

Sono costituzionali le normative che vietano la citazione della dottrina nelle sentenze? Brevi riflessioni tra storia del diritto e diritto comparato con particolare riferimento al “processo” costituzionale*

Fioravante Rinaldi**
(23 settembre 2015)

1. *L'apporto della riflessione teorica ed il suo ruolo persuasivo prima e dopo l'ingresso nella giurisprudenza. Il caso paradigmatico dell'accademico nella Corte costituzionale.*

L'idea che il giudice debba essere solo un soggetto, se non – con utopismo illuministico – un «essere inanimato» che applica meccanicamente la legge al caso concreto è oggi recessiva. Infatti tale impostazione dogmatica era invalsa nel longevo periodo illuministico-ottocentesco, nonché – pur con diverse sfumature – nella prima parte del c.d. “secolo breve”. Com'è noto, tale concezione era prevalentemente il “frutto naturale” del peso specifico esercitato dall'*École de l'ésege* e dalla *Begriffsjurisprudenz*. Attualmente, invece, la riflessione ermeneutica¹ porta a ritenere che lo spazio creativo del giudice² si manifesti – à la Perelman – nel motivare, secondo canoni aristotelici persuasivi ed argomentativi, la norma più adeguata, fra quel che Paul Ricoeur definiva “pluralità” o “conflitto” di interpretazioni, che la disposizione normativa offre nella sua astrattezza³. Il giudice relatore, *in primis*, deve convincere con la propria

* Il presente scritto è in corso di pubblicazione nel volume *La ciencia del derecho constitucional comparado*.

¹ A tal fine è notorio il fatto che la discrezionalità interpretativa può essere più o meno ampia a seconda che si segua l'insegnamento di Ronald Dworkin ovvero di Jacques Derrida (cfr. almeno D. COUZENS, *Dworkin's Constructive Optimism v. Deconstructive Legal Nihilism*, in *Law and Phil.*, n. 6, 1987, p. 321 ss.).

² La contrarietà al ruolo interpretativo del giudice ha storia antica. Basta – a solo titolo di esempio – citare Esiodo che, in virtù di un caso di ingiustizia subito che gli negò l'eredità paterna in favore del fratello Perse, criticava i giudici, considerati “mangiatori di doni”, soggetti che assecondavano – corruttivamente – le richieste dei loro “pari” aristocratici (cfr. ESIODO, *Le opere e i giorni*, I, 213-273). E da qui, similmente, il *continuum* fino al giudizio espresso dai rivoluzionari francesi verso i giudici, non a caso considerati quali “residui” aristocratici dell'*Ancien Régime* (cfr. M. FIORAVANTI, *Appunti di Storia delle Costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 71). Sono emblematici, al riguardo, gli artt. 4 e 5 del *Code Napoléon*, tesi ad “imbrigliare” il potere del giudice, negandone, sostanzialmente, la discrezionalità interpretativa e rendendoli una mera protesi della *voluntas legislatoris*. Diversamente, in Inghilterra, il giudice era degno di fiducia. Così, per l'aspetto di diritto, egli rappresentava il “custode” del *common law*, mentre, per l'aspetto di fatto, l'art. 39 della *Magna Charta* garantiva che il giudizio avvenisse ad opera «dei pari» e, naturalmente, secondo le *Laws of the Land* (cfr. in materia A. DONATI, *Rule of Law, Common Law. Lineamenti*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 44 ss.).

³ Il ruolo è diametralmente diverso da quello tipico dell'avvocato quando svolge attività patrocinatrice. Quest'ultimo, infatti, secondo il *paradosso* di Cicerone, deve partire dalla linea difensiva (*rectius*: epilogo dei fatti) più congeniale al suo cliente, cioè dalla fine, per poi ricostruire a ritroso una serie di elementi di fatto e di diritto che confermino e supportino tale linea (cfr., in tema, A. MARIANI MARINI, *Strategie concettuali nella redazione dell'atto difensivo*, in *Dir. e form.*, n. 6, 2002, p. 929 e nt. 19, il quale richiama, nella letteratura, il ragionamento di Joyce Cary, uno dei maggiori romanzieri inglesi del Novecento, che, nello scrivere, partiva dalla fine, poi il centro e poi l'inizio). Ma similmente, nel mondo letterario, rimane imprescindibile,

motivazione della scelta operata il collegio giudicante (*recte*: almeno la maggioranza di esso⁴); poi – con la lettura del dispositivo e, soprattutto, con il deposito della motivazione – le “parti”⁵ ed infine tutti, come si suol dire, “chierici” e “laici”⁶.

Effettivamente, si può discutere se esista quella che Ronald Dworkin chiama(va) la *right answer*⁷, ma certo il giudice, pur vincolato dal principio *jura novit Curia*⁸, non può essere visto né come mero *bouche de la loi*, né come

metodologicamente, l'insegnamento di Edgar Allan Poe, il quale ebbe a sottolineare: «Non posso fare a meno di pensare che gli scrittori di romanzi, in genere, possano di tanto in tanto, trarre profitto dagli insegnamenti dei cinesi che, malgrado costruiscano le loro case in pendenza, hanno sufficiente buon senso di iniziare i loro libri dalla fine» (E.A. POE, *Marginalia*, LXXXI). Altri autori preferivano invece che la fine divenisse il preambolo (celebri sono al riguardo: *La ragazza della porta accanto* di Jack Ketchum e *Il re d'inverno* di Bernard Cornwell).

⁴ Fra i Paesi del mondo è logicamente nettamente prevalente il fatto che le Corti (in questo caso costituzionali) decidano a maggioranza; v., *ex pl.*, Italia (art. 16, c. 3, l. 87/1953), Stati Uniti (pur con la presenza delle *concurring* e *dissenting opinions*), Albania (art. 117, c. 1, Cost. 1994), Andorra (art. 97, c. 1, Cost. 1993), Bosnia Erzegovina, Sud Africa, Croazia (art. 27, l. Corte cost.), Spagna (art. 164, c. 1, Cost. 1978, che prevede anche la pubblicazione delle opinioni dissenzienti nel *Boletín Oficial del Estado*), ecc ... Ed in generale sono parecchi i Paesi europei che permettono la pubblicità dell'opinione dissenziente dei giudici costituzionali: Bulgaria, Repubblica Ceca, Danimarca, Germania, Estonia, Irlanda, Slovenia, Slovacchia, Svezia, Spagna ecc ... (cfr. *Dissenting opinions in the Supreme Court of the Member States*, 2012, in www.europarl.europa.eu).

⁵ Va rimarcato che il concetto di “parte” risulta inverosimilmente peculiare nel giudizio costituzionale.

⁶ Sulla terminologia che distingue “chierici” e “laici”, v. almeno: A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 12.

