

STUDI DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE
E DI DIRITTO COMPARATO

Direttori

Gabriele CRESPI REGHIZZI

Università degli Studi di Pavia

Girolamo MONTELEONE

Università degli Studi di Palermo

Nicola PICARDI

“Sapienza” Università Di Roma

Gianfranco RICCI

“Alma Mater Studiorum” Università di Bologna

Mario SERIO

Università degli Studi di Palermo

Comitato scientifico

Viviana BATTAGLIA

Università degli Studi di Palermo

Emanuela BENANTI

Università degli Studi di Palermo

Renzo Riccardo CAVALIERI

Università “Ca’ Foscari” di Venezia

Giorgio COLOMBO

Università degli Studi di Palermo

Giuseppe GIAIMO

Università degli Studi di Palermo

Rosario PETRUSO

Università degli Studi di Palermo

Federico RUSSO

Università degli Studi di Palermo

Guido SMORTO

Università degli Studi di Palermo

Domitilla VANNI DI SAN VINCENZO

Università degli Studi di Palermo

Salvatore ZIINO

Università degli Studi di Palermo

STUDI DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE E DI DIRITTO COMPARATO

La collana si propone di raccogliere e portare a conoscenza del pubblico dei lettori saggi di diritto processuale civile, di diritto comparato e di diritto processuale comparato, in modo da offrire un quadro quanto più vasto e articolato delle predette discipline giuridiche. La collana si propone altresì di incoraggiare ed incrementare l'apporto di giovani studiosi.

Cristina Asprella

L'opinione dissenziente del giudice



Copyright © MMXII
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133/ A-B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-5257-0

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: ottobre 2012

Parte I

19 Capitolo I *Alla ricerca del dissenso perduto*

1.1. Introduzione, 19 – 1.2. Una copertura costituzionale dell'opinione dissenziente: il principio del giudice naturale e il pluralismo, 29 – 1.3. Per l'introduzione del libero dissenso nel nostro sistema di giustizia: i fondamenti razionali della sua giustificazione, 33.

Parte II

43 Capitolo I *La motivazione e l'opinione dissenziente*

1.1. Premessa metodologica, 44 – 1.2. Dal diritto romano al diritto comune: la mancanza di un obbligo di motivazione della sentenza, 49 – 1.3. Verso l'introduzione dell'obbligo di motivazione della sentenza: la Rota Fiorentina e il voto di scissura, 51 – 1.4. (*Segue*): cenni alla prassi in punto di motivazione e dissenso delle altre Rote d'Italia; in particolare l'esempio della Rota di Siena, dissenso senza motivazione, 56 – 1.5. (*Segue*): la motivazione e il dissenso nei Grandi Tribunali dell'Italia preunitaria, 57 – 1.6. Cenni alla struttura e alla natura dei Tribunali Supremi italiani a partire dal secolo XVI, 61 – 1.7. La Rota Romana e l'opinamento, 66 – 1.8. I Senati di Piemonte, Savoia, Nizza e Casal Monferrato: le altalenanti vicende in punto di obbligo di motivazione e la totale mancanza di una esternazione del dissenso, 70 – 1.9. Il Regno Lombardo-Veneto: dal Regolamento Giudiziario di Giuseppe II del 1781 al Regolamento Generale del Processo civile pel Regno Lombardo-Veneto del 1815. La previsione dell'obbligo di motivazione ma non dell'espressione delle opinioni particolari, 73 – 1.10. Il Principato di Trento e il codice giudiziario nelle cause civili, c.d. Codice Barbacoviano. L'obbligo di motivazione della sentenza

e la mancata previsione dell'esternazione del dissenso, 77 – 1.11. Gli esempi più importanti di manifestazione del dissenso nei Tribunali preunitari: il Granducato di Toscana, i Tribunali Napoletani, il Ducato estense. Modi e ragioni dell'esternazione dell'opinione dissenziente e i riflessi della legislazione spagnola, 78 – 1.12. Il Ducato estense e il voto di scissura, 79 – 1.13. Il Regno delle due Sicilie: l'esperienza del registro dei voti segreti nei Tribunali Napoletani e la successiva abrogazione nel quadro generale della motivazione della sentenza, 81 – 1.14. Il Granducato di Toscana e il voto di scissura, 88 – 1.15. Il Tribunale camerale dell'Impero: il *Codex Marchicus* del 1748 e il voto separato quale forma di controllo gerarchico, 89 – 1.16. Le radici del principio della segretezza della camera di consiglio: l'esperienza francese, 90 – 1.17. L'introduzione del principio di obbligatorietà della motivazione della sentenza in Francia, 94 – 1.18. L'unificazione d'Italia e il codice del 1865: il segreto delle deliberazioni e l'abbandono dell'esperienza del dissenso dei Tribunali preunitari, 98 – 1.19. Il codice del 1865 e la procedura per la deliberazione della sentenza: la deliberazione segreta e la formazione della sentenza, 103 – 1.20. Il codice del 1865 e la motivazione della sentenza: inesistenza di un collegamento tra il dissenso e la motivazione, 104 – 1.21. Il codice del 1940 e l'obbligo di motivazione: un principio separato dal segreto delle deliberazioni, 106 – 1.22. Motivazione e contromotivazione: perché il dissenso non è la contromotivazione della decisione del giudice, 108.

