MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW

MPIL RESEARCH PAPER SERIES | No. 2016-06

LA CORTE OLTRE LO SPECCHIO – UN DIALOGO TRA GIUDICI COSTITUZIONALI CON SABINO CASSESE E DARIA DE PRETIS

Giacomo Rugge, Valentina Volpe

Cover: Imbalanced World**, 1996, Veronika Dell'Olio (photo: Miriam Aziz)**

"Essential to our concept was the establishment of a connection to the work and objectives of the institute. In view of the diversity of the research tasks concerned, we have attempted to highlight an overarching idea that can be understood as the institute's mission. We see this as the ideal of peaceful relations between peoples on the basis of an internationally validated notion of justice…. The depicted sculpture…[symbolizes] an imbalanced world in which some peoples are oppressed while others lay claim to dominance and power. The honeycomb form of the circular disks denotes the [international] state structure. Glass parts … [represent] the individual states …. [The division] of the figure … into two parts [can] be interpreted as the separation of the earth into two unequal worlds. The scissors-shaped base, on the one hand, makes the gap between them clear, on the other hand, a converging movement of the disks is conceivable…. The sculpture [aims] at what is imagined – the possibility of the rapprochement of the two worlds." [transl. by S. Less]

Kunst am Bau, MPIL, Heidelberg

Electronic copy available at: http://ssrn.com/abstract=2772480

MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW

MPIL RESEARCH PAPER SERIES
No. 2016-06

LA CORTE OLTRE LO SPECCHIO – UN DIALOGO TRA GIUDICI COSTITUZIONALI CON SABINO CASSESE E DARIA DE PRETIS

AUTHORS
Giacomo Rugge
Valentina Volpe

EDITORIAL EDITORS
Armin von Bogdandy, Anne Peters

EDITOR-IN-CHIEF
Steven Less

Electronic copy available at: http://ssrn.com/abstract=2772480

ABSTRACT

The Court through the Looking-Glass: A Dialogue between Constitutional Justices: An Interview with Sabino Cassese and Daria de Pretis

The following interview with professors Sabino Cassese and Daria de Pretis, Emeritus Justice and Justice, respectively, of the Italian Constitutional Court, took place on 12 November 2015 as part of Dialoghi Italiani, the discussion group of the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (MPIL) in Heidelberg dedicated to examining significant developments in the Italian political and institutional world.

The meeting – held in Italian and addressed to both Italian and international academics – followed the format of a double interview. Focusing on the most relevant issues that affect the functioning and working methods of the Italian Constitutional Court, it touched on the protection of acquired rights, the introduction of the dissenting opinion, internal decision-making dynamics and the role of comparison and informal networks of judges in the decision-making process. The result was a lively exchange of ideas and opinions – at times convergent, at times divergent – but always highly informative and precious for an understanding of the true nature and role of the Court.

The title was inspired by the sequel to Alice in Wonderland, whose incipit depicts Alice standing in front of a mirror, wondering if the reflection of the room she sees indeed corresponds to reality and what lies beyond her view. This dialogue-interview originated from the same curiosity that inspired Alice to ponder what she saw and what the mirror did not reveal. We are grateful to Justice Sabino Cassese and Justice Daria de Pretis as well as to the Directors of the MPIL, Armin von Bogdandy and Anne Peters, for allowing us to conduct this interview and thus observe the Court through the looking-glass.

KEYWORDS:

Italian Constitutional Court, constitutional justice, comparative law, dissenting opinion, acquired rights

Dialoghi italiani

La Corte oltre lo specchio
Un dialogo tra giudici costituzionali

con

Sabino Cassese e Daria de Pretis

Intervista a cura di
Giacomo Rugge e Valentina Volpe*

La seguente intervista ai professori Sabino Cassese e Daria de Pretis, rispettivamente giudice emerito e giudice della Corte costituzionale italiana, si è svolta il 12 novembre 2015 nell'ambito dei Dialoghi Italiani, il discussion group *del* Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law *(MPIL) di Heidelberg dedicato al mondo politico e istituzionale italiano.*

L'incontro - in lingua italiana e rivolto a un pubblico di accademici italiani e stranieri - ha seguito il formato della doppia intervista toccando alcuni dei temi più attuali che investono la Corte costituzionale italiana: dalla tutela dei diritti acquisiti all'introduzione della dissenting opinion, *dalle dinamiche decisionali interne, al ruolo della comparazione e dei network informali di giudici nell'adozione delle decisioni. Il risultato è stato un vivo scambio d'idee e di opinioni, a tratti convergenti a tratti divergenti, ma sempre alte e preziose per comprendere il vero significato dell'attività della Corte.*

Il titolo dell'incontro si è ispirato al seguito di Alice nel Paese delle Meraviglie[1]*, il cui incipit vede Alice domandarsi davanti allo specchio se davvero l'immagine riflessa della stanza corrisponda al vero e cosa si nasconda invece in quello squarcio nascosto alla vista dell'osservatore. Questo dialogo-intervista è nato dalla stessa curiosità di Alice per ciò che si vede e per ciò che non si vede e siamo grati ai giudici costituzionali Sabino Cassese e Daria de Pretis e ai direttori del MPIL, Armin von Bogdandy e Anne Peters, per aver consentito la sua realizzazione, contribuendo a svelare la Corte oltre lo specchio.*

---

* Giacomo Rugge è Reaserch Fellow presso il MPIL di Heidelberg e membro del Servizio Giuridico del Parlamento europeo a Bruxelles. Valentina Volpe è Senior Research Fellow presso il MPIL di Heidelberg. Dal 2014 al 2015 sono stati i coordinatori del forum Dialoghi Italiani. La scelta delle domande e la struttura dell'intervista sono frutto di una riflessione comune da parte dei curatori.

