



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2015 FASC. II
(ESTRATTO)

BRUNO BRANCATI

**ALCUNE OSSERVAZIONI DI CARATTERE PRELIMINARE
SULL'INFLUENZA DOTTRINALE DEGLI AVVOCATI
COSTITUZIONALISTI SULLA GIURISPRUDENZA
COSTITUZIONALE**

4 MAGGIO 2015

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Bruno Brancati

Alcune osservazioni di carattere preliminare sull'influenza dottrinale degli avvocati costituzionalisti sulla giurisprudenza costituzionale

SOMMARIO. 1. *Premessa*. – 2. *Considerazioni di carattere generale sull'influenza della dottrina sulla giurisprudenza costituzionale*. – 3. *Sull'influenza degli avvocati-costituzionalisti sulla giurisprudenza costituzionale*. – 4. *Limiti e condizioni della penetrazione della dottrina nel ragionamento della Corte per il tramite dell'attività difensiva degli avvocati professori*.

1. *Premessa*

Lo spunto per questo contributo nasce da una ricerca relativa all'influenza degli avvocati costituzionalisti sulla giurisprudenza costituzionale¹. L'obiettivo del contributo non è, qui, esibirne i risultati conclusivi²; ma, più semplicemente, svolgere alcune considerazioni di carattere preliminare, atte a mettere a fuoco taluni, tra gli elementi di fondo, cui la ricerca s'impronta. Si svolgeranno, pertanto, dapprima, alcune considerazioni di carattere generale, volte a tratteggiare alcuni profili fondamentali con cui una ricerca sull'influenza della dottrina sulla giurisprudenza costituzionale deve di necessità confrontarsi. Successivamente, si affronterà il tema più specifico del ruolo degli avvocati costituzionalisti.

2. *Considerazioni di carattere generale sull'influenza della dottrina sulla giurisprudenza costituzionale*

Lo svolgimento di una ricerca sull'influenza della dottrina sulla giurisprudenza costituzionale si espone a diverse difficoltà, soprattutto se l'esperienza di giustizia costituzionale che si prende in considerazione è quella italiana, caratterizzata dal fatto che il giudice costituzionale non cita la dottrina. Questa circostanza comporta che l'influenza della dottrina non sarà mai dichiarata e resa manifesta, e, pertanto, sarà necessario formulare metodi di indagine per rintracciare l'influenza della dottrina “al di là della superficie”. Ciò che non appare del tutto scontato.

Trattando il tema, occorre tenere in considerazione un dato importante, tale che il riferimento ad esso potrebbe risultare ovvio. Vi si farà, comunque, riferimento. Una delle distinzioni classiche che gli studiosi di diritto comparato operano nell'ambito delle fonti è quella tra fonti politiche e fonti culturali³, nel novero delle quali rientrano anche la dottrina e la giurisprudenza. Le fonti culturali si

¹ Ricerca presentata alle “Giornate italo-franco-belghe di diritto comparato. I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina”, Pisa, 6-7 marzo 2015.

² Per cui si rinvia, alle conclusioni della ricerca di cui alla nt. 1 (in corso di pubblicazione).

³ Sul punto, v., esemplarmente, A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 1998, 263 s.: «Altra distinzione è quella che tende a mettere in evidenza la differenza che esiste fra le fonti mediante le quali possono venir introdotti nell'ordinamento giuridico precetti corrispondenti al programma di cui si è fatto portatore un movimento politico o un gruppo sociale, che in tal modo tendono a rendere accetti all'intera collettività nazionale le proprie opinioni ed i propri progetti, e le fonti mediante le quali viene invece assicurata l'osservanza di regole dedotte dall'esperienza del passato o dall'analisi teorica dei fenomeni sociali. Le prime, qualificabili da questo punto di vista come “fonti politiche”, rappresentano il risultato conclusivo di un dibattito nel corso del quale le forze contrapposte si sono scontrate al fine di influire sulla manifestazione di volontà dello stato realizzata dalla legge, dettandone il contenuto; le seconde, qualificabili come “fonti culturali”, si realizzano quando le norme giuridiche vengono desunte dall'esperienza del passato (consuetudine, precedente) oppure dall'analisi razionale dei fenomeni giuridici (dottrina, giurisprudenza) sul presupposto che il diritto non costituisca soltanto l'attuazione della volontà del sovrano - sia questo il popolo, un'assemblea o un tiranno - ma risponda altresì ad un bisogno di giustizia razionalmente determinata».

caratterizzano per essere il prodotto non di una manifestazione di volontà politica, ma dell'elaborazione di un bagaglio di conoscenze legate al ragionamento. Pertanto, una ricerca sull'influenza della dottrina sulla giurisprudenza (quindi anche sulla giurisprudenza costituzionale) andrebbe svolta, innanzi tutto, alla luce di questa "essenza comune": il "ragionamento" dovrebbe, cioè, costituire il piano naturale di confronto tra dottrina e giurisprudenza, il canale attraverso il quale l'una può influire sull'altra⁴. Il fatto che in diversi ordinamenti, come quello italiano, la dottrina non sia considerata una fonte del diritto⁵ non deve far dimenticare che in altri ordinamenti, e soprattutto in altre epoche, essa si atteggia come tale⁶, e non deve oscurare, quindi, la già richiamata "essenza comune" che dottrina e giurisprudenza condividono.

