

**L'opinione dissenziente nella prassi del *Bundesverfassungsgericht*  
e del *Tribunal Constitucional* spagnolo  
(1994-2009)**

**L'OPINIONE DISSENZIENTE NELLA PRASSI DEL  
*BUNDESVERFASSUNGSGERICHT* (1994-2009)**

*a cura di Maria Theresia Rörig*

- 1. Introduzione*
- 2. Alcuni dati statistici relativi alla prassi del voto dissenziente*
- 3. Le decisioni con un voto dissenziente rese nel periodo dal 1994 ad oggi*
- 4. L'effetto del voto dissenziente sui mutamenti della giurisprudenza costituzionale*
- 5. Brevi cenni sul dibattito dottrinale*
- 6. Osservazioni conclusive*

**L'OPINIONE DISSENZIENTE NELLA PRASSI DEL *TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL* SPAGNOLO (1994-2009)**

*a cura di Carmen Guerrero Picó*

- 1. Introduzione*
- 2. Brevi cenni sul dibattito dottrinale*
- 3. Alcuni dati statistici relativi alla prassi del voto particolare*
- 4. I motivi del voto particolare*
- 5. Le discrepanze dogmatiche forti*
- 6. La forza di precedente delle sentenze con voti particolari*
- 7. La rilevanza del voto particolare: dall'autorevolezza dell'autore ai mutamenti della giurisprudenza costituzionale*
- 8. La mancata strumentalizzazione politica dei voti particolari: alcune "macchie" della prassi più recente*

# L'OPINIONE DISSENZIENTE NELLA PRASSI DEL *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT* (1994-2009)

a cura di Maria Theresia Rörig

## 1. Introduzione

Il legislatore tedesco ha introdotto l'istituto del c.d. voto dissenziente o "separato" ("*Sondervotum*") nel 1970, apportando una modifica all'art. 30, comma 2, della Legge istitutiva del *Bundesverfassungsgericht*. La disposizione, nel suo testo vigente, recita:

*"Un giudice può depositare la propria opinione dissenziente nei confronti della decisione o della motivazione, sostenuta durante la discussione, con un voto separato (Sondervotum); il voto separato deve essere unito alla decisione. Le Sezioni possono nelle loro decisioni dare atto del risultato della votazione. La disciplina di dettaglio è contenuta nel regolamento"*.

È da sottolineare che, in Germania, l'istituto del voto dissenziente è riservato ai giudici costituzionali, siano essi componenti del *Bundesverfassungsgericht* ovvero delle corti costituzionali dei vari *Länder*. Non è quindi previsto nell'ambito dei giudizi della magistratura ordinaria.

L'istituto nei suoi aspetti storici, nonché il dibattito circa la sua recezione e la prassi del voto dissenziente nel *Bundesverfassungsgericht* sin dalla sua introduzione fino al 1993 sono stati ampiamente descritti ed analizzati da Jörg Luther nel suo articolo dal titolo *L'esperienza del voto dissenziente nel Bundesverfassungsgericht*, inserito negli atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 5 e 6 novembre 1993<sup>1</sup>, cui si rinvia<sup>2</sup>.

## 2. Alcuni dati statistici relativi alla prassi del voto dissenziente

Nel periodo successivo al 1993 non sono avvenuti né modifiche normative né evidenti cambiamenti nella prassi del voto dissenziente. Dalle poche statistiche disponibili emerge che il voto dissenziente rappresenta, ad oggi, l'eccezione e non la regola. Infatti, si parla di circa il 6-7% delle decisioni delle Sezioni in cui sono stati espressi voti dissenzienti<sup>3</sup>.

Luther indicò nel suo contributo un numero complessivo di 110 opinioni dissenzienti rese dal 1971 fino al 1993. L'ultima statistica del *Bundesverfassungsgericht*, datata 2008 (e pertanto quindici anni dopo) indica un numero complessivo di 142 decisioni pubblicate delle Sezioni che sono state rese con voti dissenzienti.

---

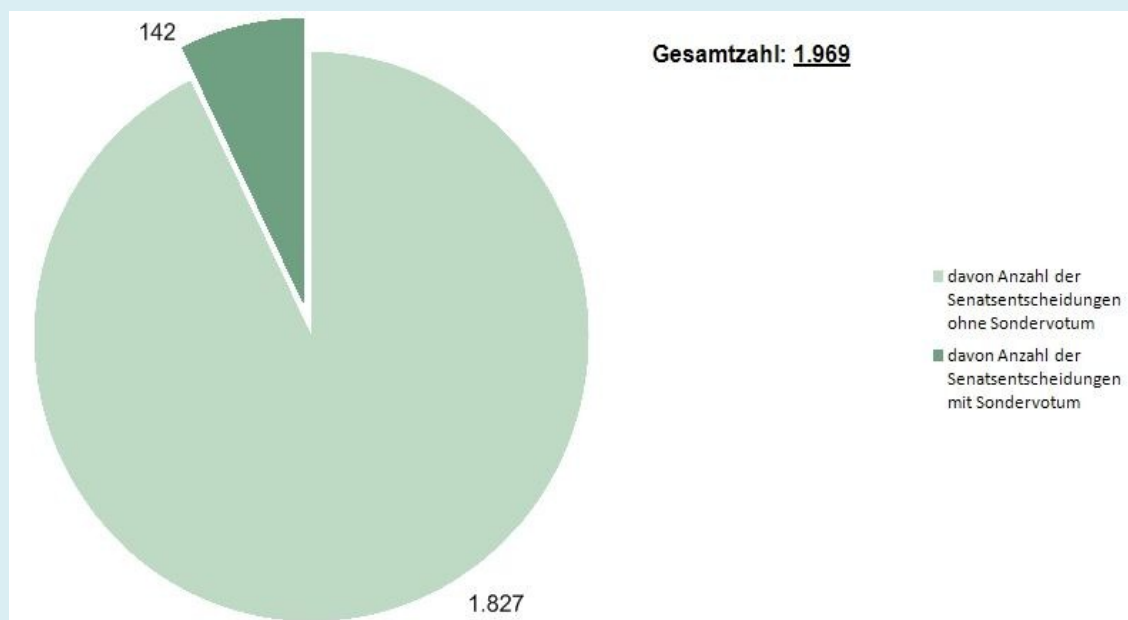
<sup>1</sup> *L'opinione dissenziente*, a cura di Adele Anzon, Milano, Giuffrè, 1995.

<sup>2</sup> Cfr. anche J. Luther, *L'esperienza del voto dissenziente nei paesi di lingua tedesca*, in Pol. Dir., 1994, n. 2.

<sup>3</sup> Cfr. Hennecke, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Mitarbeiterkommentar*, a cura di Umbach/Clemens/Dollinger, Heidelberg 2005, 2° edizione, § 30, n° 17 con ulteriori riferimenti.

*Decisioni delle Sezioni del Bundesverfassungsgericht  
con o senza voto dissenziente*

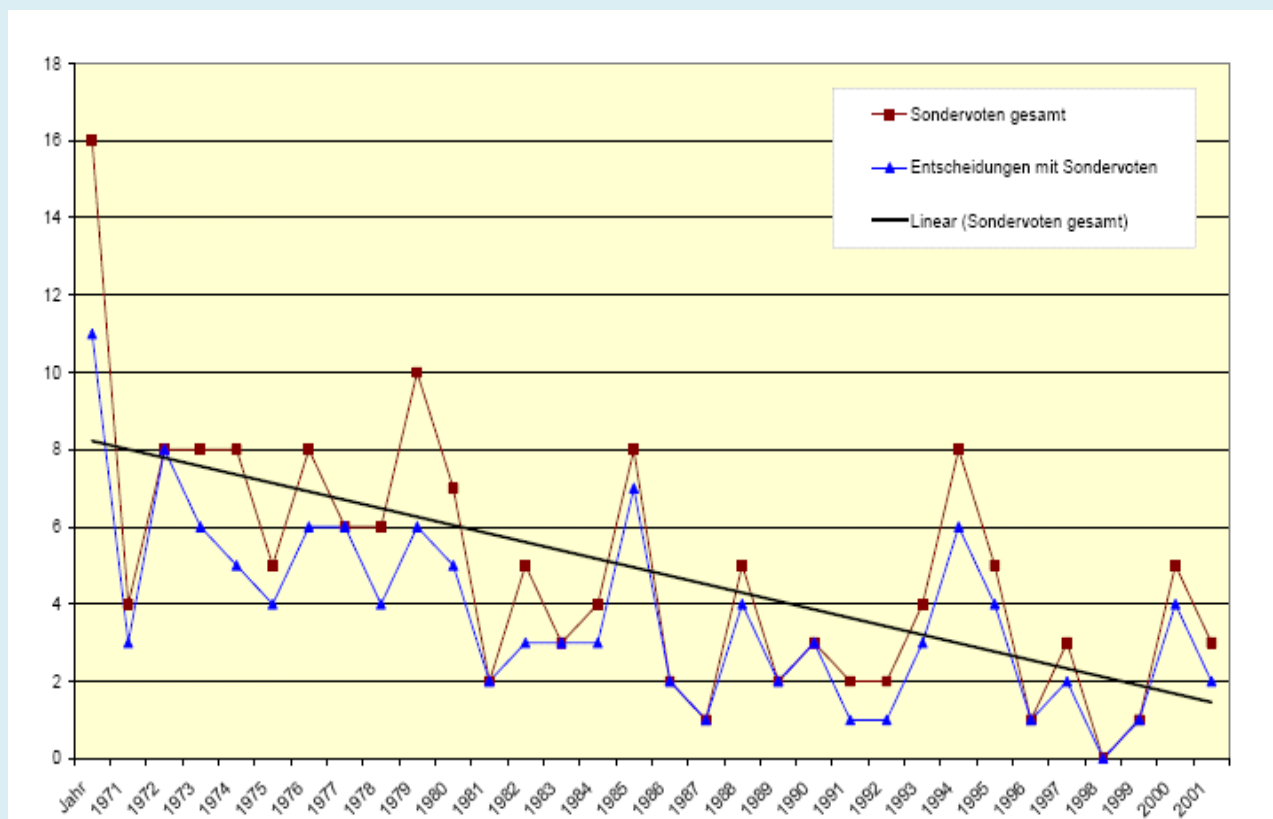
*BVerfGE - volumi 30 - 120 (1971 - 2008)<sup>4</sup>*



<sup>4</sup> Il grafico è tratto dal sito del Tribunale:

<http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2008/A-I-7.html>.