⁷ Com'è noto le “risposte” dell'organo giudicante sono spesso il frutto di una (lunga) discussione in camera di consiglio e di una ponderazione di posizioni diverse. Nel nostro Paese l'opinione dissenziente non è consentita, ma ciò non vuol dire che essa non sia a volte intuibile “fra le righe”. Per quel che riguarda la Corte costituzionale non è raro che il giudice redattore non sia lo stesso che era stato nominato quale relatore. Tale singolarità è stata considerata indice di un'opinione dissenziente dalla maggioranza del collegio (cfr. in tema: A. RAUTI, *Le nuove “norme integrative” della Corte fra collegialità e celerità del giudizio costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it). Effettivamente è capitato che un giudice, sempre relatore-redattore su una certa questione fosse sostituito da altro membro del collegio. Si pensi al giudice Silvestri, redattore della sent. 249/2010, sull'annullamento dell'aggravante di immigrazione clandestina, ma non sulla “gemella” sent. 250/2010 che ha visto la “assoluzione” dell'art. 10-*bis*, d. lgs. 286/1998. Questo ha fatto ritenere che presumibilmente il giudice Silvestri fosse fra coloro che erano rimasti in minoranza nella seconda pronuncia. Secondo questa ricostruzione quindi la motivazione alla sentenza 249/2010 sarebbe anche – indirettamente – una sorte di “*dissenting opinion*” dissimulata rispetto alla motivazione presente nella “parallela” questione sul reato di immigrazione clandestina della sent. 250/2010 (cfr., in tal senso, volendo, il mio *Con il “discriminante” (dell'aggravante di clandestinità) l'“equazione” (di costituzionalità) risulta impossibile. Un dispositivo retto da una motivazione quasi “matematica”*, in www.forumcostituzionale.it, p. 7, nt. 14).

⁸ Nel processo civile, infatti, la prospettazione della riconducibilità dei fatti ad una o più disposizioni normative nell'atto di citazione può essere estremamente generica, o addirittura implicita, oltre a non essere vincolante per il giudice, proprio perché soggetta a modificazione secondo il principio *jura novit Curia*. Ed infatti la Corte di Cassazione ha più volte sostenuto che è compito del giudice individuare correttamente gli effetti giuridici derivanti dai fatti dedotti in causa, sicché l'enunciazione che la parte fa delle ragioni di diritto sulle quali la pretesa si fonda può valere a circoscrivere la cognizione del giudice solo nella misura in cui essa sta a significare che la parte medesima ha inteso trarre dai fatti esposti solo quelle e non altre conseguenze (cfr. Cass. civ., sez. I, 27.10.2000, n. 14142; *ex plurimis* Cass. civ., sez. II, 02.03.2006, n. 4598; Cass. civ., sez. lav., 15.09.1997, n. 9176 e Cass. civ., sez. lav., 17.09.1996, n. 11157). Non sussiste quindi *mutatio libelli* nel caso di prospettazione di diversa interpretazione o qualificazione giuridica nelle memorie *ex art. 183, c. 6, c.p.c.* rispetto all'atto di citazione (Cass. civ., sez. III, 16.12.2009, n. 26427; Cass. civ., sez. I, 12.03.2003, n. 3654).

solitario ricercatore della “verità” giuridico-processuale del caso concreto, potendo invece contare sull’enorme mole di riflessione teorica che la letteratura giuridica ha partorito. Da ciò si deduce che il ruolo della dottrina, pur celato nell’ossequioso rispetto del divieto di citazione⁹, sia prezioso e non ridotto a mero *flatus vocis*¹⁰. Ed anzi, paradossalmente, la fortuna di cui gode

⁹ Per il giudice civile il divieto di citazione riposa nell’art. 118, c. 3, disp. att. c.p.c. ed invero l’unica vera citazione della dottrina risale oramai al lontano 1896. Per il giudizio amministrativo in realtà non risulta previsto tale divieto dall’art. 65, r.d. 17 agosto 1907, n. 642, anche se dal 1890 non risultano citazioni dottrinali, ad esclusione di generici riferimenti con “clausole di stile” sul tipo “*la dottrina afferma*” (cfr., in tema, G. BARBAGALLO, *Stile e motivazione delle decisioni del Consiglio di Stato*, in <http://www.diritto.it/articoli/amministrativo/barbagallo.html>).

Comunque un rispetto ossequioso quello del divieto di citazione che non esclude eccezioni. Infatti viene rimarcata a volte in modo mediato la paternità della teoria, citando indirettamente l’autore, quando oramai essa è consolidata nell’ambito dottrinale-giurisprudenziale; si pensi alla recente sentenza della Corte di Cassazione, SS.UU. civ., 13 novembre 2013, n. 25454, in cui il Supremo collegio, *inter alia*, così si è espresso: «La verifica del rispetto della norma risiede quindi, secondo l’intuizione chiovendiana prevalsa nella scienza processualcivilistica, ...» (corsivo mio); cfr. p. 4, ma v. anche p. 5.2 motivazione.

¹⁰ Sul giusto timore che il contributo della dottrina si riduca ad un mero *flatus vocis*, v. A. GIARDA, *Il sistema delle «fonti» della procedura penale*, in G. CONSO – V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, V ed., Padova, Cedam, 2010, p. LII.

Storicamente per ricercare il contributo creativo del giurista bisogna risalire almeno alla rivoluzione universitaria che ha toccato – a differenza dell’Inghilterra – l’Europa continentale ed ha portato alla configurazione dell’accademico come soggetto che non solo analizzava nelle università altomedioevali il diritto civile e canonico, ma altresì che metteva anche l’abilità giuridica appresa al servizio della teoria politica dell’organizzazione cittadina, una volta acquisita dai comuni della Lega Lombarda l’autonomia con la pace di Costanza del 1183. Così, la rivoluzione universitaria ha partorito la dottrina come formante autonomo del diritto continentale medioevale, vera specificità rispetto al ruolo peculiare del giudice d’oltremarica. A loro modo “creativi” erano anche i Glossatori, pur nella “ambigua” veste dell’*interpretatio*. Successivamente l’epoca di cc.dd. “Grandi Tribunali” (XV-XVIII sec.) porterà al fatto che le decisioni dei Tribunali supremi saranno ricche di citazioni anche di *doctores* (interni o esteri), spesso per rafforzare, forse con un elemento di autorevolezza tipico dei testi argomentativi, una *consuetudo* non ancora formata ovvero ove non vi fossero ancora dei precedenti.