113 Capitolo II

Il segreto della camera di consiglio e il dissenso

2.1. L'origine storica del segreto della camera di consiglio: la derivazione dal modello francese., 113 – 2.2. Il segreto della deliberazione nel nostro codice di rito, 116 – 2.3. La collegialità come presupposto per l'applicazione del principio della segretezza della deliberazione, 120 – 2.4. Il contenuto della segretezza e le conseguenze dell'eventuale violazione, 123 – 2.5. Le sanzioni disciplinari per la violazione del segreto della camera di consiglio, 126 – 2.6. La legittimità del c.d. brogliaccio: note in margine ad una recente delibera del Consiglio Superiore della Magistratura, 128 – 2.7. (*Segue*): altre questioni in tema di segretezza; i tirocinanti *ex art. 37 legge 15 luglio 2011, n. 111*, 130 – 2.7.1. *Cenni al principio di immodificabilità del collegio: la consacrazione del concetto di unità della decisione*, 133 – 2.7.2. *La stesura della motivazione e la sottoscrizione della sentenza*, 134 – 2.8. La deliberazione della sentenza della Corte di cassazione, 137 – 2.8.1. *Il ricorso per violazione o falsa applicazione di norme di diritto: il nuovo art. 360-bis e la portata eventuale del dissenso*, 139 – 2.8.2. *Il vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite: dalla macroprospettiva del dissenso delle sezioni semplici alla microprospettiva del dissenso all'interno della Corte. Spunti di riflessione*, 142 – 2.8.3. *L'enunciazione del principio di*

diritto, il vincolo nei confronti del giudice di rinvio e l'eventuale valenza del dissenso, 145 – 2.8.4. *Il procedimento per la decisione sull'inammissibilità del ricorso e per la decisione in camera di consiglio: in particolare l'ordinanza opinata*, 148 – 2.9. Cenni al segreto della deliberazione in ambito penale: il disposto dell'art. 125, quarto comma, c.p.p., 150 – 2.10. La mancata copertura costituzionale del principio del segreto della camera di consiglio e possibili prospettive verso la pubblicità della deliberazione, 153.

159 Capitolo III

La responsabilità civile per le pronunce degli organi collegiali

3.1. I modelli storici della responsabilità del giudice collegiale: l'eterna ambivalenza tra la responsabilità professionale e la responsabilità disciplinare., 159 – 3.2. *L'actio de syndicatu* e la *prise à partie*: i modelli della trasposizione italiana della responsabilità collegiale del giudice, 162 – 3.3. La disciplina della responsabilità del giudice dal codice del 1865 al codice del 1940, 170 – 3.4. In particolare, il *referendum* abrogativo del 1987, 175 – 3.5. I tratti salienti della disciplina della responsabilità del giudice nella legge n. 117 del 1988, 177 – 3.6. La responsabilità dei componenti degli organi giudiziari collegiali, 187 – 3.6.1. *Le soluzioni prospettate in sede di riforma*, 187 – 3.6.2. *Il sistema prescelto dal legislatore: le previsioni dell'art. 16 della legge 117/1988*, 190 – 3.6.3. *Il dibattito sulla natura giuridica dell'istituto introdotto dall'art. 16 della legge 117/1988*, 191 – 3.6.4. *L'obbligo di motivazione del dissenso e la sua mancata o insufficiente redazione*, 194 – 3.6.5. *Acquisizione del verbale nel giudizio di rinvio*, 196 – 3.6.6. *Il dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 131, ult. co., c.p.c.: in particolare l'ordinanza del Tribunale di Roma del 29 aprile 1988*, 198 – 3.6.7. *La sentenza della Corte costituzionale n. 18 del 1989 e la nuova disciplina della verbalizzazione della camera di consiglio*, 200 – 3.6.8. *La verbalizzazione facoltativa del dissenso nella lettura costituzionalmente orientata dell'art. 16 legge n. 117/1988: l'inutile compromesso tra il segreto della camera di consiglio e la responsabilità differenziata*, 208 – 3.7. La responsabilità dello Stato-giudice di fronte alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee: i possibili risvolti in tema di decisioni dei giudici collegiali, 210 – 3.8. Il presupposto per una nuova disciplina dell'opinione dissenziente nella prospettiva della pubblicità delle deliberazioni collegiali, 220 – 3.9. (*Segue*): il dissenso come strumento di responsabilità – e responsabilizzazione dei giudici collegiali nell'ottica di una modifica della disciplina attuale della responsabilità del giudice, 222.

