



4 NOVEMBRE 2020

Giudice costituzionale e trasparenza: un binomio sempre più ricorrente

di Federico Falorni

Dottore di ricerca in Diritto comparato
Università degli Studi di Firenze



Giudice costituzionale e trasparenza: un binomio sempre più ricorrente*

di Federico Falorni

Dottore di ricerca in Diritto comparato
Università degli Studi di Firenze

Abstract [It]: Muovendo dal suo carattere multidisciplinare, l'elaborato esamina la nozione di trasparenza nell'ambito del sindacato di costituzionalità. In particolare, fra le molteplici accezioni che essa può assumere, viene approfondita quella di trasparenza del ragionamento giuridico, dapprima su un piano teorico e successivamente attraverso l'analisi di due esperienze costituzionali, quella francese e quella canadese, con l'obiettivo di dimostrare come essa corrisponda ad un'esigenza particolarmente avvertita al giorno d'oggi.

Abstract [En]: Moving from its multidisciplinary character, the essay aims to analyse the concept of transparency in constitutional adjudication. Among the several senses of transparency, the paper tackles the idea of transparency in constitutional reasoning, also known as "transparency in rationale", and it seeks to demonstrate, through the analysis of recent developments in the French and Canadian systems, that the duty to provide reasons and justification is nowadays particularly felt by constitutional judges.

Sommario: 1. La natura multidisciplinare della nozione di trasparenza. 2. La giustizia costituzionale e l'idea di trasparenza. 2.1. I molteplici significati della trasparenza nel sindacato di costituzionalità. 3. La trasparenza del ragionamento giuridico. 3.1. Il Conseil Constitutionnel e l'intenzione di abbandonare lo stile "classico" di redazione delle sentenze. 3.2. La Corte Suprema del Canada e l'enfasi posta sulla necessità di rendere (ancora più) trasparente il ragionamento giuridico. 4. La motivazione della sentenza costituzionale come "strumento" per soddisfare l'esigenza di trasparenza del ragionamento giuridico. 4.1. Il contenuto. 4.2. La struttura. 4.3. La funzione e gli effetti. 5. L'efficacia esterna della motivazione ed i benefici connessi alla trasparenza del ragionamento giuridico. 6. Riflessioni conclusive.

1. La natura multidisciplinare della nozione di trasparenza

"La trasparenza è un sogno che l'umanità ha perseguito in tutti i campi, dall'antichità ai giorni nostri"¹; ed ancora: "nel periodo tra i due millenni anche i filosofi hanno cominciato a parlare di società trasparente e la trasparenza è divenuta un'esigenza sempre più pressante in tutti i settori, tra cui la politica, il diritto e l'amministrazione"².

Le affermazioni richiamate, di Mario Giuseppe Losano, consentono di mettere in luce alcuni connotati peculiari della trasparenza.

In primo luogo, la trasparenza corrisponde ad un'esigenza storicamente avvertita; anche se, come lasciano intendere le parole richiamate, essa è stata oggetto di un accentuato e rinnovato interesse nel periodo compreso tra i due millenni. Invero, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, si è assistito

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ M.G. LOSANO, *Trasparenza e segreto: una convivenza difficile nello Stato democratico*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2017, p. 657.

² M.G. LOSANO, *Trasparenza e segreto: una convivenza difficile nello Stato democratico*, *op. ult. cit.*, p. 662.

ad un fenomeno, identificato con l'espressione “*transparency wave*”³, proprio al fine di sottolineare la massiccia attenzione che, a partire da quegli anni, è stata rivolta in tutti i settori del sapere scientifico nei confronti della trasparenza e delle sue implicazioni. In particolare, essa è stata oggetto di studio e di riflessione, con metodi ed obiettivi diversi, da parte di politologi, antropologi, sociologi, psicologi, giuristi e filosofi.

In secondo luogo, e correlativamente, la trasparenza presenta un carattere marcatamente multidisciplinare; con l'ulteriore ed inevitabile conseguenza che, stante l'impronta interdisciplinare, essa si presenta come un termine polisensu, che ricomprende, all'interno del proprio campo semantico, diversi significati e sfumature.

Non sorprende, dunque, in virtù delle sue molteplici accezioni e della difficoltà di fornirne una definizione unitaria, che la nozione di trasparenza venga, il più delle volte, solamente “invocata”, in maniera generica, senza che però sia precisato, nel merito, cosa con essa si voglia intendere⁴.

In via di prima approssimazione, si può ragionevolmente affermare che la trasparenza si pone in antitesi con i concetti di chiusura, segretezza ed opacità⁵. Maarten Hillebrand ha, poi, proposto una definizione sostanzialmente “neutra”, finalizzata a mettere in evidenza il carattere relazionale della nozione di trasparenza: “*transparency conveys a desire to create visibility of persons, organisations or processes. As such, it is necessarily a relational phenomenon: it requires something/someone that is being made visible (object), an outer audience for whose benefit visibility is created (subject), and an instrument by which visibility is created (means)*”⁶.

In generale, l'attenzione di politologi, sociologi e psicologi, nei confronti del concetto di trasparenza, si comprende tenendo presente un atteggiamento, largamente dominante negli ultimi decenni, di ampia fiducia nei confronti degli auspicati effetti positivi della trasparenza. La dottrina, al riguardo, ha coniato

³ M. HILLEBRANDT, *Twenty-five Years of Access to Documents in the Council of the EU. Ever-greater transparency?*, in 61 *Politique Européenne*, 2018, 143, p. 144.

⁴ A. ALEMANNI, *Unpacking the Principle of Openness in EU Law. Transparency, Participation and Democracy*, in *European Law Review*, 2014, 1, p. 3; M. HILLEBRANDT, *Living Transparency. The Development of Access to Documents in the Council of the EU and its Democratic Implications*, University of Amsterdam, 2017, p. 19.

⁵ In proposito, si veda S. PRESCHAL - M.E. DE LEEUW, *Transparency. A General Principle of EU Law?*, in U. BERNITZ - J. NERGELIUS - C. CARDNER (a cura di), *General Principle of EC Law in a Process of Development*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2008, pp. 201-241; secondo gli autori, la trasparenza veicola la seguente idea: “*the opposite of opaqueness, complexity, or even secretiveness*”, p. 202. Jacki Davis, d'altro canto, impiega l'espressione “*lifting the veil of secrecy*”, per spiegare il contenuto della trasparenza: J. DAVIS, *Access to and Transmission of Information: Position of the Media*, in V. DECKMYN - I. THOMSON (a cura di), *Openness and Transparency in the European Union*, Maastricht, European Institute of Public Administration, 1998, p. 121. Ed ancora, Melissa Lane identifica la trasparenza con la formula “*the absence of secrecy and the availability of information*”: M. LANE, *Accountability, Transparency, Legitimacy: the New Staples of Democratic Discourse and their Implications for non-Elected Institutions*, Paper prepared for the Annual Meeting of the American Political Science Association, 2002, p. 4.

⁶ M. HILLEBRANDT, *Twenty-five Years of Access to Documents in the Council of the EU. Ever-greater transparency?*, *op. cit.*, p. 147.

l'espressione “*transparency rush*”⁷, proprio al fine di indicare un'euforia - molto spesso non giustificata, in quanto derivante da mere asserzioni, non sorrette da verifiche fattuali - nei confronti della trasparenza. Essa, in particolare, è stata individuata come una valida soluzione, per risolvere alcune delle problematiche che affliggono le moderne istituzioni pubbliche, ad iniziare dal deficit di legittimazione democratica a svolgere le funzioni loro assegnate; l'idea è quella di un “*golden tool in policy making*”⁸, attraverso cui ottenere una maggiore fiducia e un accresciuto consenso sociale nei confronti dell'operato delle istituzioni medesime.

Più di recente, peraltro, tale ricostruzione teorica dei benefici correlati alla nozione di trasparenza è stata messa in discussione da una parte della dottrina, che ha evidenziato i rischi derivanti dal considerare la trasparenza come una “panacea”⁹. A tali affermazioni di principio, hanno, pertanto, fatto seguito studi di natura empirica per verificare, nell'esperienza concreta della vita quotidiana, la loro reale portata e validità. Ad esempio, è stata condotta una ricerca, per esaminare se la trasparenza contribuisce ad accrescere la legittimazione di un organo politico, prendendo come campione un gruppo di ragazzi, di età compresa tra i diciassette ed i diciannove anni, di una scuola superiore di un paese dell'Europa Occidentale e verificando le reazioni di ciascuno di essi alle decisioni prese da un'immaginaria istituzione, la c.d. “*school conference*”, secondo metodi e procedure caratterizzate da differenti gradi di trasparenza, apertura e pubblicità¹⁰. Il risultato di questo lavoro è stato tendenzialmente positivo, nel senso di individuare una correlazione tra la trasparenza e la legittimazione di un'istituzione, intesa come accettazione sociale delle decisioni da questa assunte; tuttavia, l'esito soddisfacente di questa verifica è privo di validità generalizzata, in quanto fortemente ancorato al contesto di riferimento. Tant'è vero che un altro studio, volto ad analizzare i possibili effetti della trasparenza sulla fiducia degli individui nei confronti delle istituzioni pubbliche, in due distinti ordinamenti, l'Olanda e la Corea del Sud, ha condotto a conclusioni di segno contrario: la trasparenza, infatti, avrebbe un'efficacia quasi impercettibile, se non addirittura negativa, in particolar modo nella seconda esperienza esaminata¹¹. Altri lavori, infine, si sono concentrati nel valutare se gli effetti della trasparenza, in termini di

⁷ J. DE FINE LICHT - D. NAURIN - P. ESAIASSON - M. GILLJAM, *When Does Transparency Generate Legitimacy? Experimenting on a Context-Bound Relationship*, in 27 *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institution*, No. 1, 2014, 111, p. 111.

⁸ J. DE FINE LICHT, *Policy Area as a Potential Moderator of Transparency Effects: An experiment*, in 74 *Public Administration Review*, Issue 3, 2014, 361, p. 362. In senso analogo: D. HEALD, *Varieties of Transparency*, in C. HOOD - D. HEALD (a cura di), *Transparency: The Key to Better Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 25-43.

⁹ D. CURTIN - A.J. MEIJER, *Does Transparency Strengthen Legitimacy? A Critical Analysis of European Union Policy Documents*, in 11 *Information Polity*, 2006, 109. Si veda, altresì, A. ALEMANNI, *Unpacking the Principle of Openness in EU Law. Transparency, Participation and Democracy*, *op. cit.*, pp. 14-17.

¹⁰ J. DE FINE LICHT - D. NAURIN - P. ESAIASSON - M. GILLJAM, *When Does Transparency Generate Legitimacy? Experimenting on a Context-Bound Relationship*, *op. cit.*

¹¹ S. GRIMMELIKHUIJSEN - G. PORUMBESCU, *The Effect of Transparency on Trust in Government: A Cross-National Comparative Experiment*, in *Public Administration Review*, 2013, 575.

legittimazione e di fiducia nei confronti delle istituzioni pubbliche, mutano a seconda dell'area oggetto di regolamentazione¹² e quali variabili sono in grado di incidere, positivamente o negativamente, sugli effetti medesimi¹³. Nel rilevare il carattere multi-disciplinare della trasparenza, si è accennato al fatto che essa è stata oggetto di riflessione e di approfondimento anche ad opera dei giuristi. È da evidenziare che l'interdisciplinarietà emerge sia nel raffronto tra diversi ambiti del sapere scientifico, sia all'interno delle discipline giuridiche: la trasparenza viene in rilievo in molteplici settori del diritto e con significati ed implicazioni diverse.

Innanzitutto, la nozione di trasparenza ha assunto una rilevanza fondamentale con riferimento all'ordinamento dell'Unione Europea. In una prima fase, essa si identificava esclusivamente con la facoltà di esercitare il diritto di accesso nei confronti delle informazioni in possesso delle istituzioni europee; già nella Dichiarazione n. 17, allegata al Trattato di Maastricht, si faceva riferimento al “*public access to the information available to the institutions*”. Successivamente, con il Trattato di Amsterdam, è stato espressamente previsto, all'art. 255 del Trattato che istituisce la Comunità Europea, un generale diritto di accesso ai documenti del Parlamento Europeo, del Consiglio e della Commissione; il tema ha, poi, trovato un'organica regolamentazione con l'adozione del Regolamento n. 1049/2001¹⁴. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la nozione di trasparenza è stata ulteriormente sviluppata: l'articolo 15, paragrafo 3, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea prevede, infatti, il diritto di ciascun

¹² Per quanto concerne l'allocatione di fondi pubblici destinati all'assistenza sanitaria, la trasparenza nel prendere le decisioni può comportare effetti negativi, in quanto – a seguito di verifica empirica – è stato dimostrato che essa finirebbe con il ridurre la fiducia nei confronti delle istituzioni pubbliche: J. DE FINE LICHT, *Do we Really Want to Know? The Potentially Negative Effect of Transparency in Decision Making on Perceived Legitimacy*, in 34 *Scandinavian Political Studies*, No. 3, 2001, 183. In generale, per quanto concerne la diversa portata degli effetti, derivanti dalla trasparenza, con il variare delle aree di regolamentazione, si veda: J. DE FINE LICHT, *Policy Area as a Potential Moderator of Transparency Effects: An experiment*, *op. cit.*.

¹³ Ad esempio, è stato condotto uno studio empirico per verificare gli effetti positivi della nozione di trasparenza sulla fiducia dei cittadini nei confronti di una determinata istituzione pubblica. Nell'eseguire tale indagine, sono state prese in considerazione due variabili: il grado di conoscenza che ciascun individuo possedeva dell'istituzione in questione e l'atteggiamento mentale, inteso come predisposizione ad accettare o rifiutare l'istituzione medesima. Queste due variabili certamente influiscono sui possibili effetti - in termini di maggiore o minore fiducia – derivanti dall'impiego della trasparenza. In teoria, maggiore è la conoscenza di un'istituzione e del suo operato, meno rilevanti dovrebbero essere gli effetti della trasparenza, vale a dire dovrebbe verificarsi un minore incremento di fiducia; viceversa, minore è il livello di conoscenza di una determinata istituzione, maggiori dovrebbero essere i benefici connessi alla trasparenza, in termini di accresciuta fiducia nei confronti dell'istituzione medesima. Sempre su un piano teorico, se un individuo è propenso ad accettare l'attività di un'istituzione, più rilevanti dovrebbero essere i benefici, in termini di maggiore fiducia, connessi alla nozione di trasparenza; al contrario, se un soggetto non è predisposto a riconoscere l'attività svolta da un'istituzione, gli effetti della trasparenza, in termini di accresciuta fiducia nei confronti dell'istituzione medesima, saranno particolarmente ridotti. Per i risultati di tale studio e per un approfondimento sulla verifica eseguita, si veda: S. G. GRIMMELIKHUIJSEN - A.J. MEIJER, *Effects of Transparency on the Perceived Trustworthiness of a Government Organization: Evidence from an Online Experiment*, in 24 *Journal of Public Administration Research and Theory*, 2014, 137. Uno studio, che tiene conto delle medesime variabili, è stato eseguito per verificare gli effetti della trasparenza, in termini di maggiore o minore fiducia nei confronti dell'attività giudiziaria: si veda S. GRIMMELIKHUIJSEN - A. KLIJN, *The Effects of Judicial Transparency on Public Trust: Evidence from a Field Experiment*, in 93 *Public Administration*, No. 4, 2015, 995.

¹⁴ Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 maggio 2001 relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione.

cittadino dell'Unione e di qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro, di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione. Come si vede, l'accesso non è più circoscritto ai documenti del Parlamento Europeo, del Consiglio e della Commissione, ma può essere esercitato nei confronti dei documenti di tutte le istituzioni dell'Unione Europea. Tant'è vero che il quarto sotto-paragrafo della medesima disposizione espressamente prevede che la Corte di Giustizia dell'Unione europea, la Banca centrale europea e la Banca europea per gli investimenti sono soggette alla disciplina del terzo paragrafo, allorché esercitano funzioni amministrative. Come si accennava, però, solamente in un primo momento la trasparenza ha trovato attuazione attraverso la facoltà di accedere ai documenti; al giorno d'oggi, infatti, essa assume una portata più ampia e si correla ai principi generali di apertura e di partecipazione di ciascun individuo alla vita democratica dell'ordinamento dell'Unione Europea (principi che, dopo le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona hanno trovato un più ampio ed espresso riconoscimento agli articoli 10, paragrafo 3, ed 11 del Trattato sull'Unione Europea ed all'articolo 15, paragrafo 1, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea¹⁵). Così, la trasparenza diviene oggi strumentale alla realizzazione degli obiettivi principali, propri di un ordinamento aperto, nel senso di promuovere il buon governo, garantire la partecipazione della società civile e realizzare appieno una democrazia rappresentativa¹⁶. La trasparenza sembra così mutare il proprio paradigma: non è più richiesto alle istituzioni di mantenere un atteggiamento "passivo", nel senso di limitarsi a riscontrare le domande di accesso formulate dai singoli; ma - come suggerisce Alberto Alemanno - è necessaria la realizzazione di una "active transparency", attraverso comportamenti virtuosi delle istituzioni medesime, volti ad incentivare una maggior trasparenza dei procedimenti e delle decisioni finali, a prescindere dalle richieste di accesso che ad esse pervengono¹⁷.

In secondo luogo, di trasparenza si parla con riferimento al contratto: la trasparenza contrattuale, secondo un'idea largamente condivisa in dottrina, rinviene il proprio fondamento nel principio di buona fede oggettiva e di correttezza.

La trasparenza viene, inoltre, in rilievo per quanto attiene alla situazione economica, patrimoniale e gestionale di un'impresa. In proposito, si rifletta, ad esempio, sul rapporto tra gli amministratori di una

¹⁵ Prima delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, il principio di apertura era richiamato nell'art. 1 del Trattato sull'Unione Europea.

¹⁶ Per un approfondimento: M. DEN BOER, *Steamy Windows: Transparency and Openness in Justice and Home Affairs*, in V. DECKMYN - I. THOMSON (a cura di), *Openness and Transparency in the European Union*, op. cit.; A. MEIJER, *Understanding the Complex Dynamics of Transparency*, in *Public Administration Review*, 2013, 429; N. DIAMANDOUROS, *Openness and Access to Documents*, in *7 European State Aid Law Quarterly*, No. 4, 2008, 654; C. MOSER, *How Open is "Open as Possible"? Three Different Approaches to Transparency and Openness in Regulating Access to Eu Documents*, in *80 Political Science Series*, 2001, 1.