Ma non è da sottovalutare il forte peso che ebbe la dottrina all’indomani dell’entrata in vigore del codice civile del 1865 in Italia, quando essa oppose il carattere della *specialità* e *transitorietà* alle leggi successive al codice emanate dal Parlamento. In tal modo esse venivano a subire così una sorte di “*deminutio capitis* dottrinale” rispetto all’impianto codicistico, vista la forza, per l’appunto, dottrinale (e “costituzionale”) del codice come insieme di principi coerenti ed omogenei espliciti nella sistematica dottrinale (cfr. per il ruolo “universale” della dottrina, espressa nel c.c. del 1865, rispetto alla “transitorietà” delle leggi del legislatore: G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi ed appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, Giappichelli, 2011, *passim*; A. SOMMA, *Temi e problemi di diritto comparato. Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 117). In effetti il codice civile del 1865, garantendo principi indiscutibili dello Stato liberale (libertà contrattuale, responsabilità per colpa ecc ...), era sì legge ordinaria nella gerarchia delle fonti, modificabile con una legge del legislatore, ma invero si presentava «come limite al legislatore, come garanzia (costituzionale) dei diritti del cittadino proprietario» (cfr. G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit., p. 41, ma *passim*; per il rilievo costituzionale del codice civile del 1865 e di quello del 1942 v. anche: L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 29; P.G. MONATERI – A. SOMMA, *Il modello di civil law*, III ed., Torino, Giappichelli, 2009, p. 80; R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 313; nonché per un’analisi sulla ‘immagine’ del codice civile rispetto al divenire storico: P. GROSSI, *Il diritto civile fra le rigidità di ieri e le mobilità di oggi*, in M. LOBUONO (a cura di), *Scienza privatistica e fonti del diritto*, Bari, Cacucci, 2009, p. 19 ss.). A garantire la custodia del codice civile del 1865 dovevano contribuire soprattutto i giuristi, visto che la scienza giuridica – come detto – tendeva a considerare le poche leggi speciali approvate, almeno fino alla legislazione d’emergenza emanata durante la prima guerra mondiale, come qualcosa di esterno al codice, di marginale,

l'interpretazione dottrinale è da ricercare in quello che viene comunemente considerato il suo difetto e cioè che, di norma e dogmaticamente, le sue argomentazioni non hanno un valore né obbligatorio, né tantomeno vincolante per gli operatori giuridici, potendo questi ultimi tranquillamente “disapplicarle”, considerandole *tamquam non esset*. Proprio per tale motivo, quindi, esse non possono che basarsi, per ottenere seguito, sulla persuasività dell'interpretazione offerta¹¹, non potendo vivere – come realizzato – di una sorta di autorità in sé come l'avevano le decisioni dei monarchi assoluti o come poteva avere un *legibus solutus*, il quale poteva vivere della propria autorità, prescindendo da qualsiasi motivazione o giustificazione, soprattutto razionale, alla propria scelta. Quanto detto conferma così quello che Ronald Dworkin¹² aveva efficacemente sostenuto quando rilevò che i giuristi sono gli «scrittori di una catena narrativa intenti a comporre un poema epico, la cui storia si snoda attraverso una catena interminabile di volumi che potranno essere scritti solo da numerose generazioni»¹³. In tale contesto il magistrato giudicante dovrebbe essere come (l')Ercole, il giudice immaginario immensamente saggio e con piena conoscenza delle fonti giuridiche, nella piramide rovesciata del ragionamento giuridico, capace di trovare quella che abbiamo definito la *right answer*, attingendo – magari criticamente¹⁴ – da tale sapere, consolidato e

che non doveva intaccare la ‘purezza’ dell'impianto sistematico-“dottrinale” del Codice stesso e dei suoi ‘immutabili principi’, da porre – secondo una sublime dizione – ‘sopra inaccessibile roccia’. In ciò – com'è stato efficacemente sottolineato a suo tempo – il codice civile era ‘terraferma’, metaforicamente si potrebbe dire una sorta di Itaca per un amletico Odisseo o, nelle parole di un autorevole giurista dell'epoca, limite all'arbitrio del legislatore che non poteva imporre leggi mutevoli «come le onde del mare» (cfr. E. PRECERUTTI, *La codificazione e la legislazione civile. Prolusione al Corso di Codice civile*, letta nei giorni 24 e 26 novembre 1868 nella Regia Università di Torino, Torino, 1868, p. 5). Sul punto è lunga la scia degli insigni studiosi impegnati, anche dopo il 1881 (data convenzionale di superamento dell'esegesi), ad opporre la sistematica del codice “contro” gli interventi cronologicamente successivi del legislatore: Vittorio Polacco, Vittorio Scialoja, Pietro Bonfante, Carlo Francesco Gabba ecc ... Da tali riflessioni verrebbe da pensare che alla dottrina sia così sempre stata “riservata”, almeno nel nostro Paese, prima in “via scientifica” (quindi non investita formalmente-istituzionalmente di un tale ruolo) – si pensi al ruolo storico dai giusperiti romani, ai glossatori, ai commentatori, fino ai giuristi dell'Ottocento (nonché alla celebre retorica di Pasquale Stanislao Mancini) – e oggi, in sede istituzionale, con la partecipazione alla Corte costituzionale, una funzione di primo piano nella custodia dei valori fondamentali.

Sull'importanza del codice civile, di matrice napoleonica, basta rilevare il fatto che ancora oggi un tema di rilievo costituzionale, qual è la cittadinanza, sia in Francia disciplinato dal codice civile (cfr. artt. 17 ss.). A conferma di ciò basta pensare che, storicamente, mentre tale Stato cambiava molte Costituzioni e regimi politici, anche in pochi anni, il codice civile rimaneva sostanzialmente lo stesso (cfr., in tema, Barberis, M., *Breve storia della filosofia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 25).

¹¹ Sul fatto che a Palazzo della Consulta vi sia un giudice che deve argomentare secondo razionalità le proprie decisioni v. almeno: A. PUGIOTTO, *L'altra faccia dell'eguaglianza (e dell'amore)*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI, *La “società naturale” e i suoi “nemici”*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 276 ss.

¹² Cfr., per un riferimento alla *right answer*, R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass., Harv. Univ. Press, 1985, p. 119.

¹³ Cfr. R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harv. Univ. Press, 1986, trad. it., di L. Caracciolo di San Vito, Milano, Il Saggiatore, 1989, p. 379.

¹⁴ Ciò potrebbe a questo punto porre il dubbio se l'interpretazione debba essere “piatta” ed “uniforme” ovvero se il giudice possa operare dei distinguo anche basandosi su aspetti extragiuridici. L'argomento è in sé vastissimo, ma certo un'applicazione piatta del diritto, scientificamente fredda, è stata oggetto di critiche da chi postulava la presenza di un *übergesetzliches Recht*, cioè di un diritto sovralegale (cfr., per la famosa “formula di Radbruch”, G. RADBRUCH, *Ingiustizia legale e giustizia sovralegale*, in A.G. CONTE et al. (a cura di), *Filosofia*

sistematico quella tesi che si dimostra più convincente, tanto da divenire *doctrine* nel *reasoning* delle corti. In questo modo egli riesce a rispondere – secondo la migliore scienza ed esperienza¹⁵ giuridica del momento – al caso concreto prospettatogli.