Tra dottrina e giurisprudenza esiste un rapporto che potrebbe essere definito "a doppio senso": da un lato, l'influenza della giurisprudenza sulla dottrina; dall'altro, l'influenza della dottrina sulla giurisprudenza. Il primo verso di questo rapporto è alquanto scontato - anzi, si potrebbe dire necessitato - in quanto la giurisprudenza costituisce inevitabilmente e sicuramente uno degli oggetti di studio della dottrina. È, per così dire, "mestiere" della dottrina cercare di chiarire e sistematizzare

⁴ Quando si parla di "diritto giurisprudenziale" in senso lato, ci si riferisce tanto alla dottrina quanto alla giurisprudenza. Per Pizzorusso, il diritto giurisprudenziale «si può distinguere in tre sottospecie comprendenti rispettivamente il diritto di origine dottrinale, il diritto di origine giudiziaria e il "diritto transnazionale". Il primo si fonda, oltre che sulla forza di convincimento che è propria delle argomentazioni razionali compiute dagli studiosi del diritto, sull'autorità che essi possono assumere per il ruolo svolto in precedenti occasioni o per la posizione assunta dai giuristi che lo esprimono nel foro, nell'università o più in generale nell'ambito della cultura nazionale ed internazionale. Il secondo si fonda invece, oltre che sulla forza di convinzione propria dei ragionamenti svolti nelle motivazioni dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria (che è tendenzialmente analoga a quella delle opinioni dottrinali), sull'autorità di "precedente" che le decisioni giudiziarie possono assumere (ed in quest'ultimo aspetto si avvicina al criterio che sta alla base della consuetudine, pur senza confondersi con esso). Il terzo si fonda invece su una diversa fonte di autorità che deriva dal fatto che la circostanza che una regola sia stata osservata in altri paesi in relazione a situazioni più o meno analoghe può consentire ad essa di presentarsi come una forma di "diritto comune" suscettibile di applicazione generale, in virtù della propria forza culturale, anche fuori dai limiti territoriali dell'ordinamento o degli ordinamenti nell'ambito dei quali essa è stata dapprima adottata oppure è stata esplicitamente recepita» (ivi, 269 s.). «Carattere comune a queste forme di creazione del diritto è quella che deriva dal fatto che esse si propongono tutte di "trovare", mediante procedure razionali, le norme da applicare ai casi che si presentano ai giudici ed agli altri operatori pratici, nonché i principi sistematici in cui inquadrare i vari problemi, anziché di "dettare" precetti in base all'autorità di cui un determinato soggetto si trovi ad essere investito (dove la differenza principale che esse presentano rispetto al diritto divino ed al diritto politico) (ivi, 288-289). Il criterio di giustificazione della potestà normativa esercitata dal diritto giurisprudenziale è «il principio secondo cui le norme giuridiche debbono assumere carattere eminentemente razionale» (ivi, 269). Il diritto giurisprudenziale «si fonda sull'autorità derivante dalla ragione» (ivi, 287).

⁵ Tra l'altro, anche la giurisprudenza non è considerata (tendenzialmente) una fonte del diritto nel nostro ordinamento. A tal riguardo, ci si rifà all'impostazione di Pizzorusso per cui «le decisioni costituzionali che producono come loro effetto diretto ed immediato la cessazione di efficacia *erga omnes* delle norme dichiarate incostituzionali vengono a costituire una fonte del diritto la quale, pur essendo una fonte culturale [...], non è però esposta a quel tipo di obiezioni che nelle aree di *civil law* rendono in qualche misura incerta la natura di fonte del precedente e del diritto giurisprudenziale in genere. Esse infatti operano mediante tecniche del tutto simili a quelle proprie della legge, come risulta ad esempio dal fatto che la loro efficacia è generalmente condizionata alla pubblicazione del dispositivo della sentenza in un periodico ufficiale, che esse sono suscettibili di interpretazione secondo le tecniche normalmente proprie della legge e così via (ivi, 314). «Quanto si è detto per le decisioni che dichiarano l'incostituzionalità delle leggi che assumono efficacia immediata ed *erga omnes* vale corrispondentemente anche per le decisioni dei giudici amministrativi che annullano con analoghe modalità atti amministrativi aventi contenuto normativo ed operanti come fonti secondarie [...]

⁶ Questo significa che la dottrina è di per sé idonea a costituire una fonte del diritto, a prescindere dal fatto che in un dato ordinamento questo ruolo le venga riconosciuto. «Nella situazione attuale il diritto giurisprudenziale esercita un ruolo importante in tutti gli ordinamenti giuridici statali, indipendentemente dal fatto che tale ruolo sia ufficialmente previsto, così da includere la dottrina e/o la giurisprudenza nel catalogo delle fonti; anche ove ciò non accade, infatti, è ovvio che dottrina e giurisprudenza costituiscono comunque quanto meno degli "strumenti d'interpretazione" dei fatti ed atti normativi riconosciuti come fonti ed in tale veste esse esercitano un ruolo sostanzialmente non dissimile da quello che altrove è esercitato da fatti o atti qualificati come fonti» (ivi, 290). Se è vero che nei tempi moderni, in occidente, la dottrina è per lo più uno strumento d'interpretazione dei fatti o atti normativi qualificati come vere e proprie fonti, bisogna ricordare che in epoche più lontane essa poteva avere un valore giuridicamente vincolante (ivi, 291 ss.).

la giurisprudenza, che è, appunto, uno dei materiali dell'elaborazione dottrinale, uno dei suoi "nutrimenti". Quindi, prima ancora di dire che la giurisprudenza influisce sulla dottrina, si dovrebbe dire che la giurisprudenza costituisce un oggetto di discussione su cui deve necessariamente esprimersi la dottrina: questa deve occuparsi di tutte le manifestazioni del diritto, e quindi anche della giurisprudenza. Evidentemente, poi, la giurisprudenza è in grado anche di influire sulla dottrina, sia perché può addivenire a dei risultati "convincenti" che riscuotono successo in dottrina per il loro grado di persuasività, sia perché, in ogni caso, la dottrina dovrà sempre tenere conto delle decisioni giurisprudenziali: ciò che, in maniera più o meno diretta, influisce sull'elaborazione dottrinale.