¹⁷ A. ALEMANNI, *Unpacking the Principle of Openness in EU Law. Transparency, Participation and Democracy*, op. cit., pp. 8-9.

società e l'organo delegato e sull'obbligo, in capo a quest'ultimo, di agire in maniera trasparente ed informata, per consentire al consiglio di deliberare consapevolmente¹⁸.

In merito alla redazione dei bilanci degli enti territoriali, la Corte Costituzionale ha individuato, quale corollario del principio generale dell'equilibrio di bilancio, quello di “trasparente, corretta, univoca, sintetica e inequivocabile indicazione del risultato di amministrazione e delle relative componenti di legge”¹⁹.

La trasparenza ha acquisito, poi, un ruolo centrale in tutte quelle situazioni in cui si verifica una istituzionale asimmetria informativa; in tali ipotesi, essa si pone a protezione del soggetto considerato contraente debole e, come tale, meritevole di tutela. Si pensi, innanzitutto, al Codice del Consumo che all'art. 2 ha ricompreso, fra i diritti fondamentali, riconosciuti ai consumatori ed agli utenti, quello relativo “alla trasparenza nei rapporti contrattuali”, oltre a quello “ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità”²⁰. In quest'ambito, la trasparenza, il cui fine è quello di riequilibrare le posizioni contrattuali e far acquisire consapevolezza all'utente, si identifica con l'esigenza di una maggiore chiarezza e comprensibilità del testo del contratto. Sempre nella prospettiva di tutela del cliente-consumatore, si pone la trasparenza bancaria. In proposito, oltre a richiamare le disposizioni contenute nel Titolo VI del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia²¹, sono da segnalare le disposizioni adottate dalla Banca d'Italia in merito alla “Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti”²². Si tratta di una normativa volta ad assicurare alla clientela un'informazione tendenzialmente semplice, corretta e completa, in modo da rendere edotto il cliente degli elementi essenziali del rapporto contrattuale, fargli acquisire consapevolezza ed agevolare la comparabilità con altre offerte. Previsioni simili, anche se secondo alcuni non così evolute e raffinate come la disciplina prevista dal diritto bancario²³, sono rinvenibili per quanto attiene alla protezione del fruitore dei servizi di investimento ed assicurativi.

Al giorno d'oggi, poi, il tema della trasparenza emerge con forza se si tiene in considerazione il “cambiamento epocale”, dovuto ai progressi compiuti in campo tecnologico ed al crescente utilizzo degli strumenti dell'intelligenza artificiale nei processi decisionali. Si rifletta, ad esempio, sull'impiego

¹⁸ G. DI CHIO, *Trasparenza bancaria e operazioni del fruitore dei servizi bancari, di investimento, finanziari ed assicurativi: un quadro di insieme*, in *Banca Impresa Società*, n. 3/2019, 429, pp. 431-432.

¹⁹ Corte Costituzionale, 20 dicembre 2017, n. 274. Cfr. altresì: C. BERGONZINI, *Trasparenza e veridicità dei bilanci: l'annullamento del rendiconto oggetto di manipolazioni contabili*, in *Le Regioni*, n. 3/2018, 501, pp. 511-513.

²⁰ Art. 2 D. Lgs. n. 206/2005.

²¹ Le disposizioni sulla “Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti” sono consultabili sul sito della Banca d'Italia al seguente link: https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/trasparenza_operazioni/testo-disposizione-2019/Disposizioni_Testo_integrale.pdf.

²² D.Lgs. n. 385/1993.

²³ A. MIRONE, *Profili evolutivi della trasparenza bancaria*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, n. 1/2018, n. 1, 47, p. 51.

delle tecnologie algoritmiche, che, come sottolineato da più voci in dottrina, pongono un rilevante problema di “opacità” e di “segretezza”²⁴. Da qui la necessità di garantire, tanto in fase di predisposizione degli algoritmi, quanto nel momento applicativo dei risultati cui la macchina è pervenuta, un adeguato livello di trasparenza e di pubblicità.

Da ultimo, ma non per importanza, la trasparenza viene in rilievo con riferimento all’attività della Pubblica Amministrazione: essa costituisce, infatti, “un valore portante e necessario dell’ordinamento”²⁵.

È interessante soffermarsi ad analizzare l’evoluzione che, soprattutto con riferimento al sistema italiano, il principio di “trasparenza amministrativa” ha conosciuto, a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso; in particolare, è opportuno approfondire il tema dell’accesso civico “generalizzato”, per alcune analogie che l’istituto presenta con quello della trasparenza del ragionamento giuridico, di cui si dirà più avanti.

La storia della trasparenza nel diritto amministrativo italiano inizia con una metafora: l’idea che l’Amministrazione debba essere assimilata ad una “casa di vetro”²⁶, nel senso che tutto ciò che si svolge all’interno dell’Amministrazione sia visibile e comprensibile per chi si trovi al suo esterno²⁷. Da allora, la trasparenza è divenuta un principio generale²⁸, un vero e proprio parametro su cui fondare l’intera attività amministrativa; del cui fondamento costituzionale, oggi non più messo in discussione, la dottrina italiana ha molto dibattuto. Invero, stante l’assenza di un riferimento espresso in Costituzione, diversamente da altre esperienze costituzionali, come, ad esempio, quella spagnola o francese, che

²⁴ F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge, Harvard University Press, 2015; L. KUGLER, *AI Judges and Juries. Artificial Intelligence is Changing the Legal Industry*, in 61 *Communications of the ACM*, No. 12, 2018, 19; K. FREEMAN, *Algorithmic Injustice: How the Wisconsin Supreme Court Failed to Protect Due Process Rights in State v. Loomis*, in 18 *North Carolina Journal of Law & Technology*, 2016, 75; S. OLHEDE - R. RODRIGUES, *Fairness and Transparency in the age of the algorithm*, in *Significance*, 2017, 8; A. NATALE, *Introduzione. Una giustizia (im)prevedibile*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2018, 7; C. BARBARO, *Uso dell’intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo?*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2018, 189.

²⁵ A. CORRADO, *La trasparenza negli appalti pubblici, tra obblighi di pubblicazione e pubblicità legale*, in *Federalismi.it*, n. 1/2018, 2.

²⁶ La metafora della “casa di vetro” è stata impiegata, per la prima volta, da Filippo Turati, in occasione della discussione generale in Parlamento, relativa alla legge 25 giugno 1908, n. 290, in merito allo stato giuridico degli impiegati civili dello Stato: “Dove un superiore, pubblico interesse non imponga un segreto momentaneo, la casa dell’Amministrazione dovrebbe essere di vetro”, F. TURATI, *Atti del Parlamento italiano*, Camera dei Deputati, sessione 1904-1908, p. 22962. In seguito, l’espressione è stata ripresa da C. ESPOSITO, *Riforma dell’amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, p. 256.

²⁷ F. DE LEONARDIS, *Tra obblighi di trasparenza e diritto alla riservatezza: verso una trasparenza di tipo “funzionale”*, in *Giornale di Storia costituzionale*, n. 31/2016, 175, p. 177.

²⁸ In proposito, si veda la L. n. 241/1990, così come modificata dalla L. n. 15/2005 e, successivamente, dalla L. n. 69/2009, che ricomprende la trasparenza tra i principi generali dell’azione amministrativa. L’art. 1, comma 1, della L. n. 241/1990 presenta, infatti, il seguente tenore testuale: “L’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell’ordinamento comunitario”.

invece contengono disposizioni puntuali al riguardo²⁹, la trasparenza viene abitualmente presentata come corollario di altri principi costituzionali. Parte della dottrina, avallata anche dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale³⁰, ha ricondotto la trasparenza al principio di buon andamento³¹ e di imparzialità³², di cui all'art. 97 della Costituzione; alcuni studiosi, invece, ne hanno individuato il fondamento nei principi, anch'essi impliciti, di pubblicità ed efficienza dell'azione amministrativa; altri ancora hanno ricondotto la trasparenza della Pubblica Amministrazione al principio democratico e pluralista dello Stato, in virtù del quale la trasparenza sarebbe funzionale a consentire, sia l'effettiva partecipazione degli individui all'amministrazione della cosa pubblica, sia il controllo sull'operato della Pubblica Amministrazione³³.

Fra i molteplici strumenti, attraverso cui può essere data attuazione al principio di trasparenza dell'azione amministrativa³⁴, viene in rilievo l'accesso, che, secondo una condivisibile dottrina, costituisce lo "strumento principe della trasparenza"³⁵.

²⁹ In particolare, la Costituzione spagnola contiene una previsione espressa, in materia di accesso, che costituisce uno degli istituti fondamentali tramite cui dare concretezza al principio di trasparenza dell'attività amministrativa. Il riferimento è all'art. 105, lett. b), che espressamente riconosce "l'accesso dei cittadini agli archivi e registri amministrativi, eccezion fatta per ciò che riguarda la sicurezza e la difesa dello Stato, l'accertamento dei reati e l'intimità delle persone". In Francia, invece, l'art. 15 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, che ha pieno valore costituzionale, in quanto ricompresa nel c.d. "blocco di costituzionalità", dispone che "la società ha il diritto di chiedere conto della sua amministrazione ad ogni pubblico funzionario". Per un approfondimento, si rinvia a L. CUOCOLO, *L'utilizzo dei dati della P.A.: dall'accesso civico all'accesso commerciale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Fascicolo speciale, 2019, 163, pp. 165-169.

³⁰ In proposito, si richiamano due decisioni della Corte Costituzionale: sentenza 4 maggio 2005, n. 172, ove la Corte ha affermato che "le esigenze di trasparenza e di credibilità della pubblica amministrazione sono direttamente correlate al principio costituzionale di buon andamento degli uffici"; sentenza 17 marzo 2006, n. 104, ove la Corte ha evidenziato che "la pubblicità dell'azione amministrativa ha assunto, specie dopo l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), il valore di un principio generale, che attua sia i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (art. 97, primo comma, Cost.), sia la tutela di altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti dell'amministrazione (artt. 24 e 113 Cost.)".

³¹ P. BARILE, *Democrazia e segreti*, in *Quaderni costituzionali*, 1987, pp. 29 ss.; G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXXI, Roma, 1995, pp. 1 ss..

³² U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965, p. 241.

³³ C. CUDIA, *Trasparenza amministrativa e pretesa del cittadino all'informazione*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2007, 99, pp. 123-125, e la dottrina ivi citata.

³⁴ Come anticipato, per quanto concerne il contenuto del principio di trasparenza dell'attività amministrativa, ad esso può essere data attuazione attraverso istituti ulteriori e diversi rispetto all'accesso. In primo luogo, la trasparenza si correla alla possibilità per l'individuo, direttamente interessato, di partecipare al procedimento amministrativo; essa si realizza, inoltre, attraverso il coinvolgimento di soggetti portatori di interessi diversi (pubblici o privati) nella formazione della decisione. L'esigenza di trasparenza viene soddisfatta, inoltre, attraverso due previsioni specifiche: quella secondo cui il procedimento amministrativo deve generalmente concludersi con un provvedimento espresso e quella, ancor più rilevante, che impone di motivare adeguatamente il provvedimento medesimo e la soluzione scelta.

³⁵ E. CARLONI, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2005, 573, p. 579. Per un approfondimento in merito alla stretta correlazione tra trasparenza ed accesso, si veda E. CARLONI, *Gli strumenti della trasparenza nel sistema amministrativo italiano e la sua effettività: forme di conoscibilità, quantità e qualità delle informazioni*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, pp. 352 ss.; G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè Editore, 2006, VI, p. 5950; R. CHIEPPA, *La trasparenza come regola della pubblica amministrazione*, in *Dir. Econ.*, 1994, p. 621.

L'istituto in questione ha conosciuto in Italia una progressiva evoluzione: l'articolo 22 della legge n. 241/1990 ha riconosciuto la possibilità di accedere a documenti amministrativi per tutti coloro che vantino un interesse diretto, concreto ed attuale, per la tutela di una situazione giuridicamente rilevante. L'accesso, dunque, si pone a garanzia di una specifica posizione soggettiva, differenziata e qualificata. Più di recente, sono state introdotte nell'ordinamento italiano due ulteriori forme di accesso, entrambe ricomprese nella categoria dell'accesso civico: l'accesso civico "semplice", previsto dal D.Lgs. n. 33/2013³⁶, e l'accesso civico "generalizzato" disciplinato dal D.Lgs. n. 97/2016³⁷. Il primo consente al cittadino, a prescindere dalla legittimazione soggettiva del richiedente, di accedere ai dati, alle informazioni ed ai documenti amministrativi che le Pubbliche Amministrazioni sono obbligate a pubblicare³⁸; ne consegue, che laddove non sussiste l'obbligo di pubblicazione, non è nemmeno configurabile un diritto di accesso civico da parte dei cittadini³⁹. L'accesso civico "generalizzato", invece, riconosce il diritto di accedere a tutti i dati in possesso delle Pubbliche Amministrazioni e non solamente a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria⁴⁰; l'esercizio di questo diritto è, tuttavia, temperato con l'esigenza di garantire la riservatezza dei controinteressati, la segretezza di alcuni dati e la tutela di particolari interessi pubblici o privati⁴¹.

Le due riforme richiamate, ispirate al principio di accessibilità totale, - ed, in particolare, lo strumento dell'accesso civico "generalizzato" - comportano la massima realizzazione del principio di trasparenza amministrativa; viene, così, a configurarsi un vero e proprio diritto del cittadino alla conoscibilità e ad

³⁶ In proposito, si veda l'art. 5 del D. Lgs. n. 33/2013, nella versione in vigore prima della modifica ad opera dell'art. 6, comma 1, del D. Lgs. n. 97/2016.

³⁷ L'art. 6, comma 1, del D. Lgs. n. 97/2016 ha integralmente sostituito l'originaria formulazione dell'art. 5 del D. Lgs. n. 33/2013, introducendo nell'ordinamento italiano lo strumento dell'accesso civico "generalizzato". In particolare, si veda l'art. 5, comma 2, del D. Lgs. n. 33/2013, attualmente in vigore del seguente tenore testuale: "Allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis".

³⁸ Ad esempio, in materia di contratti pubblici, sussiste in capo alle Pubbliche Amministrazioni ed alle stazioni appaltanti, un obbligo di pubblicare sui rispettivi siti web istituzionali tutta una serie di dati, atti ed informazioni. In proposito, si vedano le seguenti disposizioni: art. 1, comma 32, L. 190/2012; art. 37 D. Lgs. n. 33/2013; art. 29 D. Lgs. n. 50/2016.

³⁹ M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2013, 425.

⁴⁰ In proposito, il Consiglio di Stato distingue una trasparenza di tipo "proattivo", attuata mediante la pubblicazione sui siti istituzionali di dati, informazioni e documenti, ed una trasparenza di tipo "reattivo", vale a dire in risposta alle istanze proposte dagli individui. Si veda, al riguardo, Cons. St., sez. III, 13 novembre 2018, n. 6410 (che richiama, a sua volta, il parere della Sezione Consultiva per gli Atti Normativi del Consiglio di Stato, n. 515 del 24 febbraio 2016): "In secondo luogo, il decreto in discorso aggiunge alla preesistente trasparenza di tipo "proattivo", ossia realizzata mediante la pubblicazione obbligatoria sui siti web di determinati enti dei dati e delle notizie indicati dalla legge (d.lgs. 33/2013), una trasparenza di tipo "reattivo", cioè in risposta alle istanze di conoscenza avanzate dagli interessati. Il passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere (*from need to right to know*, nella definizione inglese F.O.I.A) rappresenta per l'ordinamento nazionale una sorta di rivoluzione copernicana, potendosi davvero evocare la nota immagine, cara a Filippo Turati, della Pubblica Amministrazione trasparente come una "casa di vetro".

⁴¹ In proposito, si veda l'art. 5-bis del D. Lgs. n. 33/2013, introdotto dal D. Lgs. n. 97/2016.

essere informato⁴². Al tempo stesso, muta anche la finalità: il diritto di accesso non è più soltanto strumentale alla tutela di una situazione giuridica soggettiva, ma è funzionale a consentire un controllo diffuso e generalizzato sull'operato della Pubblica Amministrazione⁴³. L'introduzione dell'istituto dell'accesso civico "generalizzato" produce un'ulteriore conseguenza: quella di porre in linea l'ordinamento italiano con quelli di altri Paesi, che già da tempo avevano accolto siffatto istituto. Viene in rilievo, in primo luogo, il modello del *Freedom of Press Act*, introdotto già nel 1766 in Svezia, e successivamente ripreso in altri paesi scandinavi, quali la Finlandia nel 1951, la Norvegia nel 1970 e la Danimarca nel 1985⁴⁴; ma, soprattutto, il riferimento è al *Freedom of Information Act* (meglio conosciuto con l'appellativo "FOIA"), adottato negli Stati Uniti dal 1966 e successivamente ripreso, nei suoi connotati essenziali, in un vastissimo numero di ordinamenti⁴⁵. Si pensi, ad esempio, al Canada, che nel 1982 ha adottato l'*Access to Information Act* (ATIA), all'Australia, ove è in vigore dal 1982 il *Freedom of Information Act*, alla Nuova Zelanda, che nello stesso anno ha introdotto l'*Official Information Act*⁴⁶; mentre nel Regno Unito lo *U.K. Freedom of Information Act* è stato adottato nel 2000⁴⁷. Previsioni legislative in materia di trasparenza amministrativa e di controllo sull'attività del potere pubblico, sono state introdotte anche in Spagna, con la legge n. 19 del 2013, in Germania, sia a livello federale, sia nella

⁴² Per un approfondimento in merito all'idea di trasparenza amministrativa, alla luce delle riforme richiamate, si vedano: G. GARDINI, M. MAGRI (a cura di), *Il FOIA italiano: vincitori e vinti*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2019; F. MANGANARO, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4/2019, 743; M. SAVINO, *Il Foia italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Diritto Amministrativo*, n. 3/2019, 453; A. MOLITERNI, *La natura giuridica dell'accesso civico generalizzato nel sistema di trasparenza nei confronti dei pubblici poteri*, in *Diritto Amministrativo*, n. 3/2019, 577; A. MOLITERNI, *La via italiana al FOIA: bilancio e prospettive*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 1/2019, 23; A. SIMONATI, *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa: stato dell'arte e prospettive future*, in *Diritto Amministrativo*, n. 2/2018, 311; B.G. MATTARELLA, M. SAVINO (a cura di), *L'accesso dei cittadini. Esperienze di informazione amministrativa a confronto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1/2017, 65.