Fin qui il giudice *tout court*, ma ragioniamo più specificamente dei giudici costituzionali. Il motivo è innanzitutto strutturale. Infatti mentre il giudice “ordinario” giudica su fatti e, quindi, su fattispecie di vita quotidiana che assumono, mediante la sussunzione, rilevanza giuridica, le corti costituzionali sono, nel modello europeo, giudici di disposizioni normative ovvero di norme o ancora, secondo una ricostruzione che non stacca la *quaestio legitimatis* dal processo di fronte al giudice *a quo*, di situazioni normative. Ma soprattutto la peculiarità rispetto al giudice ordinario è dovuta al fatto che il giurista è “per natura” figura che può accedere alla Corte costituzionale e, quindi, in cui la differenza professionale fra lo studioso del diritto ed il giudice è meno palpabile.

Esiste di conseguenza un ponte fra il giurista ed il giudice costituzionale. Infatti fra i giuristi chi più dell'accademico può accedere in via privilegiata, seppur non esclusiva¹⁶, alla Corte costituzionale e portare in essa il frutto della

del diritto, Milano, Cortina, 2002, p. 152 ss.; ma sul tema v. anche: R. ALEXI, *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997, p. 35 ss.; F. VIOLA – G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, V ed., Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 218; *contra* C.F. GABBA, *Proslusioni al corso di diritto civile*, 1887, che invece riteneva che la legge ingiusta dovesse comunque essere applicata dal giudice; similmente il neogiusnaturalista F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, IV, Paris, Sirey, 1927, p. 213 ss., il quale sosteneva che la legge ingiusta non potesse essere mitigata nemmeno con l'interpretazione). Ragionando invece della *lex divina*, un'applicazione uniforme, senza cioè tener conto di distinzioni, si trova anche nel Vangelo secondo Matteo quando Gesù afferma come Dio faccia sorgere il sole sui cattivi e sui buoni e faccia piovere per quelli che fanno il bene e per quelli che fanno il male (Matteo, 5, 45). E si sa altresì che se anche tale legge configurasse pene orribili e tremende possa lo stesso essere giusta, come ebbe a realizzare Dante, seguendo l'insegnamento di Virgilio, dopo essere stato colpito dall'austerità delle parole scritte sulla porta dell'Inferno nel III Canto dell'Inferno. Tutto ciò poiché, compendiando l'insegnamento di S. Tommaso d'Aquino, la *lex divina* è incomprendibile all'uomo, macchiato dal peccato originale (*Summa Theologica*, Quaestio 91). Relativamente al rapporto *lex divina* – *lex humana* e, specialmente sull'uso della Bibbia, quale “strumento extragiuridico”, per prendere una decisione relativamente alla pena da attribuire ad un soggetto colpevole di stupro ed omicidio, è notevole la famosa decisione della Corte suprema del Colorado sul c.d. “caso Harlan” (cfr. *Capital Sentencing. Juror Prejudice. Colorado Supreme Court Holds Presence of Bible in Jury Room Prejudicial. People v. Harlan*, 109 P.3d 616 (Colo.), Cert. Denied, 126 S. Ct. 399 (2005), in *Harv. L.R.*, vol. 119, n. 2, 2005, p. 646 ss.).

¹⁵ Il termine è preso a prestito dal metodo di valutazione usato dalla Corte di Cassazione sulla colpa medica (cfr. Cass., SS.UU. pen., 30328/2002, Franzese).

¹⁶ Com'è noto, nel quadro comparato, le Costituzioni affiancano al professore universitario ordinario in materie giuridiche altre professioni: avvocato, magistrato, ma a volte si preferiscono termini generici quali quello di giurista di esperienza e specchiabilità (v. *ex pl.*, oltre al caso tedesco, similmente, l'art. 3, I. Corte cost. Armenia). Il requisito di professore universitario si rinviene *expressis verbis* in altre Costituzioni: art. 232, c. 4, Cost. Colombia; art. 159, c. 2, Cost. Spagna; art. 135, c. 2, Cost. Italia ecc ... A volte si richiede il fatto di essere professore ordinario con almeno quindici anni d'insegnamento in “scienze giuridiche” (v. art. 263, c. 3, Venezuela; art. 89, c. 4, Cost. Gabon; quest'ultima richiede però un minimo di età di quarant'anni). Negli Stati Uniti non è richiesta nemmeno la laurea in legge, anche se praticamente tutti i giudici ne sono stati in possesso (fra le *law schools* la prevalenza è di Harvard e Yale).

Nel nostro Paese, com'è noto, vi è una netta prevalenza dei professori universitari nella Corte costituzionale (cfr. in tema le riflessioni di: E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 41), come hanno confermato anche le più recenti selezioni (Amato, Sciarra, de Pretis, Zanon).

sua esperienza e della propria riflessione scientifica¹⁷. Specificamente il giurista apporta così la sua *prudencia*, cioè quel bagaglio culturale che parte dall'esperienza della vita (professionale) fino a divenire "patrimonio" dell'organo istituzionale in cui si opera¹⁸. Orbene è evidente che lo studioso che ha sostenuto determinate teorie nel corso dell'attività accademica, proponendole nei suoi saggi scientifici, tenda a portare ciò in cui egli ha (argomentativamente) creduto all'interno della giurisprudenza dell'organo cui partecipa, non essendo pensabile che egli, con un atteggiamento "simonpietrista", rinneghi se stesso, cambiando – "atleticamente" ed amleticamente – gli "abiti" a seconda della funzione esercitata, professore universitario ovvero giudice costituzionale¹⁹.

A puro titolo di conferma di tale "ponte" si può pensare alla lunga indagine sulle posizioni espresse nel corso della vita professionale da chi viene "scrutinato" per una possibile candidatura alla carica di giudice costituzionale. Ciò è particolarmente evidente, ad esempio, per la Corte suprema degli Stati Uniti²⁰. Il "controllo" è in tale Paese facilitato, oltre che dalle pubblicazioni

¹⁷ La Corte costituzionale italiana non cita la letteratura giuridica e raramente cita esperienze estere al di là della Corte Edu o della Corte di giustizia europea. Un'eccezione si ebbe nella celebre sent. 303/2003, in cui si richiamava, invero rapidamente, la *kunkurrierende Gesetzgebung* tedesca e la *Supremacy Clause* americana (cfr. Corte cost. sent. 303/2003, p. 2.1). Curioso il fatto che relatore della sentenza fosse proprio un professore universitario, cioè Carlo Mezzanotte.

¹⁸ Sul concetto di *prudencia* v. V. VITIELLO, *Ethos e natura*, in *Paradosso*, n. 2, 1992, p. 9 ss.; F. VIOLA – G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, cit., p. 157; M. VIROLI, *Le parole del cittadino*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 21. Ma sull'esperienza come base della conoscenza e sulla distinzione fra il "teorico" ed il "pratico" rimane fondamentale l'insegnamento del «maestro di color che sanno» (Dante, *Inferno*, IV, 131): ARISTOTELE, *La Metafisica*, Libro I, 981a, 981b.