Il secondo verso della relazione tra dottrina e giurisprudenza, invece, è senz'altro meno scontato, in un ordinamento in cui la dottrina non costituisce fonte del diritto. Considerando in maniera del tutto astratta il ruolo della giurisprudenza, si potrebbe dire che essa non ha necessariamente bisogno della dottrina per svolgere la sua funzione: il giudice deve applicare il diritto sulla scorta di conoscenze e del ragionamento giuridico, per cui, se la dottrina non rappresenta "diritto", essa potrebbe benissimo non avere alcuna parte nell'elaborazione della decisione giudiziale⁷. In realtà, questa considerazione, come si è appena detto, è del tutto teorica, perché, nella concretezza dell'esercizio della funzione giurisdizionale, l'apporto dottrinale è di fondamentale importanza. L'attività di interpretazione e applicazione del diritto risulta, spesso, molto complessa, sicché può essere molto utile per il giudice attingere al prezioso giacimento di conoscenze e riflessioni costituito dalla dottrina; per non dire del fatto che l'adozione di decisioni senza avere contezza dell'elaborazione dottrinale potrebbe addirittura essere una manifestazione di presunzione o di scarsa preparazione da parte del giudice. Si può, quindi, immaginare agevolmente che la dottrina entri di norma nel procedimento decisionale del giudice, anche se il relativo apporto non emerge all'esterno.

Il fatto stesso, tuttavia, che il giudice non citi la dottrina - e che, quindi, non faccia constare, come appena rilevato, l'apporto dottrinale - sembra non essere privo di conseguenze sul modo e sull'intensità con cui lo stesso fa ricorso alla dottrina per giungere alle sue decisioni. Potremmo dire che l'"apparenza" ha alcune ripercussioni sulla "realtà". Infatti, se il giudice abbia espressamente fatto ricorso alla dottrina nella motivazione delle sue decisioni, egli sarebbe, allora, esposto a valutazioni e controlli circa l'appropriatezza del richiamo dottrinale⁸. Del resto, una mera adesione a una tesi dottrinale non sarebbe particolarmente persuasiva, se non manifestasse anche la piena consapevolezza dell'articolazione del dibattito sul tema. Ciò che si vuol dire, insomma, è che se il richiamo dottrinale fosse contenuto nel testo ufficiale della sentenza, allora sarebbe possibile effettuare su di esso un controllo esterno da parte dell'opinione pubblica, degli operatori del diritto in genere e, ovviamente, della dottrina⁹. Nel momento, invece, in cui il giudice non richiama espressamente la dottrina, diminuiscono di conseguenza gli oneri istruttori e argomentativi, e non solo da un punto di vista formale, dal momento il controllo esterno diventa alquanto impraticabile, se non impossibile in partenza. Non v'è modo, infatti, di sapere se il giudice ha vagliato tutte le posizioni dottrinali sul tema, visto che non effettua citazioni e non fonda la propria competenza in argomento sull'apporto dottrinale. Pertanto, sembra legittimo domandarsi: *quis custodiet custodes?* Ma, a questo punto, un'altra considerazione s'impone: il fatto che il giudice non citi la dottrina non soltanto rende meno trasparente l'eventuale influenza della dottrina sulla decisione giudiziale, ma diminuisce anche gli stimoli ad un ricorso approfondito, critico e intenso alla dottrina.

⁷ La tradizione culturale dei paesi di *civil law* pare aver contribuito a radicare, nella storia, l'immagine di un giudice autosufficiente, non debitore nei confronti della dottrina, che fonda la sua legittimazione unicamente nell'essere *bouche de la loi*.

⁸ Per esempio, ci si potrebbe legittimamente domandare: se il giudice abbia dimostrato di aver compreso veramente il pensiero dell'autore citato; se abbia dimostrato di avere contezza della pluralità di posizioni dottrinali sul tema; se abbia mostrato le ragioni che rendono preferibile una tesi alle altre, etc.

⁹ Sull'importanza della motivazione delle decisioni, ai fini del controllo su di esse, v. E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, 4a ed., Giappichelli, Torino, 2013, 143 ss.

Un altro aspetto, nient' affatto secondario (ed, anzi, peculiare per una giurisdizione costituzionale), al fine di poter valutare l' influenza della dottrina sulla giurisprudenza costituzionale riguarda la composizione stessa del collegio giudicante. Da questo punto di vista, si può, infatti, ad esempio, supporre che, tra i giudici costituzionali, siano i professori universitari i soggetti maggiormente sensibili alla dottrina. Pertanto, ci si può aspettare che l' influenza della dottrina sulle decisioni della Corte accresca con la presenza di professori universitari, in particolare dei costituzionalisti, che sono coloro che possono sentirsi più "chiamati in causa"¹⁰, quand' anche le questioni richiedano conoscenze specialistiche in campi diversi dal diritto costituzionale¹¹.