⁴³ M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, op. cit.: "Lo scopo è quello di agevolare il formarsi di una opinione pubblica sull'andamento dei pubblici uffici, di incoraggiare la percezione sociale dei fatti amministrativi e, non ultimo, di incutere ai titolari di pubbliche funzioni il timore di una sanzione per riprovazione collettiva del loro operato", p. 428; M. TIMIANI, *La trasparenza di cosa? L'evoluzione dell'ambito oggettivo*, in 31 *Giornale di Storia costituzionale*, n. I/2016, 141, pp. 142-143.

⁴⁴ Sul punto, si veda R. SCARCIGLIA, *L'accesso ai documenti amministrativi. Attuazione della legge 241/90. Profili di diritto comparato*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 1994, pp. 171 ss.

⁴⁵ Per un'analisi critica in merito agli effetti del *Freedom of Information Act* negli Stati Uniti, si veda D.E. POZEN, *Freedom of Information beyond the Freedom of Information Act*, in 165 *University of Pennsylvania Law Review*, 2017, 1097.

⁴⁶ Per un confronto in merito alla diverse legislazioni, in materia di accesso civico, adottate in Canada, Australia e Nuova Zelanda, si rinvia a R. HAZELL, *Freedom of Information in Australia, Canada a New Zealand*, in 67 *Public Administration*, 1989, 189.

⁴⁷ Per un'analisi critica in merito all'impatto dello *U.K. Freedom of Information Act* sulle istituzioni pubbliche e sugli obiettivi in concreto raggiunti, si veda B. WORTHY, *More Open but Not More Trusted? The Effect of the Freedom of Information Act 2000 on the United Kingdom*, in 23 *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, No. 4, 2010, 561. Invece, per un confronto comparatistico tra le legislazioni di Stati Uniti, Canada e Regno Unito, si rinvia a S. HOLSEN, *Freedom of Information in the U.K., U.S. and Canada*, in *The Information Management Journal*, 2007, 50.

maggior parte dei singoli Länder, ed in Francia, ove la prima disciplina organica in materia di accesso risale al 1978⁴⁸.

Viene, così, a delinarsi - almeno in teoria - il pieno compimento del concetto di amministrazione trasparente: la trasparenza, infatti, si ritiene realizzata in larga misura, anche se non in via esclusiva, attraverso il diritto di accesso, che rende conoscibile e controllabile dall'esterno l'operato del potere pubblico. In sostanza, è proprio la possibilità di sindacare l'attività della Pubblica Amministrazione da parte della collettività che consente di soddisfare l'esigenza di trasparenza amministrativa.

2. La giustizia costituzionale e l'idea di trasparenza

L'esigenza di garantire un adeguato livello di trasparenza si è posta anche con riferimento al potere giudiziario, latamente inteso⁴⁹, e, per quel che qui maggiormente interessa, per quanto attiene all'attività dei giudici incaricati di svolgere il controllo di costituzionalità delle leggi (e, ove consentito, degli atti amministrativi). L'obiettivo, infatti, è quello di analizzare il concetto di trasparenza con riferimento sia alle Corti Costituzionali, negli ordinamenti ove esiste un organo *ad hoc* deputato ad effettuare il sindacato di costituzionalità; sia alle Corti Supreme, le quali, in ordinamenti ove vige un modello diffuso di controllo di costituzionalità delle leggi, cumulano tanto la funzione di giudice ordinario di ultima istanza, quanto quella di giudice della costituzionalità delle leggi⁵⁰.

La necessità di un'amministrazione trasparente della giustizia costituzionale è stata da sempre avvertita come rilevante, sia dai giudici stessi, sia da parte della platea di soggetti e di poteri che subiscono gli effetti di una pronuncia, sia, più in generale, da parte della collettività; al giorno d'oggi, tuttavia, l'imperativo di trasparenza sembra farsi ancora più rilevante e stringente. In particolare, il binomio trasparenza-giudice costituzionale pare conoscere un legame ancora più stretto in tutte quelle ipotesi in cui quest'ultimo è chiamato a gestire e risolvere la forte conflittualità tra i diritti fondamentali, che caratterizza le attuali società multiculturali e pluraliste. Diventa, pertanto, fondamentale indagare quali sono i possibili significati che la nozione di trasparenza assume con riferimento all'attività delle Corti; individuare quale accezione di trasparenza riveste un ruolo essenziale nell'attuale momento storico; e, da ultimo, verificare quali sono gli effetti ed i benefici auspicati ad essa connessi. Con l'avvertimento che le considerazioni di seguito proposte tentano di offrire una ricostruzione teorica del concetto di

⁴⁸ Il tema è stato approfondito da L. CUOCOLO, *L'utilizzo dei dati della P.A.: all'accesso civico all'accesso commerciale*, *op. cit.*, pp. 169-174.

⁴⁹ In dottrina è stata utilizzata l'espressione "*judicial transparency*", per indicare l'idea di trasparenza del potere giudiziario; al riguardo, si veda S. GRIMMELIKHUIJSEN - A. KLIJN, *The Effects of Judicial Transparency on Public Trust: Evidence from a Field Experiment*, *op. cit.*, p. 996.

⁵⁰ D'ora in avanti, sarà impiegata la parola "Corti" per riferirsi sia alle Corti Costituzionali, sia alle Corti Supreme.

trasparenza e dei possibili effetti positivi; infatti, una verifica empirica, pur indubbiamente rilevante, esula dall'ambito del presente lavoro.

2.1. I molteplici significati della trasparenza nel sindacato di costituzionalità

La nozione di trasparenza - come si è rilevato - mal si presta ad essere racchiusa in un'unica definizione, in grado di ricomprenderne i numerosi significati. Tale caratteristica emerge anche quando si cerca di ricostruire il senso che il concetto di trasparenza può assumere con riferimento al controllo di costituzionalità delle leggi; essa, infatti, può essere declinata in molteplici accezioni e sfumature.

Sotto un primo profilo, la trasparenza assume il significato di comunicazione, finalizzata ad ampliare la platea dei destinatari delle decisioni, eseguita sia attraverso i media tradizionali, sia - ed in maniera sempre più frequente - mediante l'utilizzo di Internet e dei media digitali, in generale. Con riferimento a tale seconda ipotesi, si può parlare, mutuando l'espressione da altri rami del sapere scientifico, di "*web-based transparency*"⁵¹ o di "*computer-mediated transparency*"⁵², proprio per sottolineare che l'esigenza di trasparenza si realizza, in maniera indiretta (mediata, appunto), attraverso il ricorso ad una rete di collegamenti informatici. Al riguardo, viene, innanzitutto, in rilievo il crescente utilizzo che le Corti fanno dei loro canali Twitter; si pensi, ad esempio, alla Corte Suprema del Canada che - soprattutto a partire dalla nomina del nuovo Chief Justice Richard Wagner - ha iniziato ad utilizzare regolarmente il proprio account Twitter, per effettuare comunicazioni⁵³. In secondo luogo, è da richiamare l'accurato aggiornamento cui sono stati sottoposti alcuni siti web istituzionali delle Corti, con l'obiettivo di renderli più facilmente accessibili anche da parte di un pubblico non tecnico; la Corte Costituzionale italiana, ad esempio, ha predisposto una nuova versione del proprio sito web, proprio al fine - come si legge nel comunicato stampa dell'11 febbraio 2020 - di mettere il proprio patrimonio informativo a disposizione "di una vastissima platea di utenti, con la garanzia della massima accessibilità, senza confini o barriere"⁵⁴.

In una medesima prospettiva, si colloca tutta una serie di altre iniziative di comunicazione: innanzitutto, è da richiamare la scelta di pubblicare alcune decisioni non solo nella lingua madre, propria dell'ordinamento nel quale il giudice costituzionale esercita il sindacato. Così, ad esempio, la Corte Costituzionale italiana ha iniziato a pubblicare alcune delle pronunce più rilevanti in lingua inglese; mentre il Conseil Constitutionnel seleziona le sentenze che debbono essere pubblicate anche in lingua

⁵¹ M.J. MOON - E.W. WELCH - W. WONG, *What Drives Global E-Governance? An Exploratory Study at a Macro Level*, paper presentato in occasione del 38° Convegno "Hawaii International Conference on System Sciences", 2005, p. 2.

⁵² A. MEIJER, *Understanding Modern Transparency*, in 75 *International Review of Administrative Science*, No. 2, 2009, 255, p. 256.

⁵³ Il canale Twitter della Corte Suprema del Canada è consultabile al link https://twitter.com/scc_eng.

⁵⁴ Comunicato stampa del 11 febbraio 2020, *È on line il nuovo sito della corte costituzionale*, consultabile al link https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20200211073531.pdf.

inglese, spagnola e tedesca. Ugualmente rilevante è la possibilità, riconosciuta, ad esempio, sia dalla Corte Costituzionale italiana sia dal Conseil Constitutionnel, di consentire la visione degli streaming delle proprie sedute, in occasione delle udienze pubbliche. Al tempo stesso, l'obiettivo di migliorare la comunicazione istituzionale è perseguito mediante l'ampio utilizzo dei comunicati-stampa, il cui fine è proprio quello di informare l'opinione pubblica in merito alle iniziative ed alle attività delle Corti e di agevolare la comprensione e la diffusione delle decisioni nella società civile⁵⁵.

Le esperienze di giustizia costituzionale italiana e francese sono, al tempo stesso, da menzionare per altre due iniziative recenti, che si pongono sempre nell'ottica di una maggiore trasparenza e conoscibilità delle istituzioni medesime e delle relative decisioni. In primo luogo, la Corte Costituzionale italiana ha dato vita ad un progetto, che prende il nome di "Viaggio in Italia" e che ha portato la Corte medesima ad entrare in stretto contatto, dapprima con le scuole e, in un secondo momento, con le carceri italiane, attraverso la predisposizione di un ciclo di incontri rispettivamente con gli studenti e con i detenuti. Nel comunicato stampa del 26 settembre 2018, avente ad oggetto "Viaggio in Italia: la Corte costituzionale nelle carceri", ben si evidenziano le finalità di questa iniziativa: "risponde anzitutto all'esigenza di aprire sempre di più l'istituzione alla società e di incontrarla fisicamente per far conoscere la Costituzione e la Corte costituzionale (la cui esistenza è ignorata dall'85% degli italiani), contribuendo così a radicare, anche attraverso il confronto con gli interlocutori, una solida "cultura costituzionale"⁵⁶. In secondo luogo, il Conseil Constitutionnel ha di recente inaugurato la prassi di celebrare alcune udienze, relative a *questions prioritaires de constitutionnalité*, non presso il Palais-Royal di Parigi, ove ha sede il Conseil medesimo, ma individuando sedi e città diverse, sparse su tutto il territorio francese. La prima udienza "delocalizzata" si è tenuta il 12 febbraio 2019 presso la Corte d'Appello di Metz; la seconda, il 14 maggio 2019, presso la Corte Amministrativa d'Appello di Nantes; la terza, il 6 novembre 2019, presso la Corte d'Appello di Pau; la quarta, il 4 marzo 2020, presso la Corte Amministrativa d'Appello di Lione; una quinta udienza era poi in programma presso la Corte d'Appello di Bourges. La ratio, sottesa alla scelta delle "*audiences publiques en région*",

⁵⁵ A. SPERTI, *Alcune riflessioni sull'apertura della Corte alla società civile nella recente modifica delle norme integrative*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, *Consulta online*, 23 marzo 2020, pp. 3-4 e la bibliografia ivi citata. Per un'analisi critica della prassi della Corte Costituzionale italiana di emettere i comunicati stampa c.d. "anticipatori", si veda A. GRAGNANI, *Comunicati-stampa dal palazzo della Consulta anziché provvedimenti cautelare della Corte Costituzionale? Sugli «effetti preliminari» della dichiarazione d'incostituzionalità*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 2/2013.

⁵⁶ Il testo integrale del comunicato stampa della Corte Costituzionale italiana del 26 settembre 2018 è consultabile al seguente link: <https://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/vic/vic-comunicato.do>. A seguito degli incontri dei giudici costituzionali con alcuni istituti penitenziari italiani, Rai Cinema ha realizzato anche un documentario, dal titolo "Viaggio in Italia: la Corte costituzionale nelle carceri".

risponde alla volontà del Presidente del Conseil Constitutionnel, Laurent Fabius, “*de faire mieux connaître le Conseil et ces «questions citoyennes» que sont les questions prioritaires de constitutionnalité*”⁵⁷.

La trasparenza si correla, inoltre, all’opportunità di registrare le discussioni che si svolgono in camera di consiglio fra i giudici e di renderle pubbliche, una volta decorso un lasso di tempo ritenuto idoneo a tutelare le esigenze e gli interessi che la segretezza della camera di consiglio intende salvaguardare. Tale possibilità è, ad esempio, prevista nell’ordinamento francese, per quanto riguarda l’attività svolta dal Conseil Constitutionnel; a partire dal 2008, infatti, è espressamente consentita la facoltà di accedere ai materiali che provengono dall’archivio del Conseil, una volta trascorso un arco temporale pari a venticinque anni⁵⁸. In particolare, tra i documenti cui è possibile avere accesso, sono ricompresi anche i verbali delle sedute del Conseil Constitutionnel, consultabili liberamente sul sito ufficiale del Conseil stesso⁵⁹.

Trasparenza è, altresì, sinonimo di apertura del procedimento a soggetti diversi rispetto alle parti del giudizio *a quo*: in particolare, l’esigenza di trasparenza si risolve nell’ampliamento del contraddittorio, ammettendo l’intervento sia di soggetti terzi, sia di *amici curiae*. L’intervento, a sua volta, può consistere in un contributo di tipo documentale, mediante il deposito di memorie scritte, o, in casi più rari, nella possibilità di partecipare all’udienza pubblica. Questa accezione di trasparenza sembra essere particolarmente avvertita: in proposito, Tania Groppi ha osservato che, al giorno d’oggi, si nota “una crescente tendenza ad aprire il processo costituzionale “oltre le parti””⁶⁰; mentre Valeria Marcenò, nell’affrontare la delicata questione di un eventuale ampliamento dei poteri istruttori della Corte Costituzionale italiana, ha ribadito la necessità di realizzare un “contraddittorio aperto”⁶¹ nei giudizi sulle leggi. La tendenza ad ampliare la platea dei contraddittori è testimoniata da un duplice ordine di fattori: in primo luogo, in un numero sempre crescente di ordinamenti viene oggi riconosciuta la facoltà di intervenire nel giudizio sulle leggi a soggetti terzi, talvolta senza nemmeno richiedere un interesse differenziato, e ad *amici curiae*. Oltre ai giudizi pendenti dinanzi alla Corte Suprema degli Stati Uniti⁶² o a

⁵⁷ Il testo integrale del comunicato, relativo alle “*Audiences publiques en région*”, è consultabile al seguente link <https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/20802/pdf>.

⁵⁸ Legge organica n. 2008-695 del 17 luglio 2008.

⁵⁹ I verbali sono consultabili sul sito ufficiale del Conseil Constitutionnel al seguente link: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/comptes-rendus-des-seances>.

⁶⁰ T. GROPPI, *Verso un giudizio costituzionale aperto? Riflettendo su interventi di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2019, 371, p. 375.

⁶¹ V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2019, 393, p. 397.

⁶² L’intervento dinanzi alla Corte Suprema degli Stati Uniti è disciplinato dalla *Rule 24* delle *Federal Rules of Civil Procedure*; mentre la disciplina dell’*amicus curiae* nei giudizi di fronte alla Corte Suprema è regolamentato dalla *Rule 37* delle *Rules of the Supreme Court*.

quella canadese⁶³, si pensi ad ordinamenti, come Israele⁶⁴ e Sud Africa⁶⁵, che solamente di recente hanno introdotto il sindacato di costituzionalità delle leggi, o alla Francia, ove un regolamento interno del Conseil Constitutionnel del 2010, modificato l'anno successivo, ha disciplinato la questione del contraddittorio, prevedendo una notevole apertura ai soggetti terzi⁶⁶. In secondo luogo, si pensi a quegli ordinamenti, tradizionalmente restii ad allargare il contraddittorio del giudizio costituzionale, che sembrano mostrare aperture di segno contrario. È il caso, ad esempio, della Corte Costituzionale italiana, il cui atteggiamento in merito alla possibilità di consentire la partecipazione a soggetti diversi dalle parti del giudizio *a quo* è stato tendenzialmente restrittivo e prudente e, comunque, regolato da prassi poco coerenti e trasparenti⁶⁷.

Al riguardo, è opportuno dare atto di due novità, intervenute di recente, anche in virtù del continuo e proficuo confronto dei giudici costituzionali italiani con i colleghi di altre esperienze costituzionali: il provvedimento del 21 novembre 2018 dell'allora Presidente Giorgio Lattanzi, avente ad oggetto la “messa a disposizione degli atti processuali agli intervenienti nel giudizio di legittimità costituzionale, prima della dichiarazione di ammissibilità del loro intervento”, e la delibera dell'8 gennaio 2020, riguardante “Modificazioni alle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale”, pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 22 gennaio 2020 e preceduta da un comunicato stampa dell'11 gennaio 2020, dal titolo “La Corte si apre all'ascolto della società civile”⁶⁸. Il primo atto richiamato è espressione della volontà di riorganizzazione del processo costituzionale, secondo regole chiare e trasparenti; con esso si è posto fine ad una prassi della Corte Costituzionale, che consentiva la visione del fascicolo del giudizio di costituzionalità ai soggetti che avessero presentato un atto di intervento, ancora prima che questo fosse dichiarato ammissibile; ed è stato affermato il principio generale secondo cui “solo la valutazione positiva di inammissibilità effettuata dalla Corte legittima il soggetto interveniente ad agire nel giudizio di legittimità costituzionale e ad esaminare tutti gli atti del giudizio

⁶³ In Canada, l'intervento dei soggetti interessati nei giudizi dinanzi alla Corte Suprema è regolamentato dalla *Rule 55* delle *Rules of the Supreme Court of Canada*; mentre, la nomina dell'*amicus curiae* da parte della Corte Suprema è disciplinata dalle *Rule 92* del medesimo provvedimento.