Il processo di nomina: tra diritto e politica

GR: *A oggi la Corte costituzionale italiana opera con dodici giudici e il Parlamento non sembra essere in grado di trovare un accordo sulle tre nomine di sua competenza. Quanto quest'impasse è un problema delle regole e quanto invece della politica? Quali sono i limiti e i punti di forza del sistema di nomina attuale?*

SC: La Corte giudica leggi. Le leggi sono approvate dal Parlamento. Si potrebbe dire che, se il Parlamento non elegge i giudici che a esso spettano, si dà la zappa sui piedi. Debbo però aggiungere, dal punto di vista interno, che nel corso dei miei nove anni è capitato che la Corte abbia lavorato non a quindici, ma a tredici e a dodici. Voi volete sapere quello che c'è dietro lo specchio: in meno persone si lavora meglio, forse si lavora di più ma si lavora certamente meglio.

DdP: Il problema non riguarda il modo di lavorare della Corte, che opera e decide comunque anche in formazione ridotta. Nemmeno si può parlare di un maggior carico di lavoro per ciascun giudice: al di là dell'istruttoria che spetta al relatore, ciascun giudice deve essere comunque preparato su tutte le questioni che vengono in decisione. Così, se ci può essere un leggero incremento del primo lavoro, di relatore, il secondo non cambia con il ridursi dei componenti. Il fatto vero è che una Corte nella quale mancano ben tre dei cinque giudici di elezione parlamentare, non è la Corte che la Costituzione prevede. Il modello è alterato proprio nell'aspetto che forse più caratterizza la Corte costituzionale italiana, cioè l'equilibrio fra le tre componenti di diversa designazione: presidenziale, parlamentare, giudiziaria. E questo è, costituzionalmente parlando, grave.

Da professori a giudici…

VV: *Un dato che avete in comune è quello di essere entrambi professori, per di più entrambi professori di diritto amministrativo. Un bravo, un ottimo, professore è anche un buon giudice? Cosa porta alla Corte un accademico e quali sono i tratti – o i limiti – peculiari del giudice-professore?*

DdP: C'è un dato che accomuna i componenti della Corte, il fatto di avere gli stessi requisiti. Questi requisiti sono noti: o essere avvocato da vent'anni, o essere professore ordinario di materie giuridiche, o essere magistrato, anche a riposo. Ciascuno dei soggetti chiamati a designare i componenti della Corte - Presidente, Parlamento, alte Magistrature - può scegliere indifferentemente all'interno di quelle tre categorie. L'esperienza ci dice però che i giudici eleggono giudici, che il Parlamento fa scelte più varie e che il Presidente della Repubblica prevalentemente si orienta su accademici. Dentro la Corte si avverte più la differenza che deriva dalla storia professionale dei vari giudici che quella legata al canale di designazione.

Essere accademici o essere magistrati, avere o non avere un'abitudine alla dimensione del processo sono condizioni che si percepiscono all'interno del collegio. E queste differenze indubitabilmente arricchiscono la discussione e offrono prospettive di soluzione più varie e articolate. Penso che sia una buona cosa che il giudice si spogli, per quanto possibile, delle abitudini e delle inclinazioni che gli derivano dalla propria storia professionale e che potrebbero pesare negativamente all'interno del collegio. Per quello che riguarda gli accademici, penso sia molto importante essere capaci di rinunciare, se necessario, alle proprie tesi. Mentre chi fa il nostro lavoro è tendenzialmente portato ad affermare la propria impostazione teorica, quello che principalmente va ricercato nel lavoro collegiale è un punto di convergenza. Questo vale anche nella scrittura della sentenza. Chi la scrive dovrebbe ricordarsi che sta traducendo in essa il sentire del collegio, il suo percorso argomentativo, anche se questo dovesse un po' tradire il proprio.

SC: Nella mia esperienza alla Corte ho notato due differenze tra professori e giudici: i giudici sono più ligi al precedente, sono più rigidi, prigionieri, in qualche modo, dei riti. I professori sono più liberi dai precedenti e per un giudice costituzionale credo che questo sia un *asset* piuttosto che una *liability*.

La seconda differenza è che i giudici, così come gli avvocati, sono più costretti, in qualche misura, dal loro modo di ragionare, mentre i professori sono più pronti a fare come Tarzan, ossia, in termini metaforici, a prendere una liana e a passare da un albero all'altro. Ecco, questa capacità del giudice costituzionale di "fare Tarzan", di passare da un albero all'altro, da un luogo all'altro della foresta, è la caratteristica principale del giudice costituzionale. In questo senso non ritengo una totale anomalia la formula francese che non impone che il giudice costituzionale sia necessariamente un giurista. Infatti, come è noto, c'è stata una *"sociologue au Conseil constitutionnel"*[2]. Sarebbe un arricchimento per il modo di ragionare di una corte costituzionale che non può essere quello tradizionale proprio del giudice: la Corte costituzionale è una 'corte', ma è anche 'costituzionale', quindi deve collaborare alla manutenzione di un edificio che si chiama Costituzione, vale a dire la Legge fondamentale che regge una società. Questa non può essere soltanto nelle mani di giuristi e quindi non mi dispiacerebbe che ci fosse anche un sociologo (o una sociologa) alla Corte costituzionale.