Emerge pertanto che l'uso del voto dissenziente, oltre ad essere un'eccezione, è andato diminuendo nel corso del tempo. Si riproduce al riguardo un grafico che illustra l'utilizzo dell'istituto a partire dal 1971 fino al 2001<sup>5</sup>:



- numero complessivo dei voti dissenzienti
- ▲ le decisioni pubblicate con voto dissenziente
- tendenza generale

### 3. Le decisioni con un voto dissenziente rese nel periodo dal 1994 ad oggi

Salvo casi eccezionali, l'uso del voto dissenziente si limita a procedimenti che sono politicamente o socialmente di grande interesse (ad esempio, in merito al divieto di fumo nei locali pubblici, all'interruzione della gravidanza, ai pacs, al crocifisso nelle scuole, all'asilo, alla questione di fiducia etc.: cfr. anche *infra*). Raramente all'istituto si fa ricorso per far risaltare la personalità del giudice, sebbene debba osservarsi che alcuni giudici ne abbiano fatto un uso maggiore di altri (ad esempio, i giudici Gerhardt, Lübke-Wolff, Osterloh e Haas).

Si riporta qui di seguito un elenco della gran parte delle decisioni rese con voti dissenzienti nel periodo compreso tra il 1994 ed oggi<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Grafico predisposto dal Prof. Dr. Christoph Hönnige, *Impliziter Verfassungswandel durch das Bundesverfassungsgericht in gesellschaftlichen und politischen Fragen*, in: Konferenzpapier, Gemeinsame Tagung DVPW, ÖGPW und SVPW „Die Verfassung der Demokratien“ 21-23.11.2008, Workshop 5: Verfassungsreformen im Vergleich, p. 10.

<sup>6</sup> Si sottolinea che l'elenco non può avere alcuna pretesa di esattezza, anche alla luce del fatto che il *Bundesverfassungsgericht* non mette a disposizione (sul proprio sito) un apposito elenco delle decisioni con voto dissenziente. Inoltre, non sono disponibili sul sito del tribunale le decisioni antecedenti l'anno 1998. E' infine da notare che il numero delle decisioni trovate ed indicate dal redattore della presente nota (50) è superiore alla differenza

	Riferimenti delle Decisioni	Materia	Anno	Giudici dissenzienti
1	Ordinanza 2 BvR 2044/07	Diritto processuale penale	2009	Voßkuhle <i>Osterloh</i> <sup>7</sup> Di Fabio Gerhardt
2	Sentenza 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08 e 1 BvR 906/08	Divieto di fumo nei locali pubblici	2008	Bryde Masing
3	Ordinanza 2 BvR 392/07	Incesto	2008	Hassemer
4	Sentenza 2 BvR 2433/04, 2 BvR 2434/04	Diritto previdenziale – assistenza sociale	2007	Broß <i>Osterloh</i> Gerhardt
5	Ordinanza 2 BvF 3/02	Disciplina relativa ai funzionari pubblici	2007	Gerhardt
6	Sentenza 2 BvF 1/4	Bilancio pubblico	2007	Di Fabio Melinghoff
7	Ordinanza 1 BvR 1783/05	“Esra” – diritto fondamentale alla propria personalità – sfera intima e libertà dell’arte	2007	<i>Hohmann-Dennhard</i> Gaier Hoffmann-Riem
8	Ordinanza 2 BvM 1/03, 2 BvM 2/03 etc.	Titoli obbligazionari – Argentina	2007	<i>Lübbe-Wolff</i>
9	Ordinanza 2 BvL 11/04	Disciplina relativa ai funzionari pubblici	2007	<i>Osterloh</i> Gerhardt
10	Ordinanza 1 BvR 910/05, 1 BvR 1389/05	Spese legali/onorari	2007	Gaier
11	Ordinanza 1 BvR 518/02	Indagini attraverso banche dati – Terrorismo	2006	<i>Haas</i>
12	Ordinanza 1 BvR 2087/03, 1 BvR 2111/03	Tutela giuridica dei dati personali (telecomunicazione)	2006	Gaier
13	Ordinanza 1 BvR 1905/02	Diritto processuale (Esecuzione di sentenze definitive ritenute incostituzionali)	2005	<i>Haas</i>
14	Ordinanza 2 BvF 2/03	Sanità – previdenza	2005	<i>Osterloh</i> Gerhardt
15	Sentenza 2 BvE 4/05, 2 BvE 7/05	Questione di fiducia – scioglimento del <i>Bundestag</i>	2005	<i>Lübbe-Wolff</i> Jentsch
16	Sentenza 2 BvR 2236/04	Mandato d’arresto europeo	2005	Broß <i>Lübbe-Wolff</i> Gerhardt
17	Sentenza 2 BvE 3/02	Diritto elettorale	2004	<i>Osterloh</i> Gerhardt <i>Lübbe-Wolff</i>
18	Ordinanza 2 BvR 955/00, 2 BvR 1038/01	Espropriazione nell’Est	2004	<i>Lübbe-Wolff</i>
19	Sentenza 2 BvF 2/02	Riforma della disciplina universitaria	2004	<i>Osterloh</i> <i>Lübbe-Wolff</i>
20	Ordinanza 2 BvR 383/03	Finanziamento dei partiti politici	2004	Di Fabio

sussistente tra le 142 decisioni indicate nella sopra ricordata statistica del *Bundesverfassungsgericht* del 2008 e le 110 individuate da Luther per il periodo dal 1971 al 1993. Rimane da chiarire l’origine di tale divergenza.

<sup>7</sup> I magistrati donna sono indicati in *corsivo*.

				Mellinghoff
21	Ordinanza 1 BvR 1892/03	Tutela giurisdizionale	2004	Haas
22	Sentenza 1 BvR 2378/98	Intercettazioni dell'abitazione	2004	Jaeger Hohmann- Dennhardt
23	Sentenza 2 BvR 834/02, 2 BvR 1588/02	Competenza per misure di sicurezza detentiva	2004	Broß Osterloh Gerhardt
24	Ordinanza 2 BvR 1978/00	Tutela giurisdizionale – chiesa	2004	Lübbe-Wolff
25	Ordinanza 2 BvR 496/01	Tutela giurisdizionale – chiesa	2004	Lübbe-Wolff
26	Sentenza 2 BvR 1436/02	Velo islamico	2003	Jentsch Di Fabio Mellinghoff
27	Ordinanza 2 BvR 685/03	Stranieri – Espulsione	2003	Sommer
28	Sentenza 2 BvF 1/02	Nuova legge sull'immigrazione	2002	Osterloh Lübbe-Wolff
29	Provv. Cautelare 2 BvE 3/02	Ripartizione dei seggi (commissione di conciliazione)	2002	Broß
30	Sentenza 1 BvF 1/01, 1 BvF 2/01	Legge sui pacs	2002	Haas Papier
31	Sentenza 2 BvR 794/95	Diritto penale – sanzione patrimoniale	2002	Jentsch Di Fabio Mellinghoff
32	Sentenza 2 BvG 2/00	Centro nucleare “Biblis” – conflitto tra <i>Bund e Länder</i>	2002	Di Fabio Mellinghoff
33	Ordinanza 1 BvR 1190/90 etc.	Protesta non violenta ( <i>sit-in</i> )	2001	Jaeger Bryde Haas
34	Provv. cautelare 1 BvQ 23/01, 1 BvQ 26/01	La legge sui pacs	2001	Papier Haas Steiner
35	Sentenza 1 BvR 2623/95, 1 BvR 622/99	Ammissibilità di riprese televisive durante le udienze	2001	Kühling Hoffmann-Riem Hohmann- Dennhardt
36	Sentenza 1 BvR 284/96, 1 BvR 1659/96	Indennità – Vittime della guerra (Germania dell'est ed ovest)	2000	Kühling Jaeger Hohmann- Dennhardt
37	Sentenza 1 BvR 2306/96 etc.	Legge bavarese relativa all'aborto	1998	Graßhof Papier Jaeger Kühling Haas
38	Sentenza 2 BvR 441/90 etc.	Diritto penitenziario – lavoro dei detenuti	1998	Kruis
39	Ordinanza 2 BvR 882/97	Effetto retroattivo di una sovvenzione fiscale	1997	Kruis
40	Sentenza 2 BvR 1516/93	Diritto di asilo	1996	Sommer Böckenförde Limbach
41	Sentenza 2 BvR 1507/93 etc.	Diritto di asilo – espulsione	1996	Sommer Böckenförde Limbach