3. Sull' influenza degli avvocati-costituzionalisti sulla giurisprudenza costituzionale

Fatta questa rapida premessa relativa al ruolo della dottrina, s' intende, ora, concentrare l' attenzione sulla figura degli avvocati costituzionalisti e sull' azione maieutica che essi possono esercitare nel "parto" delle decisioni della Consulta.

Anche in relazione a questo tema più specifico, vanno, peraltro, messe avanti le difficoltà d' indagine. Innanzi tutto, non ci si può avvalere del supporto derivante dalla prospettiva storica. Come è stato evidenziato, non solo mancano studi sui rapporti passati tra avvocatura e giurisdizione costituzionale, ma sono anche abbastanza rare ricostruzioni storiche organiche dei vari filoni giurisprudenziali della Corte. Un quadro lacunoso, questo, che andrebbe, d' altro canto, inquadrato nella carenza di fondo, nel nostro Paese, di una tradizione di studi di storia giudiziaria¹². Un altro ostacolo potrebbe essere rappresentato dal fatto che il costituzionalista sia restio a commentare in sede scientifica una decisione che lo ha visto coinvolto come avvocato. Ciò si può agevolmente comprendere, a causa del coinvolgimento personale e professionale dello studioso nella vicenda giudiziaria, da cui potrebbe sorgere anche solo il sospetto di una riflessione dottrinale condizionata¹³.

¹⁰ Afferma Pace: «Per uno studioso di diritto costituzionale ciò che rende particolarmente gratificante discutere una causa alla Consulta è che nel collegio decidente siedono invariabilmente alcuni (talvolta svariati) colleghi professori universitari dai quali non ci si aspetta certo un trattamento di favore, ma la cui comune provenienza accademica fa almeno presumere che gli *ex* colleghi staranno a sentirlo, quanto meno per curiosità». Continua l' autore: «e poiché non di rado anche i difensori della controparte sono colleghi universitari ovvero avvocati dello Stato di grande prestigio, la discussione ne trae vantaggio e si svolge in modo intelligente e garbato, come pervaso da uno spirito proprio di quel luogo» (A. PACE, *La Corte costituzionale nell' esperienza di un avvocato*, in questa *Rivista*, 2006, 3).

¹¹ Il discorso, tuttavia, ancora una volta, non risulta semplice: chi sono i "costituzionalisti"? Certo, il criterio formale per rispondere alla domanda consiste nel verificare se sia stata praticato un insegnamento rientrante nei settori scientifico-disciplinari del diritto costituzionale. Ma, da un punto di vista sostanziale, un docente di altra materia, un magistrato od un avvocato, non potrebbero vantare, anch' essi, una vasta e approfondita cultura costituzionalistica?

¹² V. M. LUCIANI, *La Corte costituzionale vista "di là dal banco"*, in *Giorn. storia costit.*, n. 11/ 2006, 113 s. L' autore evoca, tra le possibili cause dell' assenza di studi storici ricostruttivi dell' evoluzione giurisprudenziale, l' eccesso di dogmatismo e, soprattutto, la sotterranea e radicata concezione della giurisdizione come attività di meccanica applicazione della legge, in base alla quale il mutamento della giurisprudenza è visto semplicemente come il mutamento del diritto positivo.

¹³ Evidentemente, decidere se commentare o meno una decisione in cui si è stati coinvolti come avvocati dipende da considerazioni strettamente personali, in cui possono giocare diverse variabili. Talvolta, anche i professori inclini, in genere, al "no comment" possono fare qualche eccezione. Per esempio, a seguito delle cosiddette sentenze gemelle nn. 87 e 88/2012, la direzione della rivista *Legislazione penale* ha chiesto a Federico Sorrentino e Massimo Luciani di commentare le decisioni. La peculiarità è rappresentata proprio dal fatto che entrambi questi soggetti avevano esercitato il ministero di difensore nell' ambito di uno dei due casi, su fronti contrapposti. In tale circostanza Luciani ha ritenuto opportuno dare una spiegazione del perché avesse accettato l' invito della rivista: «La cosa può creare qualche imbarazzo, perché in casi di questo genere sia gli accenti critici indirizzati alle pronunce negative che gli apprezzamenti rivolti a quelle positive potrebbero apparire condizionati da un diretto coinvolgimento nella vicenda che – qualcuno potrebbe maliziosamente pensare – offuscherebbe la capacità critica e di analisi. È per questo che, in genere, mi astengo dal proporre commenti. Stavolta, però, come mi è capitato in poche altre occasioni, ritengo giusto fare un' eccezione, sia

Anche se, al contempo, ciò costituirebbe senz'altro un vantaggio, perché il professore che ha "seguito il caso" come avvocato gode di una posizione privilegiata per individuare le possibili influenze dottrinali sulla Corte¹⁴.

Dati questi ostacoli della ricerca, può essere fruttuoso - per cogliere l'influenza esercitata dagli avvocati costituzionalisti sulla giurisprudenza costituzionale - attingere direttamente al "pozzo" costituito dal bagaglio di esperienze degli stessi avvocati costituzionalisti¹⁵. Ma che cosa si può dire, in generale, su simili influenze, a prescindere da quello che potrebbe risultare dalle concrete esperienze degli stessi?