DdP: Posso aggiungere qualcosa a questo proposito? Non sono del tutto sicura della bontà della soluzione. Certo, ormai anche il diritto si è aperto alla multidisciplinarità e tutti noi sappiamo bene quanto questa apertura accresca la nostra capacità di sviluppare il sapere giuridico. Tuttavia, ciò che davvero accomuna i giudici della Corte costituzionale e rende fluido il loro lavoro, sono la comune formazione, il lessico e il metodo giuridico condivisi. L'immissione nel collegio di portatori di saperi differenti, abituati a ragionare con logiche, linguaggi e metodi diversi, potrebbe essere sì utile come elemento di potenziamento della conoscenza diretta del collegio, ma non dimentichiamo che i saperi ai quali dobbiamo attingere sono moltissimi – la Corte si occupa di embrioni e di metodi di cura (penso al caso

Stamina), di matematica economica e scienza delle finanze, di sociologia della famiglia e di politica industriale – e non è nemmeno lontanamente immaginabile che tutte queste competenze possano essere rappresentate nel collegio. Resterebbe dunque la frustrazione di non poter coinvolgere direttamente che settori limitatissimi, mentre vi sarebbe una perdita di omogeneità del collegio. Al momento il problema dell'apertura ad altre discipline è risolto empiricamente attraverso contatti più o meno formali che sia il collegio sia i singoli giudici possono attivare per acquisire le conoscenze tecnico-scientifiche necessarie per le decisioni.

Il mestiere di giudice

VV: *Guido Calabresi nel suo libro* Il mestiere di giudice[3] *considera lo scrivere la "grande sentenza" – quella che appaga la vanità, il narcisismo, del suo autore – come la più pericolosa tentazione del giudice. Qual è a vostro giudizio la più grande – e peggiore – tentazione del giudice costituzionale?*

DdP: Certo, è una tentazione forte quella di usare il palcoscenico della Corte per dare voce alle proprie posizioni scientifiche, in particolare su temi sui quali si è molto lavorato o si è innovato. È un po' quello che dicevo prima a proposito della scrittura delle sentenze. Sono convinta che occorra avere l'umiltà di praticare uno stile di redazione che non è lo stile che si applicherebbe nella redazione dei propri scritti scientifici. Su questo certamente convengo con Calabresi. Poi di tentazioni ve ne sono altre. Il lavoro nel collegio ha mille sfumature, una tentazione potrebbe essere quella di tentare di sopraffare gli altri, per esempio quando si tratta un tema rispetto al quale si è magari scientificamente più attrezzati.

SC: Le tentazioni del giudice costituzionale sono fondamentalmente due: la prima è quella di essere in maggioranza, la seconda di lasciare un segno.

La tentazione di essere in maggioranza riguarda la dinamica tra vincitori e vinti – questo è il gioco della competizione nella camera di consiglio – e ha trovato il suo acme nella storia della Corte costituzionale italiana in una vicenda che mi è stata riportata. Questa riguardava un grandissimo presidente della Corte che non tollerava di restare in minoranza. L'unica volta che stava per essere in minoranza cambiò opinione pur di restare nella maggioranza.

La seconda tentazione è quella di lasciare un segno e quindi di scrivere "La sentenza". Questo è l'errore più grave nel quale possono incorrere i giudici costituzionali perché, nel soddisfare un proprio ego, tolgono qualcosa al valore del collegio, tradendo il *quid proprium* di una corte costituzionale. Una corte costituzionale è un organo di ponderazione, vale a dire un organo nel quale si può entrare in camera di consiglio con un'idea e uscire convinti dell'idea opposta. Ci si fa convincere. La tentazione di lasciare un segno, della grande sentenza, del giudice che mette una grande pietra per la costruzione nella storia del diritto è la negazione di quella che considero la vocazione della Corte. In questo senso c'è un piccolo, ma

importante, dettaglio: quello degli incontri a due, a tre, a quattro durante il periodo in cui gli organi collegiali non si riuniscono. Un famoso libro sulla Corte suprema americana, *the Brethren*[4], rivela come nei rapporti a due e a tre possa rintracciarsi la nascita delle motivazioni che accompagnano la sentenza. Questo è veramente un punto fondamentale ed è la negazione della grande sentenza, perché è un collaborare costruendo, punto dopo punto, lentamente un modo di ragionare, convincendo le persone, facendosi convincere, non nella camera di consiglio, ma semmai al tavolo, mangiando. Ricordo sempre che Valerio Onida, un ex Presidente della Corte Costituzionale, mi raccontava che quando arrivava a Roma da Milano, dove viveva, scopriva che c'erano dei particolari che gli sfuggivano e che derivavano dal fatto che c'erano stati dei contatti a due, a tre, a quattro, e si era andato formando lentamente un convincimento, che poi diventava maggioranza, che poi diventava sentenza. Ecco, le decisioni devono nascere così in una corte costituzionale.