42	Ordinanza 1 BvR 1476/91 etc.	Diffamazione collettiva (“ <i>tutti i soldati sono assassini</i> ”)	1995	Haas
43	Ordinanza 2 BvR 1906/95 etc.	Diritto di asilo	1995	Sommer
44	Ordinanza 1 BvR 166/93	Tutela giurisdizionale	1995	Kühling
45	Ordinanza 1 BvR 1087/91 etc.	Crocifisso nelle scuole	1995	Seidl Söllner Haas
46	Ordinanza 2 BvL 19/91 etc.	Spionaggio – Germania dell’Est	1995	Klein Kirchhof Winter
47	Ordinanza 1 BvR 718/89 etc.	Protesta non violenta ( <i>sit-in</i> )	1995	Seidl Söllner Haas
48	Sentenza 2 BvE 3/92 etc.	AWACS I, impiego di soldati tedeschi all’estero	1994	Böckenförde Kruis
49	Ordinanza 2 BvL 3/90 etc.	Misure di miglioramento e di sicurezza	1994	Graßhof
50	Ordinanza 2 BvL 43/92 etc.	<i>Cannabis</i>	1994	Graßhof Sommer

Dall’elenco sopra riportato, possono trarsi i seguenti rilievi:

- l’uso del voto dissenziente è più frequente nella seconda Sezione rispetto alla prima (dato, questo, già riscontrato da Luther per gli anni precedenti al 1994);
- il voto dissenziente viene redatto in relazione a sentenze e ad ordinanze e prescinde dalla tipologia di competenza del *Bundesverfassungsgericht* utilizzata;
- non sono sempre gli stessi giudici che esprimono voti dissenzienti, sebbene alcuni giudici ne facciano più frequentemente uso rispetto ad altri (ad esempio, i giudici Gerhardt, Lübbe-Wolff, Osterloh e Haas rispetto ai giudici Bryde, Masing, Hassemer o Hoffmann-Riem); e spesso sono le donne (in proporzione) che esprimono voti dissenzienti in una decisione (in particolare i giudici Lübbe-Wolff, Osterloh, Haas e Jaeger). In oltre il 50% delle sentenze sopra indicate sono state espresse opinioni dissenzienti da parte dei magistrati donne;
- il voto dissenziente, nella maggioranza dei casi, riguarda soprattutto decisioni di maggiore rilevanza politica-sociale ed interesse pubblico, ma non mancano voti che hanno avuto ad oggetto anche mere questioni di diritto<sup>8</sup>.

Da segnalare è, inoltre, che il risultato di una votazione in cui è presente un voto dissenziente viene comunicato solo nella minoranza dei casi<sup>9</sup>.

Come già descritto da Luther, non esiste né un numero massimo per i voti dissenzienti né una previsione che impedisca che gli argomenti trattati nel voto dissenziente vengano commentati nella motivazione della decisione od in altri voti dissenzienti. L’art. 26, comma 1, secondo periodo,

<sup>8</sup> Cfr. anche BVerfGE 80, 137 (164) – libertà di agire, BVerfGE 93, 99 (117) – avvertimento sui diritti della parte, BVerfGE 97, 67 (85) – effetto retroattivo di una sovvenzione fiscale.

<sup>9</sup> Ad esempio, nella decisione del 18 dicembre 2002 relativa alla legge sull’immigrazione, *Zuwanderungsgesetz*, non viene comunicato.

del Regolamento “*GO-BVerfG*” relativo alla legge istitutiva del *Bundesverfassungsgericht* prevede, inoltre, la possibilità di riaprire la discussione tra i giudici in seguito ad un voto dissenziente.

#### **4. L’effetto del voto dissenziente sui mutamenti della giurisprudenza costituzionale**

In alcuni rari casi, il dissenso all’interno del tribunale costituzionale federale, combinato con le critiche mosse ad una decisione dalla dottrina, ha determinato successivi mutamenti della giurisprudenza costituzionale, come ad esempio in materia di finanziamento dei partiti (cfr. in particolare BVerfGE 85, 264 [314] con riferimento a BVerfGE 73, 40 [103 ss., 117]), od in materia di libertà di religione (decisioni relative al crocifisso nelle scuole ed al velo).

Di seguito si riproduce una tabella<sup>10</sup> che indica, per alcuni temi selezionati e di particolare rilievo, le decisioni rese, negli anni, dal *Bundesverfassungsgericht*. Dette decisioni sono state analizzate, per ciascuna materia, sotto un profilo di coerenza ovvero vagliando se vi siano stati voti dissenzienti e se ciò abbia comportato un mutamento giurisprudenziale in successive decisioni riguardanti la medesima materia:

---

<sup>10</sup> Predisposta dal Prof. Dr. Christoph Hönnige, *op. cit.*, p. 15.



Themenblock	Urteilsnamen	Jahr	BVerfGE	Konsistenz	Zuordnung	Abweichende Meinung
1	Parteienfinanzierung I	1958	8, 51	nein	Staatsorganisation	nein
	Parteienfinanzierung II	1966	20, 56			nein
	Parteienfinanzierung III	1979	52, 63			nein
	Parteienfinanzierung IV	1985	69, 92			nein
	Parteienfinanzierung V	1986	73, 40			ja
	Parteienfinanzierung VI	1988	78, 350			nein
	Parteienfinanzierung VII	1992	85, 264			nein
	Parteienfinanzierung VIII	1998	99, 84			nein
	Parteienfinanzierung IX	2001	104, 287			nein
2	Abtreibung I	1975	39, 1	nein	Grundkonsens	ja
	Abtreibung II	1993	88, 203			ja
3	Kruzifix I	1991	85, 94	nein	Grundkonsens	nein
	Kruzifix II	1995	93, 1			ja
	Kruzifix III	1997	NAB			nein
	Kruzifix IV	1997	NAB			nein
	Kopftuchurteil	2003	108, 282			ja
4	Vertrauensfrage I	1983	62, 1	nein	Staatsorganisation	ja
	Vertrauensfrage II	2005	114, 121			ja
5	Sitzblockade I	1986	73, 206	ja	Grundkonsens	nein
	Sitzblockade II	1987	76, 211			nein
	Sitzblockade III	1989	NAB			nein
	Sitzblockade IV	1990	SKB			nein
	Sitzblockade V	1991	SKB			nein
	Sitzblockade VI	1991	SKB			nein
	Sitzblockade VII	1995	92, 1			ja
	Sitzblockade VIII	2001	104, 92			ja
	Sitzblockade IX	2002	NAB			nein
	Sitzblockade X	2002	NAB			nein
6	Solange I	1974	37, 271	ja	Staatsorganisation	ja
	Solange II	1986	73, 339			nein
7	Familiennamen I	1978	48, 327	ja	Grundkonsens	nein
	Familiennamen II	1991	84, 9			nein
8	Untersuchungshaft I	1965	19, 342	ja	Grundkonsens	nein
	Untersuchungshaft II	1966	20, 45			nein
9	Witwerrenten I	1963	17, 1	nein	Grundkonsens	nein
	Witwerrenten II	1975	39, 169			nein
10	Bebauungsplan HB	1971	31, 364	nein	Staatsorganisation	nein
	Bebauungsplan HH	1985	70, 35			ja
11	Anwaltliche Titelführungsbefugni	1973	36, 212	nein	Grundkonsens	nein
	Anwaltliche Ständesrichtlinien	1987	76, 171			nein
12	Diatenurteil	1975	40, 296	nein	Grundkonsens	ja
	Beamtenversorgungsurteil	1987	76, 256			nein
13	Aida-Urteil	1967	21, 261	nein	Grundkonsens	nein
	Arbeitnehmerüberlassung	1987	77, 84			nein
14	Kinderlastenausgleich	1976	43, 108	nein	Grundkonsens	nein
	Familienexistenzminimum	1990	82, 60			nein
15	Kostenerstattung Volkszählung	1984	66, 152	nein	Grundkonsens	nein
	Kostenerstattung Bodenreform	1991	85, 117			nein
16	Feuerwehrabgabe I	1959	9, 291	nein	Grundkonsens	nein
	Feuerwehrabgabe II	1961	13, 167			nein
	Feuerwehrabgabe III	1995	92, 91			nein
17	Überhangmandate I	1988	79, 169	nein	Staatsorganisation	nein
	Überhangmandate II	1997	95, 335			nein
	Überhangmandate III	2008	tba			nein

Tabelle 2: Folgeurteile beim Bundesverfassungsgericht 1951 bis 2006

### Termini tradotti:

Themenblock:	tema
Urteilsnamen:	nome della decisione
Jahr:	anno
Konsistenz:	coerenza
Zuordnung:	ambito
Abweichende Meinung:	voto dissenziente
Nein:	no
Ja:	si
Parteienfinanzierung:	finanziamento dei partiti politici
Abtreibung:	aborto
Kruzifix:	crocifisso
Vertrauensfrage:	questione di fiducia
Sitzblockade:	protesta non violenta ( <i>sit-in</i> )
Familiennamen:	cognome
Untersuchungshaft:	detenzione preventiva
Witwenrente:	pensione vedovile
Bebaungsplan:	piano regolatore
Anwaltliche Titel- führungsbefugnis/ Standesrichtlinien:	diritto al titolo (di avvocato)/ codice denteologico
Diätenurteil:	diaria dei parlamentari
Aida-Urteil:	sentenza AIDA
Arbeitnehmerüber- lassung:	tutela dei lavoratori nell'ambito di cessioni
Kinderlastenaus- Gleich:	sovvenzioni per bambini
Familienexistenz- Minimum:	minimo di sussistenza per famiglie
Kostenerstattung:	rimborso spese
Volkszählung:	censimento demografico
Bodenreform:	riforma fondiaria
Feuerwehrrabgabe:	contributi per vigili del fuoco
Überhangmandate:	mandati parlamentari (diretti) in eccedenza
Staatsorganisation:	organizzazione dello Stato
Grundkonsens:	consenso di base (diritti fondamentali)

Da un'analisi dei dati esposti, emerge chiaramente che non esiste una regola precisa per cui si possa affermare che il voto dissenziente venga di solito espresso nell'ambito di decisioni coinvolgenti aspetti di maggior rilievo politico o sociale. Molte decisioni di assoluto rilievo, tra cui le decisioni del *Bundesverfassungsgericht* in materia elettorale (si pensi, ad esempio, alla decisione in merito ai mandati parlamentari in eccedenza del 2008<sup>11</sup>) od altre in riferimento all'integrazione europea (ad esempio, la sentenza sul trattato di Maastricht<sup>12</sup>) sono state rese all'unanimità, mentre altre sono state assunte con la presenza di voti dissenzienti (come le sentenze sull'aborto o le sentenze sulla questione di fiducia). Inoltre, non sembra di potersi affermare che il mutamento della giurisprudenza costituzionale sia particolarmente frequente qualora sia stato, in precedenti decisioni, espresso un voto dissenziente. Più prudentemente, si può forse sostenere che il voto dissenziente rappresenti un indice per evidenziare che la discussione, su determinate questioni di carattere costituzionale, è rimasta aperta, non essendosi raggiunto un chiarimento definitivo<sup>13</sup>. Una certa incoerenza tra le decisioni rese sulle stesse tematiche ossia un mutamento giurisprudenziale si

---

<sup>11</sup> BVerfGE 2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07.