227 Capitolo I

Il diverso ruolo e la diversa funzione dell'opinione dissenziente nei sistemi di common law e di civil law nonché presso i tribunali internazionali

1.1. Introduzione al dissenso nelle tradizioni di *common* e di *civil law*, 227 – 1.2. Cenni alla tradizione del dissenso nel sistema inglese: lo stile della motivazione e la manifestazione dell'opinione dissenziente, 228 – 1.2.1. *Lo stile informale della motivazione anglosassone e le modalità del dissenso: approfondimento*, 233 – 1.3. Cenni al sistema giudiziario americano e al ruolo e alle funzioni della Corte Suprema, 236 – 1.3.1. *Le modalità di decisione della Supreme Court of the United States: le premesse necessarie del dissenso*, 238 – 1.3.2. *Tipologia di opinioni dissenzienti nella Corte Suprema statunitense e il rapporto con lo stare decisis*, 241 – 1.3.3. *Ruolo e funzioni dell'opinione dissenziente nella prassi della Corte Suprema americana*, 246 – 1.4. La tradizione del dissenso nei paesi di *civil law*: cenni al diverso ruolo e portata del dissenso come conseguenza della diversa modalità di decisione e del diverso ruolo della motivazione della sentenza, 251 – 1.5. Il Bundesverfassungsgericht e l'introduzione del dissenso, 253 – 1.5.1. *Il sondervotum: natura e caratteristiche*, 256 – 1.5.2. *Gli effetti del Sondervotum sui mutamenti di giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht*, 260 – 1.6. L'opinione dissenziente nel Tribunale costituzionale spagnolo., 261 – 1.6.1. *La prassi spagnola: rilievo e motivi del dissenso in alcuni casi di sentenze con voto particular*, 264 – 1.6.2. *Il valore di precedente assegnato alle decisioni del Tribunale costituzionale spagnolo e le peculiarità delle sentenze che contengano voti particolari. La rilevanza dei voti particolari*, 266 – 1.7. I Tribunali internazionali e le opinioni separate, 268 – 1.7.1. *In particolare: la Corte Permanente di Giustizia della Società delle Nazioni e la Corte Internazionale di Giustizia*, 270 – 1.7.2. *In particolare: la Corte Europea dei diritti dell'uomo*, 272 – 1.7.3. *Alcune esperienze concrete di opinioni dissenzienti alla Corte europea dei diritti dell'uomo: la rilevanza del dissenso nelle decisioni sui diritti fondamentali*, 275 – 1.7.4. *La sentenza della Corte del 2011 sulla fecondazione eterologa: la rilevanza delle opinioni separate*, 276 – 1.7.5. (Segue): *La sentenza della Corte del 2002 sul trattamento dei transessuali nel Regno Unito. La rilevanza del dissenso e il finale mutamento di giurisprudenza*, 278 – 1.7.6. (Segue): *La sentenza della Corte del 2001 sull'applicazione dell'art. 6, par. 1, della Conv. ai procedimenti in materia fiscale e il dissenso del giudice Lorenzen e altri*, 281 – 1.7.7. *La sentenza della Grande Chambre del 2008 sull'ammontare del risarcimento dei danni non pecuniari per irragionevole durata dei procedimenti e il parziale dissenso dei giudici Zupančič e Zagrebelsky*, 282 – 1.8. La Corte di giustizia delle Comunità Europee e la mancata adozione del dissenso, 283.

