

ALESSANDRA DI MARTINO

LE OPINIONI DISSENZIENTI
DEI GIUDICI COSTITUZIONALI
UNO STUDIO COMPARATIVO



JOVENE EDITORE
NAPOLI 2016

INDICE

<i>Introduzione</i>	p.	1
---------------------------	----	---

CAPITOLO PRIMO

L'OPINIONE DISSENZIENTE

NELLA STORIA DELLE ESPERIENZE GIURIDICHE EUROPEE

1. Il dissenso nella tradizione giuridica di <i>civil law</i> : il contributo degli studi storici	»	13
2. L'età medievale: pubblicità del processo nel diritto carolingio e nel diritto germanico ...	»	15
3. Il diritto comune: principio della scrittura, eredità del diritto germanico e cultura dialettico-controversiale	»	16
4. L'età del rinascimento e dell' <i>ancien régime</i> : il dissenso nelle raccolte di giurisprudenza	»	22
4.1. La Spagna: motivazione e dissenso in Aragona, Catalogna e a Valencia. Il modello castigliano del dissenso segreto	»	24
4.2. L'Italia: il dissenso presso la Rota fiorentina e gli altri tribunali	»	25
4.3. <i>Segue</i> . Il Sacro Regio Consiglio napoletano e le <i>Decisiones</i> di Matteo D'Aflitto	»	28
4.4. La Germania: il dissenso nelle correlazioni e nei voti del <i>Reichskammergericht</i>	»	31
4.5. La Francia: principio del segreto, divieto di motivazione e dissenso nelle raccolte non ufficiali	»	32
5. Rivoluzione francese, legislazione napoleonica e cultura giuridica: rilievo apparentemente marginale del dissenso giudiziale	»	34
5.1. I dispacci tanucciani	»	38
5.2. Ideologia illuministico-rivoluzionaria e obbligo di motivazione della sentenza	»	40
5.3. Due dissensi che hanno coinvolto l'opinione pubblica: il caso dei condannati alla ruota e quello del generale Moreau	»	42
5.4. Gli ostacoli al dissenso giudiziale: gli interpreti del <i>code civil</i> e le raccolte	»	46
5.5. <i>Segue</i> . L'organizzazione giudiziaria francese e quella tedesca	»	48
5.6. L'influenza del modello francese in Italia e la giustificazione teorica del principio del segreto	»	50
5.7. Dissenso e principio di pubblicità in alcuni stati italiani e tedeschi	»	53
6. Il <i>judicial dissent</i> nell'esperienza inglese: pubblicità del processo e indipendenza del giudice	»	56
7. Osservazioni conclusive	»	61

CAPITOLO SECONDO

L'OPINIONE DISSENZIENTE

NELL'ESPERIENZA COSTITUZIONALE STATUNITENSE

1. Introduzione	»	65
2. La Corte Marshall e il giudice Johnson: <i>opinion of the Court</i> e <i>dissent</i>	»	67
2.1. Il primo periodo di Johnson alla Corte e la giurisprudenza sulla supremazia della federazione	»	70
2.2. La corrispondenza tra Jefferson e Johnson in merito all'uso del <i>dissent</i>	»	73

2.3. Il ritorno di Johnson al dissenso	p. 76
2.4. Un bilancio su unanimità e dissenso al tempo della Corte Marshall	» 77
3. Acquiescenza e dissenso nelle corti post-Marshall: cenni	» 79
4. Dall'acquiescenza all'espressione individuale: le opinioni dissenzienti nelle Corti Taft, Hughes e Stone	» 83
4.1. L'approvazione del <i>Judicature Act</i> del 1925 e il suo impatto sulle <i>opinions</i> della Corte Suprema	» 85
4.2. Nuovi indirizzi metodologici. <i>Sociological Jurisprudence</i> e <i>Legal Realism</i>	» 87
4.3. Mutamento delle concezioni del diritto e <i>dissent</i> : Holmes e Brandeis	» 90
4.3.1. Oliver Wendell Holmes	» 91
4.3.1.1. Pragmatismo holmesiano e <i>dissent</i>	» 93
4.3.1.2. Le opinioni dissenzienti sulle leggi in materia economico-sociale e sulla libertà di espressione	» 97
4.3.1.3. Lo stile e il valore letterario delle <i>opinions</i> di Holmes	» 103
4.3.1.4. Una valutazione conclusiva su Holmes e il <i>dissent</i>	» 107
4.3.2. Louis Dembitz Brandeis	» 111
4.3.2.1. I principali <i>dissents</i>	» 114
4.3.2.2. Uso consapevole del <i>dissent</i> e <i>constitutional change</i>	» 119
4.4. La "Corte Roosevelt". Consolidamento della convenzione sull'espressione individuale e sua giustificazione da parte di Hughes, Stone e Douglas	» 122
4.5. <i>Segue</i> . La difesa del <i>dissent</i> da parte di William Douglas	» 129
5. La tematizzazione del <i>dissent</i> nella Corte Suprema del secondo dopoguerra: Brennan, Scalia e Ginsburg	» 131
5.1. William Brennan: responsabilità del giudice, <i>libertarian dignity</i> e reiterazione del <i>dissent</i>	» 133
5.2. Antonin Scalia. Il <i>dissent</i> come strumento di partecipazione al <i>legal debate</i>	» 141
5.2.1. Originalismo, testualismo, <i>judicial restraint</i> e <i>dissent</i>	» 144
5.2.2. L'influenza di Scalia sugli altri giudici e sulla dottrina	» 152
5.3. Ruth Bader Ginsburg: tra collegialità e individualità, a favore del principio di antidiscriminazione	» 153
6. Osservazioni conclusive	» 166