GR: *Sempre nello stesso libro Guido Calabresi considera il "restar svegli nel cuore della notte" uno dei tratti più tipici del mestiere di giudice. L'Autore ha in mente il sommamente ingiusto, la pena di morte, pur conscio che anche altri e meno tragici possono essere i casi in cui un giudice è chiamato a misurarsi con la propria coscienza. Quando assume una decisione, il giudice costituzionale deve porre al centro la propria morale o deve cercare di farsi, per quanto più possibile, interprete del sentimento della società intera?*

SC: Non c'è dubbio che da quando ho lasciato la Corte costituzionale dormo molto meglio. Però, non è che dormissi male per lo stesso motivo che indica Guido Calabresi. Non è che le decisioni che la Corte costituzionale ha dovuto prendere durante i nove anni in cui sono stato giudice fossero tanto drammatiche. Diciamo che ce ne sono state due o tre sulle quali avevo un orientamento che ho poi cambiato: prima arrivavo a una conclusione, poi a un'altra, poi a una ancora opposta. Un esempio fu il caso di una signora albanese, regolarmente presente sul territorio nazionale, che, a seguito di un incidente stradale, non poté ricevere assistenza da parte del servizio sanitario nazionale. La questione arrivò alla Corte e questa dovette decidere la legittimità costituzionale della legge che subordinava l'attribuzione di una prestazione assistenziale alla dimostrazione di un reddito sufficiente per il sostentamento dello straniero[5]. Quella persona era in coma vegetativo, sarebbe dovuta rimanere probabilmente per altri venti o trent'anni a carico del servizio sanitario nazionale, costare molti soldi, ed era una persona che si trovava da sei anni sul territorio italiano. Vi sono due modi di affrontare la questione: l'assistenza sanitaria è un diritto fondamentale della persona e quindi universale; oppure, c'è una comunità che è una comunità di diritti e di doveri; qui sono fatti valere diritti, ma non sono stati adempiuti dei doveri. Qual è la soluzione?

Un'altra questione interessante, più o meno collegata, che mi dette molto da pensare fu la seguente. Una legge regionale subordinava il diritto d'accesso al sistema regionale integrato di interventi e servizi sociali a una residenza di almeno trentasei mesi sul relativo territorio[6]. Domanda: è giusto richiedere la residenza per tre anni? Forse no, perché i diritti sociali dovrebbero appartenere a tutti; ma forse sì,

perché così si dimostra di voler far parte di una certa comunità. Questi sono solamente due esempi di decisioni tormentate.

In merito alla seconda domanda: bisogna interrogare la propria morale o quella generale? Al riguardo, ho un'idea molto chiara: il giudice costituzionale non deve mai allargare troppo lo sguardo, non deve farsi carico dei problemi generali della giustizia. Nella mia esperienza, ogni volta che mi facevo prendere dal desiderio di trovare un parametro più ampio, riconoscevo che stavo per prendere una strada sbagliata e spero di essermi corretto.

DdP: È chiaro che la Corte costituzionale italiana non si trova davanti al dilemma della pena di morte di cui Calabresi riferisce nel libro. Abbiamo Beccaria da tanto tempo e non siamo nemmeno una corte di merito, anche se la nostra decisione può poi finire immediatamente in un caso concreto. Torno a quanto si diceva prima sul carattere collegiale della discussione. Qualche volta si esce convinti di avere preso la decisione giusta anche se essa non corrisponde alla propria intima convinzione. Magari si è intervenuti su una proposta altrui per farla declinare in un certo particolare modo o per sottolineare il riferimento a un certo valore o a un parametro diverso.

Non dormire di notte è una metafora per dire che ci si macera sui possibili esiti di una questione. Ciò mi pare inevitabile quando la propria decisione è destinata a incidere in modo così importante e su una così vasta platea di destinatari. Confesso che mi è capitato di angustiarmi *dopo* la decisione e di essermi chiesta se avevo davvero fatto tutto quello che potevo perché le cose non andassero in un certo modo. Anche se nella maggior parte dei casi la Corte non si spacca e la decisione presa è frutto di una scelta, magari di compromesso, ampiamente condivisa, vi sono decisioni combattute, anche laceranti.

Condivido quello che diceva il prof. Cassese sull'importanza di "non allargare lo sguardo". Chi giudica si deve concentrare sul caso, analizzarlo da tutte le possibili prospettive e in tutte le sue sfaccettature, ma non pretendere attraverso quel caso di risolvere questioni di portata generale. È necessario, tuttavia, essere consapevoli del fatto che a volte le questioni che ci vengono sottoposte possono avere, e di regola hanno, conseguenze molto più ampie di quelle che riguardano la vicenda specifica dalla quale sono sorte. O ancora possono comportare grandi spese e avere quindi un impatto su una quantità di interessi che sfuggono a quelli che sono oggetto della decisione specifica. È quindi naturale e giusto riflettere anche su queste conseguenze e qui conta la sensibilità di ciascun giudice. Ogni giudice è lì con la propria storia. Io sono arrivata alla Corte dopo essere stata rettore della mia università e in quella posizione mi occupavo delle sorti – purtroppo difficili – dei giovani ricercatori. Ma questo, più che con "l'allargare lo sguardo", ha a che fare con la soggettività che è propria di ogni valutazione e quindi anche degli apprezzamenti che compie un giudice costituzionale.

Dissenting

VV: *Prof. Cassese, leggendo* Dentro la Corte[7] *si ha, per molti versi, l'impressione di leggere il suo personalissimo* dissent *sugli anni vissuti alla Corte. Perché nella discussione relativa al funzionamento della Corte costituzionale italiana, l'introduzione della* dissenting opinion *non è mai stata presa realmente in considerazione? Quali sono le ragioni del no e perché continuano a prevalere?*

SC: C'è un sofisma che prevale contro la *dissenting opinion,* ossia che l'Italia è un Paese molto conflittuale e la Corte costituzionale dovrebbe quindi evitare di farsi coinvolgere nella contesa politica. Ma questa impostazione è sbagliata. Come ha spiegato molto bene Nino Scalia – una volta tanto mi trovo d'accordo con lui – il dissenso della Corte è un dissenso ragionato che contribuisce al dibattito nell'opinione pubblica.