⁶⁴ Con riferimento alla Corte Costituzionale del Sud Africa, si veda la *Rule 10* delle *Rules of the Court*.

⁶⁵ La Corte Suprema israeliana ha ammesso un *amicus curiae*, per la prima volta, in una decisione del 19 febbraio 1999, nel caso *Kuzli v. State of Israel*. In proposito, si veda: I. DORON - M. TOTRY-JUBRAN - G. ENOSH - T. REGEV, *An American Friend in an Israeli Court: An Empirical Perspective*, in 48 *Israel Law Review*, 2015, 145; I. DORON - M. TOTRY-JUBRAN, *Too little, too late? An American Amicus in an Israeli Court*, in 19 *Temple International and Comparative Law Journal*, 2005, 105.

⁶⁶ P. PASSAGLIA (a cura di), *L'intervento di terzi nei giudizi di legittimità costituzionale*, in Servizio studi della Corte Costituzionale, Area di diritto comparato, novembre 2018.

⁶⁷ In proposito, Vittoria Barsotti parla di un sistema “*extremely closed*”, al fine sottolineare l'atteggiamento di tendenziale chiusura mostrato dalla Corte Costituzionale italiana: V. BARSOTTI, *The Importance of Being Open. Lessons from Abroad for the Italian Constitutional Court*, in 8 *Italian Journal of Public Law*, Issue 1, 2016, 28, p. 33.

⁶⁸ La delibera è pubblicata in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 17, del 22 gennaio 2020.

stesso”⁶⁹. Con la delibera dell’8 gennaio 2020, adottata sotto la Presidenza della Professoressa Marta Cartabia, sono state introdotte tre novità principali nella disciplina del processo costituzionale, nella prospettiva di una maggiore partecipazione, apertura e trasparenza. In primo luogo, è stata sostituita integralmente la vecchia formulazione dell’art. 4 delle Norme integrative, oggi rubricato “Interventi in giudizio”; in particolare, recependo un consolidato orientamento della Corte, la disposizione prevede che possono intervenire nei giudizi in via incidentale “i titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio”. L’art. 4-bis disciplina, poi, l’accesso degli intervenienti agli atti processuali, in linea con quanto affermato nel provvedimento in data 21 novembre 2018. In secondo luogo, è da segnalare il nuovo art. 4-ter, avente ad oggetto “*Amici curiae*”, con il quale si prevede espressamente la facoltà di presentare alla Corte Costituzionale un’opinione scritta, la cui lunghezza non può superare i 25.000 caratteri, per le formazioni sociali senza scopo di lucro e per i soggetti istituzionali portatori di interessi collettivi o diffusi. Il comma 3, dello stesso art. 4-ter, stabilisce, inoltre, che, con decreto del Presidente, sentito il giudice relatore, sarà ammesso il deposito di quelle memorie “che offrono elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità”. L’ultimo comma, infine, precisa che i soggetti, le cui opinioni sono ammesse, non assumono la qualità di parte, non possono ottenere copia degli atti, né è loro consentito partecipare all’udienza; si tratta, dunque, di un contributo esclusivamente cartolare. Come si vede, in tema di partecipazione, è stata scelta la “soluzione del doppio binario”, che distingue, da un lato, l’intervento di terzi, la cui ratio risiede nella garanzia del giusto processo e nel fondamentale diritto di difesa di cui all’art. 24 della Costituzione; dall’altro lato, la presentazione di opinione scritte, la cui ragione si rinviene nell’apporto di conoscenze che esse possono fornire per la definizione del giudizio⁷⁰. In linea con l’obiettivo di ottenere un contributo conoscitivo di tipo tecnico, si pone anche la terza novità, di cui al nuovo art. 14-bis, relativo agli “Esperti”; la disposizione, infatti, consente alla Corte Costituzionale di convocare esperti di fama riconosciuta, qualora “ritenga necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline”⁷¹ e di disporne l’audizione in apposita adunanza in camera di consiglio. Le novità

⁶⁹ Il testo completo del provvedimento in data 21 novembre 2018, prot. n. 61/b, è consultabile al seguente link: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/varie/Documento_intervenienti_PresLattanzi.pdf.

⁷⁰ A. MARIA LECIS, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amicus curiae e esperti dalla porta principale*, in *Diritti comparati. Comparare i diritti fondamentali in Europa*, pubblicato il 23 gennaio 2020 e consultabile al seguente link: <https://www.diritto.comparati.it/la-svolta-del-processo-costituzionale-sotto-il-segno-della-trasparenza-e-del-dialogo-la-corte-finalmente-pronta-ad-accogliere-amicus-curiae-e-esperti-dalla-porta-principale/>.

⁷¹ Sul tema, si vedano anche i seguenti contributi: T. GROPPI, *Nuovo corso della Consulta sotto il segno della trasparenza*, consultabile al link <https://www.lavoce.info/archives/62995/nuovo-corso-della-consulta-sotto-il-segno-della-trasparenza/>; S. FINOCCHIARO, *Verso una giustizia costituzionale più “aperta”: la Consulta ammette le opinioni scritte degli “amici curiae” e l’audizione di esperti di chiara fama*, consultabile al link <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/verso-justizia-costituzionale-piu-aperta-consulta-ammette-amicus-curiae-esperti?out=print>; A. SPERTI, *Alcune riflessioni sull’apertura della Corte alla società civile nella recente modifica delle norme integrative*, *op. cit.*

appena illustrate hanno certamente il pregio di far confluire all'interno del giudizio costituzionale più voci e più punti di vista; e, dunque, soprattutto attraverso la previsione degli *amici curiae*, di contribuire a creare una corsia preferenziale di comunicazione tra la Corte e la società civile. Dall'altro lato, però, parte della dottrina, ha anche sottolineato i rischi di questa apertura: la Corte, infatti, dovrà mostrarsi autorevole ed in grado di resistere alle pressioni che inevitabilmente perverranno dalla società civile, e dovrà, al tempo stesso, essere abile nell'evitare un'eccessiva sovra-esposizione politica⁷². Senza, tuttavia, soffermarsi sulle ragioni contro ed a favore di un siffatto mutamento, è da richiamare ciò che Paolo Carrozza affermava in merito alla possibilità di ampliare il contraddittorio: ammettere la partecipazione di soggetti diversi dalle parti del giudizio *a quo* garantirebbe al “processo costituzionale quella legittimazione che solo un processo aperto e trasparente può assicurare”⁷³.

La trasparenza è, inoltre, strettamente connessa alla possibilità per i giudici di rilasciare opinioni separate, rispetto all'opinione di maggioranza. Come è noto, le opinioni separate possono avere carattere concorrente, qualora concordino con la decisione finale, ma non con il percorso logico-argomentativo seguito dalla maggioranza; o, in alternativa, possono avere carattere dissenziente, nell'ipotesi in cui vi sia discrasia, sia per quanto riguarda l'iter seguito, sia per quanto attiene alla soluzione della controversia. La facoltà di esprimere opinioni separate, adottata da un numero sempre più elevato di Corti⁷⁴, si pone agli antipodi rispetto ad un'applicazione rigida del principio di collegialità; infatti, lungi dal comportare la ricerca di una soluzione compromissoria, che riconduca ad unità le diverse posizioni emerse in sede di deliberazione, l'istituto in questione consente di dare voce anche a quei giudici, espressione di posizioni minoritarie, che siano in disaccordo con la maggioranza⁷⁵. Le

⁷² P. RIDOLA, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, in *Federalismi.it*, n.2/2020; C. TANI, *La svolta Cartabia. Il problematico ingresso della società civile nei giudizi dinnanzi alla Corte costituzionale*, consultabile al link <http://www.lacostituzione.info/index.php/2020/02/18/la-svolta-cartabia-il-problematico-ingresso-della-societa-civile-nei-giudizi-dinnanzi-alla-corte-costituzionale/>.

⁷³ P. CARROZZA, *Il processo costituzionale come processo*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Milano, Giuffrè Editore, 1991, p. 70.

⁷⁴ Si pensi, ad esempio, alla Corte Suprema degli Stati Uniti, ove - dopo l'introduzione dell' “*Opinion of the Court*” - la prima opinione concorrente venne pronunciata nel 1805 e la prima opinione dissenziente l'anno successivo; ed alla Corte Suprema del Canada, che, a seguito dell'adozione della *Charter of Rights and Freedoms* nel 1982, ha notevolmente intensificato l'utilizzo delle opinioni dissenzienti e concorrenti, soprattutto in controversie attinenti ai diritti fondamentali. Per quanto riguarda le Corti dell'Europa continentale, la Corte Costituzionale tedesca ha fatto ricorso alle opinioni separate nel 1971, il Tribunale Costituzionale spagnolo nel 1978, il Tribunale costituzionale portoghese nel 1982; e, nel corso degli anni novanta, anche le Corti dell'Europa orientale hanno accolto l'istituto in questione.

⁷⁵ In generale, per un approfondimento sul tema del “*judicial dissent*”, si vedano: D. TEGA, *La Corte Costituzionale allo specchio del dibattito sull'opinione dissenziente*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2020, 91; I. ZEKRI, *Respectfully Dissenting: How Dissenting Opinions Shape the Law and Impact Collegiality Among Judges*, in 94 *Florida Bar Journal*, No. 5, 2020, 8; E. FERIOLI, *La Dissenting Opinion nella giustizia costituzionale europea di matrice keelseniana*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3/2017, 687; A. DI MARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, Napoli, Jovene Editore, 2016; K. KELEMEN, *Judicial Dissent in European Constitutional Courts. A Comparative and Legal Perspective*, Abingdon, New York, Routledge, 2018; B. BRICKER, *Breaking the Principle of Secrecy: An Examination of Judicial Dissent in the European Constitutional Courts*, in 39 *Law & Policy*, No. 2, 2017, 170; K. KELEMEN, *Dissenting Opinions in Constitutional Courts*, in 14 *German Law Journal*, 2013, 1345.

opinioni separate, dunque, consentono l'emersione di idee, di punti di vista, di interpretazioni ed argomenti, diversi da quelli prevalenti in un dato momento storico; con la possibilità, peraltro assai frequente, che quanto sostenuto in un'opinione minoritaria sia accolto, in un'epoca successiva, dalla maggioranza dei giudici o sia fatto proprio dal legislatore⁷⁶. Senza voler addentrarsi nell'annoso dibattito in merito agli effetti positivi ed a quelli problematici connessi all'introduzione dell'istituto in questione, preme, tuttavia, sottolineare un aspetto, che può essere valutato favorevolmente: come evidenziato da Alessandra De Martino, le opinioni separate costituiscono un "fattore di trasparenza e democraticità dell'ordinamento"⁷⁷, in quanto contribuiscono ad arricchire, di argomenti e di contenuti, le decisioni costituzionali. L'esigenza di trasparenza, dunque, trova ulteriore soddisfazione anche attraverso la facoltà per i giudici di esprimere posizioni dissonanti con quelle della maggioranza; l'utilizzo di opinioni separate, infatti, contribuisce a rendere più trasparente, sia il dibattito che ha preceduto la decisione, sia il contenuto della pronuncia medesima, in quanto impreziosita di argomenti e di ragioni nuove rispetto a quelle espresse nell'opinione di maggioranza. Il tema, così delineato, però, è strettamente connesso ad un'ulteriore accezione che la nozione di trasparenza può assumere con riferimento all'attività delle Corti: l'idea di trasparenza del ragionamento giuridico, definita anche "*transparency in rationale*"⁷⁸.

3. La trasparenza del ragionamento giuridico

L'obiettivo della trasparenza si realizza anche attraverso il ragionamento giuridico; anzi, proprio il binomio trasparenza-raionamento giuridico sembra, negli ultimi anni, aver assunto particolare rilevanza. L'analisi della nozione di "trasparenza del ragionamento giuridico" può essere condotta su un duplice livello: dapprima, è opportuno riflettere sull'espressione "ragionamento giuridico"; in un secondo momento, necessita di essere approfondita la nozione di trasparenza, per indagare cosa essa comporta, quando riferita al ragionamento giuridico.

La locuzione "ragionamento giuridico" può assumere più di un significato; in particolare, secondo la distinzione tracciata da Riccardo Guastini e largamente condivisa in dottrina, essa può alludere, sia ad un processo mentale, sia ad un discorso⁷⁹. Se inteso come processo mentale, il termine ragionamento giuridico indica il percorso mentale mediante il quale il giudice giunge alla soluzione di una controversia; viceversa, se il ragionamento giuridico coincide con un discorso, esso si riferisce al

⁷⁶ V. BARSOTTI, *The Importance of Being Open. Lessons from Abroad for the Italian Constitutional Court*, op. cit., p. 32.

⁷⁷ A. DI MARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, op. cit., p. 459.

⁷⁸ J. DE FINE LICHT - D. NAURIN - P. ESAIASSON - M. GILLJAM, *When Does Transparency Generate Legitimacy? Experimenting on a Context-Bound Relationship*, op. cit., p. 113; J. DE FINE LICHT, *Policy Area as a Potential Moderator of Transparency Effects: An experiment*, op. cit., p. 368.

⁷⁹ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè Editore, 2011, pp. 229 ss. Si veda, altresì, A. JAKAB - A. DYEUVRE - G. ITZCOVICH, *Comparing Constitutional Reasoning with Quantitative and Qualitative Methods*, in A. JAKAB - A. DYEUVRE - G. ITZCOVICH (a cura di), *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 10-12.

discorso tramite il quale il giudice fornisce argomenti e giustificazioni, che possano spiegare i motivi di una determinata decisione. In questo scritto si accoglie la seconda accezione di ragionamento giuridico, vale a dire un discorso che mira a fornire ragioni ed argomenti in favore della decisione assunta dal giudice.

Una volta ricostruito il senso dell'espressione "ragionamento giuridico", l'attenzione si sposta sul significato da attribuire all'espressione "trasparenza", quando rapportata al ragionamento giuridico. Essa sembra alludere ad un duplice ordine di fattori, tra di loro strettamente connessi. Innanzitutto, la trasparenza del ragionamento giuridico impone ai giudici di motivare accuratamente le loro decisioni; i giudici, infatti, sono chiamati a compiere uno sforzo particolarmente gravoso per far sì che le sentenze contengano motivazioni chiare, comprensibili ed intelleggibili, oltretutto formalmente corrette. A tale aspetto, si correla anche l'esigenza di giustificare le decisioni, ovvero la necessità di fornire argomenti e ragioni che possano contribuire a suffragare la soluzione di una controversia⁸⁰. In sostanza, la trasparenza del ragionamento giuridico può essere così riassunta: onere di motivare in maniera meticolosa e di giustificare la scelta adottata.

Proprio tale esigenza sembra oggi essere avvertita in maniera pressante dai giudici costituzionali; ed è sentita, sia dalle Corti Costituzionali, presenti in ordinamenti ove vi è un controllo accentrato di costituzionalità delle leggi, sia dalle Corti Supreme, che, in un ordinamento ove vige un modello diffuso, cumulano sia la funzione di giudice ordinario, sia quella di giudice incaricato di svolgere il controllo di costituzionalità delle leggi. Sebbene l'ordinamento costituzionale francese non rappresenti un esempio classico di modello accentrato di giustizia costituzionale, tuttavia, l'esperienza del Conseil Constitutionnel, almeno a partire dalla legge di riforma costituzionale del 23 luglio 2008, è esemplificativa della prima tipologia di Corti sopra richiamate; la Corte Suprema del Canada, invece, è espressione della seconda categoria.

3.1. Il Conseil Constitutionnel e l'intenzione di abbandonare lo stile "classico" di redazione delle sentenze

Riprendendo un'impostazione tradizionale tipica della Corte di Cassazione, le sentenze del giudice costituzionale francese seguivano uno schema sillogistico ed erano organizzate in un unico periodo, articolato in una serie di subordinate (c.d. "*considérant*"), il cui esito logico ed inevitabile era la decisione finale, contenuta nel dispositivo. Il tratto distintivo era un'impronta formalistica, caratterizzata da un'accentuata brevità e laconicità, con l'inevitabile conseguenza che le pronunce del Conseil

⁸⁰ Sul punto, è stata impiegata l'espressione "*giving reasons requirement*", proprio al fine di sottolineare tale aspetto della nozione di trasparenza. Si veda: M. SHAPIRO, *The Giving Reasons Requirement*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1992, 179.

Constitutionnel risultavano tendenzialmente opache e difficilmente comprensibili. Difatti, come è stato efficacemente sottolineato in dottrina, “rather than a reasoned and candid essay, an opinion in the highest courts is a terse and opaque summary of the outcome and the reasons for it”⁸¹.

Le sintetiche affermazioni proposte in merito allo stile delle sentenze del giudice costituzionale francese necessitano, tuttavia, di essere riviste alla luce di alcuni sviluppi nel frattempo succedutisi.

Già a partire dagli anni ottanta del secolo scorso, infatti, si registra una maggiore capacità argomentativa del Conseil Constitutionnel: esemplificativa, in proposito, è la sentenza relativa alla legge sulle nazionalizzazioni, ove i *considérants*, che precedono il dispositivo, sono più numerosi e più corposi rispetto a decisioni precedenti⁸². Successivamente, con l’ampliamento del parametro di controllo di costituzionalità delle leggi, e quindi con l’inclusione nel c.d. blocco di costituzionalità dei diritti fondamentali sanciti dalla Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 e dal Preambolo della Costituzione del 1946, e con la riforma intervenuta con la già richiamata legge del 23 luglio 2008, lo sforzo argomentativo compiuto dal Conseil Constitutionnel sembra ulteriormente accresciuto. Ed, infatti, nel decidere controversie attinenti ai diritti fondamentali, e, soprattutto, nel dirimere i conflitti tra i diritti medesimi, il giudice costituzionale francese ha iniziato ad impiegare strumenti e standard argomentativi ampiamente diffusi nel panorama costituzionale: la tecnica del bilanciamento ed il test di proporzionalità⁸³.