Se, dunque, la non ostensione di citazioni dottrinali nel testo delle decisioni (l'apparenza) ha delle ripercussioni negative sul ricorso alla dottrina da parte del giudice (la realtà), vi sono anche ulteriori implicazioni di tale "apparenza" che pesano nel rapporto che si instaura tra avvocati e giudici. Se la Corte costituzionale, infatti, non cita la dottrina, allora il richiamo dottrinale avrà necessariamente uno scarso rilievo nell'ordine delle tecniche argomentative della Corte stessa al cospetto dei precedenti giurisprudenziali o di determinati *test* atti a verificare la costituzionalità delle disposizioni (per esempio, il *test* di proporzionalità). Dal momento che gli avvocati devono cercare di adeguare l'ordine delle proprie tecniche argomentative a quello utilizzato dal giudice, se vogliono avere successo, si deve supporre che essi tenderanno a far emergere in misura limitata la dottrina nella loro attività difensiva, essendo costretti ad assecondare l'ordine di prevalenza con cui la Corte dispone i precedenti giurisprudenziali (propri e di altre corti) e la dottrina. Se la Corte mostra di dare maggior peso ai precedenti e un rilievo marginale alla dottrina, gli atti difensivi non potranno far altro che riflettere questa sorta di "gerarchia". Si noti come la relazione che s'instaura tra Corte e avvocati è circolare, ma il senso della relazione lo detta la Corte: la Corte usa poco la dottrina nel testo delle decisioni, quindi gli avvocati usano poco la dottrina nell'attività difensiva, di conseguenza, ancora, la Corte non si troverà a fronteggiare molti argomenti "dottrinali" portati avanti dagli avvocati.

Per valutare l'influenza della dottrina attraverso l'esercizio dell'attività difensiva occorre, poi, tenere presente il particolare punto di vista prodotto dalla tensione tra le due anime dell'avvocato costituzionalista. Si può immaginare che l'avvocato sia esposto al rischio di un "incoerenza" della sua attività di difensore con le posizioni sostenute in sede "scientifica", rischio che potrebbe derivare dall'eventuale mancanza di profitto, per la causa, di un atteggiamento scientificamente coerente. Il discorso potrebbe complicarsi se si partisse dall'assunto che il costituzionalista non debba limitarsi ad essere semplicemente uno studioso neutrale di una materia fredda e inerte, ma debba essere sempre animato da una tensione ideale connotata in un senso ben preciso: per esempio, il contrasto ad ogni forma di arbitrio del potere. Milita, dunque, in questa direzione l'idea per cui, sulla base di una

perché la questione che sono chiamato a trattare è ampia e di interesse generalissimo, sia perché la riflessione che ci viene proposta è collettiva ed è organizzata in contraddittorio anche con chi, in sede giurisdizionale, ha sostenuto posizioni opposte alle mie» (M. LUCIANI, *Chi decide sulle garanzie costituzionali della politica*, in *Legisl. pen.*, n. 3-2012, 747; lo scritto a cui si allude è F. SORRENTINO, *Tra regola ed eccezione: eguaglianza e immunità*, *ibid.*)

¹⁴ Non tutti i professori ritengono però di doversi limitare sempre ad un atteggiamento astensionista. Per esempio, un professore che ha talvolta commentato le decisioni che lo hanno coinvolto da avvocato è Alessandro Pace: nell'ambito della sua produzione, possiamo ricordare lo scritto *La Corte costituzionale nell'esperienza di un avvocato*, cit., in cui lo studioso ripercorre la sua esperienza di avvocato dinanzi alla Corte, commentando molte decisioni in cui era stato coinvolto; un'altra opera importante del medesimo studioso è il volume "Stampa, giornalismo, radiotelevisione", che raccoglie i materiali relativi alle cause trattate da Pace dalla metà degli anni settanta al 1983, affiancandoli con dei commenti. Un'esperienza assimilabile molto recente è quella che ha riguardato il volume "L'illegittimità costituzionale del divieto della "fecondazione eterologa". *Analisi critica e materiali* ", in cui Marilisa D'Amico (una delle curatrici del volume) ripercorre la vicenda del divieto di fecondazione eterologa previsto dall'art. 4, comma 3, della legge n. 40/2004, fino alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, riportando estratti degli atti giudiziari (la D'Amico ha fatto parte del Collegio nazionale di avvocati che ha difeso le coppie davanti alla Corte costituzionale nell'ambito dei due giudizi di legittimità costituzionale che hanno portato alle sentenze nn. 151/2009 e 162/2014).

¹⁵ La ricerca a cui si faceva riferimento all'inizio si è avvalsa, per l'appunto, di interviste ad alcuni avvocati costituzionalisti. Di queste si darà conto nel contributo destinato agli atti del convegno.

concezione oppositiva o polemica del costituzionalismo, «le controversie nelle quali l'avvocato "costituzionalista" può dar prova del suo impegno civile sono soprattutto quelle nelle quali egli ha modo di utilizzare le sue conoscenze professionali per combattere le manifestazioni arbitrarie di potere»¹⁶.

Al riguardo, si potrebbero ravvisare due atteggiamenti diversi: per alcuni, la coerenza dello studioso non esigerebbe il rifiuto di un mandato, qualora le tesi difensive fossero incompatibili con le convinzioni scientifiche, visto che il compito dell'avvocato è "semplicemente" quello di difendere un interesse altrui; per altri, invece, la coerenza dello studioso dovrebbe spingersi fino al punto estremo. È indubbio, peraltro, che un avvocato accetta un mandato, egli è tenuto deontologicamente a scegliere sempre gli argomenti più utili per la difesa del cliente.