Io non smetto di sperare che intorno all'anno 2035/2040 venga introdotta la *dissenting opinion* e dico questo a ragion veduta. La Corte costituzionale ha discusso tre volte della *dissenting opinion* e la terza volta ero presente anch'io. La prima volta credo ci fosse stato un solo voto a favore, quello di Costantino Mortati; la seconda volta credo i voti fossero due; la terza volta quattro, compreso il mio. Se la progressione continua in questo senso, probabilmente nel giro di altri venti o trent'anni avremo finalmente la *dissenting opinion*. Si tenga presente però che sull'introduzione della *dissenting opinion* c'è anche una *dissenting opinion*: per molti infatti il *dissent* non potrebbe essere introdotto dalla Corte stessa, ma richiederebbe una legge e, secondo alcuni, richiederebbe una legge costituzionale.

GR: *Prof.ssa de Pretis, ritiene che abbia senso introdurre la* dissenting opinion*? Alcuni mesi fa, sempre all'interno dei Dialoghi italiani, abbiamo discusso con il prof. Pasquale Pasquino l'introduzione della* dissenting opinion *anonima che avrebbe i meriti, ma non i difetti, dell'opinione dissenziente, soprattutto in tema di personalizzazione e politicizzazione dei giudici costituzionali. Le sembra possa essere una valida opzione per la nostra Corte?*

DdP: È una strada possibile, tant'è vero che altre corti, che non ammettevano l'opinione dissenziente, l'hanno percorsa. La Corte costituzionale tedesca, per esempio, cominciò col dar conto in maniera anonima dei voti favorevoli e contrari, arrivando poi a introdurre l'opinione dissenziente vera e propria. Certo, il *dissent* cambierebbe un po' la natura della nostra Corte. Non ho ancora maturato idee definitive al riguardo, ma vedo anche i rischi che può comportare la manifestazione del dissenso. L'esternazione delle ragioni per le quali questa avrebbe fatto bene a prendere una decisione diversa da quella che è stata presa, potrebbe compromettere la forza della pronuncia e potrebbe disorientare un'opinione pubblica poca avvezza all'analisi pacata delle ragioni favorevoli e contrarie a una certa soluzione. Potrebbe inoltre trasmettere un'immagine di litigiosità della Corte che non gioverebbe al suo prestigio. Vedo soprattutto un possibile rischio per la collegialità della decisione, che considero un valore: la possibilità di manifestare il dissenso potrebbe ostacolare la

ricerca di una soluzione condivisa. Nella nostra Corte, sapendo che il dissenso resta assorbito nella decisione finale, il giudice dissenziente è indotto a sforzarsi di incanalarlo in altro modo, cercando ad esempio di influire sul contenuto della decisione finale. E questo per me è positivo. Certo, dal punto di vista personale del giudice è di grande sollievo poter dire: "No, io su quella conclusione non ero d'accordo e spiego le ragioni per le quali si sarebbe dovuti arrivare a un esito diverso". Non vi è dubbio poi che una conoscenza diretta del dibattito interno e delle diverse posizioni aiuterebbe un'opinione pubblica matura e pacata a capire e apprezzare meglio le dinamiche decisionali. Dall'altro lato, un ulteriore rischio sarebbe quello di offrire una vetrina ai 'dissenzienti' di professione. L'anonimato, da questo punto di vista, potrebbe essere un rimedio.

Voci di fuori…

VV: *Si narra che il giudice Hugo Black della Corte suprema americana, in occasione di una sentenza particolarmente controversa, avesse proibito ai suoi assistenti di leggere i giornali e di guardare la televisione. Anche la nostra Corte negli ultimi anni si è misurata con casi molto controversi – fine vita, fecondazione assistita ecc. – che hanno provocato accesi dibattiti nel Paese. Come si difende la Corte dalle 'voci di fuori' e in particolar modo dall'influenza dell'opinione pubblica?*

SC: Perché bisogna difendersi? Non credo che ci sia bisogno di difendersi dalle 'voci di fuori'. Spesso le 'voci di fuori' sono interessanti, importanti. Io ho sempre letto attentamente la selezione stampa che veniva preparata tutti i giorni quando discutevamo questioni particolarmente controverse. Ho partecipato alla decisione sul caso Englaro, che – per chi non lo ricordasse – riguardava la vita o la morte di una ragazza in stato vegetativo[8]. Ho letto e ho imparato molto da quello che si scriveva sui giornali e ho imparato molto anche da gruppi di costituzionalisti e amministrativisti italiani che si sono riuniti e hanno pubblicato volumi prima della sentenza della Corte. Non penso quindi che ci si debba difendere. Altra domanda è se ci si debba difendere da pressioni di tipo personale. Nei miei nove anni alla Corte ho ricevuto una sola telefonata da parte di un professore universitario. La stessa telefonata la ricevette l'allora presidente della Corte costituzionale e quando gli dissi: "Mi ha telefonato Tizio per dirmi…", lui mi rispose: "Ha telefonato anche a me". Ecco, in questi casi bisogna sapersi difendere. Però, in nove anni ho ricevuto solamente una telefonata di questo tipo. Credo che in situazioni simili valga molto la figura della persona. Se questa è abbastanza nota per il proprio rigore, le persone non si avvicinano con molta facilità. Credo inoltre che la Corte costituzionale italiana, a differenza di quanto si legge sui giornali, sia abbastanza immune da pressioni che possono arrivare da gruppi d'interesse, amici, o conoscenti.

