953 prevede all'art. 1 che "la Corte costituzionale esercita le sue funzioni nelle forme, nei limiti ed alle condizioni di cui alla Carta costituzionale, alla legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, ed alla legge ordinaria emanata per la *prima attuazione* delle predette norme costituzionali" (corsivo aggiunto). Con tale disposto si pone un argine a ogni *successivo* intervento del legislatore sugli anzidetti limiti, forme e condizioni. La "prima attuazione" è data dalla legge n. 87 del 1953, e, specificamente per i giudizi di accusa, dalla legge n. 20 del 1962. E dunque si mostra corretta la scelta che i successivi interventi normativi siano stati affidati alla potestà regolamentare della Corte (*Regolamento generale della Corte costituzionale*, 20 gennaio 1966; *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, 16 marzo 1956 e 7 ottobre 2008). Mentre si può avere

qualche dubbio sulla legittimità costituzionale dell'art. 9 della legge 131 del 2003, che ha adattato la legge 87 del 1953 alla riforma del Titolo V del 2001, disciplinando alcune modalità del giudizio in via principale davanti alla Corte, entrando così in materia che potrebbe ritenersi riservata alla potestà regolamentare.

L'intervento di riforma prospettato non è dunque banale, o di poco momento. Incide sugli equilibri di fondo del sistema costituzionale. Ed è solo uno scherzo della storia che quanto oggi propone e argomenta Berlusconi ricordi da vicino gli argomenti che in Assemblea Costituente svolgevano le parti politiche da lui tanto spesso esecrate. Non pochi, tra i socialisti e i comunisti, erano diffidenti o apertamente contrari all'idea che un giudice non rappresentativo potesse porre nel nulla la volontà del popolo sovrano rappresentato in Parlamento. Il patto costituzionale era per una parte molto importante affidato al futuro, all'attuazione di diritti nuovi che richiedevano profonde innovazioni politiche, economiche, sociali. Un legislatore libero da lacci e laccioli era strumento essenziale di questa visione. Emblematico l'intervento di Togliatti, nella seduta dell'**11 marzo 1947, che legge nel progetto di Costituzione il timore di una maggioranza espressa dalle classi lavoratrici e volta al cambiamento: "... di qui la pesantezza e lentezza nella elaborazione legislativa, e tutto il resto; e di qui anche quella bizzarra della Corte costituzionale, organo che non si sa cosa sia e grazie alla istituzione del quale degli illustri cittadini verrebbero ad essere collocati al di sopra di tutte le assemblee e di tutto il sistema del Parlamento e della democrazia, per esserne i giudici. Ma chi sono costoro?"**.

Berlusconi come Togliatti? Certamente no. Ben diversi gli obiettivi, infimi per l'uno, nobili – e parte integrante del patto costituzionale - per l'altro. In ogni caso, un primo ministro costituzionalmente alfabetizzato sarebbe più consapevole e cauto. Soprattutto se fosse davvero volto a valori liberali, come quelli che la parte moderata dell'assemblea costituente affermava sostenendo il giudizio di costituzionalità come elemento primario di difesa contro la dittatura di maggioranza. Mentre è proprio verso tale forma degenerativa che scivola il nostro sistema. Va detto, però, che ciò non accade solo perché esiste Berlusconi. Assistiamo alle ultime perversioni di un modello fondato sull'elezione diretta del leader con la sua maggioranza. Modello che non pochi anche nel centrosinistra tuttora ritengono risolutivo e necessario per l'efficienza della politica, delle istituzioni, e del sistema-paese. Mentre l'esperienza – anche a livello regionale e locale – dimostra che su quella premessa i checks and balances sono fatalmente indeboliti, gli istituti della responsabilità politica azzerati, le assemblee rappresentative ridotte ad un parco di servitori obbedienti al principe. È questi il vero titolare della volontà legislativa, e tutto dipende dalla qualità politica e personale di chi ha il bastone del comando. Se tale qualità è bassa o infima, ad essa tutto si allinea. E non è certo un caso che il nostro paese stia scivolando sempre più in basso nelle classifiche internazionali sulla corruzione.

Vedremo se Berlusconi darà seguito alle proprie minacce. Ma intanto consideriamo se non ci sono passi da intraprendere utilmente in senso diverso. A mio avviso, è giunto il momento di introdurre per le decisioni della Corte costituzionale la *dissenting opinion*.