<sup>12</sup> BVerfGE 98, 155.

<sup>13</sup> Cfr. Karl Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, 4<sup>a</sup> ed., Monaco di Baviera, 1997, n. 48.

può comunque osservare anche con riferimento alle decisioni non procedute da decisioni in cui erano stati espressi voti dissenzienti.

Il Prof. Dr. Hönnig, autore del grafico sopra-riportato, comunque sottolinea, in merito al mutamento della giurisprudenza, l'influenza che hanno avuto le preferenze politiche dei singoli giudici costituzionali che si riflesse o manifestate anche nell'espressione di un voto dissenziente.

## 5. Brevi cenni sul dibattito dottrinale

Alle domande che si pongono circa l'utilità dell'istituto, vengono, ancora oggi, fornite risposte controverse, sebbene l'istituto non venga più messo in discussione. Chi è stato, da sempre, dell'opinione che l'introduzione del voto dissenziente sia stata superflua o controproducente vede confermata la propria tesi dallo scarso utilizzo che dell'istituto si è fatto e sottolinea i problemi che possono derivare da decisioni non del tutto condivise dall'intero collegio (problemi che possono essere legati alla credibilità ed alla fiducia nel *Bundesverfassungsgericht* od al pericolo di mancanza di disponibilità al compromesso tra i giudici). Chi invece si è sempre espresso in favore dell'istituto, soprattutto in ragione della trasparenza della giurisprudenza costituzionale che ne deriva, apprezza ora il fatto che l'uso del voto dissenziente si limiti di solito a decisioni particolarmente importanti<sup>14</sup>. Quanto all'asserito rischio scaturente dalla prospettata mancanza di disponibilità al compromesso, viene obiettato che il solo annuncio di voler esprimere un voto dissenziente stimola i giudici ad una maggiore criticità e ad una più attenta riflessione, con l'obiettivo di motivare in maniera approfondita una decisione assunta a maggioranza: ne deriva un effetto positivo in termini di qualità delle decisioni<sup>15</sup>. I fautori dell'istituto, con riferimento alla presunta maggiore delusione che si riscontrerebbe in capo ai ricorrenti soccombenti nell'accettare una decisione in cui sia stato espresso un voto dissenziente (favorevole, quindi, alle loro argomentazioni), ritengono che, invero, la parte soccombente troverebbe, in un certo qual modo, una forma di consolazione nel fatto che sia stato espresso un voto dissenziente nei termini sopra riferiti<sup>16</sup>.

In ogni caso, alla luce dell'esperienza maturata sin dal 1971, appare difficile sostenere che l'introduzione dell'istituto in esame abbia pregiudicato l'autorevolezza del Tribunale costituzionale federale o, per altro verso, il grado di accettazione delle sue decisioni.

Invero, oggi, gli oppositori dell'istituto si limitano a formulare critiche coinvolgenti aspetti formali o di stile relativamente al modo in cui si esprime il voto dissenziente. Ad esempio, il Dr. Isensee, Professore ordinario presso l'università di Bonn, ha sostenuto, nell'ambito del *Deutsche Juristentag* del 1996 a Karlsruhe, che la maniera e lo stile con cui sono stati redatti alcuni voti dissenzienti sarebbero "un segno d'allarme". Si sottolinea, al riguardo, che il voto dissenziente non dovrebbe in alcun modo tendere a polemizzare contro la decisione espressa dalla maggioranza del collegio. I giudici dissenzienti sarebbero, infatti, vincolati dal loro obbligo di lealtà nei confronti del Tribunale costituzionale federale<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Cfr., in merito al dibattito dottrinale, anche per ulteriori riferimenti, Hennecke, *op. cit.*, § 30, n° 20.

<sup>15</sup> Cfr., ad esempio, E.-G. Mahrenholz, *Das richterliche Sondervotum*, in: W. Hoppe/W. Krawietz/M. Schulte, *Rechtssprechungslehre*, Köln-Berlin 1992, p. 167 (169).

<sup>16</sup> Cfr. Christian Walter, "En Allemagne", *La pratique des opinions dissidentes à l'étranger*, in *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 8/2000.

<sup>17</sup> J. Isensee, *Bundesverfassungsgericht – quo vadis ?*, in *JZ* 1996, p. 1085 (1087).

Di contro, si è avuto modo di riscontrare un consenso trasversale tra i fautori e gli oppositori del voto dissenziente in riferimento all'importanza del voto dissenziente per la discussione scientifica e dottrinale<sup>18</sup>.

## 6. Osservazioni conclusive

Il voto dissenziente è ormai un istituto consolidato e poco discusso in Germania, per quanto non manchino alcune critiche puntuali sul suo utilizzo. Il voto dissenziente è, comunque, da considerarsi come una rarità nella prassi del *Bundesverfassungsgericht*. I grandi timori paventati dai suoi oppositori non sembrano quindi essersi manifestati. Nella maggior parte dei casi il voto dissenziente si aggiunge a sentenze di un certo rilievo ed interesse politico-sociale, ma si sottolinea che tante decisioni importanti vengono decise all'unanimità. Non si può, alla luce dei dati statistici disponibili, affermare che i mutamenti della giurisprudenza costituzionale siano particolarmente frequenti in presenza di voti dissenzienti espressi nel passato, sebbene il voto dissenziente sembra potersi interpretare come indice del fatto che alcune decisioni possano, prevedibilmente, essere oggetto di ripensamenti in future decisioni coinvolgenti medesime questioni.

---

<sup>18</sup> Cfr., in merito, Hennecke, *op. cit.*, § 30, n° 20.

# L'OPINIONE DISSENZIENTE NELLA PRASSI DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SPAGNOLO (1994-2009)

a cura di Carmen Guerrero Picó

## 1. Introduzione

La possibilità che i giudici esprimano il proprio dissenso nell'ambito di una pronuncia giudiziale collegiale è connaturata alla tradizione giuridica spagnola. Alcuni dei precedenti più rilevanti possono consultarsi nell'intervento di Massimo Siclari al Seminario sull'opinione dissenziente svoltosi nel Palazzo della Consulta nei giorni 5 e 6 novembre 1993, cui si rinvia.

L'istituto dell'opinione dissenziente nelle pronunce del Tribunale costituzionale è stato introdotto nel sistema costituzionale attuale dall'art. 164 della Costituzione del 1978. Il comma 1 di questo articolo prevede che "le sentenze del Tribunale costituzionale saranno pubblicate sul Bollettino Ufficiale dello Stato, unitamente ai voti particolari, ove espressi [...]". Dal testo costituzionale emerge che: 1) si parla di voto particolare, perché con questi termini si fa riferimento non solo alle opinioni dissenzienti (quelle in cui esiste una discrepanza sul dispositivo della decisione), ma anche alle opinioni concorrenti (quelle in cui non esiste una discrepanza sul dispositivo, ma sulle motivazioni che portano ad adottarlo); 2) è obbligatorio dare pubblicità ai voti particolari; 3) il legislatore ordinario non può alterare queste caratteristiche dell'istituto.

Seguendo il dettato costituzionale, la legge *orgánica* n. 2/1979, del 3 ottobre, sul Tribunale costituzionale (d'ora in avanti, LOTC) ha stabilito, all'art. 90, comma 2, che il Presidente del Tribunale ed i giudici costituzionali possono esprimere attraverso un voto particolare la loro opinione dissenziente manifestata durante la decisione della causa (ciò per evitare cambiamenti di posizione poco giustificati e potenzialmente perturbatori una volta adottata la decisione). Il dissenso può riguardare il dispositivo (voto particolare dissenziente) o le motivazioni della sentenza (voto particolare concorrente) ed i voti particolari devono essere incorporati alla pronuncia. Inoltre, trattandosi di sentenze o di dichiarazioni, devono pubblicarsi unitamente ad esse nel Bollettino Ufficiale dello Stato.

La legge *orgánica* n. 6/2007, del 24 maggio, ha riformato l'art. 90, comma 2, LOTC, includendo le ordinanze tra le pronunce la cui pubblicazione ufficiale deve essere accompagnata dai voti particolari. La novella è stata positivamente accolta dalla dottrina per l'importante ruolo svolto dai voti particolari nel confronto argomentativo e nel susseguente apporto allo sviluppo ed alla evoluzione del diritto, nonché al fine di chiarire i rapporti sussistenti tra gruppi e correnti di pensiero all'interno del Tribunale costituzionale<sup>19</sup>.

Per quanto riguarda la giustizia ordinaria, l'istituto è stato introdotto dall'art. 260 della legge *orgánica* n. 6/1985, del 1° luglio, sul potere giudiziario (d'ora in avanti LOPJ). Per la parte in cui la LOTC non disciplina altri aspetti come l'emissione dei voti particolari, le disposizioni della LOPJ si applicano anche al Tribunale costituzionale (art. 80 LOTC)<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Si veda Balaguer Callejón, F.; Cámara Villar, G.; e Medina Rey, L. F.: *La nueva ley orgánica del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2008, pp. 117-118.