… e 'voci di dentro'

GR: *Simmetricamente, quale dovrebbe essere il rapporto della Corte con il mondo esterno e in particolar modo con la stampa?*

DdP: Sono d'accordo con quello che diceva prima il prof. Cassese sugli influssi dall'esterno sulla Corte. Non solo non sono un problema, anzi: è bene che i giudici della Corte vivano nel mondo e ne percepiscano gli influssi, se non altro per acquisire quelle conoscenze e quel sapere che ampliano la prospettiva dalla quale ci si muove per decidere. C'è invece un problema di comunicazione della Corte verso l'esterno, di adeguata informazione sulle decisioni e più in generale di rapporti con i mezzi d'informazione che a mio giudizio, e non solo mio, sono in questo momento da migliorare. Le sentenze vanno accompagnate, vanno presentate e vanno adeguatamente divulgate. Di più: in altri Paesi l'opinione pubblica viene preparata, tenuta aggiornata sul calendario delle questioni che dovranno essere decise, avvertita della reale portata di quanto rimesso alle corti supreme e costituzionali. I rapporti con la stampa vanno tenuti e devono essere all'altezza dei tempi. Viviamo nella società della comunicazione ed è bene, io credo, che anche la Corte costituzionale sia attrezzata. La nostra ancora non lo è del tutto, ma sentiamo il problema e stiamo lavorando per affrontarlo in maniera istituzionalmente corretta.

The hard impact of 'soft talks'[9]

GR: *Quanto pesano i rapporti personali tra i giudici e i processi informali, i 'soft talks', nella formazione delle decisioni? C'è spazio per la leadership?*

DdP: Già è stato ricordato che vi sono *pourparler* informali fra giudici, come del resto è naturale che sia fra persone che lavorano insieme. Io sono una di quei giudici pendolari che non si trovano sempre a Roma. Quando posso, cerco di essere presente anche durante la c.d. 'settimana bianca', in cui non ci sono lavori ufficiali della Corte. E vedo che in effetti serve. È utile perché vi possono essere incontri più rilassati, si chiacchiera, si ha il tempo per approfondimenti più liberi, che nella settimana di lavoro non è così facile avere. Poi ci sono le affinità personali, come sempre quando si lavora in gruppo. E anche questo naturalmente può avere il suo peso. Quanto alla leadership: è altrettanto evidente che all'interno di un gruppo di persone sono normali fenomeni di leadership che si collegano all'autorevolezza della persona, alla sua empatia, alla capacità di condurre gli altri. E queste dinamiche esistono anche all'interno della Corte.

SC: Certamente pesano i rapporti personali. Tuttavia, sono un po' diffidente nei confronti del tema leadership. Qui va fatta una riflessione più generale. In Italia, le persone che osservano dall'esterno l'attività della Corte si occupano sempre di singole decisioni e non si rendono conto che, per chi sta dentro, non è la singola decisione che conta, ma è il flusso delle decisioni. Il vero problema di un buon

giudice è quello di esercitare la leadership senza darne l'impressione e, se possibile, non esercitarla affatto. La Corte, infatti, è un organo di ponderazione e al momento del voto, l'opinione di ciascun giudice conta allo stesso modo. Se si esercita una forte leadership o se si fanno dei bei discorsi *ore rotundo* in camera di consiglio è facile trovarsi in minoranza, perché si riesce a suscitare la reazione opposta, in quel caso o in un caso successivo. L'importante è il flusso di attività, la ponderazione fatta da quindici persone, o dodici, che si comportano come se tutte avessero lo stesso livello intellettuale. Come se...

VV: *Mi sembra esista anche una dimensione esterna dei* 'soft talks'*: penso ai network di giudici, alle visite reciproche nelle rispettive corti, agli* Yale Global Constitutionalism Seminar *o alla* World Conference on Constitutional Justice *della Commissione di Venezia. Quanto è efficace questa forma di confronto globale nell'influenzare i giudici nazionali e le loro decisioni? Può considerarsi davvero una sorta di* 'informal' cross-fertilization*?*

SC: Durante i miei nove anni alla Corte ho partecipato a molte riunioni di giudici e di non giudici sulle corti. Tanti miei colleghi mi invitavano a queste riunioni. Sono anche andato, ma molto meno, a riunioni ufficiali delle corti, in rappresentanza di quella italiana. Questi incontri sono utili per due motivi: influenzano la cultura generale di un giudice, perché si capisce come ragionano e con quali criteri giudicano le altre corti; permettono di capire dall'interno decisioni specifiche, che riguardano temi interessanti per decisioni da prendere nella propria corte.

A riguardo, posso portare un esempio tratto da una piccola ricerca che ho fatto nel materiale preparatorio della decisione italiana sull'aborto: lì ho trovato la notissima sentenza *Roe v. Wade*[10], della Corte suprema americana, sia in edizione originale, sia in traduzione italiana. Si capisce che questa possa avere influenzato la decisione della nostra Corte[11]. Meglio, naturalmente, se, oltre a leggere le sentenze straniere, se ne discute con coloro che facevano parte del collegio quando quelle sono state decise.

La Corte e la comparazione

GR: *Da una lettura della più recente giurisprudenza costituzionale sembra emergere un ricorso crescente, certamente ancora timido, alla comparazione. Ad esempio, nella sentenza n. 10/2015 la Corte ha fatto riferimento al diritto di altri Paesi per rafforzare la propria decisione. A vostro giudizio, qual è oggi il ruolo della comparazione nel lavoro della Corte?*

SC: Se qualcuno mi chiedesse qual è la cosa più importante che è accaduta nei nove anni in cui sono stato alla Corte, direi che è stata il riconoscimento dell'importanza del diritto straniero, del diritto europeo e delle tradizioni costituzionali comuni. Mi è capitato di rileggere recentemente, in occasione di una

lezione che sono stato invitato a tenere all'Università di Napoli, una sentenza che ho scritto poco dopo il mio arrivo alla Corte, in cui si riconosceva il principio della pubblicità dell'azione amministrativa come principio del patrimonio costituzionale comune dei Paesi europei[12]. Me ne sono compiaciuto.