Ancora più dirompendi, infine, sono alcune novità, intervenute negli ultimi anni. Il 10 maggio 2016, il Conseil Constitutionnel ha adottato due decisioni, accompagnate da un comunicato, in pari data, del Presidente, Laurent Fabius, dal seguente tenore testuale: “À l’occasion des deux déux décisions QPC rendues publiques le 10 mai 2016 (décisions n°2016-539 QPC et 2016-540 QPC), le Conseil constitutionnel a décidé de moderniser le mode de rédaction de ses décisions. Ce nouveau mode de rédaction a pour objectifs de simplifier la lecture des décisions du Conseil constitutionnel et d’en approfondir la motivation”⁸⁴. L’anno successivo, poi, sempre il Presidente del Conseil Constitutionnel, nel *Rapport d’activité* del 2017, si è espresso nei seguenti termini: “Dans cet esprit, nous avons décidé d’améliorer la rédaction de nos décisions, en simplifiant leur style et en approfondissant

⁸¹ M. WELLS, *French and American Judicial Opinions*, in 19 *Yale Journal of International Law*, 1994, 81, p. 92.

⁸² S. BENVENUTI, *La via francese alla giustizia costituzionale. Ideologia, politica e “dialogo” tra Corti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, pp. 133-134; C. const., déc. n° 82-139 DC du 11 février 1982, in JO du 12 février 1982, 560, Rec. p. 31.

⁸³ V. GOESEL-LE BIHAN, *Le contrôle de Proportionnalité Exercé par le Conseil Constitutionnel*, in 22 *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2007, 208; A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 186-188. Ad esempio, si veda la decisione 2012-647 DC, 28 febbraio 2012, (*considérant* n. 5), consultabile al link <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012647DC.htm>.

⁸⁴ Il comunicato è consultabile sul sito del Conseil Constitutionnel al link <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiqu%C3%A9/communiqu%C3%A9-du-pr%C3%A9sident-du-10-mai-2016>. In proposito, si veda P. PASSAGLIA, *La comunicazione istituzionale degli organi di giustizia costituzionale, tra ricerca di legittimazione e rivisitazione della tradizione. Appunti per una ricerca*, in C.A. D’ALESSANDRO - C. MARCHESE (a cura di), *Ius dicere in a globalized world. A comparative overview*, Roma, Roma Tre-Press, 2018, 183, pp. 193-195.

*leur motivation, quitte à rompre avec quelques habitudes réputées intangibles*⁸⁵. Dalle parole del Presidente Fabius emerge l'intenzione di concentrarsi maggiormente sulla costruzione e sulla redazione della motivazione e, più in generale, sull'argomentazione delle proprie decisioni⁸⁶.

La classica struttura a frase unica e la criptica concisione che avevano caratterizzato lo stile delle sentenze non sembrano, dunque, più una caratteristica peculiare o, almeno, non lo sono nelle intenzioni del Presidente Fabius. Uno stile così connotato, infatti, poteva accordarsi con il ruolo che, in origine, era stato affidato al Conseil Constitutionnel, ovvero di arbitro delle controversie tra i pubblici poteri⁸⁷; mostrava, invece, la propria inadeguatezza a risolvere questioni attinenti alla garanzia dei diritti fondamentali. La scelta del Conseil Constitutionnel di adottare uno stile più discorsivo e più sofisticato rispetto alla prassi precedente, cui ha fatto seguito, a distanza di pochi anni, un'analogha presa di posizione da parte della Corte di Cassazione⁸⁸, attraverso l'adozione di un apposito documento in data 5 giugno 2019, è indice del fatto che le due Corti d'oltralpe hanno avvertito la necessità di migliorare la trasparenza del ragionamento giuridico, mediante una più accurata motivazione e giustificazione delle decisioni assunte⁸⁹.

⁸⁵ Laurent Fabius, *Rapport d'activité*, 2017, consultabile al link https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2018-09/rapport_cc_2017.pdf, p. 6. Si veda, altresì, un'intervista rilasciata dal Presidente del Conseil Constitutionnel e pubblicata sul giornale *Les Echos* il giorno 27 maggio 2016, nel corso della quale il Presidente affermò quanto segue: “*Depuis quelques semaines, le Conseil est par exemple passé au style direct dans ses décisions: finis les « considérant que ... » et autres formules codées, qui alourdisaient inutilement nos décisions, d'ailleurs parfois insuffisamment motivées*”.

⁸⁶ N. BELLOUBET, *La motivation des décisions du Conseil Constitutionnel*, in 2 *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017, 5.

⁸⁷ N. ZANON, *La motivazione delle decisioni del Conseil Constitutionnel*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale. Atti del seminario di Messina 7-8 maggio 1993*, Torino, Giappichelli Editore, 1994, pp. 107-124.

⁸⁸ La Corte di Cassazione francese, infatti, ha manifestato la propria intenzione di modificare la struttura e la tecnica di redazione delle proprie decisioni entro la fine dello scorso anno. In particolare, in data 5 giugno 2019, ha adottato un documento, contenente le linee guida per la redazione delle sentenze, ove, fra le altre cose, ha dato atto di tale mutamento: “*Quelle que soit la nature de la décision (arrêt, ordonnance), elle doit être rédigée en style direct (abandon de la phrase unique et des paragraphes introduits par « attendu »)*”. In proposito, si veda il documento *Guide des nouvelles règles relatives à la rédaction des arrêts*, del 5 giugno 2019, consultabile al link <https://www.courdecassation.fr/IMG//GUIDE%20Nouvelles%20Règles%20Structure%20Redaction%20Arrêts%20V%20Anno%202019%20Juin%202019.pdf>, p. 8. La Corte di Cassazione, dunque, ha espresso chiaramente l'intento di abbandonare, al pari del Conseil Constitutionnel, la tradizionale struttura a frase unica della sentenza, abitualmente introdotta dalla formula “*attendus que*”, per accogliere uno stile più diretto. Il risultato auspicabile di tale scelta potrà essere una sentenza accuratamente motivata, con uno stile più disteso e più discorsivo rispetto alla prassi precedente, e di più facile comprensione per il lettore. Per un approfondimento, si veda E. CALZOLAIO, *La Corte di cassazione francese abbandona gli attendus que: verso un nuovo «stile delle sentenze»?*, in *Il Foro Italiano*, 2019, 315.

⁸⁹ A. DYEYRE, *The French Constitutional Council*, in A. JAKAB - A. DYEYRE - G. ITZCOVICH (a cura di), *Comparative Constitutional Reasoning*, *op. cit.*, p. 341, pp. 345-346, pp. 348-349.

3.2. La Corte Suprema del Canada e l'enfasi posta sulla necessità di rendere (ancor più) trasparente il ragionamento giuridico

L'esperienza costituzionale canadese è, invece, espressiva della seconda tipologia di Corti, in precedenza richiamate. È opportuno, tuttavia, fare alcune premesse.

L'introduzione, nel 1982, della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, che costituisce la prima parte del *Constitution Act*, ha rappresentato uno "spartiacque nella concezione dei diritti e nel riconoscimento delle differenze culturali"⁹⁰. Fino a quel momento, nonostante alcuni tentativi, come, ad esempio, l'elaborazione della teoria dell'*Implied Bill of Rights*⁹¹ o l'emanazione di una legge ordinaria, il *Canadian Bill of Rights*⁹², il Canada era sprovvisto di una carta dei diritti fondamentali di livello costituzionale. Di conseguenza, il sindacato di costituzionalità delle leggi, previsto dal *British North America Act* del 1867, presentava un elemento di debolezza, costituito dalla limitatezza del parametro costituzionale; le Corti canadesi ed, in particolare, la Corte Suprema, infatti, erano essenzialmente chiamate a dirimere questioni attinenti al riparto di competenze tra le Province ed il Governo Federale⁹³.

Come anticipato, l'importanza della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* consiste nell'aver attribuito rilevanza costituzionale ad un catalogo di diritti e di valori fondamentali che, in precedenza, erano riconosciuti in via giurisprudenziale o racchiusi in legge ordinaria. La Charter ha, altresì, avuto un impatto rilevante con riferimento al sistema di giustizia costituzionale canadese, comportando una significativa dilatazione delle norme parametro nei giudizi di costituzionalità: i diritti e le libertà previste dalla *Canadian Charter of Rights and Freedoms* divennero il principale parametro, mediante il quale valutare la legittimità costituzionale di qualsiasi previsione legislativa (oltreché degli atti amministrativi), sia essa federale o provinciale⁹⁴. Ciò, con l'ulteriore ed inevitabile conseguenza che, a partire dal 1982, i casi in cui la Corte Suprema è stata chiamata a risolvere le controversie in merito al riparto di

⁹⁰ G. ROLLA, *I caratteri di una società libera e democratica secondo la giurisprudenza della Corte suprema del Canada*, in G. ROLLA (a cura di), *Eguali, ma diversi*, Milano, Giuffrè Editore, 2006, p. 11. Si veda, altresì: G. ROLLA, *L'ordinamento costituzionale del Canada: un laboratorio in continua evoluzione*, in E. CECCHERINI (a cura di), *A trent'anni dalla Patriation canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, Genova, Genova University Press, 2013, p. 11; G. TELESE, *Le limitazioni al godimento dei diritti fondamentali secondo i principi generali elaborati dalla Corte Suprema del Canada*, in G. ROLLA (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milano, Giuffrè Editore, 2000, pp. 85-86; T. GROPPI, *La Corte Suprema del Canada come "giudice dei diritti"*, in G. ROLLA, *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, *op. ult. cit.*, p. 66.

⁹¹ P. W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5th ed., Toronto, Carswell, 2007, volume II, pp. 10-13; P. PASSAGLIA, *Modello inglese vs. modello statunitense nell'edificazione del sistema canadese di giustizia costituzionale*, in E. CECCHERINI (a cura di), *A trent'anni dalla Patriation canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, *op. cit.*, pp. 51-52.

⁹² W.S. TARNOPOLSKY, *The Historical and Constitutional Context of the Proposed Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in 44 *Law and Contemporary Problems*, No. 3, 1981, 169, pp. 173-175; P. W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, *op. cit.*, pp. 15-26.

⁹³ C. DRIGO, *La giustizia costituzionale in Canada*, in L. MEZZETTI, *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 2009, pp. 668-669; R.J. SHARPE, *La Carta canadese dei diritti e delle libertà*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/1992, 363, pp. 364-365.

⁹⁴ A. PITINO, *Il federalismo canadese e i "limiti ragionevoli" in una free and democratic society*, in E. CECCHERINI (a cura di), *A trent'anni dalla Patriation canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, *op. cit.*, p. 143.

competenze tra la Federazione e le singole Province sono divenuti più rari; mentre sono sempre più frequenti le pronunce che coinvolgono i diritti e le libertà fondamentali (i c.d. “*charter cases*”)⁹⁵. Questo mutamento non è sfuggito alla dottrina, che, in proposito, ha utilizzato le espressioni “*Charter revolution*”⁹⁶ o “*Rights revolution*”⁹⁷.

L’introduzione della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* segna un momento di rottura anche per quanto attiene al ragionamento giuridico: a partire dal 1982, invero, la capacità argomentativa della Corte Suprema si è notevolmente evoluta; e tale novità è testimoniata da alcuni fattori, strettamente connessi tra di loro. Innanzitutto, è sensibilmente aumentata la lunghezza delle decisioni⁹⁸.

In secondo luogo, la Corte Suprema ha sperimentato ed adottato un ampio ventaglio di canoni ermeneutici nell’interpretare le disposizioni, in materia di diritti fondamentali, contenute nel documento costituzionale. Di tali tecniche la Corte ha dato espressamente conto nel testo delle proprie decisioni: interpretazione estensiva e teleologica; interpretazione evolutiva, progressiva e dinamica; utilizzo della comparazione come strumento di interpretazione; costante riferimento ai lavori della dottrina⁹⁹.

Attraverso un’interpretazione estensiva, la Corte Suprema ha adottato un approccio ampio alle disposizioni della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, tenendo, però, in debita considerazione il contesto e la finalità che la disposizione intendeva perseguire, al fine di non dilatarne eccessivamente il significato e la portata¹⁰⁰.

L’interpretazione evolutiva, che rappresenta il presupposto del precedente approccio ermeneutico, ha consentito alla Corte Suprema di fornire una lettura flessibile e dinamica alle disposizioni della *Charter*, così da potersi adattare ai mutamenti di natura storica, politica e sociale verificatisi in un momento successivo all’entrata in vigore della *Charter* medesima. La principale giustificazione per questo atteggiamento, oltre al fatto che il procedimento per emendare il *Constitution Act* del 1982 (e, dunque, anche la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*) è particolarmente complesso ed alla formulazione testuale, ampia ed indeterminata, dei diritti ivi sanciti, è rappresentata dalla concezione non statica del testo costituzionale. L’idea - oggi ampiamente diffusa e condivisa sia in dottrina sia in giurisprudenza -

⁹⁵ Per un’analisi statistica, in merito all’impatto della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* sulla tipologia di pronunce adottate dalla Corte Suprema, si rinvia a F.L. MORTON - P.H. RUSSEL - M.J. WITHEY, *The Supreme Court’s First One Hundred Charter of Rights Decisions: A Statistical Analysis*, in 30 *Osgoode Hall Law Journal*, No. 1, 1992, 1, pp. 4-8.

⁹⁶ F.L. MORTON - R. KNOPFF, *The Charter Revolution and the Court Party*, Toronto, Toronto University Press, 2000.

⁹⁷ H. CYR - M. POPESCU, *The Supreme Court of Canada*, in A. JAKAB - A. DYEVE - G. ITZCOVICH (a cura di), *Comparative Constitutional Reasoning*, *op. cit.*, p. 161.

⁹⁸ H. CYR - M. POPESCU, *The Supreme Court of Canada*, *op. ult. cit.*, p. 189.

⁹⁹ Per un approfondimento sul tema, si veda: P.W. HOGG, *Canada: From Privy Council to Supreme Court*, in J. GOLDSWORTHY, *Interpreting Constitutions. A Comparative Study*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 55-105; P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, *op. cit.*, pp. 51-71.

¹⁰⁰ A. LOKAN, *The Rise and Fall of Doctrine under Section 1 of the Charter*, in 24 *Ottawa Law Review*, No. 1, 1992, 163, p. 169; P.W. HOGG, *Interpreting the Charter of Rights: Generosity and Justification*, in 28 *Osgoode Hall Law Journal*, No. 4, 1990, 817, pp. 818-821.

di una Costituzione dinamica, in grado di adattarsi ed aggiornarsi con il trascorrere del tempo, venne formulata, per la prima volta, da Lord Sankey, nel caso *Edwards v. A.-G. Can.*, deciso dal Judicial Committee of the Privy Council, attraverso l'impiego di un'espressione particolarmente incisiva: “*a living tree capable of growth and expansion within its natural limits*”¹⁰¹. Proprio perché un documento costituzionale è destinato a durare a lungo nel tempo, è inevitabile sottoporlo a modifiche ed aggiustamenti, piuttosto che cristallizzare il significato delle sue disposizioni, ancorandolo ad un preciso momento storico.

Notevole è stato anche l'utilizzo della comparazione giuridica per l'interpretazione delle disposizioni della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: infatti, la tendenza a volgere lo sguardo oltre i confini nazionali e a prendere in considerazione la giurisprudenza di altre esperienze costituzionali e sovranazionali è un tratto peculiare dell'attività della Corte Suprema¹⁰². In una prima fase, l'esigenza di fare riferimento ad esperienze straniere fu dettata dalla necessità di interpretare un documento costituzionale nuovo nella storia dell'ordinamento canadese; ciò, a maggior ragione, se si tiene presente che le pronunce, in materia di diritti fondamentali, adottate nel periodo antecedente al 1982, erano assai rare. In proposito, è interessante rilevare che una maggiore propensione a prendere in considerazione ordinamenti stranieri è un tratto distintivo di molti paesi che, solamente in tempi recenti, hanno adottato una costituzione e, con essa, hanno iniziato a garantire un'efficace protezione dei diritti fondamentali¹⁰³. Successivamente, anche quando è venuta meno questa esigenza, la Corte Suprema non ha comunque abbandonato la propria inclinazione a relazionarsi con altre Corti di vertice, siano esse costituzionali o sovranazionali, sviluppando, al contempo, un proficuo rapporto di tipo dialogico¹⁰⁴.

¹⁰¹ *Edwards v. A.-G. Can.*, A.C. 124, (1930), p. 136. Successivamente la Corte Suprema ha ripreso e sviluppato il concetto di “*Living Constitution*” nelle seguenti decisioni: *Hunter v. Southam Inc.*, 2 S.C.R. 145 (1984), 155; *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, 2 S.C.R. 1016, (1979), 1029; *Reference Residential Tenancies Act, 1979*, 1 S.C.R. 714, (1981), 723; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, 1 S.C.R. 357, (1984), 365-366; *Attorney General of Manitoba v. Metropolitan Stores Ltd.*, 1 S.C.R. 110, (1987), 123-124; *Reference re Same-Sex Marriage*, 3 S.C.R. 698, (2004), 710-712; *Attorney General of Canada v. Hislop*, 1 S.C.R. 429, (2007), 468. Per un approfondimento: A. KAVANAGH, *The Idea of a Living Constitution*, in 16 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 2003, 55, pp. 56-57.

¹⁰² Non a caso, la dottrina ha sottolineato che la Corte Suprema costituisce “*a particularly striking example of openness*” (S.K. HARDING, *Comparative Reasoning and Judicial Review*, in 28 *Yale Journal of International Law*, 2003, 409, p. 416).

¹⁰³ Si pensi al Sud Africa, che solo nel 1996 si è dotato di una Costituzione definitiva. All'interno del documento costituzionale sudafricano si rinviene una disposizione che, in merito all'interpretazione dei diritti fondamentali, espressamente stabilisce la possibilità di fare ricorso alla comparazione giuridica. Ed infatti, il primo paragrafo dell'art. 39, inserito nel titolo secondo della Costituzione, che costituisce il Bill of Rights, così dispone: “*When interpreting the Bill of Rights, a court, a tribunal or forum:*

a) *must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom;*
b) *must consider international law;*
c) *may consider foreign law*”.