¹⁹ L'avvocato invece può essere costretto ad assumere una posizione diversa da quella sostenuta in sede dottrinale. Infatti, può benissimo capitare che egli sia chiamato a patrocinare in giudizio (v. *retro* nt. 3), in difesa di un soggetto, una tesi da lui scientificamente non condivisa, però favorevole al cliente. Invece per un caso in cui un'autorevole dottrina ha avuto occasione di sostenere la medesima tesi tanto in sede scientifica che in sede patrocinatrice v. B. CARAVITA, *La funzione normativa tra Consiglio e Giunta*, in AA.VV., *Verso una fase costituente delle Regioni?*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 107 ss., saggio nel quale lo studioso sostenne l'immediato trasferimento della potestà regolamentare nelle regioni alla Giunta con la l. cost. 1/99 e Corte cost., sent. 313/2003, in cui il prof. Caravita, a difesa della Regione Lombardia, ribadì la tesi espressa in via dottrinale.

Per i professori universitari può capitare che nella loro vita di giudice costituzionale si trovino a rivedere alcune tesi espresse precedentemente ovvero a dover abbandonare in sede istituzionale le tesi sostenute in sede scientifica poiché minoritarie nella Corte (per un cambiamento d'opinione *post-mandato* di un giudice costituzionale, v. G.M. FLICK, *Ergastolo: perché ho cambiato idea*, in *Rivista aic*, n. 2, 2015). Un caso spesso rilevato nella letteratura giuridica è quello che riguardava Vezio Crisafulli, il quale aveva ritenuto *generosa utopia* la giustiziabilità dei conflitti fra i poteri e fu poi, come giudice costituzionale, relatore del primo caso di conflitto fra i poteri con la sent. 13/1975 (cfr. A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 240). Ad esso si può aggiungere il caso del giudice Zagrebelsky che sostenne in sede dottrinale la non necessità della "rilevanza" (v., in tal senso, G. ZAGREBELSKY, *La rilevanza, un carattere normale ma non necessario della questione incidentale di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1969, p. 1001 ss.) per il sollevamento della questione di legittimità costituzionale, salvo poi, come giudice costituzionale, essendo prevalente nella prassi di tale organo la necessità di tale requisito, (dover) "rispedire", come relatore, più volte gli atti di promovimento ai giudici *a quibus* affinché ne riesaminassero la rilevanza (cfr. *ex pl.*, solo per l'anno 1996, ord. 122, 230, 231, 393, 435).

²⁰ Com'è noto non sempre le scelte presidenziali si sono rivelate azzeccate rispetto alla linea politica presidenziale. Si pensi ai casi della nomina di B.F. White da parte di John Fitzgerald Kennedy e di Earl Warren da parte di Dwight D. Eisenhower (cfr. M.A. KRASNER – S.G.

scientifiche, dalla trasparenza delle opinioni espresse come giudici di corti inferiori federali.

Ed invero anche *ex post* alla selezione, cioè nella carriera di giudice della Corte costituzionale, a volte gli stessi giudici usano far risaltare – grazie alla possibilità delle *concurring* e *dissenting opinions* – la fedeltà alle opinioni espresse in passato in altri luoghi di riflessione giuridica (giudice, professore universitario ecc ...). In tal senso è eloquente il caso dei giudici “etnici” in Bosnia Erzegovina che tendono a dare interpretazioni in cui vogliono far rilevare la loro fedeltà al gruppo etnico di riferimento, sia esso serbo, croato o “bosgnacco”²¹, a conferma della bontà della loro selezione.

CHABERSKI, *Il sistema di governo degli Stati Uniti d'America. Profili istituzionali*, collana a cura di N. OLIVETTI RASON – L. PEGORARO, Torino, Giappichelli, 1994, p. 177 s.; L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 115). In quest'ultimo caso, nonostante Warren fosse al tempo della nomina famoso, come governatore in California, per avere creato i campi di concentramento [situazione finita di fronte alla Corte suprema, nel c.d. “caso *Korematsu*”; *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 226-228 (1944)], sarà stupefacente il fatto che egli, «convertitosi sulla strada di Damasco» (cfr. U. MATTEI, *Il modello di common law*, Giappichelli, 2010, p. 115), si farà poi paladino dei diritti civili nella Corte suprema degli anni Sessanta. Ma si pensi alla nomina del giudice Stevens da parte di Ford. Nonostante di nomina conservatrice egli si è rivelato negli Anni Ottanta, Novanta e buona parte del primo decennio dell'attuale secolo leader dell'ala *liberal*, vero e proprio *dissenting man*, sul modello del «grande dissenziente» (cfr., per la terminologia, almeno M. TUSHNETS, *I Dissent: Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases*, Boston, Beacon Press, 2008, p. XI), giudice Holmes (cfr. A. MENDENHALL, *Holmes and Dissent*, in *Journ. of Jurispr.*, 2001, p. 279 ss.), rispetto all'ala conservatrice capeggiata prima da William Rehnquist e poi da John Roberts.

Nel nostro Paese presumibilmente a sostegno dell'elezione di Frigo a giudice della Corte costituzionale da parte del centrodestra non era estranea la posizione favorevole al c.d. “Iodo Alfano” espressa dallo stesso giudice in sede scientifica (cfr. G. FRIGO, *La sospensione dei processi nel quadro costituzionale delle immunità politiche. Profili procedurali*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 10, 2008, p. 1225).

²¹ Ad un ventennio dai tragici eventi di Sarajevo, Srebrenica e Mostar, la Bosnia Erzegovina è un Paese che ha bisogno ancora di una democrazia consolidata. La multietnica repubblica bosniaca è suddivisa in due repubbliche (art. I.1 e I.3 Cost.) e tre etnie principali (oltre ad etnie minori, bisognose di una protezione di diritti umani: M. TADIC, *Protection of the Minorities and Constitutional Courts*, in <http://tribunalconstitucional.ad/sites/default/files/documents-ponencies/C-BOSNIA.pdf>). Dallo scontro dei primi anni Novanta del secolo scorso rimane uno Stato diviso da muri, se non cantonalizzato, una Costituzione pressoché ingessata, un richiamo continuo da parte della Corte costituzionale alla giurisprudenza europea di Strasburgo, quasi a convalidare la volontà di “europeizzarsi”, di essere al passo coi principi e valori condivisi dai Paesi di lunga democrazia e, chissà, di aspirare ad un futuro ingresso nell'organo sovranazionale europeo. Un tentativo di unire che però si scontra con la «gabbia istituzionale» (così: M. NAVA, *Vent'anni dopo l'assedio Sarajevo è più lontana dall'Europa*, in *Corriere della sera*, 5 aprile 2012, p. 1) di Dayton, timorosa (giustamente all'epoca) della convivenza fra le etnie.