Le sentenze gemelle del 2007[13], molto tormentate, relative al rapporto tra diritto nazionale e diritto CEDU, credo siano state un passaggio importante, unitamente ai primi rinvii pregiudiziali alla Corte di Lussemburgo, inizialmente su una questione sollevata in via principale[14] e successivamente anche su una questione sollevata in via incidentale[15]. In questi nove anni abbiamo stabilito alcuni principi fondamentali che riguardano sostanzialmente tre aspetti: primo, l'apertura dell'ordinamento italiano a quelli stranieri, sul modello invocato nel volume *The Court and the World* di Stephen Breyer[16]; secondo, i rapporti con la Corte europea dei diritti dell'uomo; terzo, i rapporti con la Corte di giustizia dell'Unione europea. E si badi bene: non faccio riferimento solo ai rapporti tra ordinamenti, ma anche ai rapporti tra la Corte costituzionale italiana e corti sovranazionali, con le implicazioni che ne derivano. Una conseguenza fondamentale è che questi sviluppi conducono a un inevitabile ridimensionamento della Corte costituzionale italiana. Ritengo un grande merito della Corte quello di aver riconosciuto l'esistenza di corti superiori alle quali rivolgersi e alle cui decisioni conformarsi. Si tratta davvero di un punto di svolta.

DdP: Il passo più importante in questa direzione di apertura è stato fatto, ma non possiamo rilassarci. In realtà vi sono ancora zone aperte nella stessa giurisprudenza della Corte. Ricordo per esempio la sentenza – assunta prima che io arrivassi alla Corte – sull'immunità per i crimini di guerra nazisti e la questione del risarcimento alle vittime[17], che ha messo in discussione una posizione assunta dalla Corte internazionale di giustizia. Su questi temi il prof. Cassese è un Maestro e ho poco da aggiungere a quello che diceva. Mi limito a osservare che l'ambiente nel quale ci si muove è fluido e che i temi sono difficili anche perché il terreno è del tutto diverso da quello familiare al giudice costituzionale. Quel fenomeno che molti studiosi chiamano con convinzione il "dialogo delle corti" può non apparire a tutti una modalità scontata di relazione fra giudici in un sistema multilivello. Si tratta, infatti, di una relazione che può essere interpretata molto variamente, cercando di creare ponti o fluidità, oppure enfatizzando chiusure o conflittualità. E naturalmente vi sono sensibilità molto diverse sul modo di affrontare problematiche così nuove. Tuttavia, devo aggiungere che ho riscontrato nella Corte un'abitudine, una normalità quasi, nel far riferimento alla giurisprudenza di altri Paesi. A me è capitato, facendo l'istruttoria su questioni delle quali si è occupata la nostra Corte e che erano state già trattate da corti di altri Paesi, di portare all'attenzione del collegio questi precedenti e di riscontrare molta attenzione verso di essi e un sentire comune sulla loro rilevanza anche ai fini del nostro giudizio. Quindi, sicuramente l'attenzione è alta e vi è ormai una consuetudine acquisita al confronto con altri ordinamenti.

I diritti di chi?

VV: *La Corte è garante dei diritti… ma dei diritti di chi? Quando i diritti 'costano', quando esistono vincoli di bilancio ormai sanciti dalla Costituzione, i diritti di qualcuno non rischiano di diventare i non-diritti di qualcun altro? Perché la Corte è stata così attenta alla tutela dei 'diritti acquisiti', ma molto meno al loro impatto sulle nuove generazioni? È possibile sfidare la narrazione dei 'diritti acquisiti' anche da un punto di vista giuridico?*

DdP: Si tratta del cuore delle scelte politiche e quando scelte di questo tipo vengono contestate davanti alla Corte, fatalmente questa si misura con la loro politicità. La Corte si deve attenere a un esame che applica criteri giuridici e operare con grande attenzione ai propri precedenti. Questi criteri non sono solo un vincolo, ma anche una forma di legittimazione del suo operato. In questi casi, l'orizzonte della decisione da prendere inevitabilmente si allarga, perché quando si parla di bilancio, non si tratta soltanto di numeri che devono stare in equilibrio. Dietro i numeri vi sono scelte politiche che hanno a che fare con la protezione di diritti che comportano costi. È indiscutibile che in giudizi di questo tipo, al di là delle tecniche di soluzione dei problemi giuridici, pesino anche le sensibilità soggettive. D'altro canto sappiamo che ogni giudizio ha un certo grado di soggettività, che è tanto più alto quanto più la valutazione a cui si è chiamati è opinabile. Soggettività vuol dire portare dentro al giudizio quello che soggettivamente si sente e su questi terreni è chiaro che la provenienza dei giudici, la loro storia e il loro personale sentire contano.

SC: I due punti critici sono: i diritti da acquisire e i diritti acquisiti.