285 Capitolo II

L'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale

2.1. Il principio di collegialità nelle decisioni della Corte costituzionale, 285 – 2.2. Considerazioni critiche sulla mancata previsione del dissenso nella giustizia costituzionale, 287 – 2.3. L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale: le fonti normative di riferimento, 296 – 2.4. La disciplina del sistema a livello di fonti costituzionali, 298 – 2.5. La disciplina del sistema a livello di fonti primarie, 301 – 2.6. La disciplina del sistema nell'autoregolamentazione della Corte, 302 – 2.6.1. *L'ultima modifica dell'art. 18 delle Norme integrative della Corte: il rivisto principio di immutabilità del collegio*, 306 – 2.7. Tre esempi di opinione dissenziente "informale" prima della prima riforma dell'art. 18 Norme Integrative del 1987: il dissenso di Costantino Mortati e di Virgilio Andrioli e il . . . mancato dissenso di Ferrari, 307 – 2.7.1. *Un esempio di opinione dissenziente "informale" dopo la riforma del 1987: la sentenza 2/1994 e il dissenso di Spagnoli*, 310 – 2.7.2. *La sostituzione del redattore nella prassi: le ipotesi giurisprudenziali di dissenso "informale" o di fatto prima dell'ultima modifica delle Norme integrative*, 313 – 2.7.3. *La possibile sostituzione del relatore; il nuovo quarto co. art. 17 Norme Integrative e il dissent in via di fatto*, 315 – 2.8. Un'eventuale introduzione dell'istituto per via giurisprudenziale: la differenza tra il dissent di fatto e l'opinione dissenziente, 317 – 2.9. Lo strumento normativo per l'eventuale introduzione del dissenso nella giustizia costituzionale: legge costituzionale, legge ordinaria o autoregolamento?, 319 – 2.9.1. *L'introduzione con legge costituzionale: le proposte più risalenti e l'inserimento del dissent nel progetto di legge costituzionale di revisione della parte seconda della Costituzione*, 323 – 2.9.2. *L'introduzione con legge ordinaria: il progetto Rodotà e l'intervista di Amadei*, 326 – 2.9.3. *L'introduzione per via di autoregolamentazione: l'originaria proposta di Mortati e le recenti modifiche*, 330 – 2.10. Conclusioni, 335.

337 Capitolo III

L'opinione dissenziente nel giudizio arbitrale

3.1. La deliberazione del lodo e le opinioni dissenzienti nell'arbitrato interno, 337 – 3.2. L'applicabilità della norma sul segreto della deliberazione nel giudizio arbitrale, 340 – 3.3. La responsabilità degli arbitri prima della riforma del 2006, 343 – 3.3.1. *L'opinione dissenziente come strumento di esonero dalla responsabilità contrattuale degli arbitri nella previgente disciplina della delibera del lodo e della responsabilità arbitrale*, 344 – 3.4. La responsabilità degli arbitri dopo le ultime riforme e il rilievo del dissenso, 347 – 3.4.1. *La responsabilità dei singoli membri del collegio e l'opinione dissenziente come strumento di esonero dalla responsabilità*, 349 – 3.5. L'opinione dissenziente come strumento interpretativo del lodo arbitrale, 350 – 3.6. L'opinione dissenziente come precedente giudiziale, 353 – 3.7. Spunti sulla *dissenting*

12 L'opinione dissenziente del giudice

opinion nell'arbitrato internazionale, 354 – 3.7.1. *La dissenting opinion presso la ICC*, 357 – 3.7.2. *Il dissenso nelle regole arbitrali dell'UNCITRAL*, 359 – 3.7.3. *L'opinione dissenziente nella convenzione istitutiva dell'ICSID*, 360

*A Marco, mio marito, e a
Davide, nostro figlio*

*We may try to see things as objectively as we please.
None the less, we can never see them with any eyes except our own*

B. N. CARDOZO, *The Nature of Judicial Process*, New Haven, 1949, 13.

PARTE I

Alla ricerca del dissenso perduto

SOMMARIO: I.1. Introduzione, 19 – I.2. Una copertura costituzionale dell’opinione dissenziente: il principio del giudice naturale e il pluralismo, 29 – I.3. Per l’introduzione del libero dissenso nel nostro sistema di giustizia: i fondamenti razionali della sua giustificazione, 33.

I.1. Introduzione

È stato dimostrato come già nella prima fase della procedura medioevale in Italia vi era una latente vocazione non soltanto per la motivazione della sentenza ma anche per la manifestazione del dissenso dei giudici responsabili sia di fronte all’opinione pubblica che alle parti; se anche, come vedremo, la prassi italiana ha abbandonato questa vocazione, l’utilità del dissenso e della pubblicità invece che della segretezza della deliberazione collegiale sono congeniali alla stessa “configurazione dialettico–retorica del ragionamento giudiziale”¹. Così come nel diritto greco potrebbe ancor oggi affermarsi che il dissenso del giudice rispetto alla decisione collegiale è da un lato un ideale dialettico, dall’altro lato un modello di responsabilità².