Tra i vari organi la Corte costituzionale gioca un ruolo centrale, in primo luogo nella garanzia del rispetto dei diritti fondamentali (da ciò il richiamo continuo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo), ma anche nel rapporto centro-periferia, come hanno dimostrato alcune delicate decisioni che hanno visto contrapposte le etnie all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione (v. *infra* i casi U7/1997 e U5/1998). Non bisogna infatti dimenticare che la Bosnia Erzegovina è tendenzialmente considerata una «creatura artificiale» degli Accordi firmati a Dayton nell'Ohio il 14 dicembre 1995; cfr. in tema: O. DÖRR, *Die Vereinbarungen von Dayton/Ohio*, in *Archiv des Völkerrechts*, 1997, p. 130. In tale assetto istituzionale la Corte costituzionale di Bosnia Erzegovina non ha quindi solo la funzione di “giudice delle leggi”, ma anche di “Corte di sistema” (cfr. J. WOELK, *La transizione costituzionale della Bosnia ed Erzegovina. Dall'ordinamento imposto allo Stato multinazionale sostenibile?*, Padova, Cedam, 2008, p. 110) e di conseguenza – come tutte le corti costituzionali – dovrebbe assurgere a

Quindi, dopo queste considerazioni, tornando al *punctum crucis*, qual è nelle sentenze il ruolo del giurista accademico, del teorico? E, soprattutto, è legittimo escludere la paternità delle teorie apportate alla Corte (specie costituzionale), negandone la citazione?

2. La giurisprudenza costituzionale. Il mancato riferimento espresso alle teorie accademiche ...

Come si è capito, rispetto all'asistematicità del legislatore che può anche contraddire se stesso²², la dottrina è chiamata a dare suggerimenti, a levigare l'informe ordinamento giuridico. Certo essa si evolve, può superare le sue teorie, ed altresì possono superare i loro precedenti i giudici con la loro giurisprudenza. Ma, in entrambe le ipotesi, a differenza del legislatore, non *ad libitum*, ma solo dimostrando la maggiore persuasività della nuova argomentazione²³.

luogo istituzionale di garanzia dell'unità e coerenza del diritto nel sistema costituzionale (cfr. R. DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 225 ss., 291, 361 ss.). In essa è quindi rilevante il contributo del giurista, il quale può in via privilegiata accedere alla Corte costituzionale, come recita l'art. 6 della Costituzione «*distinguished jurists of high moral standing*».

²² Cfr. il fondamentale scritto di E. SEVERINO, *L'uomo politico è costretto a mentire*, in *Il Corriere della sera*, 18 dicembre 2010, p. 56. Ma sul punto è stato anche sottolineato nella letteratura giuridica come «... a chi fa le leggi a volte capita ... di scordarsi del passato, a chi le studia ciò non è permesso» (cfr. L. PEGORARO, *Classificazione dei sistemi di giustizia costituzionale e nomen della materia di studio*, in E. FERRER MAC-GREGOR, *Diritto processuale costituzionale. L'origine scientifica (1928-1956)*, Bologna, Bononia Univ. Press, 2010, p. 11).

²³ Come si è detto il ruolo fondamentale della dottrina nella creazione del diritto è dovuto alla rivoluzione universitaria, cioè nel "secondo Medioevo", periodo in cui essa assunse il ruolo di formante autonomo che si sviluppò col ruolo dei *doctores* nei Paesi di *civil law* e rimase, con varie oscillazioni, presente fino al periodo delle codificazioni.

Per quel che riguarda i territori tedeschi, inizialmente nei tribunali venivano scelti dai principi tedeschi dei pratici che conoscevano il diritto consuetudinario tedesco. Di tal fatta il ruolo delle università e del diritto romano era minimo. Ma paradossalmente i cittadini cominciarono a preferire le corti ecclesiastiche, dove la procedura romano-canonica dava maggiori garanzie. Così si pensò – al fine di permettere un maggiore ricorso ai tribunali laici – di chiamare in essi quelli che avevano studiato il diritto all'interno delle università (come segretari, consulenti esterni ecc...). Di ciò rimane traccia nella *Constitutio Criminalis Carolina* del 1532 che prevedeva in più parti il ricorso «a coloro che conoscono il diritto». Pian piano il ricorso fu al singolo giurista e poi all'università *in toto* e i pareri arrivavano sempre più in forma di vere e proprie decisioni giudiziarie, quasi rendendo un mero filtro il ruolo del giudice laico. In rari casi questi pareri venivano contestati; in tale ipotesi si sottoponeva la questione ad altre università.

Il fatto che i professori si consultassero fra loro per i casi più dubbi, che il diritto romano fosse applicato e circolasse ovunque in Germania (con preminenza sui diritti locali), nonché che le loro decisioni venissero raccolte e pubblicate, contribuì alla circolazione del diritto culto ed alla sua forte instaurazione (cfr. in materia: P.G. MONATERI – A. SOMMA, *Il modello di civil law*, cit., p. 64 ss.).

Il periodo dell'*Usus modernus Pandectarum* fu piuttosto lungo e si basò sui testi del diritto romano di cui la Germania aveva fatto recezione ufficiale nel 1495, quale *ius commune* dell'Impero. Certo con la fine della guerra dei trent'anni il mito della *traslatio imperii* e di un diritto romano che vigesse per "recezione teorica" ebbe fine, rispolverando così l'esigenza di un'autonoma produzione nazionale. Testimonianza di quel pensiero è l'opera di Hermann Conring (1606-1681), *De origine iuris germanici*. Le conseguenze furono: crisi dello *ius commune*, distacco dal *mos italicus* per avvicinarsi al *mos gallicus* (maggiormente creativo), legame con l'approccio casistico per i pratici, crisi del *Reichskammergericht* (cfr., in tema, A.H. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 174 s.). L'insegnamento nelle università di nuove materie ed il loro legame con il diritto sarà evidente. Si pensi al legame fra storia e diritto (e all'opera di Conring) che porterà ad una maggiore

Scorrendo il *case-law* di uno Stato un po' peculiare, da noi accennato, cioè del giudice costituzionale di Bosnia Erzegovina²⁴ si nota, com'era peraltro nelle premesse guardando gli accordi di Dayton ed il testo costituzionale, un forte impatto delle decisioni in tema di libertà e diritti fondamentali e, soprattutto, un aggancio "circolare", della giurisprudenza interna a quella della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo²⁵, spesso citata nelle sentenze bosniache e non solo a fini meramente confermativi ed argomentativi di una decisione basata *per praevalentiam* sul diritto interno²⁶. Rilevante è il richiamo al principio del c.d. *fair trial*, enunciato nella Costituzione bosniaca, art. II (3) (e)²⁷. In tale Paese, generalmente né la legge né i regolamenti sulla Corte costituzionale proibiscono di citare i lavori della dottrina²⁸, pur non essendo essa – a

coscienza nazionale, di cui si trarrà frutto in futuro sia in senso positivo (unione nazionale) che negativo (il regime totalitario).