CAPITOLO TERZO

L'EVOLUZIONE DELLE OPINIONI DISSENZIENTI
NELLE ALTRE ESPERIENZE DI COMMON LAW:
REGNO UNITO, CANADA E AUSTRALIA

1. Introduzione	» 169
2. Il Regno Unito: tradizione delle <i>concurrences</i> e <i>single majority judgment</i> . Concezioni del diritto e teorie dell'interpretazione	» 171
2.1. Le opinioni separate nell' <i>Appellate Committee</i> della <i>House of Lords</i> e la questione del superamento dei precedenti	» 172
2.2. Il significato delle opinioni separate inglesi nell'ambito di una teoria dell'interpretazione e dell'argomentazione: Hart, Dworkin e MacCormick	» 177
2.3. L'evoluzione delle opinioni separate negli anni più recenti	» 184
2.3.1. Scrittura, <i>single (majority) judgments</i> e opinioni concorrenti	» 184
2.3.2. La Corte Suprema britannica e l'impatto dello <i>Human Rights Act</i>	» 188
2.3.3. Un bilancio sull'esperienza inglese	» 196
3. Le fasi cruciali del "disaccordo" nella Corte Suprema canadese	» 198
3.1. Le opinioni dissenzienti di Bora Laskin	» 199
3.2. Le opinioni dissenzienti dopo l'approvazione della <i>Charter of Rights</i>	» 204

3.3. Una considerazione conclusiva sull'esperienza canadese	p. 210
3.4. La <i>High Court</i> australiana: il <i>dissent</i> nella persistenza delle <i>seriatim opinions</i> e della interpretazione <i>legalistic</i>	» 212

CAPITOLO QUARTO

L'OPINIONE DISSENZIENTE

NELLE CORTI COSTITUZIONALI EUROPEO-CONTINENTALI:
LA GERMANIA E LA SPAGNA

1. Introduzione. Il modello kelseniano di giustizia costituzionale e la sua evoluzione	» 221
2. L'opinione dissenziente in Germania: il giudice e l'argomentazione in un contesto democratico-pluralistico	» 226
2.1. Le posizioni della dottrina, il dibattito legislativo e le anticipazioni da parte dei tribunali dei <i>Länder</i> e del BVerfG	» 228
2.2. <i>Segue</i> . Il <i>Deutscher Juristentag</i> del 1968 e le ragioni dell'introduzione del <i>Sondervotum</i> presso il Tribunale costituzionale federale	» 233
2.2.1. Immagine del giudice	» 236
2.2.2. Metodi interpretativi	» 237
2.2.3. Principio democratico e trasparenza	» 242
2.3. La prassi	» 244
2.3.1. Gli anni settanta. Il primo <i>Sondervotum</i>	» 246
2.3.2. <i>Segue</i> . Le opinioni dissenzienti di Wiltraut Rupp-von Brünneck	» 249
2.3.3. La fase successiva. In particolare, le opinioni di Ernst W. Böckenförde	» 256
2.3.4. Le sentenze sui simboli religiosi e i relativi <i>Sondervota</i>	» 262
2.3.5. Le opinioni dissenzienti nei casi sul rapporto tra diritto costituzionale e diritto dell'Unione europea	» 270
2.4. Una valutazione sull'esperienza tedesca	» 280
3. Il voto <i>particular</i> in Spagna. <i>Tribunal de garantías constitucionales</i> e <i>Tribunal constitucional</i>	» 288
3.1. La prassi	» 292
3.1.1. <i>Segue</i> . Opinioni dissenzienti e limiti funzionali della giustizia costituzionale	» 292
3.1.2. <i>Segue</i> . Alcune opinioni dissenzienti in tema di diritti fondamentali	» 297
3.1.3. <i>Segue</i> . Le divisioni negli anni più recenti	» 303
3.2. Alcuni modelli interpretativi e argomentativi e una valutazione complessiva sull'esperienza spagnola	» 310

CAPITOLO QUINTO

LA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE SENZA IL DISSENSO.