<sup>20</sup> Sul punto, v., tuttavia, L. Luatti, *Profili costituzionali del voto particolare*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 227, il quale ritiene che in assenza di norme regolamentari relative all'esercizio in concreto del *dissent*, l'organo di giustizia abbia elaborato in via di prassi proprie regole, non formalizzate ma comunque effettive.

## 2. Brevi cenni sul dibattito dottrinale

Il voto particolare è un istituto molto apprezzato dalla maggior parte della dottrina spagnola, anche se esiste una tendenza minoritaria ad esso contraria<sup>21</sup>. Peraltro, deve sottolinearsi come siano relativamente circoscritti i contributi scientifici che lo hanno approfondito (le scarse monografie risalgono ai primi anni novanta).

Possiamo rilevare che, in generale, la pubblicità dei voti particolari è considerata l'espressione più completa della pubblicità del processo giurisdizionale ed è stato enfatizzato che costituisce una garanzia giuridica. In questo senso, grazie alla *dissenting*, il diritto costituzionale si perfeziona e diventa più democratico, più comprensibile e meglio accettato dai cittadini; le decisioni giudiziarie sono più trasparenti; aumentano l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici costituzionali; possono essere anticipati mutamenti giurisprudenziali, ecc<sup>22</sup>. I voti particolari offrono linee di argomentazione diverse, con una volontà implicita di rendersi eventualmente in futuro maggioritarie, e, d'altra parte, sono espressione delle peculiarità delle disposizioni e delle norme costituzionali, così come della erroneità del vecchio dogma dell'interpretazione come ragionamento logico e perfettamente prevedibile che conduce ad un'unica soluzione corretta<sup>23</sup>.

Tutto ciò premesso, quando Fernández Segado studia nel 2008 l'evoluzione della *dissenting* nel diritto comparato, giunge a conclusioni lontane dal potersi dire entusiastiche, in quanto afferma che si tratta, sì, di un istituto indiscutibilmente radicato nell'ordinamento spagnolo, che è stato efficace e che non ha prodotto distorsioni (nel senso che non è stato utilizzato come un strumento politico), ma, al contempo, riconosce come l'istituto non abbia avuto un particolare impatto né sull'evoluzione del diritto né su quella della giurisprudenza costituzionale<sup>24</sup>.

## 3. Alcuni dati statistici relativi alla prassi del voto particolare

Fin dalle loro prime pronunce, i giudici del Tribunale costituzionale hanno emesso voti particolari dissenzienti o concorrenti (minoritari), individuali, congiunti o per adesione al voto di altri membri del collegio<sup>25</sup>, in decisioni assunte a seguito di qualsiasi tipo di processo costituzionale (ricorso di *amparo*, ricorso di incostituzionalità, conflitto di competenze, ecc.), da parte del *plenum* o delle due *salas*<sup>26</sup>.

Il Tribunale costituzionale spagnolo non dispone di statistiche né di tabelle sull'utilizzo del voto particolare nelle sue pronunce e la dottrina ha analizzato accuratamente soltanto i primi dieci anni di giurisprudenza costituzionale<sup>27</sup>.

---

<sup>21</sup> In questo senso, si veda J. L. Cascajo Castro: "La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española", in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 17, mayo-agosto 1986, p. 171 e ss.

<sup>22</sup> Si veda T. Freixes: "En Espagne" (Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles), in *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n. 8, 2000, p. 94 e ss.

<sup>23</sup> Si veda F. Balaguer Callejón (coor.): *Manual de derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 2008, vol. 1, p. 319.

<sup>24</sup> Si veda F. Fernández Sagado: *La Justicia Constitucional. Una visión de derecho comparado*, Dykinson, 2008, vol 1, pp. 415 e 439.

<sup>25</sup> Dato il sistema di turni per la distribuzione delle cause, può succedere accadere, ad esempio, che il relatore di una causa si trovi in disaccordo con la maggioranza, ma rediga la decisione nel rispetto delle motivazioni prevalenti, salvo poi formulare un voto particolare (così, il giudice Tomás y Valiente nella STC 60/1983, il giudice Rubio Llorente nella STC 3/1984 o il giudice De Mendizábal Allende nella STC 75/2000).

<sup>26</sup> A partire dal 2007, possono rendere decisioni anche le sezioni, ma per il momento le loro sentenze non recano alcun voto particolare.

<sup>27</sup> Luatti considera il periodo 1981-1994 (vedere le pp. 194-217 della sua monografia) ed in G. Cámara Villar: *Votos particulares y Derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional Español (1981-1991)*,

Di seguito si riportano alcuni dati ottenuti dal *database* di giurisprudenza costituzionale del Bollettino Ufficiale dello Stato<sup>28</sup> e dall'elenco di sentenze presente sul *web* del Tribunale<sup>29</sup>.

In primo luogo, abbiamo preso in considerazione l'insieme di pronunce emesse dal Tribunale costituzionale dal 1980<sup>30</sup> al 2008.

**Tabella 1. Pronunce periodo 1980-2008.**

<b>Tipo di pronuncia</b>	<b>Numero totale</b>	<b>Con voti particolari</b>
Sentenza (STC)	6.418	785
Ordinanza (ATC)	13.479	55
Dichiarazione (DTC)	3	1
<b>Totale</b>	<b>19.900</b>	<b>841</b>

Sulla base di questi dati, possiamo fare due osservazioni. La prima è che i giudici costituzionali hanno fatto un ricorso contenuto al voto particolare, poiché il numero di pronunce con voti particolari rappresenta solo il 4% del totale. La seconda è che ci sono voti in ogni tipo di pronuncia, anche se si trovano in maggior numero nelle sentenze.

Nel prosieguo faremo dunque riferimento alla *dissenting* nelle sentenze, proprio per la loro maggiore rilevanza (eccezione fatta per i voti particolari degli AATC riguardanti le cause sulla riforma della LOTC e sullo Statuto catalano, di cui si darà conto nel paragrafo 8). Con riguardo alle dichiarazioni, l'unico caso esistente è quello della Dichiarazione 1/2004. In essa, il Tribunale costituzionale ha dichiarato la conformità degli artt. I-6, II-111 e II-112 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa alla Costituzione spagnola, ma la pronuncia ha visto tre voti particolari dei giudici Delgado Barrio, García-Calvo e Rodríguez Arribas.

L'evoluzione annuale del numero di sentenze con voti particolari è osservabile nella tabella che segue.

**Tabella 2. Sentenze 1981-2008.**

<b>Anno</b>	<b>Totale sentenze</b>	<b>Sentenze con voti</b>	<b>%</b>
1981	42	10	23
1982	86	8	9
1983	125	19	15

---

Secretaría General del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, si analizza solo la *dissenting* riferita al ricorso di *amparo*. Freixes ha studiato i voti particolari dissenzienti del periodo 1981-1998 (op. cit.).

<sup>28</sup> [http://www.boe.es/boe/consultas/bases\\_datos/jurisprudencia\\_constitucional.php](http://www.boe.es/boe/consultas/bases_datos/jurisprudencia_constitucional.php)

<sup>29</sup> <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/jurisprudencia.html>. L'elenco è relativo agli anni 2000-2009.

<sup>30</sup> La prima sentenza è del 1981, ma la prima ordinanza è del 1980.

1984	127	10	7
1985	183	12	6
1986	169	13	8
1987	209	15	7
1988	265	16	6
1989	219	16	7
1990	214	15	7
1991	248	19	8
1992	242	18	7
1993	388	39	10
1994	337	36	11
1995	198	35	18
1996	212	34	16
1997	237	39	16
1998	240	34	14
1999	242	27	11
2000	312	54	17
2001	240	36	15
2002	239	27	11
2003	230	30	13
2004	255	52	20
2005	342	59	17
2006	365	70	19
2007	265	43	16
2008	187	31	16
<b>Totale</b>	<b>6.418</b>	<b>817</b>	<b>12,7</b>

Il numero di voti particolari è aumentato progressivamente col passare degli anni. Nel periodo che va tra il 1981 ed il 1994, con poche eccezioni, la percentuale di sentenze con voti particolari oscilla tra il 6 e il 10%, mentre si avvicina di più al 20% negli anni successivi. Nel 2009, fino al 28 aprile, sono state emesse 103 sentenze, di cui 9 recano voti particolari.

Altro aspetto al quale prestare attenzione è se il voto particolare si collega ad una sentenza del *plenum* o delle *salas* del Tribunale costituzionale.

**Tabella 3. Sentenze del *plenum* o delle *salas* 2000-2008.**

<b>Anno</b>	<b>Decisioni del <i>plenum</i></b>	<b>Decisioni della sala prima</b>	<b>Decisioni della sala seconda</b>
2000	19	16	19
2001	15	11	10
2002	11	7	9



2003	14	10	6
2004	29	13	10
2005	22	26	11
2006	22	29	19
2007	15	11	17
2008	15	11	17
<b>Totale</b>	<b>162</b>	<b>134</b>	<b>118</b>

I ricorsi e le questioni di incostituzionalità, i conflitti di competenze ed il conflitto in difesa della autonomia locale sono risolti dal *plenum*, mentre i ricorsi di *amparo*, nella maggior parte delle occasioni, sono risolti dalle *salas*.

In questi anni osserviamo che il maggior numero di voti particolari si riferisce al ricorso di *amparo* e dunque ai problemi legati all'efficacia dei diritti fondamentali. Ciò non stupisce, poiché il ricorso di *amparo* catalizza gran parte dell'attività dei giudici costituzionali, come dimostrano le statistiche che ogni anno pubblica il Tribunale. Osserviamo più chiaramente questo fenomeno nelle tabelle successive.