La Germania aveva poco a che spartire con la Francia. Non aveva Stato, non conobbe la rivoluzione, non percorse (in un primo tempo) la strada della codificazione. Nei territori tedeschi degne di nota saranno le consolidazioni bavarese, prussiana e austriaca. Quella bavarese, cioè il *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis* (1756), era l'unica ad avere un legame fra il diritto locale e l'*Usus modernus Pandectarum*; mentre l'*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* del 1794, sotto il dominio di Federico Guglielmo II, era basato sulla teoria di Pufendorf e prevedeva il divieto di citazione della dottrina. La consolidazione austriaca, Paese poi escluso dalla Germania in quanto si preferì la *Kleindeutsche Lösung*, vedrà i propri natali non nel famoso dominio di Maria Teresa (1740-1780), ma – dopo il *Josephinisches Gesetzbuch* di Giuseppe II (1780-1790) – con il celebre *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) del 1811 che fu applicato anche nel Lombardo Veneto fino almeno alla loro inclusione nel Regno d'Italia. In via teorica il modello codificatorio di stampo francese ebbe un forte freno nell'opera del Savigny che, nella sua polemica anticodificatoria con Thibaut, riteneva che il diritto dovesse essere espressione del *Volksgeist*, cioè dello spirito del popolo invece di una codificatoria antistorica e metafisica. Certo, come fu per il codice bavarese, le consuetudini germaniche non bastavano e quindi il *corpus* doveva essere integrato con l'*Usus modernus Pandectarum* espressosi nel periodo della recezione.

²⁴ Particolare è il fatto che in tale Paese una parte dei seggi della Corte costituzionale sia riservata a non cittadini. Invece negli Stati Uniti la cittadinanza non rientra fra i requisiti, mentre nel nostro Paese lo è solo in via interpretativa (cfr. A. PIZZORUSSO, *Sub Art. 135*, in Branca, G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1981, p. 148).

²⁵ ... ma anche invero la Commissione Europea sui diritti umani, AP-541-08 ODM, p. 34. Sulla citazione delle sentenze della Corte Edu v. almeno: il caso AP-126-08, p. 43, ma altresì AP-434-10 ODM, p. 47 (che richiama una decisione che riguardava proprio la Bosnia: *Ammar Al Hanchi vs. Bosnia and Herzegovina*). Tali casi sono comunque solo un puro esempio, visto che l'elenco sarebbe invero lunghissimo.

²⁶ Si sa che essa è un parametro di validità degli atti: «*The Constitutional Court shall have jurisdiction over issues referred by any court in Bosnia and Herzegovina concerning whether a law, on whose validity its decision depends, is compatible with this Constitution, with the European Convention for Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols, or with the laws of Bosnia and Herzegovina; or concerning the existence of or the scope of a general rule of public international law pertinent to the court's decision*».

²⁷ Cfr. Corte di Bosnia-Erzegovina, AP-575-08-OD in cui la Corte usa, inequivocabilmente, termini come «... *according to its jurisprudence and the case-law of the European Court of Human Rights*» (ivi, p. 6).

²⁸ In Francia invece le citazioni di dottrina di norma sono vietate in quanto danno l'idea di un giudice di fonti non formali di produzione del diritto. Invero il modello francese, tipico della *Cour de Cassation*, è asciutto e stringato (c.d. "struttura oracolare"), secondo il tipico stile di *jugement à phrase unique* (v. sullo stile giurisprudenziale francese: C. AMODIO, *Au nom de la loi. L'esperienza giuridica francese nel contesto europeo*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 168 ss.). In Germania invece le sentenze sono concepite come dialogo fra giudici e dottrina con tanto di espliciti riferimenti critici alle tesi espresse. Questo non deve stupire, appurato – come visto *supra* (nt. 23) – il ruolo di primo piano che ha avuto la dottrina tradizionalmente nello sviluppo del diritto tedesco (cfr. in tema P.G. MONATERI – A. SOMMA, *Il modello di civil law*, cit., p. 171 s.).

differenza del prototipo savigniano – un formante autonomo. Invero, soprattutto nel periodo iniziale *post*-Dayton, fra il 1997 e 2002, si è assistito ad un tale approccio, visto che alcuni giudici (compresi quelli internazionali) hanno manifestato una certa contrarietà alla citazione non solo della dottrina, ma anche di qualsiasi altra corte che non fosse la Corte Edu. Un'eccezione degna di nota è stato il celeberrimo caso U5/98, sui cc.dd. "popoli costitutivi" dove il giudice relatore, professor Joseph Marko, richiamò un ragionamento della Corte suprema canadese allo scopo di elidere l'argomentazione dei rappresentanti del Parlamento della Repubblica serba che citavano a loro volta l'opinione kelseniana²⁹ per cui il preambolo della Costituzione non aveva funzione normativa³⁰. Poiché il giudice che era proveniente dalla Repubblica serba e che era allo stesso tempo professoressa di teoria del diritto a Banja Luka, Snezana Savić, aveva scritto la sua tesi di "abilitazione" sulla *Reine Rechtslehre* kelseniana, fu rilevante per il relatore, prof. Marko, dimostrare che invece il preambolo aveva funzione normativa basandosi sul *constitutional case-law*.

Una (parziale) eccezione questa appena descritta, però, che, come si suol dire, conferma la regola, cioè la prassi della "non citazione" della dottrina. Anche se essa è testimone del ruolo del giurista che opera *de relato*, in modo subliminale. Infatti forse il caso bosniaco U5/98 è emblematico dell'*id quod plerumque accidit*, cioè la dimostrazione, come ricordava Sacco, dello scienziato del diritto che opera nelle pieghe dell'ordinamento giuridico e spesso non è neppure «verbalizzato»³¹.

Negli Stati Uniti le citazioni dottrinali sono diffuse. In particolare non manca la citazione di autorevoli esponenti del *common law* inglese, quali, ad esempio, il Blackstone, sia a sostegno che a confutazione dell'interpretazione storica additata dalla Corte; cfr. recentemente, in materia di giurisdizione delle corti federali per violazioni del diritto internazionale in virtù del principio di extraterritorialità, *Kiobel, individually and on behalf of her late Husband Kiobel, et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, 569 U.S. ____ (2013) che cita anche la decisione: *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 723, 724. Ma invero sia nelle sentenze inglesi che in quelle americane sono usuali anche le citazioni "extragiuridiche", se non le metafore; tipico il famoso e "pittresco" *Judicial humour*. Al riguardo sono celebri gli spunti umoristici espressi da due giudici della Corte di Washington relativamente alle loro preferenze per il *bourbon whiskey* e lo *scotch whisky* [cfr. *Department of Revenue v. James B. Beam Distilling Co.*, 377 U.S. 341 (1964)]. Ma *ad abundantiam* si possono vedere le citazioni di Shakespeare [*Milkovich v. Lorain Journal Co.*, 497 U.S. 1 (1990)], Bob Dylan [*Sprint Communication Co. v. APCC Services Inc.*] ecc ...