¹⁰⁴ G.V. LA FOREST, *The Use of American Precedents in Canadian Courts*, in 46 *Maine Law Review*, 1994, 211, p. 212; C. L'HEUREUX-DUBÉ, *The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court*, in 34 *Tulsa Law Journal*, 1998, 15, p. 17.

Analogamente ricorrente nella motivazione delle sentenze è la citazione delle opere della dottrina; in proposito, una ricerca, condotta sul sito della Corte Suprema, in data 18 ottobre 2020, ha rivelato che il manuale di Peter Hogg, dal titolo *Constitutional Law of Canada*, è stato citato, a partire dal 1980, in 194 pronunce¹⁰⁵.

L'impiego delle tecniche interpretative sopra richiamate si accompagna alla predisposizione, da parte della Corte Suprema, di schemi argomentativi, a disposizione della Corte stessa e dei giudici in generale, per gestire la conflittualità tra diritti fondamentali e garantire loro un adeguato livello di tutela. Il riferimento è, innanzitutto, al test di proporzionalità delineato dal Chief Justice Dickson nel caso *R. v. Oakes*¹⁰⁶ del 1986 e predisposto per dare concretezza alla formula contenuta nella Sezione 1 della *Charter*, secondo cui i diritti fondamentali possono essere sottoposti soltanto a “*reasonable limits ... as can be demonstrably justified in a free and democratic society*”. In particolare, il modello argomentativo proposto scompone in quattro fasi le valutazioni che devono essere, di volta in volta, effettuate per poter giustificare una misura restrittiva di un diritto fondamentale, ai sensi della Sezione 1 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: in primo luogo, la disposizione legislativa deve perseguire un obiettivo particolarmente importante, tale da giustificare la limitazione di un diritto fondamentale; in secondo luogo, deve sussistere una connessione razionale (*rational connection*), non arbitraria, né incoerente, tra i mezzi predisposti dal legislatore e l'obiettivo che si intende perseguire; il terzo passaggio prende il nome di *minimal impairment* e richiede al giudice di verificare che non siano rintracciabili soluzioni, ugualmente effettive, e palesemente meno invasive dei diritti fondamentali coinvolti; l'ultima fase del test di proporzionalità, denominata *proportionality in the strict sense*, intende valutare, in concreto, gli effetti della disposizione impugnata, soppesando e bilanciando i benefici ed i sacrifici che essa comporta. Come è evidente, l'impiego dello standard argomentativo della proporzionalità ha consentito al giudice canadese di scandire e di tenere distinte le singole valutazioni che è chiamato ad effettuare e, soprattutto, di cui deve dare conto, per verificare se la limitazione di uno o più diritti fondamentali possa ritenersi giustificata e, in quanto tale, ammissibile¹⁰⁷.

¹⁰⁵ La ricerca è consultabile al seguente link: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/en/d/s/index.do?cont=%22constitutional+law+of+canada%22+&ref=&d1=&d2=&p=&or>. Si segnala, inoltre, che il manuale in questione è stato citato in 190 occasioni, a partire dal 1982; dunque, nel biennio 1980-1981, solamente in quattro pronunce è stata espressamente richiamata la suddetta opera.

¹⁰⁶ *R. v. Oakes*, 1 S.C.R. 103, (1986).

¹⁰⁷ Per un approfondimento in merito all'utilizzo del test di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale canadese, si veda: D. GRIMM, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, in 57 *University of Toronto Law Journal*, 2007, 383; S. CHOUDHRY, *So What is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1*, in 34 *Supreme Court Law Review*, 2006, 501; C. MATHEN, *Rational Connections: Oakes, Section 1 and the Charter's Legal Rights*, in 43 *Ottawa Law Review*, 2012, 491; P.W. HOGG, *Section 1 Revisited*, in 1 *National Journal of Constitutional Law*, 1993, 1; D. BEATTY, *The Canadian Charter of Rights: Lessons and Laments*, in 60 *The Modern Law Review*, No. 4, 1997, 481; P. G. MURRAY, *Section One of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Examination at Two Levels of Interpretation*, in 21 *Ottawa Law Review*, No. 3, 1989, 631; B.L. BERGER, *Section 1, Constitutional Reasoning*



L'utilizzo costante che la Corte Suprema ha fatto dello standard argomentativo della proporzionalità, unitamente al riferimento ai propri precedenti e all'impiego delle tecniche interpretative sopra richiamate, ha certamente contribuito a realizzare l'obiettivo della trasparenza del ragionamento giuridico del giudice canadese. Ciò nonostante, è da richiamare, in questa sede, l'esperienza costituzionale canadese. Meritevole di attenzione, infatti, è il discorso tenuto dal nuovo Chief Justice della Corte Suprema, Richard Wagner, in occasione della cerimonia ufficiale per l'insediamento del nuovo Chief Justice, svoltasi il 5 febbraio 2018: *“Judges and courts must adjust and must explain who they are, what they do and how they do it. Some may consider this emphasis on reaching out to the public a little radical. I don't think it is. All we are doing is recognizing that we owe to Canadians to be transparent and keep them informed”*¹⁰⁸. Le parole pronunciate dal Chief Justice evidenziano - e, forse, ribadiscono - la necessità che le decisioni della Corte Suprema siano accuratamente argomentate e dettagliatamente motivate. L'enfasi posta sull'esigenza di rendere intelligibili e giustificabili le scelte adottate si comprende alla luce di un ulteriore fattore, che emerge dalle parole del Chief Justice: l'ampliamento della platea dei destinatari delle pronunce della Corte Suprema. Difatti, le decisioni non sono più esclusivamente rivolte ai giudici di grado inferiore, agli avvocati ed ai loro clienti, ma esse sono indirizzate anche al legislatore, alla comunità degli interpreti e, più in generale, alla collettività latamente intesa¹⁰⁹. Una decisione, insomma, coinvolge tutti i soggetti e non solo gli individui che subiscono gli effetti della sentenza; così, dunque, si spiega l'esigenza - espressa dalle parole del Chief Justice - di rendere, in futuro, il ragionamento giuridico il più trasparente possibile, adempiendo, in maniera ancora più scrupolosa, l'onere argomentativo e motivazionale.

4. La motivazione della sentenza costituzionale come “strumento” per soddisfare l'esigenza di trasparenza del ragionamento giuridico

L'obiettivo di raggiungere un ragionamento giuridico trasparente è strettamente connesso al tema della motivazione e delle tecniche impiegate per redigerla: la motivazione, infatti, altro non è se non lo strumento che consente di perseguire tale finalità. In altre parole, per far sì che il discorso svolto dal

and Cultural Difference: Assessing the Impacts of Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony, in 51 *Supreme Court Law Review*, 2010, 25.

¹⁰⁸ Richard Wagner, *Official Welcome Ceremony for the New Chief Justice*, consultabile al link <https://www.scc-csc.ca/judges-juges/spe-dis/rw-2018-02-05-eng.aspx>. Sempre in tale occasione, il Chief Justice ha pronunciato le seguenti parole: *“To help Canadians resolve their disagreements is why this building exists. They bring their disputes to this Court because they have faith in our justice system, and confidence they will get a fair hearing. That's not to say everyone agrees with every outcome, or that everyone is happy in the end. Many of the disputes that end up in court are deeply personal. ... The outcomes of these disputes are life-altering! Thus, the importance of maintaining public confidence in the Justice system, because public confidence is the lynchpin of our democracy. These issues are much too important for us not to ensure that the judiciary remains strong and independent. But litigant must still have access to the courts”*.

¹⁰⁹ H. CYR - M. POPESCU, *The Supreme Court of Canada*, *op. cit.*, pp. 187-189.

giudice risponda all'esigenza di trasparenza, è necessario che la decisione sia adeguatamente e meticolosamente motivata. Da qui l'importanza di avere sentenze con motivazioni ben argomentate, chiare, esplicite ed esaustive, oltretutto, ovviamente, formalmente corrette, non contraddittorie e logicamente coerenti.

È allora opportuno analizzare la motivazione ed, in particolare, il contenuto, la struttura, la funzione e gli effetti che da essa possono scaturire.

4.1. Il contenuto

Per quanto concerne il contenuto della motivazione, non vi è uniformità di vedute; semplificando, si registrano almeno due distinte posizioni, espresse dalla dottrina processual-penalistica e processual-civilistica italiana e non solo, ma che possono essere impiegate anche per l'analisi del contenuto delle motivazioni del giudice costituzionale, e riconducibili alle c.d. teorie "corrispondentista" e "dualista".

Secondo la prima teoria, la motivazione dovrebbe contenere le c.d. "ragioni vere", che hanno condotto il giudice a propendere per una determinata decisione. Detto altrimenti: la motivazione dovrebbe ricostruire fedelmente l'iter logico e psicologico seguito dal giudice per giungere alla soluzione di una controversia. Si parla, appunto, di "teoria corrispondentista", proprio perché presuppone una precisa corrispondenza tra il percorso mentale seguito dal giudice per formare il proprio convincimento ed il percorso logico-argomentativo esplicitato nella motivazione¹¹⁰.

Diversamente, secondo la "teoria dualista" (nella sua versione pura), non sarebbe possibile ricomprendere nel testo della motivazione le ragioni vere, sottese alla decisione; l'iter che il giudice compie per pervenire alla soluzione non corrisponderebbe al percorso argomentativo che egli propone nella motivazione¹¹¹. Sul primo itinerario, infatti, andrebbe ad incidere la dimensione umana del giudice, con le sue componenti psicologiche e sociologiche, che non può essere tradotta nel testo della motivazione. In tale prospettiva, dunque, è impossibile "concepire la motivazione come una specie di reportage dei meccanismi psichici del giudice in rapporto alla decisione, sia perché essi non sono comunque esauribili nei limiti della motivazione; sia per l'incidenza di atteggiamenti e condizionamenti inconsci"¹¹². Una volta preso atto che non è possibile considerare la motivazione come un resoconto dell'iter psicologico del giudice, si avrebbe una scissione (da qui il nome "teoria dualista") tra l'iter decisorio, da un lato, e la motivazione contenuta in una sentenza, dall'altro lato. Il primo

¹¹⁰ Tale posizione è sostenuta in dottrina da F.M. IACOVELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, Giuffrè Editore, 1997, pp. 57-64.

¹¹¹ M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, Cedam, 1975, pp. 118-126. Si veda, inoltre, M. TARUFFO, *La valutazione delle prove*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, Giuffrè Editore, 2011, pp. 260-269.

¹¹² M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, *op. cit.*, p. 121.

rappresenterebbe l'itinerario reale compiuto dal giudice per formare il proprio convincimento; la seconda, invece, costituirebbe una sorta di itinerario immaginario, il cui unico obiettivo sarebbe quello di fornire argomenti persuasivi e convincenti, idonei a descrivere la decisione cui il giudice è pervenuto. Se, in ipotesi, si segue la “teoria corrispondentista”, si può ritenere in sintonia con l'esigenza di trasparenza, solamente quella motivazione che ricostruisce, in maniera dettagliata ed esaustiva, il percorso logico-psicologico, seguito dal giudice nel formare il proprio convincimento. Se, viceversa, si accoglie la “teoria dualista”, in senso stretto, può essere considerata in linea con le finalità della trasparenza la motivazione che contiene argomenti e ragioni persuasivi e convincenti.

Ebbene, nessuna delle due teorie è pienamente condivisibile. La soluzione desiderabile, infatti, sembra porsi a metà strada tra le due alternative prospettate. Si rifletta, innanzitutto, sulla nozione di “ragionamento giuridico” accolta dal presente lavoro: si è escluso che tale espressione si riferisca al processo mentale tramite cui il giudice perviene alla soluzione; si è, invece, delineato il “ragionamento giuridico” come il discorso mediante il quale si forniscono argomenti e ragioni a supporto della decisione¹¹³. Pertanto, per perseguire la finalità di un ragionamento giuridico improntato all'idea di trasparenza, non è esigibile - e nemmeno desiderabile - che la motivazione ripercorra esattamente il percorso mentale seguito dal giudice per formare il proprio convincimento¹¹⁴; non si tratta, dunque, di spiegare le “ragioni reali” sottese ad una decisione. Al tempo stesso, non si tratta nemmeno di un dualismo, tra l'iter decisorio ed il contenuto della motivazione espressa, così accentuato come vorrebbe sostenere la teoria dualista; infatti, se non è possibile “entrare nella testa di un giudice”, tuttavia la motivazione non deve limitarsi a contenere argomenti persuasivi e convincenti. Essa non si pone come unico obiettivo quello di convincere il lettore; al contrario, essa deve fornire ragioni serie e plausibili, che possano giustificare razionalmente la decisione di una controversia. Nel fare ciò, la motivazione potrà in parte ripercorrere alcuni passaggi del percorso logico-psicologico compiuto dal giudice, senza però avere la pretesa di ricostruirlo con esattezza.

In sostanza, “la motivazione non è correttamente definibile né come una vera e propria dimostrazione, né come una mera argomentazione retorica”¹¹⁵; è più corretto parlare di “teoria giustificatrice”, dal momento che obiettivo principale della motivazione è quello di giustificare - adducendo ragioni

¹¹³ *Supra*, par. 3.

¹¹⁴ Oltre ad essere impossibile, sarebbe anche poco interessante avere motivazioni che danno atto delle dinamiche interne, di carattere emotivo e psicologico, che hanno influenzato il convincimento del giudice. Tale aspetto è stato sottolineato da M. TARUFFO, *La valutazione delle prove*, *op. cit.*, il quale ha evidenziato quanto segue: “A parte il fatto che ciò sarebbe per ovvie ragioni impossibile, non interessa ad alcuno la dinamica delle sinapsi che hanno interessato i neuroni del giudice, e neppure rilevano i suoi umori, i suoi sentimenti, e quant'altro può essere accaduto *in interiore homine*”, p. 261.

¹¹⁵ M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, *op. cit.*, p. 297.

fondate, serie e ragionevoli - la scelta effettuata dal giudice¹¹⁶; una motivazione che presenti questo contenuto, soddisferà anche l'esigenza di trasparenza del ragionamento giuridico.

4.2. La struttura

Con riferimento alla struttura ed alla tecnica di redazione, si è già segnalata l'importanza di una motivazione chiara e formalmente corretta. Si deve solamente aggiungere, nell'ottica di perseguire la finalità di trasparenza del ragionamento giuridico, l'opportunità che la motivazione esponga i vari argomenti in maniera analitica. La motivazione deve essere articolata e strutturata, in modo tale che i singoli passaggi che compongono il percorso argomentativo siano ben scanditi l'uno rispetto all'altro. L'esito sarà, così, una motivazione ordinata, all'interno della quale le valutazioni effettuate dal giudice e le connesse ragioni a sostegno risultano esposte in maniera puntuale, rigorosa ed organica.

Nel tentativo di dare concretezza alle affermazioni svolte, si pensi al test di proporzionalità: esso costituisce un modello argomentativo mediante il quale viene condotta l'attività di bilanciamento dei diritti fondamentali, attraverso la predisposizione di una sequenza di standard di giudizio disposti in progressione. Siffatto schema argomentativo si caratterizza, dunque, per un approccio strutturato, che scompone e disciplina i singoli passaggi argomentativi che devono essere seguiti nell'esaminare l'ammissibilità di una interferenza nei confronti di un diritto fondamentale. Non a caso, la dottrina, nel sottolineare i numerosi pregi che l'impiego di questa tecnica, da parte del giudice costituzionale, comporta¹¹⁷, ne ha individuato uno che può essere identificato con la formula "*structured analysis*"¹¹⁸. Tale espressione evidenzia la capacità del test di proporzionalità di indicare al giudice il percorso argomentativo da seguire nel giustificare la decisione in merito all'ammissibilità della limitazione di uno o più diritti fondamentali. Infatti, all'interrogativo "è possibile tollerare la parziale compressione di un diritto fondamentale?", la risposta non è semplicemente positiva o negativa. Al contrario, l'impiego del test di proporzionalità produce una risposta articolata, generalmente suddivisa in quattro passaggi (come si è osservato con riferimento all'esperienza canadese¹¹⁹): innanzitutto, il giudice è chiamato ad

¹¹⁶ Sul punto, si veda M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza: riforme in peius*, in *Lavoro e diritto*, n. 2-3/2014, 373, ove si legge quanto segue: "motivare un'affermazione significa darne giustificazione adducendo buone ragioni che fondino il convincimento relativo all'enunciato "si è verificato il fatto X"', p. 375.

¹¹⁷ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, Conferenza trilaterale delle Corti Costituzionali italiana, portoghese e spagnola, p. 7.

¹¹⁸ V.C. JACKSON, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, in 124 *Yale Law Journal*, 2014-2015, 3094, pp. 3142-4143; M. KLATT - M. MEISTER, *Proportionality - a Benefit for Human Rights - Remarks on the I-CON Controversy*, in 10 *International Journal of Constitutional Law*, 2012, 687, p. 708; A. STONE SWEET - J. MATHEWS, *All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing*, in 60 *Emory Law Journal*, 2010-2011, 797, p. 804; A. STONE SWEET - J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in 47 *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008-2009, 72, p. 89; K. MÖLLER, *Proportionality: Challenging the Critics*, in 10 *International Journal of Constitutional Law*, No. 3, 2012, 709, p. 727.

¹¹⁹ *Supra*, par. 3.2.

argomentare in merito all'obiettivo perseguito dalla disposizione limitativa di un diritto fondamentale; in un momento successivo, deve porre l'attenzione sul rapporto mezzi-fini, per verificare che la misura limitativa di un diritto fondamentale sia astrattamente idonea a realizzare le finalità prefissate e per accertare che non esistano strumenti ulteriori, in grado di soddisfare gli obiettivi scelti, con un identico grado di intensità ed efficienza, e che sacrificino in misura inferiore i diritti fondamentali coinvolti; da ultimo, deve soffermarsi sugli effetti in concreto della disposizione impugnata, dando atto dei benefici e dei costi che essa comporta.