Al primo tipo appartengono in particolare i diritti degli "altri", degli stranieri. La Corte negli ultimi dieci anni ha fatto certamente dei passi avanti. Al riguardo siamo più avanti di altri Paesi, però la Corte ha sviluppato una giurisprudenza molto contraddittoria. Ho condotto uno studio in materia di diritti sociali degli stranieri[18] e ho analizzato nuovamente tutte le sentenze a cui ho partecipato negli ultimi dieci anni. Ho visto che abbiamo dato motivazioni molto diverse, basandoci una volta sull'art. 14 CEDU, una volta sull'art. 3, una volta sull'art. 2, una volta sull'art. 10 della Costituzione. Ricostruire il ragionamento della Corte diviene molto difficile, ma complessivamente il risultato è stato buono. Si è dato luogo all'apertura nel senso indicato da Hannah Arendt.

I diritti quesiti, i diritti acquisiti, queste brutte espressioni del diritto italiano, purtroppo prevalgono sempre con le corti conservatrici e io mi sono trovato a vivere in un periodo in cui la Corte italiana era molto incline ad atteggiamenti conservatori. Ad esempio, ho sentito dire: non si possono ridurre i trattamenti economici dei magistrati, perché sono acquisiti. Quelli non si possono toccare, mentre si possono ridurre altri stipendi di dipendenti pubblici.

Lessons learned

GR: *Com'è cambiata la vostra percezione della Corte nel corso del vostro mandato? Come raccontereste la Corte di oggi e quali credete siano le prospettive della Corte di domani?*

SC: Per me la Corte era un oggetto lontano, non avevo mai immaginato di poter finire alla Corte, però ho imparato molto da questa esperienza. Non avendo mai fatto l'avvocato ho capito quale importanza ha *to argue*. Non argomentare, che è una cosa diversa, ma *to argue*. Ho capito che i miei colleghi avvocati erano avvantaggiati in camera di consiglio nel tira-molla degli argomenti, quando uno espone una tesi e un altro risponde con la tesi opposta. Questo va e vieni, che in sede scientifica è ispirato al concetto di verità e di corrispondenza alla realtà, può essere basato anche su criteri più larghi quando è fatto per convincere qualcuno e per raggiungere una maggioranza in camera di consiglio.

Per quanto riguarda il futuro della Corte: la Corte costituzionale italiana ha avuto dei cicli, che sono stati ben studiati, un primo ciclo molto aggressivo, poi c'è stato un ripiegamento. Ci si può aspettare un andamento simile a questo con una Corte che in qualche momento è più timida, arretra e in altri è più audace. Io sono entrato in una Corte che era timidissima e sono uscito da una Corte che era molto più coraggiosa, basta vedere il numero di inammissibilità nel 2005 rispetto al numero di inammissibilità del 2013-2014. Mi aspetto che la Corte nel futuro continui ad avere questo tipo di oscillazioni.

DdP: Sono arrivata anch'io alla Corte in maniera inaspettata. Sapevo poco del suo modo di lavorare. Ciò che più mi ha colpito, fin dalle prime sedute, è stata la qualità e la libertà della discussione in camera di consiglio. Temevo di trovare un ambiente paludato e invece ho trovato informalità e grande attenzione alla sostanza. La Corte è un posto serio, dove le decisioni vengono prese sulla base di un'istruttoria straordinariamente approfondita e attraverso un confronto vero e, direi, molto costruttivo. Inoltre, la Corte non ha paura di innovare e questa è oggi, in un mondo che cambia a velocità vertiginosa, condizione di sopravvivenza di ogni istituzione. Gli esiti, visti da un angolo visuale interno, mi sembrano in generale buoni, spesso molto buoni. Il futuro dipende dalle decisioni che la Corte saprà prendere. La sua più forte legittimazione sta proprio nella qualità delle sue decisioni, nella sua capacità di dosare rigore ed equilibrio, autorevolezza e sensibilità, continuità e capacità di rinnovarsi.

---

[1] L. Carroll, *Through the Looking-Glass, and What Alice Found There* (1871), Penguin Books, London, 1994.
[2] D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil Constitutionnel*, Gallimard, Paris, 2010.
[3] G. Calabresi, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, a cura di B. Barbisan, Il Mulino, Bologna, 2013.
[4] B. Woodward, S. Armstrong, *The Brethren. Inside the Supreme Court* (1979), Simon & Schuster, New York, 2005. Si veda anche il recente volume C. Sunstein, *Constitutional Personae. Heroes, Soldiers, Minimalists, and Mutes*, Oxford University Press, New York, 2015.
[5] Corte Costituzionale, sentenza n. 306 del 2008.
[6] Corte costituzionale, sentenza n. 40 del 2011.

[7] S. Cassese, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2015.
[8] Corte costituzionale, ordinanza n. 334 del 2008.
[9] Il riferimento è alla citazione di Anne-Marie Slaughter "The Hard Impact of Soft Law" in A.M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton, 2004, p. 178.
[10] Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).
[11] Corte costituzionale, sentenza n. 27 del 1975.
[12] Corte costituzionale, sentenza n. 104 del 2006.
[13] Corte costituzionale, sentenza n. 348 e 349 del 2007.
[14] Corte costituzionale, ordinanza n. 103 del 2008.
[15] Corte costituzionale, ordinanza n. 207 del 2013.
[16] S. Breyer, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, Alfred A. Knopf, New York, 2015.
[17] Corte costituzionale, sentenza n. 238 del 2014.
[18] S. Cassese, *I diritti sociali degli 'altri'*, in Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, Vol. 4, 2015, pp. 677 - 686.

.

MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW

Im Neuenheimer Feld 535
D-69120 Heidelberg
Tel.: +49 (0)6221 482 - 1
Fax: +49 (0)6221 482 - 288

www.mpil.de
SSRN@mpil.de