Ciò che preme, insomma, sottolineare è che la possibilità di uno scollamento tra quanto sostiene il costituzionalista e quanto sostiene l'avvocato è reale. Gli scritti difensivi conterranno sempre gli argomenti e le tesi più utili per difendere le ragioni e gli interessi del cliente: queste tesi e questi argomenti potrebbero avere un fondamento dottrinale, ma questa è un'eventualità che non sempre (o non per tutti gli avvocati) si verifica. Anche alla luce di questa considerazione la presenza della dottrina pare svolgere un ruolo "eventuale" negli scritti difensivi: essa sussiste nella misura in cui è funzionale alla miglior difesa degli interessi del cliente. Ciò non esclude che, in nome di un'assoluta coerenza, alcuni avvocati possano pregiudizialmente rifiutare un mandato, se la sua accettazione implichi un'abiura delle proprie convinzioni scientifiche.

Le predette considerazioni sembrerebbero, dunque, giustificare una certa perplessità in ordine all'influenza dottrinale degli avvocati costituzionalisti sulla giurisprudenza costituzionale. Questa osservazione non vale, però, ad oscurare il fatto che l'influenza dell'avvocato in quanto tale sulla Corte costituzionale (come su qualsiasi giudice) può essere notevolissima. Non c'è bisogno, infatti di sottolineare come gli avvocati si sforzino di trovare gli argomenti più persuasivi ed efficaci per convincere il giudice, e quest'ultimo possa farne tesoro per la sua decisione¹⁷.

¹⁶ A. PACE, *La Corte costituzionale nell'esperienza di un avvocato*, cit., 12.

¹⁷ Ci si potrebbe domandare se la funzione dell'avvocato dinanzi alla Corte costituzionale sia diversa da quella svolta dinanzi a qualsiasi altro giudice. A questa domanda, Luciani dà una risposta tendenzialmente negativa (v. M. LUCIANI, *Corte e avvocatura*, in *Foro it.*, V, 2006, 333), con alcune precisazioni. Per esempio, una peculiarità significativa è quella che contraddistingue il ruolo dell'avvocato nel giudizio in via incidentale, in cui la vicenda particolare che interessava le sole parti del giudizio *a quo* diventa una "questione di tutti". Pertanto, l'avvocato si trova nella situazione di dovere cogliere ed evidenziare i profili di interesse generale della questione, al fine di curare gli interessi particolari dell'assistito: «non distanzia dagli interessi della parte, ma visione degli interessi della parte dalla distanza» (ivi, 334). Altra peculiarità è costituita dal fatto che in taluni giudizi (ammissibilità del *referendum* e alcuni conflitti interorganici) è molto frequente che l'avvocato del libero foro si trovi lasciato solo, senza un contraddittore, cosa che, lungi dal semplificare le cose, aumenta le responsabilità dell'avvocato (*ibidem*). A proposito delle peculiarità della funzione dell'avvocato nel giudizio in via incidentale, si deve considerare anche l'elaborazione dottrinale e la posizione della Corte sul ruolo delle parti private in questo processo. Com'è noto, le posizioni della dottrina sul punto sono essenzialmente tre: tutela dell'interesse specifico e concreto coincidente con quello del giudizio principale; "*amici curiae*", in virtù di un interesse generale alla legittimità delle leggi; tutela di un interesse "tipico". Per la Corte, il fondamento della presenza della parte nel giudizio incidentale pare trovare giustificazione sia nella tutela di un interesse proprio, sia nell'interesse generale alla costituzionalità della legge (sul punto, v. E. MALFATTI-S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 112 s.). Per quanto riguarda i possibili confronti tra il processo costituzionale e altri processi, Pace sottolinea che «a prima vista non vi sono, dal punto di vista dell'avvocato, rilevanti differenze tra la Corte costituzionale e le altre magistrature superiori nella trattazione orale della causa. Il giudizio viene infatti celebrato dinanzi ai quindici giudici costituzionali (la stessa composizione numerica che originariamente caratterizzava le Sezioni unite della Corte di Cassazione) press'a poco con le stesse modalità seguite dinanzi a tutte le supreme magistrature» (A. PACE, *La Corte costituzionale nell'esperienza di un avvocato*, cit., 1). Pace ricorda anche la "novità" nella trattazione orale inaugurata dall'allora recentemente eletto giudice prof. Sabino Cassese, il quale, anziché leggere quello che sarà il "Ritenuto in fatto" della decisione, si limitava a richiamare i punti nodali della causa e invitava gli avvocati a chiarire dei punti che meritavano maggiore approfondimento. Effettivamente, tale impostazione è sospinta da uno spirito maggiormente dialogico, che esalta le potenzialità di interrelazione tra giudici e avvocati.

Qualcosa di più delle interrelazioni tra avvocati e giudici potrebbe forse inferirsi, se le pronunce della Corte potessero essere lette insieme con gli scritti difensivi delle parti¹⁸. La lettura della sola decisione, infatti, rischia di fornire una visione incompleta della questione, sia perché certe affermazioni si possono comprendere appieno solo se considerate alla luce degli scritti difensivi, sia perché non sempre la decisione si fa carico di rispondere a tutti gli argomenti avanzati negli scritti difensivi¹⁹. Comunque sia, sembra innegabile un certo «debito della Corte nei confronti della difesa dell'una o dell'altra parte, testimoniato dalla continuità tra argomentazioni e svolgimento logico della motivazione della pronuncia finale»²⁰.

4. Limiti e condizioni della penetrazione della dottrina nel ragionamento della Corte per il tramite dell'attività difensiva degli avvocati professori

La presenza della dottrina nell'attività difensiva è, peraltro, esposta a limiti e condizionamenti. Essa, infatti, è percettibile nella misura in cui è astrattamente favorevole alla difesa del cliente e può fungere da argomento convincente nei confronti della Corte. Solo entro questi limiti e a queste condizioni, la dottrina può corrispondentemente penetrare nel ragionamento della Corte.