**Tabella 4. Classificazione in base al tipo di processo costituzionale.**

<b>Anno</b>	<b>Ricorso di amparo</b>	<b>Ricorso di incostituzionalità</b>	<b>Questione di incostituzionalità</b>	<b>Conflitto di competenza</b>	<b>Conflitto in difesa dell'autonomia locale</b>
1981	2	5	3	-	-
1982	5	1	1	1	-
1983	9	2	6	2	-
1984	6	1	1	2	-
1985	8	2	1	2	-
1986	5	5	1	2	-
1987	6	5	4	-	-
1988	12	2	1	1	-
1989	7	4	-	5	-
1990	9	3	2	1	-
1991	13	1	4	1	-
1992	4	2	6	6	-
1993	18	10	7	2	-
1994	17	5	9	5	-
1995	22	-	7	2	-
1996	23	2	5	4	-
1997	32	4	3	-	-
1998	24	4	2	4	-
<b>Totale</b>	<b>222</b>	<b>58</b>	<b>63</b>	<b>40</b>	<b>-</b>

*Fonte: T. Freixes*

<b>Anno</b>	<b>Ricorso di amparo</b>	<b>Ricorso di incostituzionalità</b>	<b>Questione di incostituzionalità</b>	<b>Conflitto di competenza</b>	<b>Conflitto in difesa dell'autonomia locale</b>
2000	39	6	5	4	-
2001	30	3	1	2	-
2002	18	6	1	2	-
2003	17	9	3	1	-
2004	25	5	21	1	-
2005	39	12	3	5	-
2006	49	5	12	3	1
2007	28	13	1	1	-
2008	12	3	15	0	1
<b>Totale</b>	<b>257</b>	<b>62</b>	<b>62</b>	<b>19</b>	<b>2</b>

Infine, per quanto riguarda i giudici che firmano i voti particolari, in generale non si parla di grandi “dissenziati” (anche se alcuni giudici lo hanno usato spesso, come Jiménez de Parga, Rubio Llorente, Díez-Picazo, Vega Benayas o Gimeno Sendra, per citare alcuni esempi) e si dà il caso che alcuni giudici costituzionali (come García Pelayo e De los Mozos) non lo abbiano mai utilizzato. Ma un dato che riteniamo interessante concerne i voti particolari dei Presidenti<sup>31</sup>. Anche se utilizzavano spesso i voti particolari quando erano giudici, almeno durante il periodo in cui hanno ricoperto questa carica si sono, per così dire, auto-censurati, cercando di utilizzare questa possibilità il meno possibile per non influenzare l’azione del Tribunale (per i vicepresidenti invece non si è osservato alcun cambiamento rilevante).

**Tabella 5. I voti particolari dei Presidenti nelle sentenze del Tribunale costituzionale.**

Presidente	Numero totale di voti particolari	Numero di voti durante la Presidenza
García Pelayo	-	-
Tomás y Valiente	17	4
Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer	16	5
Rodríguez Bereijo	16	2
Cruz Villalón	36	7
Jiménez de Parga y Cabrera	105	11
Casas Baamonde	42	17
<b>Totale</b>	<b>232</b>	<b>46</b>

I due Presidenti con un mandato temporalmente più esteso sono stati il primo, García Pelayo, che non ha emesso alcun voto particolare, e l’ultima, che è quella che lo ha utilizzato di più.

#### 4. I motivi del voto particolare

Nella maggior parte delle occasioni, le discrepanze che nascono all’interno del Tribunale costituzionale sono di natura casistica e tecnica. Sovente hanno a che vedere con l’impiego di parametri di costituzionalità e di tecniche decisorie, con l’esercizio del *self-restraint* da parte del Tribunale allo scopo di non debordare dal suo ruolo e di non invadere la sfera propria del legislatore o del giudice ordinario<sup>32</sup>; con la consolidamento della o con il distacco dalla sua giurisprudenza precedente; con la denuncia di carenze logiche nelle motivazioni della *ratio decidendi*<sup>33</sup> o di

<sup>31</sup> Finora sono stati nominati Presidente del Tribunale costituzionale i seguenti giudici: Manuel García Pelayo (luglio 1980), Francisco Tomás y Valiente (marzo 1986), Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (luglio 1992), Álvaro Rodríguez Bereijo (febbraio 1995), Pedro Cruz Villalón (dicembre 1998), Manuel Jiménez de Parga y Cabrera (novembre 2001) e María Emilia Casas Baamonde (giugno 2004), ancora in carica.

<sup>32</sup> La STC 63/2005 recava due voti particolari dissenzienti di Conde Martín de Hijas e di Rodríguez Arribas contro la elaborazione di una giurisprudenza generale sulla prescrizione in materia penale, competenza del Tribunale supremo, ma la dottrina del Tribunale è stata ripetuta nella STC 29/2008, che reca di nuovo il voto particolare dissenziente del giudice Rodríguez Arribas.

<sup>33</sup> Un esempio recente né quello della STC 13/2009, che decide un ricorso di incostituzionalità contro legge del Parlamento basco per l’uguaglianza di donne e uomini. Il verso della pronuncia era prevedibile, in quanto la STC 12/2008 aveva avallato la scelta del legislatore statale di introdurre il requisito della parità tra i candidati di ambo i sessi nelle liste elettorali, ma in questa occasione è da segnalare, non solo l’opinione dissenziente del giudice Rodríguez-

incoerenze nello sviluppo logico dell'argomentazione delle sentenze; con il constatato abuso nell'utilizzo dell'*obiter dicta*, ecc.

## 5. Le discrepanze dogmatiche forti

Le discrepanze dogmatiche forti (parliamo di sentenze con quattro o più voti particolari), anche se esistono e sono importanti, sono ritenute dalla dottrina eccezionali e, comunque, legate generalmente agli argomenti delicati che devono essere affrontati dal Tribunale costituzionale.

Nell'ambito del controllo della costituzionalità delle norme e dei conflitti di competenza troviamo alcune sentenze con sei voti particolari dissenzienti: sono, questi, i casi più delicati, perché a decidere è stato il voto del Presidente<sup>34</sup>. Per citare alcuni esempi, si tratta della STC 5/1981 (legge *orgánica* sullo statuto dei centri scolastici), della STC 111/1983 (decreto-legge di espropriazione dell'*holding* Rumasa), della STC 53/1985 (depenalizzazione dell'aborto), della STC 71/1994 (legge *orgánica* concernente la lotta contro il terrorismo), della STC 127/1994 (legge sulla tv privata) e della STC 13/1998 (sulle competenze delle Comunità autonome in materia di ambiente).

Sempre ad esempio, recano cinque voti particolari: la STC 75/1983 (sull'accesso alla funzione pubblica), la STC 196/1987 (sul diritto all'avvocato), la STC 124/1989 (sulle competenze delle Comunità autonome in materia di previdenza sociale), la STC 225/1993 (sulla concorrenza delle grandi superfici commerciali), la STC 244/1993 (sulla concorrenza in materia di telecomunicazioni), la STC 284/1993 (sulle competenze in materia di commercio interno), la STC 215/1994 (sulla sterilizzazione degli handicappati mentali) o la STC 173/1998 (sulla portata del concetto di competenza esclusiva dello Stato).

Ancora, quattro sono i voti particolari recati, tra le altre, dalla STC 25/1981 (legislazione contro il terrorismo), dalla STC 26/1987 (legge di riforma universitaria), dalla STC 161/1987 (obiezione di coscienza), dalla STC 86/1989 (sulle assicurazioni private), dalla STC 137/1989 (sui rapporti internazionali delle Comunità autonome), dalla STC 158/1992 (sulle competenze delle Comunità autonome per la nomina dei giudici), dalla STC 107/1993 (sui rapporti di lavoro), dalla STC 206/1993 (sull'esecuzione di sentenze contro l'amministrazione), dalla STC 264/1993 (sulla ripartizione delle competenze in materia commerciale), dalla STC 56/1994 (sulle funzioni del procuratore generale dello Stato), dalla STC 116/1994 (sulle competenze della Navarra), dalla STC 178/1994 (sulle competenze in materia di *cámaras de propiedad urbana*), dalla STC 179/1994 (sulle competenze di camere di commercio), dalla STC 197/1996 (diritto di associazione), dalla STC 161/1997 (sui controlli del tasso di alcolemia), dalla STC 182/1997 (in materia fiscale) o dalla STC 206/1997 (concorrenza in materia di piani di pensionamento).

Nell'ambito del ricorso di *amparo*, si è notato che il dissenso è, in generale, meno forte quando si tratta di decisioni delle *salas* del Tribunale, anche se alcune sono state risolte con il voto prevalente del Presidente, ad esempio, la STC 64/1998 (diritto al giusto processo), la STC 27/1996 (diritto di partecipazione politica), la STC 56/1997 (detenzione preventiva) o la STC 128/1997 (comunicazioni dei carcerati).

---

Zapata Pérez (basata sugli stessi motivi adottati allora), ma anche il *voto particular* concorrente del giudice Pérez Tremps, che ritiene troppo poche le motivazioni riferite alle esigenze di parità in certi organi amministrativi.

<sup>34</sup> Si tratta di casi in cui la pronuncia del Tribunale costituzionale non ha chiuso il dibattito sociale né dottrinale sui temi trattati (dibattito che in alcuni casi prosegue fino ad oggi). D'altronde, le sentenze decise con il voto del Presidente hanno ricevuto sempre molte critiche, in quanto attraverso queste si evidenzia la dimensione politica latente di questi conflitti all'interno del Tribunale costituzionale.