L'opinione dissenziente consentirebbe chiarezza nelle posizioni della Corte e nelle maggioranze a sostegno della decisione. Con il duplice risultato di rendere evidente l'esistenza di un pregiudizio politico, laddove vi fosse, e di agevolare la univocità e la chiarezza delle motivazioni. Per contro, non c'è alcuna sacralità da difendere in una formale unanimità di facciata, che tutti fanno di fatto inesistente. Meglio può contribuire all'autorevolezza del giudice anche l'alto profilo degli argomenti di chi dissente, come ben sa chi conosce la Corte suprema degli Stati Uniti. E nemmeno c'è alcuna riservatezza da difendere, dal momento che una ristretta cerchia di

interessati conosce perfettamente voti, opinioni e comportamenti. E dunque in un falso anonimato non si trova alcuna vera garanzia di autonomia e di indipendenza del giudice. Ampia prova si trae da una nota e chiacchierata cena cui parteciparono alcuni giudici della Corte e politici autorevoli prima della decisione sul lodo Alfano. In un momento di difficile rapporto con il potere politico, la trasparenza può solo essere un vantaggio e un punto di forza, perché è strumento per la sottoposizione delle motivazioni e degli argomenti della Corte al controllo dell'opinione degli studiosi e degli operatori del diritto. È in questa comunità qualificata che la Corte può e deve in ultima analisi cercare consenso ed appoggio. Questi sono i pari al cui giudizio la Corte può e deve assoggettarsi.

Possiamo trovare a sostegno del *dissent* anche argomenti di ordine sistematico. L'art. 5 della legge costituzionale n. 1 del 1953 dispone: "I giudici della Corte costituzionale non sono sindacabili, né possono essere perseguiti per le opinioni espresse e i voti dati nell'esercizio delle loro funzioni". Ma se voti e opinioni dovessero rimanere rigorosamente coperti dal segreto, insuscettibili di essere svelati, quale senso mai avrebbe la norma? E peraltro, se voti e opinioni possono essere conosciuti, cosa osta a che siano resi visibili nella forma di un esplicito e strutturato dissenso, contrapposto ad una opinione di maggioranza?

Nemmeno osta all'introduzione del *dissent* la disciplina costituzionale, che nulla dice in senso contrario. Mentre la legge 87 del 1953 dispone all'art. 18 che "le sentenze ... debbono contenere, oltre alla indicazione dei motivi di fatto e di diritto, il dispositivo, la data della decisione e la sottoscrizione dei giudici e del cancelliere. Le ordinanze sono succintamente motivate". Ma l'elencazione posta dalla norma può bene leggersi nel senso che vengono esplicitati gli elementi minimi strutturalmente necessari per la sentenza, senza escludere che altri possano aggiungersi, come appunto una o più opinioni dissenzienti. Gli elementi elencati *devono*, e le opinioni dissenzienti *possono*, esserci.

Infine, come andrebbe introdotta questa innovazione? Ritengo che basterebbe una norma regolamentare adottata dalla stessa Corte. A questa conclusione già si perviene in base agli argomenti sulla riserva di regolamento svolti in precedenza. Si aggiunga che la disciplina delle modalità della decisione è già dettata dalle norme regolamentari. È infatti l'art. 17 delle *Norme integrative del 2008* che disciplina le forme della decisione di sentenze e ordinanze: deliberazione in camera di consiglio con voti espressi in forma palese; ordine delle votazioni; prevalenza del voto del presidente in caso di parità; redazione; sottoscrizione. E dunque ben si potrebbe integrare la disciplina con la previsione che alla pronuncia si affianchino opinioni dissenzienti.

Quindi il *dissent* si può introdurre. Dunque, si deve. Quando "io vedo accordare il diritto e la facoltà di fare tutto a un qualunque potere, che si chiami popolo o re, democrazia o aristocrazia, che sia esercitato in una monarchia o una repubblica, io dico che là è il germe della tirannide, e cerco di andare a vivere sotto altre leggi" (De Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, trad. dell'A.). Nel nostro tempo, dobbiamo fare tutto il possibile per difendere gli organi neutrali e di garanzia, nei modi appropriati e consoni alla loro natura e funzione. In questo è il senso del *dissent*, oggi.