Una simile penetrazione, tuttavia, può avvenire solo se funziona il dialogo tra l'avvocato e il giudice. A tale riguardo, merita d'essere richiamato il suggerimento secondo cui, tra avvocati e Corte, l'«interlocazione potrebbe essere ancora più viva e feconda se ai difensori delle parti fosse consentito prendere visione delle ricerche predisposte dagli assistenti di studio per la preparazione delle cause»²¹.

Le condizioni del dialogo tra avvocati e Corte costituzionale, dunque, sono anche tra le condizioni delle possibilità di successo dell'influenza della dottrina sulla Corte, per il tramite degli avvocati professori. Quali sono in genere queste condizioni? Senza alcuna pretesa di esaustività, se ne richiamano ancora due, peraltro, interconnesse. La prima si potrebbe chiamare «cultura della giustificazione»: si tratta di quell'atteggiamento che spinge il giudice a motivare ogni sua decisione (anzi, ogni aspetto di questa) *imperio rationis*. Ciò avviene, soprattutto, se la Corte evita atteggiamenti «autoritari», adottando, al contrario, atteggiamenti dialogici e persuasivi. In questo senso, non proprio commendevole si appalesa l'eventuale mancata risposta ad un argomento della parte. La fisiologia (forse ideale) del rapporto esigerebbe che la Corte rispondesse a tutti gli argomenti dell'avvocato, ovviamente in sede di motivazione. Quando, invece, capita che la Corte eviti di rispondere, non

¹⁸ V. M. LUCIANI, *Corte e avvocatura*, cit., 335.

¹⁹ «Per la verità, almeno l'esame degli scritti difensivi delle parti sarebbe sempre molto utile, per non dire doveroso, per comprendere la vera sostanza degli interessi e della posta in gioco nei vari giudizi costituzionali. È proprio leggendo quelle difese, poi, che è possibile capire se e dove la Corte sia stata reticente o audace; se e quanto abbia risposto a tutti gli interrogativi postisi nel corso del giudizio; se e in che misura abbia replicato agli argomenti delle parti. [...] Anche se vi è qualche segno di una più chiara consapevolezza dell'importanza della questione [...], tuttavia, l'attenzione per la posizione e per gli argomenti delle parti resta alquanto occasionale e costituisce meno la regola che l'eccezione. Sarebbe quindi molto utile far maturare la consapevolezza che le questioni di costituzionalità non si capiscono soltanto leggendo le pronunce che le hanno definite, così come sarebbe molto utile una storia del rapporto tra Corte e avvocatura» (M. LUCIANI, *La Corte costituzionale vista «di là dal banco»*, cit., 114).

²⁰ Ivi, 116. La «collaborazione» degli avvocati con la Corte costituzionale assume, poi, un significato peculiare se si pensa al giudizio in via incidentale, dove le parti svolgono (anche) il ruolo di *amici curiae* e sono chiamate a costituirsi «per collaborare con la Corte ad un risultato di interesse più generale» (R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, Giuffrè, 1985, 114).

²¹ «In quelle ricerche si trova (lo dico per esperienza personale, quale assistente di studio di Alberto Malagugini e di Ugo Spagnoli, ormai più di vent'anni or sono) l'inquadramento generale delle questioni sottoposte alla corte, assieme a i principali materiali di studio (legislazione, giurisprudenza, dottrina). Conoscere il loro contenuto permetterebbe, dunque, specialmente in udienza, di ragionare su una base di lavoro comune a quella messa a disposizione del collegio, con vantaggio per tutti gli attori del processo costituzionale» (M. LUCIANI, *Corte e avvocatura*, cit., 335).

giustificando la mancata condivisione del percorso argomentativo svolto dall'avvocato²², siamo probabilmente in presenza del maggiore motivo di sconforto per l'avvocato²³. Quando la Corte non risponde, o non risponde con argomentazioni persuasive, essa sta, in ultima analisi, erigendo una barriera, che non lascia "passare" argomenti che potrebbero essere stati ricavati anche dall'elaborazione dottrinale.

Il secondo fattore, che può incidere sulla penetrazione della dottrina, per il tramite dell'attività difensiva, è il grado di condizionamento della Corte da parte della politica. È stato persuasivamente argomentato come la sensibilità alla politica sia sempre ingiustificabile dal punto di vista dell'avvocato, il quale deve pretendere che il torto e la ragione siano assegnati semplicemente sulla base del diritto, perché di solo diritto "sono fatte" le armi dell'avvocato²⁴. A tale proposito, vengono citati casi in cui la Corte costituzionale avrebbe compiuto (o sembrerebbe aver compiuto) valutazioni politiche, pur senza abusare in senso proprio delle sue attribuzioni. Un esempio sarebbe costituito dalla sentenza n. 202/1976, in cui la Corte dichiarò l'incostituzionalità del monopolio statale delle trasmissioni radiotelevisive via etere terrestre su scala locale²⁵. In altri casi, invece, il condizionamento politico sarebbe stato determinante: vengono additate le sentenze n. 420/1994 e n. 466/2002²⁶, con cui venne sottratta alla parte vittoriosa la possibilità di beneficiare nel giudizio *a quo*