Ricordiamo che il *plenum* si occupa dell'*amparo* solo nei casi in cui si tratta di cause estremamente importanti, o quando si tratta di modificare l'orientamento giurisprudenziale del Tribunale. Recano cinque voti particolari dissenzienti, tra le altre, la STC 189/1987 (previdenza sociale dei lavoratori indipendenti), le SSTC 37/1988, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214 e 215/1997 (diritto al giusto processo) o la STC 209/1991 (effetti delle sentenze dettate in applicazione del Concordato con la Santa Sede). E, ancora ad esempio, recano quattro voti particolari le SSTC 61/1982 e 159/1997 (uguaglianza davanti alla legge) e la STC 206/1992 (immunità parlamentare).

Negli ultimi anni, oltre alla riforma della LOTC e alle ricusazioni nella causa sullo Statuto catalano (che, per la sua rilevanza, verrà trattata nell'ultimo paragrafo), i temi su cui si è evidenziato di più il dissenso sono stati:

#### **- il reato di negazionismo di genocidio**

Nella STC 235/2007, il *plenum* del Tribunale costituzionale risolve una questione di incostituzionalità sull'art. 607, comma 2, del codice penale, in cui si poneva il dubbio se la disposizione fosse compatibile o meno con la libertà di espressione. L'art. 607, comma 2, del codice penale sanciva che "la diffusione attraverso qualunque mezzo di idee o di dottrine che neghino o giustifichino i reati stabiliti nel comma precedente [genocidio], o che pretendano di riabilitare i regimi o le istituzioni che hanno reso possibili gli stessi, sarà punita con una pena da uno a due anni". Il Tribunale costituzionale ha dichiarato che l'espressione "neghino o" era incostituzionale, mentre non ha ritenuto incostituzionale l'opzione di sanzionare penalmente colui che giustifichi idee negazioniste, se interpretata in conformità con il FJ 9 della sentenza. La sentenza reca quattro voti particolari dei giudici García-Calvo y Montiel, Rodríguez-Zapata Pérez, Rodríguez Arribas e Sala Sánchez.

#### **- l'estensione di alcuni diritti agli stranieri non regolarmente soggiornanti**

Le SSTC 236/2007, 259/2007, 260/2007, 261/2007, 262/2007, 263/2007, 264/2007 e 265/2007 risolvono i ricorsi di incostituzionalità contro la riforma della legge *orgánica* n. 4/2000, dell'11 gennaio, sui diritti e sulle libertà degli stranieri in Spagna e sulla loro integrazione sociale, realizzata dalla legge *orgánica* n. 8/2000, del 22 dicembre. Il *plenum* del Tribunale costituzionale accoglie parzialmente le pretese dei ricorrenti, dichiarando l'incostituzionalità di alcune norme che non riconoscevano agli stranieri non residenti legalmente in Spagna i diritti fondamentali di associazione o riunione, il diritto di associarsi liberamente in sindacati, il diritto di sciopero o il diritto dei minorenni all'educazione non obbligatoria. Si tratta, ad avviso del Tribunale, di diritti che spettano a tutti in quanto derivano dal principio di dignità umana. Ci sono i voti particolari dei giudici Conde Martín de Hijas, Rodríguez-Zapata Pérez e García-Calvo y Montiel.

#### **- le dichiarazioni di diritti negli Statuti delle Comunità autonome**

Con le SSTC 247/2007 e 249/2007, il Tribunale costituzionale ha iniziato a giudicare le riforme degli statuti delle Comunità autonome realizzate tra il 2006 e il 2007. In quest'occasione ha respinto i ricorsi di incostituzionalità presentati contro la riforma dello Statuto della Comunità autonoma valenziana. Il punto controverso riguardava il diritto all'acqua dei valenziani, ma dietro di esso si nascondeva una problematica più vasta: l'ipotesi che gli statuti delle Comunità autonome possano includere dichiarazioni di diritti. Il *plenum* ha dichiarato che gli statuti non possono stabilire diritti soggettivi in senso stretto, ma direttive, obiettivi o mandati ai poteri pubblici della Comunità autonoma, collegati all'esercizio delle competenze assunte. Quali che siano le parole

utilizzate dallo statuto, tali prescrizioni devono essere interpretate come mandati ai poteri pubblici. Accompagnano la sentenza cinque voti particolari dissenzienti, sottoscritti dai giudici Conde Martín de Hijas, Delgado Barrio, García-Calvo y Montiel, Rodríguez-Zapata Pérez e Rodríguez Arribas.

#### **- i reati di maltrattamento occasionale e di minacce lievi**

Con la STC 59/2008 il *plenum* si è pronunciato, nell'ambito di una questione di costituzionalità, sulla costituzionalità dell'art. 153, comma 1, del codice penale, modificato dalla legge *orgánica* n. 1/2004, sulle misure di protezione contro la violenza di genere. Di fronte alla condotta che costituisce il reato di maltrattamento occasionale, il codice penale reagisce in un modo diverso a seconda del sesso di chi ha commesso il reato. Se è stato un uomo ad esercitare violenza nei confronti di una donna con cui ha o ha avuto una relazione, l'art. 153, comma 1, del codice punisce il suo comportamento con la sanzione penale della reclusione in misura maggiore rispetto a quella che impone nel caso in cui sia stata una donna ad aggredire un uomo (art. 153, comma 2). Il *plenum* ha confermato la legittimità costituzionale della norma, ma la sentenza reca quattro opinioni dissenzienti dei giudici Rodríguez Zapata, Conde Martín, Rodríguez Arribas e Delgado Barrio.

Lo stesso ragionamento è stato poi riprodotto nella STC 45/2009, in cui il *plenum* del Tribunale costituzionale ha rigettato, con una maggioranza di 7 voti contro 3, l'illegittimità dell'art. 171, comma 4, del codice penale, anch'esso modificato dalla legge *orgánica* n. 1/2004. La norma puniva più duramente le minacce lievi (senza armi) quando il soggetto attivo del delitto fosse un maschio. I giudici Conde Martín de Hijas, Rodríguez Arribas e Rodríguez-Zapata Pérez si sono espressi contro la decisione della maggioranza.

## **6. La forza di precedente delle sentenze con voti particolari**

Secondo l'art. 5, comma 1, LOPJ, la "dottrina" del Tribunale costituzionale è vincolante per i giudici ed i tribunali ordinari: essi "[...] interpreteranno e applicheranno le leggi ed i regolamenti [...] conformemente all'interpretazione di questi che risulta dalle pronunce emesse dal Tribunale costituzionale in ogni tipo di processo".

Ovviamente, i voti particolari non diminuiscono l'efficacia di una pronuncia del Tribunale, ma rispetto alla forza che può avere una sentenza per instaurare un precedente che dovrà essere rispettato dai giudici ordinari, una sentenza, le cui motivazioni non siano condivise da una chiara maggioranza dei giudici costituzionali, non contiene un tipo di ragionamento adeguato per fissare una "dottrina del Tribunale" che sia a tutti gli effetti vincolante. Basta pensare alle sentenze in cui decide il voto del Presidente<sup>35</sup>. E lo stesso accade in presenza del fenomeno delle *plurality decisions*, in cui oltre ai voti particolari ci sono anche diversi voti particolari concorrenti.

Quest'ultimo è stato il caso della STC 136/1999, attraverso la quale il *plenum* ha accolto l'*amparo* richiesto dai membri della *Mesa Nacional* (organo direttivo) del partito politico Herri Batasuna contro la sentenza della sala penale del Tribunale supremo che li aveva condannati autori di un reato di collaborazionismo con banda armata. Nove giudici costituzionali hanno votato a favore dell'*amparo* e tre si sono opposti al dispositivo ed alla *ratio decidendi*, ma a loro volta quattro giudici della maggioranza hanno presentato un voto particolare concorrente con una argomentazione difficilmente compatibile con quella condivisa dagli altri giudici che formavano parte della maggioranza.

---

<sup>35</sup> Si veda M. A. Ahumada Ruiz: *Las sentencias del Tribunal Constitucional. Los votos particulares*, Iustel, 2002.

In casi di questo tipo, l'efficacia vincolante di cui all'art. 5, comma 1, LOPJ si deve grandemente relativizzare<sup>36</sup>.

## **7. La rilevanza del voto particolare: dall'autorevolezza dell'autore ai mutamenti della giurisprudenza costituzionale**

Come è stato evidenziato da più autori, la quantificazione statistica dei voti particolari secondo diversi criteri (per anno, per giudice, per tipo di processo, ecc.) può essere un esercizio interessante, ma è un'analisi irrilevante se prescindiamo dal contenuto a livello argomentativo che i giudici costituzionali manifestano.

Nei primi anni di attività del Tribunale costituzionale, sono stati molto apprezzati alcuni voti che hanno portato ad una migliore delimitazione dei vari processi costituzionali ed hanno contribuito a dare chiarezza alla stessa funzione del Tribunale costituzionale (ad esempio, si citano i voti di Rubio Llorente alla STC 12/1982 o alla STC 67/1983, il voto di Arozamena alla STC 103/1983). Altri hanno arricchito l'interpretazione di norme costituzionali di difficile comprensione alle quali si iniziava a fare un frequente ricorso. In questo senso, possono citarsi i voti particolari di Begué Cantón, Díez-Picazo, Tomás y Valiente, Gómez-Ferrer e Truyol Serra alla STC 75/1983, sulla portata del principio di uguaglianza.