IL LUNGO DIBATTITO ITALIANO E I RECENTI SVILUPPI FRANCESI

1. Introduzione	» 317
2. La discussione sull'opinione dissenziente in Italia	» 318
2.1. La prima fase: il dibattito degli anni sessanta e le sue ripercussioni	» 320
2.1.1. Indirizzi interpretativi nel dopoguerra	» 322
2.1.2. La discussione dottrinale intorno al questionario di <i>Democrazia e Diritto</i> e al volume curato da Mortati	» 329
2.2. Gli anni settanta e ottanta: interventi episodici della dottrina e proposte legislative	» 339
2.3. <i>Segue</i> . Le concrete proposte di introduzione del <i>dissent</i>	» 340
2.4. La seconda fase: gli anni novanta	» 342
2.4.1. L'opinione dissenziente nella prospettiva delle fonti del diritto	» 346

2.4.2. <i>Segue</i> e in quella delle teorie dell'argomentazione e dell'interpretazione	p. 351
2.4.3. <i>Segue</i> . Gli studi sulla motivazione	» 356
2.4.4. <i>Segue</i> . Interpretazione, ragionevolezza e opinione dissenziente	» 359
2.5. La transizione: la fine degli anni novanta e gli anni duemila	» 363
2.5.1. La tesi del consenso	» 365
2.5.2. Le proposte più recenti	» 369
2.6. La prassi del dissenso interno	» 371
2.7. Una conclusione provvisoria sull'esperienza italiana	» 382
3. Le opinioni dissenzienti in Francia: una tradizione apparentemente ostile e il dinamismo recente	» 383
3.1. Il lascito di Gény e la "biforcazione" tra sfere giuridiche discorsive	» 386
3.2. La riflessione dei costituzionalisti	» 390
3.3. La pubblicazione dei verbali delle deliberazioni del <i>Conseil</i> . L'attività interna e la <i>juridictionnalisation</i>	» 397

CAPITOLO SESTO

LE OPINIONI SEPARATE E LE CORTI EUROPEE

1. Introduzione: le radici nel diritto internazionale	» 403
2. Pluralità delle <i>opinions</i> presso la Corte europea dei diritti dell'uomo	» 407
2.1. Le funzioni delle opinioni separate: integrazione, chiarificazione ed evoluzione del diritto, stabilizzazione del conflitto	» 409
2.2. I giudici e le <i>opinions</i> . Alcuni esempi	» 413
3. La Corte di Giustizia dell'Unione europea	» 420
3.1. Le conclusioni degli avvocati generali	» 421
3.2. Gli argomenti in favore delle opinioni dissenzienti e il confronto con le conclusioni degli avvocati generali	» 424
3.3. <i>Segue</i> . Alcuni casi e considerazioni conclusive	» 429

CAPITOLO SETTIMO

UNA PROSPETTIVA COMPARATIVA
SU ALCUNE QUESTIONI TRASVERSALI

1. Introduzione	» 433
2. Opinione dissenziente, interpretazione e argomentazione	» 434
3. <i>Segue</i> . Gli "stili" delle sentenze	» 437
4. <i>Segue</i> . La mozione degli affetti o il <i>pathetic mode of persuasion</i>	» 446
5. Opinione dissenziente: libertà di espressione del giudice o principio di trasparenza?	» 452
6. Opinione dissenziente e mutamento giurisprudenziale. I <i>dissents</i> "canonici"	» 460
7. Opinione dissenziente e portata del precedente. La questione delle <i>plurality opinions</i>	» 469
8. Opinione dissenziente e legittimazione delle corti costituzionali nelle democrazie pluraliste	» 478
8.1. Sull'opportunità di considerare diverse concezioni della democrazia	» 480
8.2. Il processo decisionale interno alle corti: la compresenza di consenso e voto	» 489
8.3. Nomine dei giudici costituzionali, sistema politico e polarizzazione delle corti	» 493
8.4. <i>Segue</i> . Divisioni dei collegi e influenza politica presso alcune corti costituzionali. In particolare, la Corte costituzionale italiana	» 501
9. Per concludere	» 512
<i>Bibliografia citata nel testo</i>	» 521