Non sembrano esservi dubbi in merito al fatto che una motivazione così formulata, oltre ad essere formalmente corretta, ordinata e coerente, contribuisca a rendere il ragionamento giuridico trasparente, in quanto consente di ottenere un quadro argomentativo chiaro, esplicito e razionalmente giustificabile¹²⁰.

4.3. La funzione e gli effetti

Negli anni '90 del secolo scorso, numerosi studi hanno posto l'attenzione sulla funzione e sull'efficacia della motivazione della sentenza costituzionale.

Secondo una distinzione tracciata dalla dottrina processualistica, la motivazione assolve una duplice funzione: endoprocessuale ed extraprocessuale (o esoprocessuale). Sotto il primo profilo, la motivazione è lo strumento che consente di razionalizzare la decisione e di agevolare il sindacato del giudice superiore su quello di grado inferiore¹²¹. Ricostruita in questi termini, la funzione endoprocessuale della sentenza costituzionale è pressoché marginale, se non del tutto assente, vista l'impossibilità di impugnare le decisioni adottate da una Corte Costituzionale o da una Corte Suprema, in un ordinamento ove vige un sindacato diffuso di costituzionalità delle leggi¹²². Particolarmente rilevante, invece, è la funzione extraprocessuale della motivazione, in quanto essa rappresenta lo strumento che consente un controllo generalizzato sull'attività svolta dal giudice costituzionale e,

¹²⁰ Sul nesso tra l'utilizzo del test di proporzionalità e la trasparenza delle decisioni la dottrina è ampia: V.C. JACKSON, *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on "Proportionality", Rights and Federalism*, in 1 *Journal of Constitutional Law*, 2014, 583, p. 621; M. TUSHNET, *Advanced Introduction of Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, United Kingdom, Edward Elgar Publishing, 2014, pp. 81-83; A. CORASANITI, *Considerazioni conclusive*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano, Giuffrè Editore, 1994, p. 267; V.C. JACKSON, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, *op. cit.*, p. 3142; V.C. JACKSON, *Being Proportional about Proportionality*, in 21 *Constitutional Commentary*, 2004, 803, p. 831; A. STONE SWEET - J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, *op. cit.*, pp. 96-97.

¹²¹ M. TARUFFO, *L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*, in *Rivista di diritto processuale*, 1974, 265, p. 279.

¹²² F. RIGANO, *L'obbligo di motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale. Atti del seminario di Messina 7-8 maggio 1993*, *op. cit.*, p. 285; G. SILVESTRI, *Relazione di sintesi*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale. Atti del seminario di Messina 7-8 maggio 1993*, *op. ult. cit.*, p. 570; A. DI MARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, *op. cit.*, pp. 356-357.

conseguentemente, che permette di acquisire il consenso sociale sulla rispondenza delle decisioni ai valori sanciti in Costituzione¹²³. Sul versante dell'efficacia extraprocessuale, inoltre, Antonio Saitta ha individuato tre distinti effetti che scaturiscono dalla motivazione della sentenza costituzionale e che possono essere così riassunti: eliminare gli effetti disgreganti che discendono da una decisione; potenziare la legittimazione del giudice costituzionale e del sindacato da esso condotto; rinsaldare e rinnovare il patto costituzionale attraverso l'attuazione e la modernizzazione dei valori costituzionali¹²⁴. In sostanza, la motivazione consente di “mantenere l'unità del sistema sociale e l'adesione di questo alla Costituzione”¹²⁵, oltre ad assolvere una funzione democratica, in quanto rappresenta lo strumento di legittimazione delle decisioni cui essa afferisce¹²⁶.

In tema di effetti della motivazione della sentenza costituzionale, risulta, tuttavia, maggiormente condivisibile la classificazione proposta da Roberto Romboli che, piuttosto che riprendere la dicotomia proposta dalla dottrina processualistica tra funzione endoprocessuale ed esoprocessuale, ha contrapposto un'efficacia interna ed una esterna della motivazione¹²⁷. La prima attiene agli effetti che la motivazione produce sull'attività del giudice costituzionale, in quanto consente di individuare “dei precedenti che verrebbero in qualche misura a limitare la sua futura attività”¹²⁸; l'efficacia interna ha, dunque, l'effetto di circoscrivere la discrezionalità, favorendo, al contempo, una maggiore coerenza ed uniformità di giudizio. L'efficacia esterna, invece, indica gli effetti che la motivazione comporta sui destinatari e sull'uditorio latamente inteso, oltre che sul legislatore¹²⁹. Sempre sul versante dell'efficacia esterna, inoltre, sembrano annoverabili gli effetti che la motivazione produce sull'attività e sul ruolo del giudice costituzionale, nel rapporto con i soggetti esterni.

Sia che si accolga la distinzione tra funzione endoprocessuale ed extraprocessuale, sia che si privilegi la differenziazione tra efficacia interna ed esterna, si perviene, comunque, alla medesima conclusione: gli effetti della motivazione non sono confinati alla decisione stessa e all'occasione nella quale essa è stata pronunciata.

¹²³ A. SAITTA, *Gli effetti motivanti del contraddittorio nel processo costituzionale*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi. Atti del seminario di Milano svoltosi il 16 e 17 maggio 1997*, Torino, Giappichelli Editore, 1998, p. 570; A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, Milano, Giuffrè Editore, 1996, p. 4, p. 19.

¹²⁴ A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, *op. cit.*, p. 181.

¹²⁵ A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, *op. ult. cit.*, p. 323. In senso analogo: F. RIGANO, *L'obbligo di motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, *op. cit.*, p. 287.

¹²⁶ Per un approfondimento sulla funzione democratica della motivazione, si veda A. ROMANO-TASSONE, *Sulla c.d. “funzione democratica” della motivazione degli atti dei pubblici poteri*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale. Atti del seminario di Messina 7-8 maggio 1993*, *op. cit.*, pp. 34 ss.

¹²⁷ R. ROMBOLI, *La mancanza o l'insufficienza della motivazione come criterio di selezione dei giudizi*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale. Atti del seminario di Messina 7-8 maggio 1993*, *op. cit.*, p. 339 e p. 345.

¹²⁸ R. ROMBOLI, *La mancanza o l'insufficienza della motivazione come criterio di selezione dei giudizi*, *op. ult. cit.*, p. 339.

¹²⁹ Secondo Roberto Romboli, particolarmente rilevante in tema di effetti esterni è la possibilità per l'opinione pubblica di esercitare un controllo generalizzato sulle decisioni costituzionali.

5. L'efficacia esterna della motivazione ed i benefici connessi alla trasparenza del ragionamento giuridico

L'efficacia esterna della motivazione si intreccia con l'obiettivo della trasparenza del ragionamento giuridico: gli effetti extraprocessuali sono, infatti, più marcati in presenza di una motivazione che presenti il contenuto giustificativo e che segua la struttura argomentativa articolata ed organizzata, di cui si è dato conto in precedenza. I suddetti effetti, indubbiamente positivi, sono scindibili in due categorie: da un lato, quelli che attengono alla sfera dei destinatari in senso stretto (ovvero gli individui ed i soggetti, anche espressione di interessi collettivi e diffusi; il legislatore e le forze politiche di maggioranza), del lettore, della c.d. "comunità dei chierici"¹³⁰ e della collettività di riferimento; dall'altro lato, quelli che riguardano il giudice costituzionale, l'attività svolta e la sua collocazione nell'ordinamento. In sostanza, una motivazione, chiara, esplicita ed esaustiva, che si ponga in linea con l'esigenza di trasparenza del ragionamento giuridico, sembra essere funzionale sia alla comunità dei cittadini, sia al giudice costituzionale che l'ha redatta.

Con riferimento alla prima area di effetti esterni, viene in rilievo, innanzitutto, una miglior comprensione della decisione giudiziaria, sia per quanto concerne le ragioni che hanno contribuito a formare il convincimento del giudice, sia per quanto attiene alla soluzione della controversia. È indubbio, infatti, che, quanto più una pronuncia è scrupolosamente motivata e quanto più approfonditi e dettagliati sono gli argomenti che il giudice adduce a sostegno della soluzione adottata, tanto più agevole è la comprensione della decisione.

Effetti non trascurabili si registrano anche per quanto riguarda la prevedibilità delle decisioni; in particolare, l'esposizione puntuale degli argomenti a sostegno della decisione consente di ridurre, almeno in parte, l'incertezza in merito all'operato dei giudici. Se, infatti, l'incertezza permane per quanto concerne la dimensione psicologica dell'attività decisoria, che - come si è visto - non può (e, forse, non deve) trovare spazio all'interno della motivazione¹³¹; tuttavia, essa tende a scomparire per quanto riguarda le ragioni e, soprattutto, lo schema argomentativo impiegato dal giudice per giustificare la soluzione di una controversia. Ciò, con l'ulteriore risultato di consentire, in maniera più agevole, di prevedere quale sarà il percorso argomentativo, che il giudice potrà seguire nella risoluzione di una futura controversia.

Nell'ottica della parte soccombente, poi, una pronuncia accuratamente motivata può contribuire ad una più serena accettazione della decisione sfavorevole; invero, se anche non si può raggiungere una piena condivisione della soluzione fornita e, dunque, non si può avere una completa adesione alle tesi sostenute nella sentenza, certamente la parte soccombente sarà più propensa ad accettare una decisione

¹³⁰ G. SILVESTRI, *Relazione di sintesi*, op. cit., p. 570.

¹³¹ *Supra*, par. 4.1.

negativa, nell'ipotesi in cui il giudice abbia meticolosamente adempiuto il proprio onere argomentativo¹³². L'accettazione comporta, a sua volta, un ulteriore effetto positivo: la decisione sarà, tendenzialmente, rispettata ed osservata.

In quarto luogo, la motivazione rappresenta lo strumento tramite il quale è possibile controllare l'attività svolta dal giudice ed il percorso argomentativo compiuto per prendere la decisione finale. Pertanto, tanto più la motivazione è accuratamente formulata, tanto maggiore è la capacità di monitorare e di scrutinare l'operato di una Corte. La controllabilità, a sua volta, può dare vita ad un duplice ordine di conseguenze: da un lato, l'esito del controllo può coincidere con un apprezzamento positivo della decisione assunta e, così, rafforzare l'efficacia di una pronuncia; dall'altro lato, il controllo può anche sfociare in critiche e contestazioni, talvolta aspre, dell'attività svolta dai giudici.

In generale, infine, l'idea di trasparenza del ragionamento giuridico può contribuire ad attenuare il senso di alienazione che gli individui e la società civile possono provare nei confronti della giustizia costituzionale. Ed invero, una volta divenuto più semplice comprendere la soluzione adottata e prevedere eventuali decisioni future, una volta accettata più serenamente una pronuncia sfavorevole ed una volta che è reso più agevole scrutinare l'attività svolta, allora, anche le Corti costituzionali e supreme non dovrebbero essere più percepite come istituzioni distanti e lontane dalla realtà e da coloro che si trovano a subire gli effetti delle loro pronunce¹³³. Al contrario, esse potrebbero auspicabilmente essere avvertite come istituzioni vicine ai cittadini, in grado di soddisfare il bisogno di giustizia degli stessi, soprattutto nelle controversie inerenti ai diritti fondamentali. Così, da un lato, può accrescersi la fiducia nella capacità del giudice costituzionale di prendere decisioni eque, corrette, rispondenti al senso comune di giustizia e rispettose dei valori e dei principi sanciti in Costituzione; dall'altro lato, gli individui possono essere maggiormente incoraggiati - ove concesso - a ricorrere alla giustizia costituzionale e a fare ad essa riferimento per ottenere un'adeguata tutela dei loro diritti fondamentali.

¹³² Si tenga presente che tale aspetto è particolarmente rilevante per quanto attiene il controllo di costituzionalità delle leggi. Ad esempio, il giudice costituzionale può emanare una decisione di illegittimità costituzionale di una disposizione legislativa adottata dal Parlamento, che - almeno in teoria - dovrebbe rispecchiare la volontà della maggioranza della popolazione. In quest'ottica, tale scelta non dovrebbe essere condivisa dalla prevalenza dei consociati, proprio perché la pronuncia di incostituzionalità dovrebbe porsi in contrasto con il sentimento diffuso. Attraverso, però, una motivazione adeguatamente redatta, è possibile far sì che quella stessa decisione sia comunque accettata, anche se non condivisa, dalla maggioranza della popolazione. Per un approfondimento sul fatto che le decisioni di un giudice costituzionale rischiano di porsi in antitesi con la volontà e le idee espresse dalla maggioranza della popolazione, si veda: O. BASSOK, *The Two Counter-majoritarian Difficulties*, in XXXI *Saint Louis University School of Law*, 2012, 333, pp. 335-343. Si veda, altresì, B. FRIEDMAN, *Mediated Popular Constitutionalism*, in 101 *Michigan Law Review*, 2003, 2596, p. 2596.

¹³³ L'idea che la nozione di trasparenza contribuisca a ridurre il senso di alienazione e di distanza dei cittadini nei confronti di un'istituzione è stata già discussa con riferimento alle istituzioni pubbliche. A tal proposito, si veda D. CURTIN - A.J. MEIJER, *Does Transparency Strengthen Legitimacy? A Critical Analysis of European Union Policy Documents*, *op. cit.*: "Transparency can 'clear the fog' and quash the myths that may exist and reduce the distance between the public and the administration at its service", p. 114.

Comprensione, prevedibilità, accettazione e condivisione, controllabilità, facoltà di critica, rappresentano, in sostanza, le apprezzabili conseguenze, dal punto di vista dei destinatari, latamente intesi, di un discorso argomentativo chiaro e trasparente.

Dal punto di vista del giudice costituzionale, invece, la prima conseguenza, in termini di benefici connessi ad una motivazione accuratamente redatta, si rinviene nella migliore capacità giustificativa della decisione cui essa afferisce; maggiori sono le ragioni e gli argomenti, seri, ragionevoli e disposti in maniera ordinata ed organica, più elevato è il fondamento giustificativo della soluzione adottata per le definizioni di una controversia.

Il secondo effetto attiene alla forza persuasiva della pronuncia. Si è già rilevato che “persuadere” non può essere l’obiettivo primario della motivazione, come vorrebbe sostenere la “teoria dualista”¹³⁴; al tempo stesso, però, non si può certo escludere che, fra i possibili benefici connessi ad una motivazione accurata, sia annoverabile anche una maggiore capacità persuasiva della decisione stessa. La persuasione è, dunque, una conseguenza di una motivazione che realizzi la finalità della trasparenza del ragionamento giuridico; essa può essere indirizzata nei confronti del lettore e della collettività, ma anche nei confronti del legislatore (o degli altri poteri, ove, ad esempio, è ammesso il sindacato di costituzionalità sugli atti amministrativi). Sotto il primo profilo, la funzione persuasiva è finalizzata ad ottenere il consenso degli individui; consenso che, come si dirà più avanti, costituisce un elemento imprescindibile della legittimazione del giudice costituzionale. Dal secondo punto di vista, invece, la funzione persuasiva ha come obiettivo quello di sollecitare l’intervento del Parlamento; si pensi, ad esempio, all’utilizzo da parte della Corte Costituzionale delle sentenze-monito, conosciute anche con l’appellativo sentenze-decalogo¹³⁵. Con questa tipologia di decisioni, la Corte, nel rigettare la questione di costituzionalità sottoposta al suo esame, avverte il legislatore dell’opportunità di modificare la legislazione attualmente in vigore e, avvalendosi di un adeguato apparato argomentativo, auspica di persuaderlo ad intraprendere la strada suggerita e ad adottare le necessarie misure¹³⁶.

Un ulteriore effetto connesso con l’idea di trasparenza del ragionamento giuridico è la possibilità di arricchire ed alimentare il dibattito sulla Costituzione. Un discorso argomentativo che possa definirsi trasparente, favorisce, infatti, l’emersione di un elevato numero di argomenti e di ragioni; alcuni di questi potranno essere nuovi e divergenti rispetto a quelli accolti dalla maggioranza dei giudici e dall’opinione prevalente; ed in futuro potranno rimanere confinati in posizioni minoritarie, oppure potranno essere fatti propri dalla maggioranza dei giudici costituzionali o recepiti dal legislatore in

¹³⁴ *Supra*, par. 4.1.

¹³⁵ F. RIGANO, *L’obbligo di motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, *op. cit.*, p. 286; A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli Editore, 2019, p. 192 e pp. 211-212.

¹³⁶ Per un esempio di sentenza-monito, si veda Corte Costituzionale, 21 febbraio 2018, n. 33.

successivi interventi normativi¹³⁷. La motivazione riveste, dunque, anche una funzione di stimolo, sia nei confronti dei giudici medesimi, sia, e soprattutto, nei riguardi del Parlamento: essa, infatti, funge da impulso per l'evoluzione del diritto stesso, preparando il terreno per l'introduzione di futuri mutamenti e per consentire, di conseguenza, il necessario adattamento del documento costituzionale ai mutati contesti storici e sociali di riferimento.

Da ultimo, l'efficacia esterna della motivazione è correlata al tema della legittimazione del giudice costituzionale. In generale, la questione - o meglio, quello che Mauro Cappelletti definiva il "*problème formidable*"¹³⁸ della giustizia costituzionale - si pone dal momento che le Corti, incaricate di svolgere il sindacato di costituzionalità delle leggi, sono considerate istituzioni "contro-maggioritarie": infatti, ad esse, sebbene siano sprovvedute di legittimazione elettorale diretta, è affidato il compito di invalidare leggi adottate dagli organi rappresentativi del popolo¹³⁹. Si ritiene, tuttavia, che vi sia una stretta connessione tra l'utilizzo di un'argomentazione chiara e trasparente e la legittimazione delle Corti a svolgere le funzioni loro attribuite. Innanzitutto, però, è opportuno soffermarsi sul vocabolo "legittimazione", in quanto essa racchiude una duplice accezione: legittimazione di tipo "formale" e legittimazione di tipo "sociale". In senso formale, l'espressione legittimazione indica la necessità che una Corte agisca nel pieno rispetto delle regole e delle procedure che disciplinano il suo funzionamento; tale accezione non è di particolare interesse nell'ottica del presente lavoro¹⁴⁰. Viceversa, la legittimazione in senso "sociale" indica il riconoscimento e l'accettazione, da parte dei consociati, del sindacato di costituzionalità: tale aspetto viene generalmente indicato anche con l'espressione "*social acceptance*"¹⁴¹. Ebbene, la legittimazione di tipo sociale presuppone il conseguimento, da parte dei giudici, del consenso e del sostegno da parte dell'opinione pubblica, che manca in via preventiva ed in assenza del quale l'operato

¹³⁷ In proposito, si richiama quanto osservato *supra*, al par. 2.1, in merito alla possibilità di esprimere opinioni separate e distinte rispetto a quella della maggioranza.