È invece luogo comune l’affermazione che la pubblicità delle opinioni dissenzienti corrisponda alla tradizione dei paesi di *common law* mentre sia estranea ai paesi di diritto continentale, in particolare al nostro. Non solo ma da taluni si afferma che l’adozione del princi-

1. N. PICARDI – A. GIULIANI, *La responsabilità del giudice*, Milano, 1995, rist. agg., 28–29.

2. Ricordano N. PICARDI – A. GIULIANI, *La responsabilità*, cit., 4 che ad eccezione dei giudici del supremo tribunale eliastico che erano irresponsabili e il cui voto era segreto, il principio della responsabilità dei giudici era il fondamento della democrazia greca. E, infatti, dominava il principio opposto rispetto alla segretezza ma piuttosto si predicava il dovere del giudice di resistere ad ordini e leggi ingiuste. Apollodoro – in *Demostene*, c. Poliel., 50, afferma: “*Mi ricordai che ero un Trierarca e responsabile e rifiutai*”, riferito ad un ordine ingiusto dello stratega.

pio del segreto della camera di consiglio sia in stretta, per non dire strettissima interrelazione con il principio del segreto sulle eventuali opinioni dissenzienti formatesi in seno al collegio³. È compito di chi voglia sfatare questo preconcetto dimostrare che invece i precedenti italiani dell'istituto del dissenso sono talmente profondi e significativi da ritenere che solo l'influenza preponderante del modello francese abbia indotto i nostri legislatori ad adottare il principio del segreto della camera di consiglio⁴.

In ogni caso il rito della camera di consiglio non è direttamente collegato con il segreto della deliberazione. Infatti la Camera di consiglio è certamente il luogo più idoneo ad una profonda e ponderata deliberazione⁵ ma è ben possibile deliberare in camera di consiglio e poi esternare i nomi dei singoli giudici e le opinioni, anche dissenzienti, da essi espresse. Problemi questi che ovviamente non sorgono per il giudice unico che può redigere la motivazione scritta della propria sentenza nel luogo che preferisce, non esistendo per lui la camera di consiglio, tant'è che, come si è detto, se si dovesse arrivare ad esternare le opinioni dissenzienti dei tribunali collegiali... il giudice unico ne resterebbe in un certo modo privilegiato, «poiché in una specie di soliloquio nella sua testa, dibatterebbe, senza comunicare, gli argomenti *pro e contra*»⁶.

3. Per questi rilievi critici cfr. G. GORLA, *Le opinioni non «segrete» dei giudici dissenzienti nelle tradizioni dell'Italia preunitaria*, in *Foro it.*, 1982, V, 97 ss. Fu lo stesso Gorla, tuttavia, ad affermare implicitamente che il segreto delle opinioni dissenzienti è in relazione con il segreto della camera di consiglio. In proposito cfr. G. GORLA, *La struttura della decisione giudiziale in diritto italiano e nella «common law»: riflessi di tale struttura sull'interpretazione della sentenza, sui «Reports» e sul «Dissenting»*, in *Giur. it.*, 1965, I, I, 1239 ss.

4. V. DENTI, *Per il ritorno al «voto di scissura» nelle decisioni giudiziarie*, in C. MORTATI (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali e internazionali*, Milano, 1964, 5. L'Autore individua almeno due precedenti storici italiani; uno per il ducato estense grazie ad un regolamento del 1769 e, successivamente, con il codice di procedura civile estense del 1852 rimasto in vigore fino al 1859; l'altro per il c.d. «voto di scissura» del granducato di Toscana che sarebbe iniziato con il Regolamento di procedura di Leopoldo I del 1771 richiamato in vigore nel 1814.

5. Così L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile*, 1904, § 38. Ricorda G. GORLA, *Le opinioni non «segrete»*, cit., 102 che questa è la prassi consueta dei giudici inglesi e americani. Questi si ritirano in camera di consiglio o in un luogo corrispondente per deliberare e successivamente se ne fa un *Report* riproducendo le opinioni espresse da ogni giudice.

6. Cfr. G. GORLA, *Le opinioni non «segrete»*, cit., 102 nonché L. MATTIROLO, *Trattato*, loc. cit. Gorla sottolinea come anche quando o nel caso in cui si ammetta la pubblicità sulle opinioni dissenzienti, redigendo un *Report* ufficiale, in questo documento non figura tutto