In altre occasioni, le argomentazioni di un voto particolare hanno anticipato posizioni che poi sono state assunte dalla maggioranza del Tribunale costituzionale<sup>37</sup>. Uno dei casi più rappresentativi è riscontrabile in relazione all'interpretazione dell'art. 32, comma 2, LOTC, che contempla la legittimazione per l'esercizio del ricorso di incostituzionalità contro leggi, disposizioni o atti con forza di legge dello Stato che possano incidere sul proprio ambito di autonomia, da parte degli organi esecutivi e delle assemblee legislative delle Comunità autonome. L'interpretazione assai rigorosa che diede alla norma la maggioranza del *plenum* nella STC 25/1981 scatenò un voto particolare dissenziente di quattro giudici, che difendevano un'interpretazione più aperta della norma, in favore dell'allargamento della legittimazione delle Comunità autonome, interpretazione che è divenuta giurisprudenza costituzionale nella STC 199/1987, approvata all'unanimità.

Altri casi in cui la dottrina ha individuato alcuni ambiti dell'interpretazione dei diritti fondamentali suscettibili di cambiamento giurisprudenziale a partire dai voti particolari sono stati la doppia risoluzione giudiziale per l'entrata in un domicilio in esecuzione di sentenza (STC 23/1984, la cui dottrina è stata corretta nella STC 160/1991, assumendo gli argomenti del voto particolare di Rubio Llorente), l'immunità dei titolari di cariche pubbliche elettive di fronte alla loro espulsione del partito (STC 10/1983) o il condizionamento assoluto dell'esercizio della libertà di antenna allo sviluppo legislativo (STC 12/1982).

---

<sup>36</sup> Si veda M. A. Ahumada Ruiz: "La regla de la mayoría y la formulación de doctrina constitucional", in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 58, enero-abril 2000, p. 155 e ss.

<sup>37</sup> Si ricorderà, peraltro, che, secondo Fernández Segado (op. cit., p. 438), ciò non è accaduto abbastanza spesso per poter essere considerato un aspetto particolarmente rilevante della prassi dell'istituto in Spagna.

## 8. La mancata strumentalizzazione politica dei voti particolari: alcune “macchie” della prassi più recente

La maggior parte della dottrina spagnola ritiene che il voto particolare sia uno strumento che giova a garantire l'imparzialità dei giudici costituzionali e la trasparenza di fronte all'opinione pubblica, perché rende più trasparente il loro operato. Il *self-restraint* dei Presidenti, la concretizzazione degli argomenti contrari alla maggioranza e l'uso prudente della *dissenting* hanno contribuito dunque a consolidare la buona immagine istituzionale del Tribunale<sup>38</sup>. Tuttavia, tra il 2007 e il 2008, si è aperta una parentesi, una situazione anomala di frattura all'interno del Tribunale che riteniamo debba essere menzionata. In questo periodo, il Tribunale costituzionale spagnolo è stato perennemente al centro dell'attenzione dei *media*, poiché erano pendenti alcune decisioni di grande rilevanza politica su cui esisteva un duro scontro tra il Governo socialista e il partito popolare, principale partito di opposizione. Si trattava delle decisioni che riguardavano lo Statuto catalano (e di conseguenza il modello di forma di Stato), la legge sulla parità o il matrimonio omosessuale.

Da un punto di vista ideologico, i giornali sottolineavano che l'equilibrio delle forze che coesistevano dentro il Tribunale era abbastanza fragile, esistendo una parità di fatto tra entrambi i settori “conservatore” e “progressista”. Inoltre, la riforma della LOTC del 2007 prevedeva la proroga del mandato dell'attuale Presidente, inclusa tra i giudici “progressisti”, e, dunque, il suo voto poteva risultare decisivo in caso di un eventuale pareggio nella votazione del collegio. Per questo, tra gli altri motivi, è stato promosso un ricorso d'incostituzionalità contro la riforma e, per la prima volta, il Tribunale costituzionale è stato chiamato a controllare la costituzionalità dell'unica legge cui è soggetto.

Altro fattore che ha contribuito ad alimentare le tensioni è stata la mancanza di volontà politica di concordare il rinnovo parziale del Tribunale costituzionale, che doveva avvenire nel dicembre 2007. I giudici costituzionali il cui mandato scadeva allora sono tuttora in carica, in attesa della nomina dei nuovi giudici e, oltre a ciò, manca un giudice costituzionale perché il giudice García-Calvo y Montiel è deceduto improvvisamente nel maggio 2008 e non è stato ancora nominato alcun sostituto.

Tutti questi problemi sono emersi in una serie di voti particolari dei giudici costituzionali nelle pronunce di cui si redige un elenco in ordine cronologico.

1. ATC 26/2007: accoglimento, a stretta maggioranza (6 voti contro 5), dell'istanza di ricusazione del giudice Pérez Tremps nel ricorso d'incostituzionalità dei deputati del Gruppo parlamentare Popolare nei confronti della riforma dello Statuto di autonomia della Catalogna<sup>39</sup>. Si applica la causa di ricusazione di cui all'art. 219, comma 13, LOPJ: “Avere ricoperto una carica pubblica, svolto un lavoro o una professione in occasione della quale ha partecipato direttamente o indirettamente alla questione oggetto della causa o ad altra collegata alla medesima causa”. Il motivo: la redazione di un parere per l'Istituto di Studi

---

<sup>38</sup> Nel 1995 Luatti affermava che “ai giudici spagnoli va esplicitamente riconosciuta un'autonomia di comportamento innanzi alle questioni di maggior rilievo politico e sociale [...]. Le maggioranze all'interno del Tribunale possono essere di strettissima misura”, proprio su temi politicamente scottanti, e quindi esposte al rischio di casualità; si tratta, tuttavia, di maggioranze disomogenee, culturalmente e politicamente, creandosi e disfacciandosi a secondo del tipo di questione esaminata, cosicché un giudice considerato “progressista” in certi settori può essere schierato con i “conservatori” in altro genere di materie” (op. cit., pp. 225-226).

<sup>39</sup> È la prima volta che prima volta nella storia del TC che un giudice è allontanato da una causa senza che egli stesso si sia astenuto.



Autonomistici del Governo della Catalogna, che era servito per riportare al Parlamento della Catalogna alcune proposte normative materializzate poi nel testo dello Statuto catalano. Ci sono cinque voti particolari dissenzienti: della Presidente, Casas Baamonde, e dei giudici Pérez Vera, Gay Montalvo, Sala Sánchez, Aragón Reyes e García-Calvo y Montiel.

2. ATC 387/2007: la legge *orgánica* n. 6/2007, che riforma la LOTC, prevede la proroga del mandato del Presidente e del Vicepresidente ed è oggetto di un ricorso d'incostituzionalità. Il clima di diffidenza creatosi porta la Presidente ed il Vicepresidente a manifestare al *plenum* la loro volontà di astenersi dalla decisione del ricorso perché potrebbe derivarne un'apparenza di perdita di imparzialità (art. 219, punto 10°, LOPJ). Si approvano le astensioni con il voto decisivo del Presidente occasionale del *plenum*, il giudice Conde. La decisione reca cinque voti particolari dissenzienti: uno congiunto dei giudici Pérez Vera, Sala Sánchez, Aragón Reyes e Pérez Tremps, ed un altro del giudice Gay Montalvo.
3. ATC 443/2007: nel ricorso di incostituzionalità contro la riforma della LOTC si dichiarano non ammissibili le ricusazioni dei giudici Sala Sánchez, Aragón Reyes e Pérez Tremps, richieste dai deputati del partito popolare per un'apparente mancanza d'imparzialità derivata dall'essersi pronunciati sul ricorso presentato in una riunione con la Presidente. Si registrano tre voti particolari dissenzienti dei giudici García-Calvo, Rodríguez-Zapata e Rodríguez Arribas.
4. ATC 81/2008: nel ricorso contro la riforma della LOTC, il *plenum* accoglie l'istanza di ricusazione del Governo contro i giudici costituzionali García-Calvo y Montiel e Rodríguez-Zapata Pérez<sup>40</sup>. La causa: i giornali avevano reso noto che i giudici avevano scritto una lettera alla Presidente del Tribunale in cui si dimostravano contrari alla costituzionalità della riforma della LOTC, ciò che ha evidenziato un sospetto giustificato di perdita di obiettività. L'ordinanza reca le due opinioni dissenzienti, dei giudici Delgado Barrio e Rodríguez Arribas.
5. STC 49/2008: ricorso di incostituzionalità dei deputati del gruppo parlamentare popolare contro la riforma della legge *orgánica* sul Tribunale costituzionale, in cui si denuncia il ruolo costituzionale del Senato nella nomina dei giudici costituzionali, il possibile intervento in tale nomina dei Parlamenti delle Comunità autonome e la proroga del mandato del Presidente del Tribunale costituzionale. Il *plenum*, che dichiara non fondato il ricorso, è formato eccezionalmente da soli otto giudici a causa delle astensioni e ricusazioni accolte. La sentenza reca tre opinioni dissenzienti, dei giudici Conde Martín de Hijas, Delgado Barrio e Rodríguez Arribas.
6. STC 101/2008: il *plenum* si pronuncia sul ricorso di incostituzionalità presentato dai senatori del gruppo parlamentare popolare contro il nuovo comma 7 dell'art. 184 del regolamento del Senato, riformato per dare attuazione alla riforma della LOTC, inerente alla partecipazione delle Comunità autonome al processo di nomina dei giudici costituzionali. Si disattende la censura, ma la sentenza reca tre opinioni dissenzienti, redatte dagli stessi giudici che avevano sottoscritto le opinioni dissenzienti della STC 49/2008: Conde, Delgado e Rodríguez-Zapata.

---

<sup>40</sup> È il primo caso in cui il Governo chiede di allontanare da una causa dei giudici costituzionali.

È difficilmente contestabile che l'insieme di queste vicende abbia danneggiato l'immagine istituzionale del Tribunale costituzionale, trasmettendo all'opinione pubblica l'impressione che si tratti di un organo di natura politica, sebbene non sempre i "blocchi ideologici" si siano formati in funzione del partito che ha proposto il candidato, ma siano state rilevanti altre circostanze, come la carriera d'origine del giudice.