²⁹ Cfr. H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass., Harv. Univ. Press, 1945, p. 260. Ma sul tema v. anche: R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU – F. MESSINEO – L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, Giuffrè, 2011, p. 375.

³⁰ Invero i concetti kelseniani ritornarono nel caso U7/97 del 22 dicembre 1997 dove il Partito croato (*Croatian Party of Law 1861*) ed il Partito bosniaco posero il problema della costituzionalità degli Accordi di Dayton alla luce della vecchia Costituzione della Bosnia Erzegovina, rilevandone la rottura costituzionale. La Corte rigettò la pretesa visto che «sulla base della Costituzione di Bosnia ed Erzegovina alla Corte costituzionale è attribuito il solo compito di proteggere la Costituzione» attualmente vigente. E quindi la Corte avrebbe invece dovuto usare come parametro la vecchia Costituzione. Similmente sulle preclusioni nell'usare come oggetto la vecchia Costituzione e i fatti antecedenti il nuovo sistema costituzionale dalla Corte v. il caso U2/98 (ma in parte diversamente U5/98).

³¹ Cfr. R. SACCO, *La dottrina fonte del diritto*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, Milano, Giuffrè, 1990, p. 449 ss.

3. ... e la loro subliminale esistenza come necessario elemento di sistematicità della giurisprudenza stessa. Necessità di riconoscere de iure condendo la paternità delle teorie.

Traendo le fila del discorso, abbiamo realizzato che il contributo del giurista quindi c'è e non solo perché egli ha accesso alle Corti costituzionali e può apportarvi, magari senza (potere) indicarle espressamente³², le teorie sostenute in saggi ed articoli scientifici, ma anche perché nel suo operare vi è metodo ed etimologicamente la parola *met-hodos* vuol significare “via corretta”.

Ma perché il giurista deve essere nominato nelle sentenze? E perché i divieti di citazione dei giuristi appaiono incostituzionali? Il discorso va preso alla larga e dedotto con l'argomento *a contrario*. Infatti non ci si nasconde – come si è chiarito nel corso di questo lavoro – che la dottrina concorra al «progresso spirituale della società» e che tale valore abbia un esplicito richiamo costituzionale nel nostro Paese all'art. 9, c. 1, Cost.; e pare perlomeno un *deminutio* che essa venga “spossessata” della “paternità” di tali teorie e che questa sia ricavabile solo *a posteriori* dagli “addetti ai mestieri”, cioè i giuristi specializzati in tale settore, che hanno ritrovato in una sentenza ciò che era precedentemente uscito come pubblicazione scientifica. Abbiamo sottolineato, infatti, che il giudice deve argomentare di fronte alla comunità giuridica e sociale (chierici e laici) la propria decisione. Egli può (e forse “deve”³³) attingere all'opinione degli studiosi, autorevoli e notevoli argomentazioni simili agli *éndoxa* aristotelici³⁴. La dottrina infatti non ha solo il compito di spiegare, ma anche – soprattutto se prendiamo etimologicamente il concetto di *dogma* – di argomentare in modo da influire su altri, conseguendone l'adesione. Fra gli altri un ruolo di primo piano, al di là del legislatore, lo ha il giudice che è tenuto ad applicare quelle disposizioni giuridiche, rendendole norme, al caso concreto. Naturalmente ciò non esclude la possibilità del giudice di dissentire, se per lui l'argomentazione offerta dalla comunità scientifica non risponde, à la McCormick, ai canoni (dottrinali) di logica e coerenza della premessa maggiore e della premessa minore. Ma certo per il giudice tale “bagaglio” culturale è una miniera preziosa di riflessione. Addirittura per il giudice costituzionale l'argomento è ancora più pregnante, visto – come rilevato – che nelle corti costituzionali, accanto ad avvocati e magistrati, sono presenti gli stessi accademici. E, come detto, si può pensare che un accademico con un bagaglio culturale di anni di ricerca scientifica se ne “sbarazzi” non appena varca la porta della camera di consiglio? Invece tale teoria accademica, epistemologico-scientifica, verrà tendenzialmente e generalmente sostenuta e vivrà nelle sentenze, acquisendo anche una valenza pratico-normativa. D'altronde, come ha chiarito il filosofo Emanuele Severino, la *theoria* significava originariamente “festa” ed *episteme* ciò che sta sopra, che sta in luce, che non si nasconde e che non può essere abbattuto³⁵. La teoria è quindi quella visione dell'ordine

³² Condivisibilmente U. MATTEI, *Il modello di common law*, cit., p. 198, sottolinea: «è puerile immaginare che la mancanza di riferimenti espliciti ad un'opera di dottrina stia a significare che la dottrina è irrilevante nella determinazione della controversia».

³³ Il virgolettato è naturalmente dovuto al fatto che, come si è acclarato, l'interpretazione dottrinale non è vincolante nel nostro ordinamento (v. *supra* § 1).

³⁴ Cfr. ARISTOTELE, *Topici*, I, 100b.

³⁵ Nelle parole dell'autorevole filosofo: «... in modo che non ci sia alcuna variazione di tempo, alcun cambiamento dell'uomo che possa smentire questo sapere» (cfr. E. SEVERINO, *I presocratici e la nascita della filosofia*, Roma, L'Espresso Editore, 2011, p. 17).

delle cose (giuridiche, in questo caso) che vive, grazie alla citazione nelle sentenze, nella comunità linguistica giuridica e sociale, e che, finché citata e sostenuta, e quindi non contraddetta o confutata, rimane risposta più plausibile (o *right answer*, à la Dworkin) ed appropriata dal punto di vista logico-argomentativo. Quindi capace di essere *verità* (*aletheia*), resistendo per tutti i gradi del giudizio, se è vero, com'è vero, che quando una sentenza diviene definitiva, dicevano i romani, (*res iudicata*) *pro veritate habetur*. Ed allora qual è l'argomentazione per cui il giurista, artefice di tale "verità", non deve veder citato il proprio nome, attribuendogli la giusta paternità, ed il diritto d'autore, di quella teoria, e rimanere invece nascosto e non in luce³⁶?

** Cultore di Diritto pubblico comparato nella Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Padova.

³⁶ La citazione potrebbe invero avvenire anche *de facto*, con un diffusa disubbidienza di "mera condotta" dell'art. 118, disp. att., c.p.c. *et similia*, trattandosi – nelle parole della Cassazione – di «*lex imperfecta*», visto che non prevede, per la sua violazione, alcuna sanzione (cfr. Cass. civ., III, 23 ottobre 2001, n. 12999), se non sul piano dell'esatto adempimento dei doveri propri del giudice (cfr. Cass., III, 6 giugno 1994, n. 8184). Certo si tratterebbe di una vittoria di Pirro, ma pur sempre una vittoria!