¹³⁸ M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 150.

¹³⁹ Secondo una parte della dottrina, l'espressione "contro-maggioritaria" può essere intesa in una duplice accezione. In virtù di un primo significato, definito "*traditional*", il problema si pone dal momento che i giudici costituzionali, diversamente dal legislatore, non sono direttamente eletti e, dunque, in teoria non sono direttamente responsabili davanti alla collettività; si pongono, infatti, al di fuori del circuito elettorale. Tuttavia, i giudici costituzionali sono chiamati ad esaminare, ed eventualmente eliminare dall'ordinamento, leggi, emanate dal legislatore democraticamente eletto. Una diversa accezione della formula in esame, denominata "*literal*", privilegia, invece, l'elemento maggioritario, vale a dire il fatto che, almeno in teoria, una previsione legislativa rispecchia la volontà della maggioranza dei consociati. In quest'ottica, la scelta di dichiarare costituzionalmente illegittima una disposizione equivarrebbe a porsi in conflitto con le idee e le posizioni espresse dalla maggioranza della popolazione. Per un approfondimento, si veda: O. BASSOK, *The Two Countermajoritarian Difficulties*, *op. cit.*, pp. 335-343. Si veda, altresì, B. FRIEDMAN, *Mediated Popular Constitutionalism*, *op. cit.*, p. 2596.

¹⁴⁰ D. CURTIN - A.J. MEIJER, *Does Transparency Strengthen Legitimacy? A Critical Analysis of European Union Policy Documents*, *op. cit.*, p. 112; W. SADURSKI, *Rights before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Berlin, Springer, 2005, pp. 33-34.

¹⁴¹ J.L. GIBSON - G.A. CALDEIRA - V.A. BAIRD, *On the Legitimacy of National High Courts*, in 92 *The American Political Science Review*, 1998, 343, pp. 344-345. Si veda, altresì, J. DE FINE LICHT - D. NAURIN - P. ESAIASSON - M. GILLJAM, *When Does Transparency Generate Legitimacy? Experimenting on a Context-Bound Relationship*, *op. cit.*, p. 113.

delle Corti medesime rischierebbe di entrare in crisi¹⁴². In questo discorso, la motivazione, organicamente ed esaustivamente argomentata, rappresenta proprio lo strumento che consente al giudice costituzionale di acquisire e di incrementare il consenso sociale, di cui necessita per legittimarsi nell'ordinamento. In proposito, giova richiamare quanto rilevato in precedenza in merito agli effetti esterni della motivazione: fra i possibili benefici, correlati alla nozione di trasparenza del ragionamento giuridico, rientra la possibilità di controllare ed eventualmente di criticare l'operato dei giudici. Proprio la facoltà di sindacare l'attività del giudice costituzionale si correla con il tema della sua legittimazione: ancora attuale è, al riguardo, l'insegnamento di Stefano Rodotà, secondo cui la legittimazione "si collega anche alla possibilità di esercitare sull'attività di un organo o di un soggetto determinato forme efficaci di controllo diffuso: e ciò accade solo quando su quell'attività si possiedono tutte le informazioni rilevanti, o almeno una quota significativa"¹⁴³. Dunque, ammettendo la possibilità di esercitare il sindacato diffuso e generalizzato sull'attività svolta, è possibile, per il giudice, acquisire l'imprescindibile consenso sociale di cui necessita e recuperare la legittimazione democratica di cui, ex ante, risulta essere privo. Nella continua ricerca del consenso, inoltre, giocano un ruolo rilevante due ulteriori effetti esterni, di cui si è dato conto: la funzione persuasiva della motivazione e l'accresciuta fiducia nell'attività svolta dal giudice costituzionale. In sostanza, si considera legittimato - e, quindi, dotato del necessario consenso - quel giudice che, da un lato, gode della fiducia delle parti e, dall'altro, lascia aperta la facoltà di formulare contestazioni precise e mirate nei confronti del suo operato. Come si è rilevato, tali effetti sembrano essere la conseguenza di un ragionamento giuridico chiaro, trasparente, ordinato ed organico; in altre parole, il giudice costituzionale, attraverso l'impiego di un rigoroso apparato argomentativo, può autolegittimarsi all'interno del sistema.

6. Riflessioni conclusive

In generale, l'esigenza di trasparenza si realizza, in larga misura, mediante la facoltà di controllare l'attività di coloro che sono incaricati di prendere decisioni, che comportano conseguenze sulla vita della collettività. Come si è rilevato, questo connotato della trasparenza caratterizza, tanto l'attività amministrativa e, nello specifico, l'istituto dell'accesso civico generalizzato, quanto quella svolta dalle Corti ed, in particolare, da quelle incaricate di svolgere il sindacato di costituzionalità delle leggi (e degli

¹⁴² La tematica del necessario sostegno da parte dell'opinione pubblica è stata ampiamente affrontata dalla dottrina americana, soprattutto per quanto concerne la legittimazione della Corte Suprema. A titolo esemplificativo, si vedano le parole pronunciate dal giudice Felix Frankfurter, nell'opinione dissenziente in *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186: "*The Court's authority - possessed of neither the purse nor the sword - ultimately rests on sustained public confidence in its morale sanction*", p. 267. Si veda, altresì, C.L. BLACK, *The people and the Court: Judicial Review in a Democracy*, 1960: la Corte Suprema non avrebbe potuto svolgere il suo ruolo "*if public opinion had rejected it ... because such an institution, founded in the end only on moral authority, could never had the strength to prevail in the face of resolute public repudiation of its legitimacy*", p. 209.

¹⁴³ S. RODOTÀ, *La Corte, la politica, l'organizzazione sociale*, in P. BARILE - E. CHELI - S. GRASSI, *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 507.

atti amministrativi, ove consentito). Con riferimento al giudice costituzionale, poi, la piena realizzazione dell'obiettivo della trasparenza del ragionamento giuridico permette agli individui di esercitare il controllo diffuso e generalizzato sull'operato del giudice medesimo; sindacato che, a sua volta, è finalizzato all'acquisizione ed al potenziamento del consenso da parte della collettività. Come si è rilevato, inoltre, la sequenza trasparenza-controllo-consenso è funzionale al giudice costituzionale, in quanto gli consente di legittimarsi nel sistema e di legittimare continuamente il sindacato di costituzionalità svolto¹⁴⁴.

Quanto sin qui detto sarebbe sufficiente per comprendere la rilevanza che, al giorno d'oggi, ha assunto la nozione di trasparenza del ragionamento giuridico; in proposito, si è osservato che, contemporaneamente all'affermazione di un controllo di costituzionalità delle leggi, finalizzato alla garanzia dei diritti fondamentali, è emersa l'esigenza di argomentare, in maniera ordinata, analitica, logicamente coerente, chiara e comprensibile e, conseguentemente, di giustificare la decisione assunta da parte del giudice costituzionale.

Si deve, tuttavia, dar conto delle ragioni e dei fattori che sono alla base dell'importanza riconosciuta alla trasparenza del ragionamento giuridico, unitamente alla diffusione nel panorama costituzionale di standard argomentativi che realizzano l'esigenza in questione, come il test di proporzionalità. I motivi "classici", ed ampiamente studiati in dottrina, possono essere individuati: nel ruolo sempre più rilevante del giudice costituzionale, soprattutto per quanto concerne la gestione dei diritti fondamentali; nella correlata difficoltà - se non vera e propria incapacità - del legislatore a provvedervi¹⁴⁵; nel tentativo di gestire la forte conflittualità sociale e di ricomporre ad unità le fratture ideologiche. In aggiunta a tali motivi sembra opportuno richiamare due fenomeni, tra di loro connessi¹⁴⁶: il passaggio dalla "culture of authority" alla "culture of justification" e l'emersione della cultura, a carattere transnazionale, dei diritti fondamentali.

L'espressione "culture of justification" è stata impiegata, per la prima volta, da Etienne Mureinik, al fine di identificare una concezione garantista, diversa da quella autoritaria che aveva caratterizzato il Sud Africa

¹⁴⁴ G. SILVESTRI, *Relazione di sintesi*, op. cit., p. 572.

¹⁴⁵ A prescindere dal fatto che tale fenomeno sia il risultato della crisi degli istituti di rappresentanza politica e della incapacità del legislatore di farsi carico delle esigenze che caratterizzano la società contemporanea o che, viceversa, esso rappresenti uno sviluppo fisiologico dello Stato Costituzionale. Per quanto riguarda la prima posizione, si veda: G. BRONZINI, *Il bilanciamento nella giurisprudenza: come bilanciare la sovranità popolare?*, in G. BRONZINI - R. COSIO, *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, Milano, Giuffrè Editore, 2017, pp. 151-153; V. SPEZIALE, *Il "declino" della legge, l'"ascesa" del diritto giurisprudenziale e i limiti all'interpretazione giudiziale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2018, 181, pp. 185-191. Sull'idea, invece, che il ruolo assunto dal giudice costituzionale costituisca un'evoluzione naturale dello Stato Costituzionale, si veda P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*, in A. CARDONE - F. DONATI - M.C. GRISOLIA - G. TARLI BARBIERI (a cura di), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio. Lectio magistralis di Paolo Caretti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, pp. 25-29.

¹⁴⁶ A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, op. cit., p. 181 e pp. 321-332.

durante il regime dell'Apartheid; in sostanza, la transizione dalla “*culture of authority*” alla “*culture of justification*” identificava, secondo Etienne Mureinik, il passaggio da un regime di stampo autoritario ad uno avente carattere democratico¹⁴⁷.

La transizione verso la “*culture of justification*”, tuttavia, ha progressivamente assunto un significato più esteso, non confinato all'esperienza sudafricana; anzi, sembra costituire un tratto dominante dell'attuale pensiero giuridico e del panorama costituzionale contemporaneo. Innanzitutto, l'affermazione della “*culture of justification*” rappresenta l'eredità lasciata dalla seconda guerra mondiale; infatti, il progressivo rifiuto della “*culture of authority*” pare coincidere con il rigetto delle ideologie, di stampo nazionalista e populista, che avevano caratterizzato il periodo antecedente al conflitto mondiale. Con riferimento ai tratti distintivi della “*culture of justification*”, è opportuno fare ad essi cenno, utilizzando come termine di raffronto la “*culture of authority*”. Quest'ultima, invero, pone l'accento sull'attribuzione formale ed espressa di una certa prerogativa ad un determinato potere; in tale prospettiva, assume particolare rilevanza la delimitazione delle rispettive sfere di competenza e la verifica in merito al rispetto degli ambiti storicamente individuati. Pertanto, nella “*culture of authority*”, il quesito fondamentale è volto a verificare se un determinato potere sia stato esercitato dall'organo formalmente preposto ad attuarlo; si tratta, evidentemente, di un controllo di stampo formale. Viceversa, nell'ottica del “*culture of justification*”, la verifica in merito al rispetto dei diversi ambiti di attribuzione rappresenta solamente l'imprescindibile punto di partenza; il momento centrale, infatti, è rappresentato dalla necessità di giustificare, mediante argomenti seri e ragionevoli, di natura sostanziale, l'esercizio di una prerogativa¹⁴⁸. L'esigenza di giustificare le scelte effettuate, inoltre, coinvolge tutti i poteri e, dunque, anche l'attività esercitata dalle Corti costituzionali e supreme; ed è avvertita in maniera particolarmente rilevante nelle situazioni in cui vengono in rilievo i diritti fondamentali. Il giudice costituzionale, in sostanza, è chiamato a svolgere un sindacato, il cui esito dovrà essere una soluzione giusta, rispettosa di tutte le posizioni e gli interessi coinvolti e, soprattutto, munita di un fondamento giustificativo razionale. In quest'ottica, dunque, ben si comprende l'attenzione posta dal giudice costituzionale sulla trasparenza del ragionamento giuridico: l'onere di argomentare e di motivare in maniera accurata la decisione adottata sembra perfettamente rispondere all'obiettivo di dare conto delle scelte compiute, di cui si fa portatrice la “*culture of justification*”.

¹⁴⁷ E. MUREINIK, *A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights*, in 10 *South African Journal on Human Rights*, 1994, 31: “*If the new constitution is a bridge away from a culture of authority, it is clear what it must be a bridge to. It must lead to a culture of justification - a culture in which every exercise of power is expected to be justified; in which the leadership given by government rests on the cogency of the case offered in defense of its decisions, not the fear inspired by the force at its command. The new order must be a community built on persuasion, not coercion*”, p. 32. Per un approfondimento, D. DYZENHAUS, *Law as Justification: Etienne Mureinik's Conception of Legal Culture*, in 14 *South African Journal on Human Rights*, 1998, 11.

¹⁴⁸ M. COHEN-ELIYA - I. PORAT, *Proportionality and the Culture of Justification*, in 59 *The American Journal of Comparative Law*, No. 2, 2011, 463, pp. 474-487; K. MÖLLER, *Justifying the culture of Justification*, in 17 *International Journal of Constitutional Law*, No. 4, 2019, 1078, pp. 1080-1084.

Al fenomeno suddetto si correla, quale ulteriore conseguenza delle atrocità del secondo conflitto mondiale, l'affermazione della cultura, a carattere globale, dei diritti fondamentali. Essi hanno trovato espresso riconoscimento, sia nelle Costituzioni adottate nel periodo post-bellico, sia in documenti di stampo sovranazionale. Tendenzialmente, i diritti, racchiusi in documenti costituzionali, dal carattere marcatamente pluralista, sono molti ed eterogenei; se, poi, guardiamo al modo in cui sono codificati, si tratta di formulazioni ampie ed indeterminate. Spesso i diritti fondamentali sono tra di loro reciprocamente incompatibili e, solamente in casi sporadici, sono ordinati in relazioni gerarchiche o di prevalenza; essi, infatti, non sono mai affermati in termini assoluti ed, anche quando sono espressamente qualificati come “inviolabili” dalla Costituzione, è prassi costante assoggettare quei diritti a limitazioni ragionevoli¹⁴⁹. Da un lato, dunque, i diritti fondamentali tendono naturalmente a porsi in conflitto tra di loro, sia perché presentano un campo di applicazione ampio, generico ed indeterminato, sia perché hanno la naturale tendenza a realizzarsi nella misura maggiore possibile¹⁵⁰; dall'altro lato, però, la risoluzione dei contrasti tra diritti fondamentali non può essere gestita utilizzando i criteri tradizionalmente impiegati per superare le antinomie tra regole¹⁵¹. Ma vi è di più: visto che i diritti fondamentali hanno rilevanza costituzionale, diventa allora imprescindibile “trovare un modo di soluzione del conflitto che assicuri un qualche grado di rispetto, di attenzione, anche per il diritto o principio che alla fine dovrà essere sacrificato”¹⁵². Nel valutare, dunque, quale diritto debba prevalere e trovare maggiore soddisfazione e quale, invece, debba in parte soccombere e subire una limitazione ragionevole, si rende necessario il ricorso a tecniche ulteriori, prima fra tutte quella del bilanciamento. Il corretto esercizio del bilanciamento, che consiste nell'istituire una gerarchia di tipo assiologico

¹⁴⁹ G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 7 ss.; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, op. cit., p. 9.

¹⁵⁰ Nell'affermare che i diritti tendono a realizzarsi nella misura più ampia possibile, si fa riferimento alla ricostruzione dei diritti, come principi, proposta da Robert Alexy, secondo il quale i principi si differenziano dalle regole per la struttura, per il contenuto, per la posizione nell'ordinamento giuridico, ma anche per un aspetto di tipo qualitativo o funzionale. I principi, secondo la ricostruzione offerta da Robert Alexy sono “norme che prescrivono che qualcosa è da realizzare nella misura più alta possibile, relativamente alle possibilità giuridiche e fattuali. I principi sono, secondo questa formulazione, precetti di ottimizzazione, caratterizzati dal fatto che possono essere realizzati in gradi diversi e che la misura prescritta della loro realizzazione dipende non solo dalle possibilità fattuale, ma anche dalle possibilità giuridiche. L'ambito delle possibilità giuridiche è determinato attraverso principi e regole collidenti”: R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 106 ss.

¹⁵¹ Non si può impiegare il criterio cronologico (“*lex posterior derogat legi priori*?”), dal momento che si tratta di norme racchiuse in un medesimo testo normativo e, dunque, coeve. Analogamente, non può essere utilizzato il criterio di specialità (“*lex specialis derogat generali*?”), in quanto tra le norme che fondano i diritti in conflitto non vi è un rapporto di genere a specie; esse, infatti, si incrociano, sovrapponendosi solo parzialmente (si tratta di un conflitto parziale bilaterale). Infine, non può nemmeno essere impiegato il criterio gerarchico (“*lex superior derogat legi inferiori*?”), poiché le due norme hanno lo stesso rango nella gerarchia delle fonti.

¹⁵² G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, Il Mulino, 2017, p. 43.



mobile¹⁵³, predilige l'impiego di modelli argomentativi strutturati ed articolati e la redazione di motivazioni ordinate, organiche, formalmente corrette e coerenti, idonee a giustificare la limitazione di un diritto fondamentale. In sostanza, l'emersione della cultura dei diritti fondamentali e la connessa affermazione della tecnica del bilanciamento per la gestione della conflittualità hanno certamente attribuito nuova linfa all'obiettivo di trasparenza del ragionamento giuridico ed hanno, altresì, contribuito a favorire la massiccia diffusione di standard argomentativi, come, ad esempio, il test di proporzionalità, che danno concretezza alla suddetta esigenza di trasparenza.

¹⁵³ G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, op. cit., pp. 178 ss.; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, op. cit., pp. 206 ss.; G. MANIACI, *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un'intuizione, una proposta*, in *Ragion pratica*, n. 2/2005, pp. 335 ss..