²² La mancanza o l'incompleta giustificazione di una decisione assume – pare – maggiore gravità se viene imputata ad un giudice costituzionale, anche in considerazione del fatto che nel diritto costituzionale si assisterebbe, a livello globale, ad un passaggio epocale da una "cultura dell'autorità" ad una "cultura della giustificazione" (v. M. COHEN-ELIYA - I. PORAT, *Proportionality and the Culture of Justification*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 59, 2011, 474 ss.). Un caso di insufficienza e criticabilità della risposta fornita dalla Corte in una sua decisione è costituito dalla sentenza n. 325/2010, relativa al servizio idrico integrato. La Corte pare essere stata particolarmente insoddisfatta nella motivazione, mostrandosi addirittura approssimativa nella definizione e chiarificazione del *thema decidendum*. Cecchetti ha commentato questa sentenza definendola "colosso dai piedi d'argilla". Per esempio, l'autore afferma che la Corte, nel *Considerato in diritto*, avrebbe stravolto il senso della censura prospettata dalla Regione Marche, peraltro correttamente ricostruita nel *Ritenuto in fatto*. Sempre in relazione alla citata sentenza, Cecchetti afferma che "lascia a dir poco sconcertati" la decisione della Corte sulle questioni che constatavano la violazione dell'art. 119, sesto comma, Cost., per la mancata garanzia della proprietà pubblica regionale e locale dei beni del demanio idrico infrastrutturale. Per Cecchetti, malgrado la chiarissima formulazione delle questioni all'interno del ricorso della Regione Marche, la Corte avrebbe costruito un'unica questione dimenticando del tutto il *petitum* della prima, e modificando pure il *petitum* della seconda (correttamente riportato nel par. 10.1.4.2 del *Ritenuto in fatto*), da cui risulta scomparsa la specifica e puntuale indicazione della norma legislativa della cui mancanza dalla previsione censurata si doleva la ricorrente (17.1.1 del *Considerato in diritto*) (v. M. CECCHETTI, *L'organizzazione e la gestione del servizio idrico integrato nel contenzioso costituzionale tra Stato e Regioni. Un colosso giurisprudenziale dai piedi d'argilla*, disponibile su www.federalismi.it, 5 dicembre 2012, 33 ss.).

²³ «Quel che maggiormente delude il difensore è la mancanza di una risposta ai suoi argomenti. Da questo punto di vista, quello che lascia l'amaro in bocca è soprattutto la (non) motivazione *ex auctoritate*. Si pensi ad una questione che sia "coperta" – come in gergo si dice – da qualche, eventualmente saldo, precedente. Può succedere che la Corte si limiti a ribadire quei precedenti senza replicare agli argomenti del difensore, che magari aveva cercato di dimostrare come quei precedenti fossero da disattendere perché inconferenti, o non (più) condivisibili. Questo, credo, costituisce un cortocircuito in quel rapporto dialogico tra giudice e difensore che gli stessi Presidenti della Corte hanno tante volte enfatizzato nelle loro conferenze stampa di fine anno e mette in dubbio l'effettiva sussistenza della häberliana società aperta degli interpreti della Costituzione, che in tanto può vivere e svilupparsi, in quanto sia costantemente nutrita dal confronto, anche critico, fra tutti gli appartenenti alla comunità degli esegeti del testo costituzionale. Il confronto, insomma, può anche essere duro. Ma non deve mancare» (M. LUCIANI, *La corte costituzionale vista "di là dal banco"*, cit., 117).

²⁴ Laddove, si sostiene, invece, il costituzionalista potrebbe essere più o meno propenso a giustificare l'influenza della politica, a seconda del tipo di costituzionalismo professato: v. A. PACE, *La Corte costituzionale nell'esperienza di un avvocato*, cit., 5.

²⁵ Secondo Pace, la Corte prese questa decisione anche nel timore di un futuro sorpasso elettorale del PCI sulla DC (A. PACE, *La Corte costituzionale nell'esperienza di un avvocato*, cit., 3)

²⁶ Si assume, infatti, che entrambe le questioni siano state decise quando maggior beneficiario delle norme dichiarate incostituzionali era anche Presidente del Consiglio dei Ministri: si trattava, in particolare, di norme che consentivano al maggior gruppo televisivo privato di possedere tre reti nazionali con impianti via etere terrestre in tecnica analogica.

dell'accoglimento della questione. Con ciò, la Corte avrebbe, tra l'altro, disatteso il suo stesso importante precedente (sentenza n. 232/1989) in cui era stato stabilito che il diritto di difesa esige che la declaratoria d'incostituzionalità abbia effetti anche nel giudizio *a quo*. Ad altri casi analoghi ci si riporta, evocando il c.d. lodo Schifani (sentenza n. 24/2004), e la questione sulla “Villa la Certosa-Procura di Tempio Pausania”, in cui la dichiarazione della cessazione della materia del contendere contrasterebbe con il precedente costituito dalla sent. n. 150/1981)²⁷. In altri casi, infine, la politicità risiederebbe semplicemente nel rilievo istituzionale e ordinamentale della questione²⁸.

Non potrebbe, del resto, non convenirsi almeno sul fatto che, se l'influenza della politica è forte, la Corte si trova costretta a prendere decisioni che non è in grado di giustificare, o di giustificare adeguatamente, in punto di diritto, trascurando, oltre ai propri stessi precedenti, anche qualsiasi argomentazioni di origine dottrinale proposta dagli avvocati.

²⁷ V. A. PACE, *La Corte costituzionale nell'esperienza di un avvocato*, cit., 118.

²⁸ V. A. PACE, *La Corte costituzionale nell'esperienza di un avvocato*, cit., 8.